



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA
FACULTAD DE DERECHO CULIACÁN
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN CIENCIAS DEL DERECHO**



**IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL DELITO DE
VIOLENCIA FAMILIAR**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRA EN CIENCIAS DEL
DERECHO**

PRESENTA

TERESITA DE JESÚS URÍAS GARCÍA

DR. GONZALO ARMIENTA HERNÁNDEZ

DIRECTOR

CULIACÁN ROSALES, SINALOA, MÉXICO, JUNIO DEL 2014.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	07
INTRODUCCIÓN	09

CAPÍTULO PRIMERO ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE LA VIOLENCIA FAMILIAR

I. Generalidades de la Familia	11
A. Concepto de Familia	11
B. El origen de la Familia	14
C. Tipos de Familia	16
1. Familia Consanguínea	16
2. Familia Panalúa	17
3. Familia Sindiásmica	19
4. Familia Monogámica	20
II. Los Sistemas de Familia	22
A. Familia Nuclear	23
B. Familia Extensa	23
C. Familia Monoparental	24
D. Familia Ensamblada	25
E. Familia Homosexual	26
III. Conflictos Legales en la Familia	27
A. Alimentos	28
1. Incumplimiento de las Obligaciones de Asistencia Familiar	32
B. Patria Potestad	33
C. Guarda y Custodia de los Hijos	37
D. Divorcio	39
1. Consecuencias Emocionales de los Conflictos Familiares	41
a) Síndrome de Alienación Parental	42
b) Consecuencias del Síndrome de Alienación Parental	47
IV. La Violencia y sus Manifestaciones	48
A. Tipos de Violencia	50
1. Violencia de Género	50
2. Violencia Infantil	51

3. Violencia Escolar	53
4. Violencia Laboral	54
V. Violencia Familiar	55
A. Formas de Manifestación de la Violencia Familiar	58
1. Violencia Física	58
2. Violencia Emocional	59
3. Violencia Verbal	60
4. Violencia Sexual	61
5. Violencia Económica	62
6. Celotipia	63
7. Violencia Patrimonial	64
8. Negligencia	65
9. La Omisión	65
VI. Antecedentes Legislativos del Delito de Violencia Familiar	69
A. Ámbito Internacional	69
B. Ámbito Nacional	75
C. Ámbito Estatal	77

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR

I. La Teoría del Delito	79
A. Conceptualización	79
B. Su Método de Investigación	81
C. Sus Vertientes	62
1. Sistema Clásico	83
2. Sistema Neoclásico	84
3. Sistema Finalista	85
4. Sistema Funcionalista	88
a) Visión de Claus Roxin	89
b) Visión de Günther Jakobs	90
D. Elementos del Delito	91
II. Elementos del Delito del Tipo de Violencia Familiar	94
A. Tipicidad	94
1. Tipicidad Objetiva del Delito de Violencia Familiar	95
a) Descripción del Tipo de Violencia Familiar	95

b)	Lesión del Bien Jurídico Tutelado	99
c)	Sujetos del Delito de Violencia Familiar	101
1)	Sujeto Pasivo del Delito	101
2)	Sujeto Activo del Delito	102
d)	Núcleo del Tipo de Violencia Familiar	105
e)	Elementos Descriptivos del Delito de Violencia Familiar	105
f)	Elementos Normativos del Delito de Violencia Familiar	107
2.	Tipicidad Subjetiva del Delito de Violencia Familiar	108
a)	El Dolo	108
b)	La Culpa	109
B.	Antijuridicidad	111
1.	Antijuridicidad Formal y Material	112
C.	Culpabilidad	113
1.	Imputabilidad	115
2.	Conciencia de la Antijuridicidad	116
3.	Exigibilidad de Otra Conducta	118
D.	Consecuencia Jurídica del Delito de Violencia Familiar	119
III.	Consecuencias en los Distintos Tipos de Justicia	121
A.	Justicia Distributiva	121
1.	Conceptualización	121
2.	Características de la Justicia Distributiva	122
3.	Contradicciones en la Justicia Distributiva	123
B.	Justicia Retributiva	124
1.	Conceptualización	125
2.	Características de la Justicia Retributiva	126
C.	Justicia Restaurativa	127
1.	Conceptualización	128
2.	Un nuevo Paradigma	129
3.	Antecedentes Legislativos de la Justicia Restaurativa	132
4.	Herramientas de la Justicia Restaurativa	135
5.	Compromisos Adquiridos Consecuentes de las Responsabilidades en la Justicia Restaurativa	137
IV.	La Reparación del Daño	139
A.	La Reparación del Daño en Nuestra Actual Legislación	139
B.	Objetivo de la Reparación del Daño	144

CAPÍTULO TERCERO

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

I. Los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias	147
A. Concepto	147
B. Antecedentes de los Métodos Alternativos de Solución de Controversias	149
1. Postura de los Organismos Internacionales	154
2. Contexto Internacional	157
a) Países Asiáticos	157
b) Norteamérica	160
c) Países Europeos	169
d) Mundo Hispano-americano	172
e) Latinoamérica	173
f) Continente Africano	190
3. Contexto Nacional	191
II. Diferentes Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias	217
A. La Negociación	218
B. La Conciliación	220
C. El Juicio Arbitral y la Amigable Composición	223
D. La Mediación	226
1. La Mediación Penal	229
a) El Enfoque Restaurativo	235

CAPÍTULO CUARTO

EL PROCESO DE MEDIACIÓN EN EL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR

I. El Papel de la Mediación en el Delito de Violencia Familiar	238
A. Disposiciones generales	239
B. Particularidades del proceso de mediación	243
C. Principios del Proceso de Mediación	248
1. Premediación de las partes	254
a) Requerimiento de la mediación	261
b) Presentación y Tratamiento Inicial	268
2. Tratamiento de la Controversia	274

a) Participación de Terceros	281
1) Participación del mediador	282
2) Participación del Abogado	284
b) Mediación en sede judicial	285
1) Formas Anticipadas de Terminación del Procedimiento del Nuevo Sistema Acusatorio	287
2) Principio de Oportunidad	289
3. El Acuerdo	292
4. Post mediación	299
II. El Resultado Ganar-Ganar	303
CONCLUSIONES	307
PROPUESTA	311
FUENTES CONSULTADAS	313

AGRADECIMIENTOS

Mediante el presente espacio, quiero agradecer y dedicar, el resultado de la presente investigación, el cual a base de esfuerzo, disciplina, responsabilidad, superación, entre otros factores, han logrado una profunda satisfacción en mi vida académica y personal.

Primero que nada quiero agradecer, a quienes académicamente en base a consejos y recomendaciones hicieron posible la formación de la presente Tesis, al Dr. Gonzalo Armienta Hernández, mi Director de Tesis, quien me guió en el camino de la investigación sin opacar mi esencia y mi visión, al Dr. Fernando Castillo Lora, ya que con sus amplios conocimientos en el tema, ayudó a que la presente tesis se formara de una manera única y completa en su campo, así mismo al Dr. Jesús Cerda Lugo, ya que con sus consejos pude mejorar, detallar y perfeccionar mi investigación y por último a los grandes Maestros que me acompañaron, enseñaron y guiaron dentro del aula durante la Maestría en Ciencias del Derecho Segunda Generación.

Agradezco a mi padre el Dr. José Luis Urías Morales, que formó parte de la inspiración y motivación de la presente investigación, dada la pasión que entrega a esta nueva era en el tema de justicia, así como a mi familia, la cual apoyó y respetó, mis estudios, mis desvelos y mis sueños.

A la felicidad, infinitas gracias, la cual ha tocado mi puerta y he decidido abrir para extender mis alas y enseñarme a volar.

Y sin duda alguna para todas aquellas personas que creyeron en mí, pero sobre todo a los que no lo hicieron y se dedicaron a poner en duda mi capacidad hoy les digo que con mucho orgullo y con el mejor promedio de mi generación, presento y defiendo esta investigación.

*“Nunca llegarás a tu destino si te detienes a arrojar piedras
a cada perro que te ladre.”*

-Winston Churchill-

INTRODUCCIÓN

El delito de violencia familiar, es un delito controversial, ya que el dilema si debe ser un delito con pena de prisión, por no considerarse un delito suficientemente merecedor de la atención que recibe, sin embargo su impacto social lo hace posicionarse en el Código Penal.

Creemos y nos unimos a los juristas que concuerdan con la existencia del delito de la violencia familiar, ya que la familia es algo que se debe proteger, respetar y garantizar la paz y tranquilidad de la misma. Así como romper con el estereotipo de educación y castigo que anteriormente era normal y común en el entorno familiar.

La familia, juega un gran papel en sus integrantes, ya que es la familia misma es la que nos forma y nos guía, lo que nos convertirá en las personas de bien o mal en la vida.

En el capítulo primero, comenzaremos desde un estudio sociológico conceptual de la violencia familiar, pasaremos de lo general, explicando lo que es la familia y sus orígenes, los tipos de familia, conflictos familiares, la violencia, para llegar lo particular, a la violencia familiar.

El último tema que son los antecedentes legislativos de la violencia familiar, es el que dará pie al enfoque penalista de la presente tesis.

Pasando al segundo capítulo, tendremos la oportunidad de dar un análisis al delito de violencia familiar, veremos el porqué de la existencia del delito, explicaremos que para la existencia del mismo, este debe ser un conflicto que ocasione daño social, como lo es la violencia familiar.

Posteriormente, conoceremos de los tipos de justicia que han existido a lo largo de la historia del hombre, destacando la justicia distributiva, la justicia retributiva, la cual actualmente nos rige y la justicia restaurativa, un nuevo enfoque de justicia, en donde la víctima y el victimario puedan realmente sanar sus conflictos internos, previniendo futuros conflictos interpersonales.

Este tema, nos encamina a la justicia alternativa, la cual se manifiesta mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, tendremos la oportunidad de conocer sus antecedentes, de donde surgieron y como es que surgieron, el para qué y el porqué de los mismos.

Podremos indagar también acerca de los diferentes mecanismos alternativos de solución de controversias, como lo son la mediación, la conciliación, la negociación, el arbitraje, entre otros.

Por último, nos concentraremos en el capítulo cuarto de la presente tesis de investigación, en el cual nos enfocaremos por dar una solución alternativa al delito de violencia familiar, una salida en dónde se corte el vínculo codependiente de la víctima con su agresor, una salida en donde exista el verdadero perdón y la verdadera reparación del daño.

Esta alternativa se llama mediación, esta técnica enfocada a solucionar este tipo de conflictos con un enfoque restaurativo, podrá sin duda alguna sobrepasar las exigencias de la sociedad en el reclamo a la autoridad por su tranquilidad, bienestar y derecho a la vida digna.

Es importante que nos detengamos a preguntarnos qué es lo que realmente necesita la víctima en un delito de violencia familiar, ¿Qué el delinciente pague su condena? Esto con la expectativa de no saber qué pasará después de que esta pase, o ¿Qué la víctima sea reparada en su daño ocasionado? ¿Qué el delinciente se concientice y acepte el daño ocasionado por sus acciones? ¿Qué el delinciente no vuelva a agredir a la víctima? ¿Qué la víctima elimine sus temores así como el vínculo codependiente con su agresor?

Sin duda alguna, estamos acostumbrados a juzgar, o a negarnos a intentar caminar sobre caminos desconocidos, sin conocer de ellos, por eso la presente investigación surge con la preocupación de socializar a la sociedad con este mecanismo tan bondadoso, que lejos de entorpecer con la justicia tradicional, vendrá a coadyuvar, previniendo la comisión del delito como solucionando los conflictos interpersonales como lo es el delito de violencia familiar mismo.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE LA VIOLENCIA FAMILIAR

I. Generalidades de la Familia

Para poder comprender de lleno el tema de la violencia familiar, debemos comenzar a describir que es la familia, como inició la familia, los tipos de familia que existen y que es un familiar, para no confundir violencia familiar con violencia de otro tipo.

El concepto de familia, con el que tradicionalmente hemos crecido y con el que nos han educado nuestros antecesores, lo conocemos como el grupo de personas primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de una pareja conformado por un hombre y una mujer.

Sin embargo la sociedad ha evolucionado y cambiado su forma de pensar y actuar, por consecuente también la familia, sin duda alguna, ésta es parte fundamental de la vida del hombre, ya que no hay persona que no provenga o forme una familia.

Ideológicamente para la sociedad, la familia representa el marco de protección, refugio, paz y amor, lo cual así debiera de ser, pero por desgracia no todos corremos con la misma suerte y esa situación hace la diferencia en la formación de las personas.

A. Concepto de Familia

Según Sara Montero, existen dos factores fundamentales que hacen que una familia exista, "...la unión sexual y la procreación"¹ sin embargo no en todas las parejas existe esa unión sexual o existe pasajera y de igual forma no en todas las parejas se da la procreación por lo que habría sus excepciones, no

¹ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de familia*, México, Editorial Porrúa, 1987, p.2.

creemos que sea lo correcto generalizar y decir que estos dos factores son los que crean la familia.

Para Rafael De Pina, la familia es "...el agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco" así como el "Conjunto de los parientes que viven en un mismo lugar." Por consecuente un familiar será "... un correspondiente o relativo a la familia."²

Podemos deducir entonces, que familia es el grupo que se forma por personas ligadas entre sí por un parentesco, formando a su vez un hogar.

Por otro lado y de concepto más amplio, podemos entender por familia al "...grupo de personas unidas por vínculos de parentesco, ya sea consanguíneo, por matrimonio o adopción que viven juntos por un período indefinido de tiempo. Constituye la unidad básica de la sociedad."³

Como se puede observar, poco a poco vamos desglosando el concepto de familia y dejando en claro a su vez preceptos nuevos que aparecen en el mismo, el párrafo anterior ya nos dice que un parentesco además de consanguíneo, puede adquirirse por matrimonio, adopción o concubinato.

Es importante comprender lo que es el concepto de familia, ya que será de suma trascendencia para la presente tesis, no podemos confundir una violencia de género por ejemplo a una violencia de familia, es por ello que para la mejor comprensión posible, la siguiente definición abarca, desde lo sociológico hasta lo jurídico en materia de familia, definiéndola de la siguiente manera:

"grupo social primario y fundamental, determinado por vínculos de parentesco, en cuyo seno nacen, crecen y se educan las nuevas generaciones de individuos, entre quienes establecen vínculos de diverso orden e intensidad, ya sean sentimentales, morales, económicos y jurídicos. A través de estos últimos se crean deberes, obligaciones,

² De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 34° Edición, México, Editorial Porrúa, 2005.

³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, <http://www.bcn.cl/ecivica/concefamil>, Octubre/2012.

facultades y derechos entre sus miembros. Por todo lo anterior el Estado la considera como una institución de orden público.”⁴

La familia entonces, es aquel grupo de primer contacto de convivencia, en el cual se forman los valores, la educación y la formación de la persona, se crean lazos emocionales y morales entre sus miembros, sin dejar de lado por su puesto los jurídicos, ya que existen derechos y obligaciones entre los miembros de una familia.

Como anteriormente se mencionaba, por ser la familia una parte fundamental de la formación del ser humano, el Estado la considera una institución de orden público y es por ello que se ve obligado a legislar en el tema, a coadyuvar en la formación de los miembros de la misma y sobre todo a brindar protección al núcleo familiar.

Es importante no olvidar que una familia, es considerada como aquel grupo en donde existe “...un vínculo de parentesco sea consanguíneo, civil o por afinidad o de lazo matrimonial o concubinal.”⁵

Siendo el parentesco consanguíneo aquel vínculo que se adquiere del nacimiento, es decir por lazos de sangre. El civil aquel que surge entre el adoptante y el adoptado. El parentesco por afinidad es aquel vínculo que se adquiere con la familia del cónyuge al momento de contraer matrimonio. El matrimonial el vínculo que se adquiere con el cónyuge. El concubinal, es el que se forma con el tiempo determinado cohabitando con la pareja.

En resumen podemos decir, que familia es aquella que se forma por un parentesco, el cual une a los miembros de la misma, pudiendo ser este; consanguíneo, civil, por afinidad, matrimonial o concubinal, adquiriendo deberes y obligaciones, tanto morales como jurídicos, los cuales formarán un núcleo de protección entre los familiares, inculcando los valores, educación y formación a las

⁴ UNAM, *Violencia familiar*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2526/4.pdf>, Octubre/2012.

⁵ Gámez Perea, Claudio R., *Derecho familiar*, México, Editora Laguna, S.A. de C.V., 2007, p.33.

nuevas generaciones, siendo de suma importancia para el Estado la figura de la familia, es por ello que regula para la protección y el bienestar de la misma.

B. El Origen de la Familia

“Los apelativos de padre, hijo, hermano, hermana, no son simple títulos honoríficos, sino que, por el contrario traen consigo serios deberes recíprocos perfectamente definidos”⁶ sobre todo en los antecedentes históricos de la familia, ya que dependiendo el parentesco obtenido, significaba la autoridad que este tenía en el núcleo familiar.

Sin embargo, dichos deberes podemos observarlos de cierta manera en la actualidad, ya que desde la infancia, nos forman con un “protege a tu hermana” “respeto a tu tío” etc., con lo cual nos vamos autoprogramando para actuar de esa manera, por lo que el hermano mayor sabe que es responsabilidad cuidar de su hermana menor, es su deber porque así se lo han inculcado y así él lo ha aprendido.

“En Roma, la voz *familia*, tenía dos significados, y ello según el contexto en que se citara. Uno con matiz eminentemente religioso y político, identificado con el vocablo *gens*. El otro obedecía al poder perpetuo y absoluto en el hogar, que el varón ejercía sobre los moradores, tanto en sus personas como en sus bienes, a lo que se denominaba *pater familias*.”⁷

El *pater familias*, era lo que se conoce como la cabeza de la casa, aquel al que obedecían todos por tener la autoridad que el mismo asumía, sin embargo no siempre fungía como el padre de los miembros de la familia, llevaba también el rol de sacerdote, legislador, amo, de todo lo que tuviera autoridad.

Las familias en esta época eran formadas de dos tipos, uno por los lazos consanguíneos y dos por la sumisión y reconocimiento de la autoridad del *pater*

⁶ Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, Madrid, Fundación Federico Engels, 2006, p.38.

⁷ Gámez Perea, Claudio R., *Op. Cit.*, Nota 5, p.34.

familias. Sin embargo, con el paso del tiempo esto fue cambiando y como consecuencia fueron disminuyendo aquellos que se consideraban ser integrantes de la misma, quedando finalmente como parientes, solamente los que eran unidos por lazos de sangre.

“En los antiguos pueblos germánicos, existieron también familias agnadas y cognadas. La *sippe*, sería la familia en sentido extenso o sea todos aquellos que estuvieran sujetos al poder del señor, sean parientes o agrupados sencillamente con fines guerreros o de colonización. Las cognadas, o sea el grupo familiar constituido por la mujer, los hijos y los esclavos, desde luego bajo el mando del señor de la casa se le conoció como *haus*.”⁸

Es decir, la comunidad completa se consideraba una familia, la cual tenía un hombre al mando, a este tipo de familia, se le llamaba *sippe*, conformada a su vez por familias *haus*, que era más el núcleo familiar consanguíneo más los esclavos, esta es la razón de que la *sippe*, equivaliera a lo que es ahora una familia ensamblada.

Este tipo de familia, también fue evolucionando hasta formar grupos del tipo de familia extensa, tal y como la conocemos actualmente y en la que más adelante ahondaremos.

“El iroqués no sólo llama hijos e hijas a los suyos propios, sino también a los de sus hermanos, que, a su vez, también le llaman a él padre. Por el contrario, llama sobrinos y sobrinas a los hijos de sus hermanas, los cuales le llaman tío. Inversamente, la iroquesa, a la vez que a los propios, llama hijos e hijas a los de sus hermanas, quienes le dan el nombre de madre. Pero llama sobrinos y sobrinas a los hijos de sus hermanos, que la llaman tía. Del mismo modo, los hijos de hermanos se llaman entre sí hermanos y

⁸ *Ídem*.

hermanas, y lo mismo hacen los hijos de hermanas. Los hijos de una mujer y los del hermano de ésta se llaman mutuamente primos y primas.”⁹

Como podemos constatar el iroqués, proveniente de Nueva York, tenía un sistema de parentesco muy peculiar y de muy marcado género, además el matrimonio que se daba en estas tribus era de muy fácil disolución, por lo que los convertidos en ex cónyuges podían inmediatamente procrear hijos con otra pareja, a pesar de esas circunstancias, los iroqueses por ningún motivo dudaban de la paternidad de sus hijos.

C. Tipos de Familia

Hemos visto con anterioridad el origen de la familia, familias que en un principio no iban más allá del parentesco consanguíneo, ya que era el único modelo de familia aceptable, tenían que estar unidos por lazos de sangre para poder unirse en matrimonio y concebir hijos.

Poco a poco veremos en los tipos de familia a continuación como esto fue evolucionando y cambiando, creándose la familia consanguínea, después la familia panalúa, la familia sindiásmica y la familia monogámica.

Sin embargo estas clases de familia han ido desapareciendo o evolucionando, para convertirse en los sistemas de familia que actualmente tenemos, pero es importante para nuestra investigación conocer de ellas.

1. Familia Consanguínea

La familia consanguínea fue el primer tipo de familia en la historia, y por lo que podremos observar una familia interminable.

⁹ Engels, Federico, *Op. Cit.*, Nota 6, p.37.

“Aquí los grupos conyugales se clasifican por generaciones: todos los abuelos y abuelas, en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí; lo mismo sucede con sus hijos, es decir, con los padres y las madres; los hijos de éstos forman, a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes; y sus hijos, es decir, los biznietos de los primeros, el cuarto. En esta forma de la familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y de los deberes (pudiéramos decir) del matrimonio. Hermanos y hermanas, primos y primas en primero, segundo y restantes grados, son todos ellos entre sí hermanos y hermanas, y por eso mismo todos ellos maridos y mujeres unos de otros. El vínculo de hermano y hermana presupone de por sí en este período el comercio carnal recíproco.”¹⁰

La principal característica de este tipo de familia, es que todos los parientes colaterales son esposos entre sí y como consecuencia éstos podrán procrear hijos, lo que significa que entre hermanos, primos, primas, hermanas, sin tener por lo menos una pareja definida entre ellos. Esto es, pudiendo procrear hijos con varios parientes colaterales a la vez. Dándose la misma situación en todas las generaciones.

Lo que si no era permitido era la unión y por su puesto la procreación de los hijos entre parientes descendientes o ascendientes.

De este tipo de familia no se tiene conocimiento alguno de la existencia actual, y de lo cual creemos que es lo mejor para nuestra sociedad, ya que la incompatibilidad sanguínea de procreación trae consigo enfermedades incurables en los hijos.

2. Familia Panalúa

¹⁰ *Ibídem*, pp.45 y 46.

El cambio radical de este tipo de familia, consistió en prohibir las relaciones sexuales entre padres e hijos y sobre todo entre hermanos, que era como normalmente se reproducían, según antecedentes de la familia consanguínea.

“... el primer progreso en la organización de la familia consistió en excluir a los padres y los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo fue en la exclusión de los hermanos. Por la mayor igualdad de edades de los participantes, este progreso fue infinitamente más importante, pero también más difícil que el primero. Se realizó poco a poco, comenzando, probablemente, por la exclusión de los hermanos uterinos (es decir, por parte de madre), al principio en casos aislados, luego, gradualmente, como regla general (en Hawai aún había excepciones en el presente siglo), y acabando por la prohibición del matrimonio hasta entre hermanos colaterales (es decir, según nuestros actuales nombres de parentesco, los primos carnales, primos segundos y primos terceros).”

Este cambio obviamente pudo lograrse durante un largo periodo de tiempo, y gradualmente ya que en un primer momento se fue desterrando la idea de la concepción entre hermanos de la misma madre y así sucesivamente hasta lograr prohibir el acto sexual entre hermanos, recordando que hermanos era todo pariente colateral.

“Cada familia primitiva tuvo que escindirse, a lo sumo después de algunas generaciones. La economía doméstica del comunismo primitivo, que domina exclusivamente hasta muy entrado el estadio medio de la barbarie, prescribía una extensión máxima de la comunidad familiar, variable según las circunstancias, pero más o menos determinada en cada localidad.”¹¹

Sin duda alguna el cambio de tener que separarse y tomar distintos rumbos entre los miembros de la familia panalúa fue de los más difíciles de superar, ya que todos en la tribu de una u otra manera eran familia. Sin embargo las

¹¹ *Ibíd.*, pp.46-50.

circunstancias los llevaron a la búsqueda de una mejor vida, lo que significó que al momento de la separación un hermano formaría su propia familia y el otro la suya.

Esta situación fue determinante para la terminación de matrimonios y por supuesto para la procreación de hijos, entre los parientes colaterales, lo que dio a lugar a que la familia panalúa se formara por grupos de diferentes tribus, excluyendo a los hermanos.

Por otro lado “Aparece el matrimonio por grupos el cual consistía en que un conjunto de hombres y mujeres podía unirse indistintamente entre sí sin establecer un vínculo de pareja.”¹²

Siendo esto consecuencia de las costumbres arraigadas en un primer momento, en donde entre los hermanos todos eran cónyuges y concebían hijos entre ellos, al separarse y formar nuevas familias, pasaba lo mismo, a diferencia de que ya no era entre hermanos, porque estos ya habían sido separados.

3. Familia Sindiásmica

Esta familia se caracteriza, porque el hombre vivía con una sola mujer, sin embargo tenía el derecho a la poligamia o a la infidelidad si el así lo quería.

“En el régimen de matrimonio por grupos, o quizás antes, formábanse ya parejas conyugales para un tiempo más o menos largo; el hombre tenía una mujer principal (no puede aún decirse que una favorita) entre sus numerosas, y era para ella el esposo principal entre todos los demás.”¹³

En las últimas etapas de la familia panalúa, comenzaron a formarse familias con más estabilidad, comenzó la selección de una sola mujer, esto es oficialmente, el hombre comenzó a formar un hogar, esto sin dejar de tener varias mujeres para él, pero siempre la principal, la encargada de su hogar y su familia,

¹² Parra Bolívar, Hesley Andrea, *Relaciones que dan origen a la familia*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2005, p.18.

¹³ Engels, Federico, *Op. Cit.*, Nota 6, pp.53 y 54.

lo que dio paso a la evolución de la misma para la aparición de la familia sindiásmica.

En esta familia, ya era poco visto, la aparición de la unión conyugal entre parientes, incluso, ya llegaban a prohibir la unión conyugal entre parientes lejanos.

“La familia sindiásmica, demasiado débil e inestable por sí misma para hacer sentir la necesidad o, aunque sólo sea, el deseo de un hogar particular, no suprime de ningún modo el hogar comunista que nos presenta la época anterior. Pero el hogar comunista significa predominio de la mujer en la casa, lo mismo que el reconocimiento exclusivo de una madre propia, en la imposibilidad de conocer con certidumbre al verdadero padre, significa profunda estimación de las mujeres, es decir, de las madres.”¹⁴

El hombre por un lado podía tener cuantas mujeres quisiera, además de su cónyuge, eligiendo a la que él creía sería una buena madre y que se dedicara completamente al hogar, en cambio las mujeres estaban obligadas a la fidelidad y al matrimonio, ya que de lo contrario se le castigaba cruelmente.

Para Parra Bolívar, “La familia sindiásmica, se consideraba demasiado débil e inestable para hacer sentir la necesidad o aunque solo sea, el deseo de un hogar doméstico particular.”¹⁵

Y es que esa inestabilidad existía ya que en la familia sindiásmica, el vínculo conyugal se disolvía con mucha facilidad y cuando esto ocurría los hijos pertenecían sólo a la madre, trayendo consigo la separación total entre padres e hijos.

4. Familia Monogámica

¹⁴ Engels, Federico, *Op. Cit.*, Nota 6, pp.53 y 54.

¹⁵ Parra Bolívar, Hesley Andrea, *Op. Cit.*, Nota 12, p.18.

El surgimiento de la familia monogámica, trae consigo una estabilidad familiar más marcada y con ello las raíces de los valores, costumbres y derechos de la familia actual.

“Nace de la familia sindiásmica, según hemos indicado, en el período de la transición entre el estadio medio y el estadio superior de la barbarie; su triunfo definitivo es uno de los síntomas de la civilización naciente. Se funda en el predominio del hombre; su fin expreso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible; y esta paternidad indiscutible se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de su padre.”¹⁶

En esta etapa de la familia, el hombre busca la procreación no por el deseo carnal, sino por la verdadera dedicación y formación de los hijos, para que estos en un futuro suplan su lugar y cuiden del patrimonio familiar.

Esta nueva visión de responsabilidad del hombre para con los hijos es uno de los pasos más importantes de la familia antigua a la familia actual.

La familia monogámica se diferencia del matrimonio sindiásmico por una solidez mucho más grande de los lazos conyugales, que ya no pueden ser disueltos por deseo de cualquiera de las partes. Ahora, sólo el hombre, como regla, puede romper estos lazos y repudiar a su mujer. También se le otorga el derecho de infidelidad conyugal, sancionado, al menos, por la costumbre (el Código de Napoleón se lo concede expresamente, mientras no tenga la concubina en el domicilio conyugal).¹⁷

Como vemos, el hombre sigue teniendo muy marcada la autoridad y los derechos más que las obligaciones, sin embargo la evolución del pensamiento social surge con gran peso, ya que aunque legalmente se permitía la infidelidad del hombre, si esto surgía era repudiado y castigado por el pueblo.

¹⁶ Engels, Federico, *Op. Cit.*, Nota 6, p.68.

¹⁷ *Cfr. Ibídem*, pp.68-70.

Siendo este un factor importante para la desaparición de las concubinas, por lo menos aparentemente, ya que comenzaba a darse con mucha más discrecionalidad entre el pueblo, por ser mal visto para la sociedad.

“La certeza de la paternidad del marido descansó en el convencimiento moral, el hijo concebido en el matrimonio tiene por padre al marido.”¹⁸

Por ninguna razón la mujer debía serle infiel a su esposo, esto no quiere decir que no ocurriera, sin embargo todo hijo nacido dentro del matrimonio el hombre lo consideraba con gran certeza como suyo, sin tener duda alguna, ya que daba por hecho la fidelidad de su esposa.

II. Los Sistemas de Familia

Como hemos visto, la familia ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo, pasó de ser una familia en donde sólo podrían contraer matrimonio aquellos que tuvieran un lazo consanguíneo a todo lo contrario.

“La familia puede estar constituida de muy diferente forma dependiendo de diversos factores: la cultura, la clase social, la época o el lugar sobre la tierra a que nos refiramos”¹⁹ sobre todo ahora que vemos una gran diversidad de familias.

Es por ello, que no podemos hablar de un único modelo de familia, ya que con el tiempo hemos venido transformando esa imagen que teníamos de la misma, nos encontramos en una nueva era en donde los padres de una familia también pueden ser del mismo sexo, aunando que han variado los procedimientos y las formas de concebir a los hijos, así como los modelos de familia como consecuencia de tantas separaciones, divorcios entre parejas y de la aceptación de distintos tipos de familia que hoy por hoy nos encontramos.

Actualmente en nuestra sociedad, es ella misma la que nombra o adopta algún nombre por ejemplo, muchas familias se consideran “Familias Muégano”, las

¹⁸ *Ibidem*, p.19.

¹⁹ Montero Duhalt, Sara, *Op. Cit.*, Nota 1, p.8.

cuales dicen que se debe a que son familias muy unidas, y que en las decisiones de alguno de los miembros todos se ven involucrados.

A. Familia Nuclear

Éste tipo de familia, se compone estrictamente "...el hombre, la mujer y sus hijos."²⁰ Estos últimos pueden ser, la descendencia biológica de la pareja o miembros adoptados por esta.

La familia nuclear, también conocida como la familia tradicional, cabe señalar que "...está a punto de extinción, y ha sido reemplazada por toda una gama de modelos con mayor espacio de tolerancia"²¹ gracias a que las costumbres familiares, han evolucionado más allá de lo imaginable.

Este tipo de familia se considera como la familia tradicional, ya que según la sociedad es la familia perfecta, es el modelo de familia que todos debiéramos tener, sin embargo las circunstancias llevan a esta a modificarse y adaptarse a su realidad.

La familia nuclear o conyugal, se separa de la parentela, y se individualiza respecto a ella, al ser los miembros tan selectos de este sistema familiar.

En este ambiente familiar, se considera una mayor estabilidad para los hijos, ya que estos cuentan con la figura materna y paterna para su formación a diferencia de la familia monoparental o recompuesta.

B. Familia Extensa

²⁰ *Ibidem*, p.9.

²¹ Gámez Perea, Claudio R., *Op. Cit.*, Nota 5, p.33.

Ésta familia, además del padre, madre e hijos, incluye "...a los ascendientes en segundo o ulterior grado, a los colaterales hasta el quinto, sexto o más grados, a los afines y a los adoptivos."²²

Se llama familia extensa porque como su propio nombre lo dice, una familia se extiende con la llegada de familiares al mismo hogar, ya sea una familia completa o solo miembros de esta, por diversas circunstancias, lo que hace que se forme una familia extensa.

Para Puyana Villamizar, "Los hogares extensos constituyen una modalidad de organización familiar que resuelve diversos problemas sociales de la población"²³ incluyendo problemas económicos, desempleo, etc. en los cuales es más fácil sobre llevar si se tiene el apoyo económico y moral de otros miembros de la familia.

Los miembros de esta familia, suelen unirse para formar la familia extensa, por la situación económica por la que pasan, para ayudarse con los gastos de la casa y poder salir adelante. La ayuda a los adultos mayores, a los abuelos en estos casos, es otra de las causas, cuando ya son mayores y no pueden realizar distintas actividades, suelen mudarse miembros de la familia a su casa, para brindarles su ayuda.

C. Familia Monoparental

"Hogar monoparental es aquel en el que sólo está presente el padre o la madre. El concepto aparece en los años 70, imponiéndose al de "familia rota, incompleta o disfuncional". En sentido estricto, sólo sería encabezada por un viudo o viuda."²⁴

²² Montero Duhalt, Sara, *Op. Cit.*, Nota 1, p.9.

²³ Puyana Villamizar, Yolanda, "La familia extensa: una estrategia local ante crisis sociales y económicas", *Revista de Trabajo Social No.6*, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2004, p.79.

²⁴ Valdivia Sánchez, Carmen, *La familia: conceptos, cambios y nuevos modelos*, Universidad de Deusto, 2008, p.19.

Antes de aparecer el concepto de familia monoparental, tal y como lo conocemos hoy, se le llamaba familia rota o incompleta, esto por la falta de uno de los padres y con esto se creía que esta familia ya no podía funcionar de igual manera que una nuclear.

La familia monoparental según Belluscio, podemos entenderla como "... aquella formada por una persona con sus hijos. La circunstancia puede deberse a la separación –de hecho o judicial-"²⁵ es lo que comúnmente llamamos padre soltero o bien madre soltera.

Anteriormente la familia monoparental surgía por la viudez del matrimonio, era inaceptable una familia monoparental por un divorcio o separación, mucho menos por una irresponsabilidad de la paternidad, hoy en día la familia monoparental ha abierto pensamientos, ideas y estereotipos, al demostrar que a pesar de la falta de un miembro de la familia puede salir a delante y sobre todo en alguna etapa de esta formar una nueva familia.

Las familias monoparentales, han aumentado como consecuencia de la inestabilidad matrimonial, las causas más frecuentes son debido a la separación o divorcio.

D. Familia Ensamblada

La familia integrada, según nos explica Belluscio, es la que está "Integrada por el soltero, viudo o divorciado con hijos que contrae un nuevo matrimonio, el cual establece parentesco con afinidad del nuevo cónyuge con aquellos."²⁶

Por un lado, una familia ensamblada puede ser aquella que se forme de una persona viuda, divorciada o separada con hijos con otra persona que esté en la misma situación, lo que sería la unión de dos familias monoparentales.

²⁵ Belluscio, Augusto César, *Manual de derecho de familia*, 7° Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 2002, t.I, p.8.

²⁶ *Ídem*.

Y otro lado, puede nacer de la unión de una persona soltera sin hijos, con otra que haya enviudado, se haya separado o divorciado y esta tenga hijos.

Cabe la posibilidad dentro de este tipo de familia, que las el hombre y la mujer que crearan un nuevo sistema familiar, no contraigan matrimonio, pero sí que hagan vida en común pudiendo tener hijos o no.

En este tipo de familias, es más común tener conflictos o problemas debido a la protección y mayor miembros del sistema familiar, así como también a las distintas formas de formar y corregir a los hijos, las opiniones encontradas y distinto modo de vida, hace más difícil que lleguen a acuerdos entre sí, pero no quiere decir que sea imposible.

E. Familia Homosexual

En este punto como sociedad, nos vemos envueltos en un dilema con la homosexualidad y las opiniones encontradas, que si deben formar una familia, que si no deben, consideramos que a medida de las necesidades de nuestra sociedad es lo que debemos de estudiar e investigar, por ello el siguiente punto está muy *ad-hoc* con lo que actualmente vive nuestra actualidad.

Se han ido reconociendo con el paso del tiempo "... diferentes uniones civiles y matrimonio entre homosexuales. España lo aprobó en 2005"²⁷ 5 años después sucedió lo mismo en México, en el año 2010.

La familia homosexual, es la familia conformada por pareja del mismo sexo, uniéndose en matrimonio o equiparándolo, para posteriormente, adoptar, tener una inseminación, alquilar un vientre, para tener hijos.

"Con nueve votos a favor y dos en contra, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) aprobó las reformas al Código Civil en el DF que permiten a los matrimonios del mismo sexo adoptar niños" "Esta decisión se suma a

²⁷ Valdivia Sánchez, Carmen, *Op. Cit.*, Nota 24, p.20.

la resolución de los ministros, quienes avalaron el 5 de agosto la constitucionalidad de los matrimonios gay” “El ministro Sergio Valls, encargado de elaborar el proyecto de dictamen, consideró que "sería constitucionalizar la discriminación, cualquiera que sea su tipo u origen, evitando la existencia de familias homoparentales o haciendo que no existen" “A su vez, el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea señaló que todas las familias presentan ventajas y desventajas en la crianza de los menores adoptados.”²⁸

Atinadamente la decisión de la Suprema Corte, ya que existen también formas alternativas de concebir hijos, tal y como lo es el arrendamiento de vientre, lo que haría la formación de familias homosexuales, es algo que no se puede evitar y que acorde a nuestra realidad la Corte decidió legislar.

Concordamos con los ministros Valls y Zaldívar en que la prohibición de una adopción se determine por las preferencias sexuales es discriminatorio ya que se supone ante la ley no hay distinciones entre hombre y mujer, independientemente de sus inclinaciones. Por otro lado decían, también las personas heterosexuales tienen dificultades en la crianza de los hijos, también ellos crían hijos homosexuales, así que no es ninguna garantía que los hijos criados en matrimonio heterosexual, estos sean heterosexuales y del mismo modo con personas homosexuales.

III. Conflictos Legales en la Familia

En el marco familiar, donde suponemos y esperamos que sea un ambiente de amor y armonía, suele en momentos convertirse en todo lo contrario.

“Un conflicto existe cuando ocurren actividades incompatibles. Una actividad incompatible impide o interfiere con la ocurrencia o efectividad de una segunda actividad. Estas actividades pueden tener su origen en una persona,

²⁸ CNN México, <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/08/16/la-suprema-corte-aprueba-el-derecho-de-adopcion-a-matrimonios-gay>, Diciembre/2012.

entre dos o más personas, o entre dos o más grupos”²⁹ inclusive entre las familias.

Todas las familias se enfrentan a problemas diariamente, desde el desacuerdo con la educación de los hijos, la exigencia de lo económico y todos los problemas que se pueden presentar con personas que conviven bajo un mismo techo durante un largo periodo de su vida.

Lo importante de esto, es que las familias salgan adelante ante la situación, el conflicto no es bueno ni malo, lo bueno o malo será la decisión que tomen en cómo afrontarlo y resolverlo, es lo que será fundamental para que la familia se reponga ante la situación o bien se desintegre.

Cuando se presenta el conflicto en la familia y decide tomar el camino del litigio, estos suelen ser los más dañinos para el entorno familiar, ya que se ven envueltos en una serie de gestiones a veces innecesarias que terminan desintegrando y dañando psicológicamente a la familia completa.

Los principales conflictos más controversiales que se presentan en una familia, son: alimentos, guarda y custodia, patria potestad, divorcio, síndrome de alienación parental y por supuesto violencia familiar.

A. Alimentos

Este problema se presenta casi siempre en las separaciones de parejas, sin embargo también vemos esta situación en matrimonios completamente formados por una familia.

La obligación de otorgar alimentos, que ha sido una de las más frecuentes dificultades que han enfrentado las familias en litigios, consiste según Sara Montero, en “...el deber que tiene un sujeto llamado deudor alimentario de ministrar a otro, llamado acreedor, de acuerdo con las posibilidades del primero y

²⁹ Fundación Universitaria Iberoamericana, *Teoría del conflicto I: concepción y análisis del conflicto*, t. I, p.36.

las necesidades del segundo, en dinero o en especie, lo necesario para subsistir.”³⁰

Los alimentos, es aquello que es necesario para subsistir, no lo que se desea obtener, no hay explícitamente algún mandato que diga cuanto necesita un ser humano para subsistir, sino que se toma en cuenta las necesidades del acreedor y las posibilidades del deudor para fijar los alimentos por un juzgador en caso de litigio.

El derecho alimentario, es una institución de orden público y de interés social, es por ello que es reconocido a nivel nacional como internacional.

Por lo que se refiere a nivel internacional, podemos citar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984,³¹ como el más importantes de los mandatos en materia de alimentos, elevándose dicho instrumento a categoría de derecho fundamental, para las personas.³²

Dejando en claro la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que toda persona tiene derecho a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica entre otros, siendo estos el desglose del derecho de alimentos.

Ya enfocado más a la familia, aparece el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución de 16 de diciembre de 1966,³³ reconociéndose por completo el derecho a los alimentos.

³⁰ Montero Duhalt, Sara, *Op. Cit.*, Nota 1, p.8.

³¹ “Artículo 25: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad.”

³² *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Alimentos*, México, D.F., 2010, Temas selectos de derecho familiar, p.9.

³³ “Artículo 11: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”

De ésta manera se fueron sumando tratados y mandatos internacionales, que uno a uno se ratificaron por los Estados Partes de los mismos, incluyendo a los Estados Unidos Mexicanos.

A partir de 1990, bajo mandato internacional, es que se considera como derecho de los niños, (menores de 18 años), el recibir alimentos ya sea de sus padres o de las personas que estén al cuidado del mismo, esto fue ratificado por México el 21 de septiembre de 1990.³⁴

Los menores de edad, tienen derecho de recibir alimentos de sus padres, tengan ingresos económicos o no, ya que tanto los juzgadores como legisladores han dejado en claro que primero está el interés superior del niño, así mismo los padres están obligados por la ley a otorgar dichos alimentos.

A nivel nacional se reforman el Artículo 4° Constitucional, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de abril del 2002, quedando de la siguiente manera:

“Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El estado proveerá lo necesario para proporcionar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”³⁵

Vemos en el artículo anterior que ya se desglosa aquello que abarca la palabra alimentos, ya que era muy común su mala interpretación de alimentación, así como los obligados a otorgar los mismos, los ascendientes, que son los padres

³⁴ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Op. Cit.*, Nota 32, p.10.

³⁵ Cfr. *Ibidem*, p.13.

o los abuelos en su caso y cuando no existieren esta obligación será del tutor, custodio o de los familiares del menor.

Los alimentos comprenden aquellos factores necesarios para el adecuado sustento de la persona, aquellos que son fundamentales para el desarrollo y la vida digna, lo que implica necesidades básicas de vivienda, instrucción y asistencia médica y por supuesto, la alimentación, (comida y bebida).

Estos constituyen un deber y un derecho, deber el de un sujeto que está obligado a proporcionarlos y el derecho de aquel que está facultado para exigirlos. Siendo necesario aclarar que no se necesita la voluntad del acreedor o del deudor, ya que esta obligación proviene de la ley.

Las consecuencias del incumplimiento de alimentos en el orden civil van desde la pérdida de la patria potestad hacia con los hijos, la incapacidad para heredar, hasta un embargo de bienes. Por otro lado en el orden penal, puede hasta hacerse acreedor de una pena en prisión.

El derecho de alimentos, puede cesar, cuando el que tiene obligación carece de medios para cumplirla, cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos, cuando existe violencia familiar o injurias graves por el alimentista mayor de edad en contra de del deudor, cuando la necesidad de los alimentos obedece a la conducta viciosa o a la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad, si el alimentista abandona la casa del deudor alimentario sin el consentimiento de éste sin causa justificada, si los alimentos son derivados de la disolución del vínculo matrimonial, si el acreedor contrae nuevas nupcias o se une en concubinato o bien transcurre el lapso de tiempo durante el cual subsiste la obligación alimentaria³⁶.

La obligación de otorgar alimentos, trae consigo un derecho y es que aquel que ha otorgado alimentos, tiene derecho a recibirlos cuando la ley considere que los necesita por parte de su acreedor.

³⁶ Cfr. *Ibidem*, pp.99-112.

1. Incumplimiento de las Obligaciones de Asistencia Familiar

Las obligaciones de asistencia familiar, han pasado de ser simples obligaciones a tener consecuencias serias en nuestro Código Penal, lo que significa es que si no se cumplen con dichas obligaciones, se estaría cometiendo un delito.

Un problema para las partes en cuestión cuando asisten a un litigio para solucionar sus problemas es que, el juzgador en muchos casos será el encargado de decidir cuánto deberá otorgarse al acreedor sin preguntar a los protagonistas del conflicto si están de acuerdo con lo fijado o no y en caso de que el deudor dolosamente se declare en insolvencia o dejare su empleo como actualmente se ha presentado el caso, para no otorgar alimentos, tendrá consecuencias penales.

Este delito, podemos encontrarlo en nuestro Código Penal para el Estado de Sinaloa, Sección Segunda, Delitos Contra la Familia, Título Único, Delitos Contra el Orden de la Familia, Capítulo I, Incumplimiento de las Obligaciones de Asistencia Familiar, Artículo 240,³⁷ dónde nos dice que al que incumpla con el otorgamiento de alimentos, se le otorgara una pena que va desde los tres meses hasta los dos años y una multa correspondiente a noventa hasta ciento ochenta días de multa, así como la privación de los derechos familiares hacia con el ofendido.

Habrán personas que se declaren insolventes o de alguna u otra razón no puedan otorgar alimentos porque no “laboran”, pero para esto el Código Penal para el Estado de Sinaloa, en su Artículo 241,³⁸ también nos dice que al que

³⁷ “Al que sin causa justificada no proporcione los recursos indispensables de subsistencia de las personas con las que tenga ese deber legal, se le impondrá prisión de tres meses a dos años y de noventa a ciento ochenta días multa y suspensión o privación de los derechos de familia, en relación con el ofendido.”

Este delito se perseguirá por querrela de parte, excepto cuando el ofendido sea incapaz y no tenga representante legal, caso en el cual el Ministerio Público procederá de oficio a reserva de que se promueva la designación de un tutor especial. Se declarará extinguida la pretensión punitiva, si no hay oposición del ofendido o su representante, cuando antes de que exista sentencia ejecutoria, el obligado cubra los alimentos vencidos y otorgue garantía suficiente ante la autoridad judicial de que en lo sucesivo pagará lo que le corresponda.

En el caso de que los acreedores sean ancianos o enfermos, o si del incumplimiento resultare alguna lesión o la muerte de los acreedores, estos delitos serán perseguibles de oficio. Para los efectos de este artículo, se tendrá por consumado el delito aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero”.

³⁸ “Al que dolosamente se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá prisión de seis meses a tres años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa y suspensión o privación de derechos de familia respecto al ofendido. La autoridad judicial resolverá sobre la

dolosamente, se declare en estado de insolvencia con el objeto de eludir sus obligaciones alimentarias, se le podrá imponer prisión de seis meses a tres años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días de multa así como la suspensión o privación de derechos de familia respecto al ofendido.

Cuando no se otorgan los alimentos necesarios, podríamos decir que es un tipo de violencia familiar, ya que la violencia económica dentro de la violencia familiar, encajaría perfectamente, recordemos que como anteriormente dijimos, violencia económica es toda acción u omisión que afecta la supervivencia económica de la víctima.

B. Patria Potestad

La patria potestad, ha sido una de las figuras del derecho más fuertes y temerosas para los padres, ya que la pelea de la misma puede llevar un desgaste físico y económico que puede durar meses o incluso años.

Para Rafael De Pina, la patria potestad es "...el conjunto de las facultades que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria."³⁹

El tener la patria potestad de un menor de edad, no solo significa tener decisión sobre él, también existe una serie de obligaciones que permitirán la protección y el bienestar del menor. Es obligación de aquel que ejerce la patria

aplicación del producto del trabajo que realice el agente, a la satisfacción de las obligaciones alimentarias de éste, con base en las disposiciones aplicables del Código Civil del Estado.

Se impondrá hasta la mitad de la pena anterior, al que dolosamente incumpla con la orden judicial de informar acerca de los ingresos de quienes deban cumplir con las obligaciones señaladas en los artículos anteriores, o haciéndolo no lo haga dentro del plazo señalado en el oficio respectivo y verazmente u omita realizar de inmediato el descuento ordenado.

Este delito se perseguirá por querrela de parte, excepto cuando el ofendido sea menor de edad o incapaz y no tenga representante legal, caso en el cual el Ministerio Público procederá de oficio, a reserva de que promueva la designación de un tutor especial.

Se declarará extinguida la pretensión punitiva, si no hay oposición del ofendido o su representante, cuando antes de que exista sentencia ejecutoria, el obligado cubra los alimentos vencidos y otorgue garantía suficiente ante la autoridad judicial de que en lo sucesivo pagará lo que le corresponda".

³⁹ De Pina, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, 15° edición, México, Editorial Porrúa, 1986, p.373.

potestad tomar las medidas necesarias para salvaguardar tanto a la persona como a los bienes de la misma.

Un poco más amplio nos explican Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro, diciéndonos que la patria potestad es:

“...el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección mientras son menores y para que los representen en tal periodo. Implica el derecho-obligación de alimentos, convivencia y educación (formación).”⁴⁰

Del concepto anterior podemos entender que, la patria potestad cuenta con singulares elementos, como un conjunto de derechos, facultades y por su puesto obligaciones y deberes, la patria potestad trae consigo la obligación de otorgar alimentos y la representación legal del menor, así como la completa autoridad de decisión sobre educación y formación del mismo.

“La patria potestad encuentra su fundamento principalmente en la filiación, pues se trata de una institución derivada del vínculo paterno-materno filial. Luego, es en atención a dicho vínculo que se imponen a los padres ciertos deberes para con sus hijos –como los de protegerlos y cuidarlos-, y ciertos derechos –como el de administrar sus bienes y corregirlos-, derechos y deberes que, ante la falta o impedimentos de los padres, pueden recaer en los abuelos o, excepcionalmente, en los parientes consanguíneos colaterales o adoptantes del menor.”⁴¹

Como vemos es una institución a través de la cual se cumple una función social de orden público e interés social, teniendo en primer plano el cuidado y protección de los niños.

⁴⁰ Vaqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Oxford University Press, 2008, Colección Textos Jurídicos Universitarios, p.268.

⁴¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Patria potestad*, México, D.F. 2010, Temas selectos de derecho familiar, pp.13 y 14.

Es así como los padres adquieren ciertos deberes hacia con los hijos, por ejemplo el de cuidarlos y protegerlos, adquiriendo también ciertos derechos, como corregirlos en su educación y conducta y administrar sus bienes, sin olvidar que a falta de padres este derecho pertenecerá a los abuelos o familiares más cercanos.

La figura de la patria potestad, no está regulada internacionalmente, lo que quiere decir es que no se encuentra en tratados internacionales como tal, pero estos al hacer el hincapié en el interés superior del niño, debe de sobreentenderse la figura de la patria potestad, los derechos y obligaciones que incluye, ya que lo que sí está regulado por la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por el Senado de la República el 19 de junio de 1990, ratificada por México ese mismo año es lo siguiente:

“Artículo 3: ...asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomar las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”

Lo que viene a asegurar los deberes y derechos que regula la figura de la patria potestad internacionalmente, resaltando el aseguramiento, la protección y el cuidado, sobre todas las cosas, en beneficio para el menor de edad.

A nivel nacional, podemos encontrar la figura de la patria potestad, en el Libro Primero. De las Personas, Título Octavo, De la Patria Potestad, Capítulo I de los Efectos de la Patria Potestad Respecto de la Persona de los Hijos, del Código Civil Federal en los Artículos 411, 412,⁴² 413,⁴³ 414,⁴⁴ 416, regulando esta figura en caso de separación de los padres de la siguiente manera:

⁴² “Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.”

⁴³ “La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la ley sobre previsión social de la delincuencia infantil en el distrito federal”.

⁴⁴ “La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro. a falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

“En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al ministerio público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, este quedara bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.”

Éste artículo viene a dar una solución a lo que hemos venido abordando, que en caso de separación ambos podrán convenir el ejercicio de la patria potestad y en caso de no poder hacerlo será el juez quien lo decida por ellos, teniendo en cuenta el bienestar del menor, obligando al otro padre a otorgar alimentos.

También podemos encontrar regulada la patria potestad en el Artículo 417⁴⁵ del Código Penal Federal. Que establece la prohibición de la misma solo cuando el padre o la madre sean un peligro para el menor de edad.

La figura de la patria potestad, también se encuentra regulada en los Códigos Locales, en el mismo sentido que los Códigos anteriormente mencionados.

Sin duda alguna la lucha por la patria potestad de un hijo envuelve miedos, inseguridades, rencor, orgullo y un sinfín de emociones que se desatan por

⁴⁵ “Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para estos. No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. solo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial”.

demostrar a quien deberá de obedecer y querer más el menor. En este tema las leyes de nuestro país han actuado conforme a la justicia, sobreponiendo ante cualquier situación el bienestar del niño.

C. Guarda y Custodia de los Hijos

Según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la guarda y custodia implica “la posesión, vigilancia, protección y cuidado del o los menores, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad.”⁴⁶

Lo que podemos resumir es que la guarda y custodia es el cuidado directo del menor, que en términos generales corresponde a quien ejerce la patria potestad, la patria potestad puede ser compartida o de un solo padre al igual que la guarda y custodia de los hijos.

Por lo regular, la sociedad considera que la madre es quien debe tener la guarda y custodia de los hijos, sin embargo nos olvidamos que el padre es igual de importante que la madre, y cuando esto pasa, la función del padre, suele ser sustituida por un abuelo, un tío o la nueva pareja de la madre.

Siendo el caso como el de la mayoría en que la madre tenga la guarda y custodia de los hijos, el padre dolido porque pasará un tiempo muy escaso con menores, aunado de que muy probable tenga que visitar aquella casa en donde sufrió tanto, suelen “autoprotgerse”, alejandose o “renunciando” al derecho de convivencia.⁴⁷

Sin embargo olvida aquel padre o madre que no tiene la guarda y custodia de los hijos, que si tiene la patria potestad y creen que al no tener la guarda y custodia pierden los derechos sobre la decisión de los menores, la guarda y custodia es solamente aquel que brindará protección y cuidado directo, es decir aquel que viva bajo el mismo techo que los hijos.

⁴⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Op. Cit.*, Nota 41, pp.64 y 65.

⁴⁷ *Cfr.* Cárdenas, Eduardo José, *La mediación en conflictos familiares*, Segunda Reimpresión, Argentina, Editorial Lumen Hvmánitas, 1998, pp.46-48.

Según criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "...puede darse el caso de que, no obstante tenerse la patria potestad, no se tenga la guarda y custodia del menor, y que por ende, sea otro ascendiente o, incluso un tercero, quien tenga a éste bajo su cuidado directo." "Por tanto, no necesariamente la custodia y la patria potestad del menor convergen en la misma persona."⁴⁸

Lo que quiere decir que puede que la patria potestad sea compartida y la guarda y custodia para un solo progenitor, así como también puede darse el caso de que los abuelos tengan la guarda y custodia de los hijos y esto no significa que los padres no tengan la patria potestad de los mismos.

El objetivo fundamental del derecho de convivencia para el padre que no tiene la guarda y custodia, es el de conservar un ambiente saludable y favorable para el pleno desarrollo personal y emocional del menor, es por ello que este derecho se considera como una:

"...institución fundamental del derecho familiar en México, que tiene como finalidad, promover, evaluar, preservar y, en su caso, mejorar o reencausar la convivencia en el grupo familiar respecto de menores y, por ello, se encuentra por encima de la voluntad de la persona a cuyo cargo se encuentre la custodia del menor, por tratarse de un derecho humano principalmente dirigido a él, aunque también favorezca indirectamente a sus ascendientes y a quienes conforman dicho grupo."⁴⁹

Aquel padre o madre que no tiene la guarda y custodia de sus hijos, tiene derecho a convivir con ellos, esté de acuerdo o no aquel que tiene la guarda y custodia, ya que para el sano desarrollo del menor es necesario la convivencia con ambos padres y para el cumplimiento de ello la ley se encargará de que este derecho humano favorezca siempre al menor.

⁴⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Op. Cit.*, Nota 41, p.66.

⁴⁹ *Ibidem*, pp.69 y 70.

D. Divorcio

De los problemas familiares legales el más frecuente, y en el que los deseos intangibles se disfrazan de tangibles es el divorcio.

Para Rafael de Pina, el divorcio es la "...disolución legal del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro", nos dice también que "En algunos regímenes matrimoniales, se comprende dentro del divorcio la mera separación de cuerpos sin disolución del vínculo."⁵⁰

El divorcio puede ser necesario o de mutuo consentimiento, para que el divorcio sea necesario debe existir por lo menos una de las causales que nos da el Código Civil Federal en su artículo 267⁵¹ siendo la más común el abandono de hogar.

⁵⁰ De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, Nota 2, p.253.

⁵¹ "I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II. El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI. Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;

VIII. La separación de la casa conyugal por mas de seis meses sin causa justificada;

IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por mas de un año sin que el cónyuge que se separo entable la demanda de divorcio;

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga esta que preceda la declaración de ausencia;

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que seria punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII. El mutuo consentimiento; y

XVIII. La separación de los cónyuges por mas de 2 años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

XIX. Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 323 ter de este código.

XX. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello.

El divorcio, es una salida legal que tienen los cónyuges, para disolver el vínculo matrimonial, cuando es su deseo no seguir juntos como pareja, el problema no es el divorcio en sí, sino todo lo que este desencadena y se genera alrededor del trámite⁵², lo cual puede hacer que se resuelva civilizadamente o bien se agrande el problema.

De todos los problemas familiares, el divorcio es el más amplio, el más doloroso, ya que aparte del problema de la separación de la pareja, genera a su vez el problema de los alimentos, de la patria potestad, de la guarda y custodia y de un sinnúmero de problemas intangibles que se presentan durante el proceso del mismo.

Las causales de divorcio implican un divorcio mutuo, lo que obliga a las parejas a llegar a un acuerdo no solo en el divorcio, sino en los requisitos que este debe de cumplir, como la guarda y custodia de los hijos, así como la patria potestad, la convivencia con los hijos, la casa en donde habitarán cada uno de los cónyuges, los alimentos otorgados, y la liquidación de la sociedad conyugal, en caso de existir.

Estos acuerdos a los que la pareja en conflicto debe llegar, no le son nada fácil en su mayoría, ya que teniendo las dificultades de comunicación con el cónyuge a parte tiene que convenir con él o ella.

Sin duda alguna puede resultar tortuosa esta etapa, pero es mucho más sana que un divorcio necesario, el proceso es más rápido y lleva un desgaste físico, emocional y económico muy inferior al divorcio necesario, sumándole la ventaja de que los hijos no se ven involucrados en los juicios.

A nivel local, el Código Familiar para el Estado de Sinaloa, elimina las causales de divorcio, dejando como única figura el divorcio incausado, en el que las partes tienen dos opciones, solicitar el divorcio solas, en el que automáticamente quedarán divorciadas en menos de dos meses y seguirá la lucha

⁵² Rodríguez Villa, Bertha Mary y Padilla de Trainer, Ma. Teresa, *Mediación en el divorcio*, Segunda Edición, México, Sistesa Editores, 2010, p.40.

por la custodia, convivencia, patria potestad, etc. o sentarse a negociar y llegar a un acuerdo para que todo junto quede resuelto en esos dos meses y no nada más el divorcio.

Así que serán ellos quienes decidirán qué tan difícil y largo querrán ponerle solución a su problema. La mediación sin duda alguna es un método completamente eficaz para éste tipo de conflictos.

1. Consecuencias Emocionales de los Conflictos Familiares

Este tipo de problemas entre las familias sin duda alguna causa problemas emocionales fuertes sobre todo en los hijos, ya que por lo regular los alimentos que se “piden” o “pelean” son para ellos, entra el trauma cuando el padre o el otorgante de alimentos cree que no serán bien utilizados o que en su caso no es justo que el acreedor los gaste en él o ella o con su nueva pareja y este se niega a otorgarlos.

Aquel problema de necesitar una pensión alimenticia, termina convirtiéndose en una lucha de poderes por demostrar quién puede más que el otro, quien es el que ganará el litigio y quien será el perdedor, sumándole la inestabilidad emocional que se crea en los hijos por no sentirse merecedores de recibir lo que por derecho le corresponde.

Lo que ocasiona una serie de problemas y consecuencias terribles en los hijos, llega a tal punto en que el padre según sea el caso decide dejar de laborar con tal de no cubrir una cuota alimentaria, lo que todavía empeora el problema ya que penalmente no está permitido.

Es importante aclarar este punto o darlo a conocer ya que el Síndrome de Alienación Parental, es una de las grandes consecuencias de un problema de alimentos, ya que aquel padre (generalizando), que era un ejemplo a seguir muy importante y amado por el hijo se convierte en aquel “villano” que no le quiere dar

dinero para que se alimente, vista y/o continúe con sus estudios, aunando a esto, la mala información que podría llegarle.

a) Síndrome de Alienación Parental

La infancia es la etapa más importante de la personalidad del ser humano, ya que durante la misma, podemos adquirir, valores, principios, ética, así como todo lo contrario, lo cual dependerá del entorno que nos rodee, comenzando por nuestra familia.

Cuando hay hijos de por medio y se da una separación o divorcio, lo ideal sería garantizar una convivencia saludable con ambos padres, ya que esto es una fuente importante psicológicamente y emocionalmente hablando para el crecimiento y desarrollo de los hijos.

Para Segura, Gil y Et. Al. "...en ocasiones, puede llegar a suponer una negación del problema y la justificación de la sintomatología que presenta el menor como un caso de síndrome de alienación parental, especialmente si estos síntomas aparecen en una situación de divorcio."⁵³

El que exista un divorcio o separación, no significa que necesariamente tenga que haber conflictos, estos surgen en este caso, cuando los padres voluntaria o involuntariamente incluyen a los hijos en el mismo, teniendo como consecuencia, la separación de esposos y padres.

Aunque los padres traten de que los hijos no tomen partido, éstos sienten que deben hacerlo. Pero cuando lo hacen para sentirse más protegidos, también experimentan desazón porque están traicionando a uno de los dos. Si no toman

⁵³ Segura, C., Gil, M.J., Et. Al. "El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil", *Cuadernos de Medicina Forense*, Sevilla, núm. 43-44, enero-abril de 2006, p.118, <http://scielo.isciii.es/pdf/cmfn43-44/09.pdf>, Diciembre/2012

partido, se sienten aislados y desleales hacia ambos progenitores. Es un dilema sin solución.⁵⁴

En algunos casos, el hijo siente el deber de “proteger” al padre más débil, aliándose con él en contra del otro, cuando esto pasa es relativamente fácil identificarlo ya que el hijo rechaza cualquier tipo de contacto hacia el otro padre. Obtener dicho apoyo puede traer como consecuencia una serie de conflictos por mantener el poder de la disputa.

Por otro lado los padres por medio de presiones, engaños, y chantajes, hacen que los hijos tomen partido en el conflicto, los cuales terminan por hacerlo, teniendo la creencia que de lo contrario se sentirán aislados, desprotegidos, desleales, etc. y hablando de lealtad, nos encontramos con el conflicto de lealtades, el cual está muy ligado al síndrome de alienación parental, ya que este nos dice que en la disputa familiar, la lealtad hacia un padre, significa deslealtad hacia el otro.⁵⁵

Es decir, puede darse en que los hijos por si solos tomen partido en el conflicto de los padres, un conflicto que en realidad no deberían de conocer ya que pertenece a los padres como esposos no como padres, sin embargo no se toman las medidas necesarias para que los hijos no se vean involucrados, y por otra parte los mismos padres son los que hacen que los hijos se pongan de parte de ellos a base de chantajes y engaños.

Respecto al tema, Soto Lamadrid, nos dice que no solamente podemos hallar como causas de alienación a los padres o hijos, sino a los mismos legisladores o jueces en su caso, “Cuando el mismo legislador autoriza a los jueces a decidir sobre la pérdida o la suspensión de la patria potestad confiando en su arbitrio, o a conceder la custodia de los hijos a favor del cónyuge que

⁵⁴ Bolaños, Iñaki, “El síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes psico-legales”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Madrid, Vol. 2, núm. 3, 2002, p.27, <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art15.pdf>, Noviembre/2012.

⁵⁵ Cfr. Segura, C., Gil, M.J., Et. Al., *Op. Cit.*, Nota 53, p.118.

considere más idóneo, no sabe lo que hace.”⁵⁶ Refiriéndose, a las estadísticas que encontramos en su obra en la que en el 96% de los casos los jueces, se inclinan hacia la madre, por las influencias culturales de nuestra sociedad.

Y es que viéndolo desde esa perspectiva tiene razón, el juzgador otorga la custodia a la madre, sin siquiera tomar en cuenta al hijo o hacer una verdadera valoración para saber si este está influenciado o no, tal vez se debe al exceso de trabajo y la falta de tiempo para hacer un verdadero análisis pero esta situación si es muy frecuente que se presente.

Iñaki Bolaños cita a Johnston y Capbell, en su Artículo *El Síndrome de Alienación parental. Descripción y Abordajes Psico-Legales*, el cual describe el concepto de alienamiento como “...las fuertes preferencias hacia uno de los padres que inevitablemente alejan a los hijos del otro. Esta estrecha relación no es necesariamente es el producto de actitudes manipulativas sino de la capacidad empática del progenitor con el que los hijos se alinean.”⁵⁷

Siendo esta otra opción por la que los hijos pueden alienarse, simplemente por la empatía que siente hacia su progenitor, esto es inconscientemente, ya que sucede desde que la familia está unida y se agranda cuando esta se separa.

Los primeros casos de programación al niño, por parte de los padres, para influir en la decisión del juez, surgieron en Estados Unidos, en los casos de divorcio y custodia, en éstos últimos, declarando ciertos abusos o maltratos que causaron sorpresa y malestar entre los operadores del Derecho.⁵⁸

Familiarizados con el tema, podemos ver que también en México se dan este tipo de problemas, sin embargo no hay muchas investigaciones en el tema que nos ayuden a socializar este conflicto y sobre todo a identificarlo para poder actuar e intervenir a tiempo.

⁵⁶ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, Hermosillo, Edit. Beilis, 2011, pp.228 y 229.

⁵⁷ Bolaños, Iñaki, *Op. Cit.*, Nota 54, p.27.

⁵⁸ Cfr. Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, Nota 56, p.189.

Existen diferentes tipos de técnicas para conseguir la alienación, que van desde lo más atrevido, hasta lo más sutil. Estas técnicas se utilizan para que "...el progenitor "aceptado" pueda simplemente negar la existencia del otro progenitor o etiquetar al hijo como frágil y necesitado de su continua protección, generando una estrecha fidelidad entre ambos."⁵⁹

Y es que los niños, tienen esa facilidad de programarse con las acciones y frases repetitivas sobre todo aquellas que vienen de los padres, por la edad y la inmadurez que tienen es fácil autoetiquetarse e influir en el.

Así como existen técnicas y diferentes formas de alienar a los hijos, también existen fases que nos permiten descubrir que tan avanzado está el síndrome de alienación parental, para poder identificarlas Gardner describe una serie de "síntomas primarios" que usualmente aparecen en conjunto en los niños afectados por este síndrome:

- "Campaña de denigración: El niño está obsesionado con odiar a uno de los progenitores. Esta denigración a menudo tiene la cualidad de una especie de "letanía".
- Débiles, absurdas o frívolas justificaciones para el desprecio: El niño plantea argumentos irritacionales y a menudo ridículos para no querer estar cerca de su padre.
- Ausencia de ambivalencia: Todas las relaciones humanas, incluidas las paternofiliales, tienen algún grado de ambivalencia. En este caso, los niños no muestran sentimientos encontrados. Todo es bueno en un padre y todo es malo en el otro.
- Fenómeno del "pensador independiente": Muchos niños afirman orgullosamente que su decisión de rechazar a uno de sus progenitores es completamente suya. Niegan cualquier tipo de influencia por parte del padre aceptado.
- Apoyo reflexivo al progenitor "alienante" en el conflicto parental: Habitualmente los niños aceptan incondicionalmente la validez de las

⁵⁹ Bolaños, Iñaki, *Op. Cit.*, Nota 54, p.31.

alegaciones del padre aceptando contra el odiado, incluso cuando se les ofrece evidencia de que aquel miente.

- Ausencia de culpa hacia la crueldad y la explotación del progenitor “alienado”: Muestran total indiferencia por los sentimientos del padre odiado.
- Presencia de argumentos prestados: La calidad de los argumentos parece ensayada. A menudo usan palabras o frases que no forman parte del lenguaje de los niños.
- Extensión de la animadversión a la familia extensa y red social del progenitor “alienado”: El niño rechaza a personas que previamente suponían para él una fuente de gratificaciones psicológicas.”
- “Contradicciones: Suele haber contradicciones entre las propias declaraciones del niño y en su narración de los hechos históricos.
- El niño tiene información inapropiada e innecesaria sobre la ruptura de sus padres y el proceso legal.
- El niño muestra una dramática sensación de urgencia y fragilidad: Todo parece tener importancia de vida o muerte.
- Marcada ausencia de pensamiento complejo acerca de las relaciones.
- El niño demuestra un sentimiento de restricción en el permiso para amar y ser amado.”⁶⁰

El síndrome de alienación parental pasa por diferentes fases, la primera es la más ligera, consiste en hacer una campaña de deshonra en contra de uno de sus padres, campaña que no tiene razón, esto se da porque el hijo se empeña en ver a uno de los padres como el bueno y al otro como el malo de la historia. Como consecuencia de esto, el padre “bueno” es amado e idealizado, mientras que el progenitor “malo” es odiado, rechazado y difamado.

En la segunda etapa, el síndrome aparece de forma moderada, la alienación suele ser más importante, los hijos tienden a estar más negativos e

⁶⁰ *Ibídem*, p.27.

irrespetuosos y la campaña de deshonra anteriormente mencionada, suele ser ininterrumpida. Los hijos defienden la idea de que no están influenciados, durante las visitas hacia con el otro padre son con actitud rebelde incluso, suelen destruir pertenencias del padre.

Por último la etapa en que el síndrome aparece de manera severa, donde las visitas hacia el otro padre se tornan imposibles. La molestia de los hijos es tan grande que incluso puede llegar a la violencia física hacia el padre. En esta etapa donde las visitas son imposibles, suelen forzarse, dando lugar a que el hijo se escape o tome un comportamiento desesperante para el padre.

b) Consecuencias del Síndrome de Alienación Parental

Respecto a las consecuencias, el Síndrome de Alienación Parental, no es la excepción, ya que en los hijos es en la que recae este problema y es que dependiendo la edad y la etapa por la que estén pasando es la marca o la huella que el síndrome de alienación dejará en ellos.

“Los adolescentes y adultos jóvenes mantienen vivos los recuerdos a muchos años del divorcio de sus padres, lo que les hace expresar angustia respecto a sus relaciones amorosas y a un posible fracaso matrimonial.”⁶¹

Muchas veces nos preguntamos porque una persona tiene la idea de que el matrimonio es un fracaso seguro, o le tiene miedo, si nunca ha pasado por esto, o que no pueda entablar una relación a largo plazo, siendo culpable de ello los traumas, vivencias y experiencias que terceros en este caso sus padres dejan en ellos.

En el caso de los niños, podemos encontrar desde trastornos de ansiedad, ya que los menores viven bajo un fuerte estrés. También aparecen los trastornos en el sueño, regularmente sufren de pesadillas y en la alimentación suelen comer compulsivamente o dejarlo de hacer. Por último pero no menos importante,

⁶¹ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, Nota 56, p.244.

aparecen los trastornos de conducta, trayendo consigo conductas agresivas, llegando a ello cuando el síndrome se encuentra en una etapa severa, ya que tienen problemas para controlar sus impulsos, éstas conductas pueden ser de manera verbal como insultos o de manera física como los golpes, teniendo también conductas de evitación, que como su nombre lo indica evita a toda costa al padre alienado. En este trastorno utilizan lenguajes y expresiones de adultos, mencionando términos y procesos judiciales y temas que es extraño que un niño conozca. Sufren de una dependencia emocional, en el que los menores sienten que su cariño está condicionado, tienen que odiar a un padre para ser queridos por el otro.⁶²

Este tipo de consecuencias son tanto a corto, mediano y a largo plazo, ya que desde la llegada del síndrome, durante y después los hijos desencadenan una serie de comportamiento y sentimientos que marcaran sus vidas, su formación, su conducta así como la relación que tendrán con sus padres.

Es importante conocerlo, ya que sabiendo la importancia de las consecuencias que podemos dejar en los hijos por un conflicto o hasta cierto punto “una guerra” entre cónyuges, los traumas y miedos marcaran su autoestima para toda la vida.

IV. La Violencia y sus Manifestaciones

El significado de la palabra violencia lo podemos encontrar en el Diccionario Jurídico de Rafael De Pina como... “Acción física o moral lo suficientemente eficaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre quien se ejerce.”⁶³

Dando a entender que la violencia es el sometimiento de una persona a otra que es incapaz de actuar para defenderse.

⁶² Cfr. Segura, C., Gil, M.J., Et. Al., *Op. Cit.*, Nota 53, p.124.

⁶³ De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, Nota 2.

La violencia, según Jhon Callejas... “es una acción ejercida por una o varias personas las cuales someten intencionalmente a otra u otras, causando en ellas presión, sufrimiento, manipulación o cualquier acción que atente contra su integridad física, psicológica y/o moral.”⁶⁴

Entonces la violencia es el sometimiento de una persona a otra, mediante la presión, sufrimiento, manipulación, entre otras acciones que causen daño físico, psicológico o moral.

La violencia, es una característica fundamental del ser humano, para poder enfrentar un medio hostil, hasta el punto que es necesario contar con un cierto grado de violencia, para sobrevivir.⁶⁵

Todos tenemos una idea de lo que es la violencia, ya que a diario vivimos con ella, podemos verla en la televisión, en la radio, en los periódicos, en la escuela, en el hogar, etc., siendo hasta cierto punto según González Miers, necesaria para la vida cotidiana.

Por otro lado, para Graciela Medina, la violencia es como “...el fracaso en el proceso de socialización”⁶⁶ por lo que para que la violencia aparezca en las distintas situaciones de conflicto deben dirigirse un variable número de factores, como lo son los factores neurobiológicos, psicológicos, socioculturales, etc.

Como sabemos, la violencia es una cultura en nuestra sociedad, que para desgracia está muy enraizada y que para algunos parece muy placentero, somos partidarios de que la violencia puede disminuir poco a poco hasta desaparecer, faltará la socialización y difusión del tema para crear conciencia del mismo, ya que al vernos envueltos en ese círculo no podemos ver lo que estamos viviendo gracias a que nos hemos acostumbrado a ello.

⁶⁴ Callejas Pérez, Jhon, *La violencia*, <http://www.monografias.com/trabajos15/la-violencia/la-violencia.shtml>, Noviembre/2012.

⁶⁵ Cfr. González Miers, Ma. Del Rocío, *El duelo en la mujer golpeada*, México, D.F., Editorial Panorama, 2010, p.39.

⁶⁶ Medina, Graciela, *Visión jurisprudencial de la violencia familiar*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, p.11.

Desafortunadamente, en nuestro Estado, la violencia es mucho más común que la paz y la tranquilidad, en donde en las escuelas si no generas violencia eres violentado, en donde en los trabajos si no generas violencia, eres humillado, en donde en la familia si no generas violencia, no eres respetado.

Por lo que podemos deducir que cuando existe violencia, siempre la víctima será inferior en todos los sentidos a su agresor, dependiendo el tipo de violencia emitida, si hay violencia física será a nivel físico, psicológica a nivel psicológico, económica a nivel económico, etc.

A. Tipos de Violencia

La violencia, se puede presentar en distintos aspectos, por ello cuenta con clasificaciones y es necesario identificar los tipos de violencia que existen, si no todos por lo menos los más destacados.

Dependiendo del agresor, de la víctima, de la situación, del contexto, del lugar y de una serie de elementos, podremos entender ante qué tipo de violencia nos enfrentamos.

Para esta investigación, es necesario resaltar e identificar la violencia de género, la violencia infantil, la escolar y la laboral, para poder llegar a lo que es la violencia familiar.

1. Violencia de Género

La violencia de género, un concepto relativamente nuevo, y hablamos de concepto ya que la violencia contra la mujer ha existido desde siempre, simplemente es que ha dejado de ocultarse en estos últimos tiempos y se le ha otorgado un nombre y cierta socialización para su combate.

Ésta se da, mediante la manifestación de la desigualdad entre géneros, es el recurso que utilizan muchos hombres para dominar a las mujeres y mantener sus privilegios en la familia, en el trabajo, en instituciones, etc., los efectos de esta violencia son graves para las víctimas y altamente costosos para la sociedad.⁶⁷

El “género” es la elaboración imaginaria que la sociedad construye a partir de las diferencias sexuales. Este tipo de “construcciones”, supone diferencias claras entre hombres y mujeres, con desventaja de estas últimas. Las cuales se manifiestan en todos los aspectos, desde el político y el económico hasta el laboral y el social.

“...la violencia que se ejerce en contra de la mujer lleva implícita la desigualdad de género y no es más que una práctica aprendida, consciente y orientada, de una organización social fincada sobre la base de esa desigualdad.”⁶⁸

Estas diferencias, comienzan desde la infancia, es decir, desde el momento en que, aun antes de nacer, mantenemos expectativas diferenciadas para niñas y niños o los socializamos de una forma distinta, siguiendo estereotipos profundamente enraizados en nuestra cultura.

Es justamente, por este tipo de violencia que comienzan las investigaciones de violencia familiar, gracias a la violencia que en un principio era dirigida a la mujer por considerarse el sexo más vulnerable, posteriormente las autoridades comenzaron a regular la violencia hacía los niños y ancianos en el ambiente familiar por tratarse de los miembros más débiles en ese entorno.

2. Violencia Infantil

La violencia infantil o maltrato infantil nos define la Organización Mundial de la Salud, como:

⁶⁷ Cfr. Instituto Nacional de las Mujeres, *Programa nacional por una vida sin violencia*, México, 2002-2006, p.12, http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100476.pdf, Diciembre/2012.

⁶⁸ Azaola, Elena, *Violencia intrafamiliar y maltrato infantil*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Cuadernos para la educación en derechos humanos número 2, p.11.

“...los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil.”⁶⁹

El maltrato infantil es una causa de angustia para los niños y las familias, y puede traer consecuencias a corto y sobre todo a largo plazo.

Este tipo de maltrato es con el que hay que tener cuidado, ya que puede durar toda la vida, es decir, lo que en un principio será maltrato infantil y acostumbrará al menor a ser una víctima de maltrato, a lo largo de su vida buscará inconscientemente personas agresivas para convivir, pasando a una violencia, violencia de género, violencia escolar, violencia laboral, etc. y viviendo todo tipo de violencia en las etapas de su vida.

“El maltrato causa estrés y se asocia a trastornos del desarrollo cerebral temprano. Los casos extremos de estrés pueden alterar el desarrollo de los sistemas nervioso e inmunitario. En consecuencia, los adultos que han sufrido maltrato en la infancia corren mayor riesgo de sufrir problemas conductuales, físicos y mentales, tales como:

- actos de violencia (como víctimas o perpetradores);
- depresión;
- consumo de tabaco;
- obesidad;
- comportamientos sexuales de alto riesgo;

⁶⁹ Organización Mundial de la Salud, *Maltrato infantil*, Nota descriptiva No. 150, 2010, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/index.html>, Noviembre/2012.

- embarazos no deseados;
- consumo indebido de alcohol y drogas.”⁷⁰

El maltrato en la etapa de la niñez, marca la formación de la persona y encamina el rumbo que tomará su vida, es por ello que es importante como sociedad, estar informados que muchas veces aquella persona de la que tanto nos quejamos, tenga la conducta que tiene no porque quiere, sino porque sus vivencias así lo formaron.

3. Violencia Escolar

La violencia escolar o recientemente conocida como “bullying” ha absorbido una gran cantidad de estudios, ya que las consecuencias que deja van desde traumas psicológicos, futuros delincuentes hasta el punto más grave, en que la víctima termina suicidándose o peor aún, privando de la vida a su agresor o agresores y posteriormente suicidándose.

En el ámbito escolar, los estudiantes conviven diariamente, donde tienen que lidiar con problemas, diferencias y opiniones encontradas que se presentan entre sí, en donde en nuestra cultura “lo normal” es resolver esas situaciones con violencia o con golpes.

El gobierno federal de nuestro país, en pro de pacificar las escuelas, lanza una guía básica de prevención de la violencia en el ámbito escolar, con el fin de socializar el tema, es ahí donde podemos encontrar que el bullying es... “una conducta de persecución y agresión física, psicológica o moral que realiza un alumno o grupo de alumnos sobre otro, con desequilibrio de poder y de manera reiterada.”⁷¹

⁷⁰ *Ídem.*

⁷¹ Gobierno Federal, *Guía básica de prevención de la violencia en el ámbito escolar*, México, SNTE, SSP, SEP, p.21.

El bullying, incluye actitudes prepotentes y arrogantes de unos hacia otros, así como la crueldad de la agresión física o psicológica, aunando la marginación y la exclusión social.

4. Violencia Laboral

En el ámbito laboral, dónde prevalecen los insultos, ofensas y agresiones tanto verbales como físicas, es actualmente una realidad con la que vivimos diariamente, tanto en las empresas públicas o privadas.

“Mobbing” término usado para identificar una parte importante de los problemas laborales. Mientras el impacto en nuestra sociedad del mobbing es creciente, no alcanza aún un concepto general entre sus investigadores, pero podemos reconocerlo como “...un proceso de agresión sistemática y repetida por parte de una persona o grupo hacia un compañero, subordinado o superior.”⁷²

Este tipo de violencia suele ser sistemática, es decir comienza por lo regular de lo más a lo menos y se convierte en un patrón repetitivo al grado de afectar en la autoestima de la víctima, pudiendo sacar sus frustraciones con alguien que ella cree ser su inferior.

Si bien es cierto que no hay un concepto general para este término, todos los autores dedicados al tema coinciden en tres puntos: “repetición de actos negativos hacia una persona en su trabajo, incapacidad de la víctima para defenderse y gravedad de las consecuencias indeseables sobre dicha víctima.”⁷³

Las personas que sufren de mobbing, por lo regular soportan este tipo de humillaciones por el terror de ser despedidos de sus trabajos o en busca de un ascenso en el mismo. De igual manera puede que la víctima de mobbing, sea víctima también de otro tipo de violencia en otra fase de su vida.

⁷² Gonzalez, David y Graña, José Luis, Sinc, La Ciencia es Noticia, <http://www.agenciasinc.es/Noticias/Un-14-de-los-trabajadores-sufrio-algun-tipo-de-acoso-laboral-en-los-ultimos-seis-meses>. Febrero/2014.

⁷³ Topa Cantisano, Gabriela, Depolo, Marco, Et. Al, *Acoso laboral: meta-análisis y modelo integrador de sus antecedentes y consecuencias*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2007, p.87.

V. Violencia Familiar

Creemos que para poder comprender el delito de violencia familiar, debido a las controversias que éste ha generado, en cuestión si debiera o no ser un delito, debemos estudiarla desde un nivel sociológico, pasando por el psicológico hasta el ámbito jurídico penal, lo que sería verlo tridimensionalmente, para poder estudiarlo eficazmente.

La violencia familiar, según Ma. del Rocío es "...cualquier acción u omisión que ocasiona daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial a un miembro de la familia, que se da por parte de parientes o conviviente o ex conviviente; cónyuge o ex cónyuge, o con quien se haya procreado hijos o hijas."⁷⁴

Para que pueda ser violencia familiar, es indispensable que los actos u omisiones destinados a ocasionar el daño o sufrimiento sea entre miembros de la familia, entre cónyuges o excónyuges así como entre concubinos e incluso con alguna pareja con quien se haya procreado hijos, sin necesidad de haber cohabitado bajo el mismo techo.

Según jurisprudencia emitida por los Magistrados Cleotilde Schettino, Lázaro Tenorio y Jorge Sayeg:

"La violencia familiar está conformada por una serie de actos que dan como resultado una conducta violenta, la que no debe entenderse en el sentido de que a cada instante el agresor debe efectuar un acto u omisión que directa o indirectamente lesione a la víctima, sino que dicha conducta se refiere a la disposición del agresor que confirme, en cualquier momento, el ambiente ya establecido de temor, agresión física u omisiones que conforman la violencia familiar, dentro del entorno de un matrimonio o familia."⁷⁵

⁷⁴ González Miers, Ma. Del Rocío, *Op. Cit.*, Nota 65, p. 40.

⁷⁵ Shettino Pym, Cleotilde Susana, Tenorio Godínez, Lázaro, Et. Al., *Anales de jurisprudencia*, México, D.F. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Lo que la jurisprudencia nos dice es que para que exista una violencia familiar, esta debe de ser continua y constante, pero eso no implica que debe ser a cada instante en el que el agresor esté agrediendo a la víctima, simplemente que haya una periodicidad lógica y que el ambiente en el que convive la familia ya sea un ambiente de temor, en el que se espera de parte de la víctima un ataque del agresor en cualquier momento.

En el caso de la violencia familiar la protagonista por lo regular es la mujer y suele pasar que en el espacio familiar no perciben esta situación ya que para ellas es algo cotidiano vivir acompañadas de la violencia.

En el hogar donde se supone hay un marco de protección, afecto y cuidado para los miembros de la familia, suele verse empañado por el daño, el temor, y las amenazas las cuales hacen difícil que el tema salga fuera del núcleo familiar.

Suele darse por la falta de respeto entre los miembros de la familia, por el machismo, y/o por la impotencia de estos, porque se ve a la mujer como el miembro más vulnerable de la familia, entre otras cosas.⁷⁶

La violencia familiar no distingue clases sociales, tipos de familia o comunidad, esta puede darse en cualquier núcleo familiar, siempre y cuando los miembros del mismo lo permitan.

Las adicciones como la drogadicción, ludopatía, alcoholismo, etc., la falta de conciencia de los miembros de la familia, la falta de educación para saber que existen vías alternativas para solucionar los problemas en la familia, el no poder controlar los impulsos, la falta de comprensión o comunicación que existe entre las parejas y entre los miembros de la familia, la incompatibilidad de caracteres, la falta de comprensión hacia los niños⁷⁷ la existencia de la violencia legítima, o sea aquella que aprendemos de nuestros padres, la manipulación, entre otras cosas, pueden propiciar una violencia familiar.

⁷⁶ Cfr. Callejas Pérez, Jhon, la violencia, *Op. Cit*, Nota 64.

⁷⁷ Cfr. *Ídem*.

En este punto es de suma importancia, que no confundamos un acto violento en la familia a una violencia familiar, ya que es algo muy estrecho pero con una gran diferencia, el acto violento puede llegar a ser muy grave, incluso tener consecuencias fatales al igual que la violencia familiar, incluso puede existir acto violento en la familia, sin necesidad de que exista una violencia familiar, lo que diferenciará a uno de otro es que la violencia familiar debe llevar una periodicidad de los actos y el fin que persigue el agresor será distinto, el cual descubriremos en el Capítulo Segundo de la presente tesis.

Cuando hay niños de por medio, ya sea recibiendo violencia directa o indirecta, en un corto o largo plazo, estos:

“...tendrán problemas de conducta, aprendizaje, problemas relacionados con el estrés y problemas de adicción. Debido a que los niños aprenden mientras observan, si ven que de una u otra forma la violencia funciona, fundamentalmente si se utiliza vs. alguien menos poderoso, aprenden que se controla a alguien a través de la conducta violenta”⁷⁸

Baja autoestima, bajo rendimiento escolar, problemas emocionales, desarrollo del conflicto paterno filial, prostitución e inclusive muy probablemente logren desarrollar el síndrome de alienación parental con alguno de los padres, lo que haría que terminaría odiando a uno de sus progenitores.

Lo que queremos decir es que la violencia familiar trae desde la más insignificante hasta la más grave consecuencia, muy probablemente, a la hora de formar sus propias familias, los hijos que vivieron esa violencia, repitan el patrón violento, ya que así fue como les tocó vivir y, lo que aprendieron es que el respeto, el orden y la buena conducta se ganan con violencia, lo que significa que en algún momento podrán ser también unos delincuentes, y no solo por el delito de violencia familiar, ya que esta conducta la repetirían en su vida cotidiana, afectando lo escolar, laboral, sentimental, toda su vida en sí, la falta de amor, de atención, de educación y una actitud violenta, pueden llevarlos a cometer

⁷⁸ González Miers, Ma. Del Rocío, *Op. Cit.*, Nota 65, p.43.

cualquier otro delito, lo que pasaría igual con sus hijos y los hijos de sus hijos y así sucesivamente, hasta que no se corte ese círculo de patrón repetitivo.

Por lo que entendemos por violencia familiar toda fuerza que se utiliza por parte de un miembro de la familia, para obligar a otro del mismo grupo de unión por vínculo de parentesco consanguíneo, por matrimonio, adopción, etc., en donde se crean deberes, obligaciones, facultades y derechos entre los mismos, a hacer algo que no desea realizar

A. Formas de Manifestación de la Violencia Familiar

Dentro de la violencia familiar, también existen diversos tipos de violencia, que van desde la física, emocional, verbal, sexual, económica, celotipia, violencia patrimonial hasta la negligencia.

1. Violencia Física

“En toda la historia de la humanidad, a la mujer se le ha considerado el sexo “débil”, -independientemente de la cultura, zona geográfica o religión- entonces como consecuencia se le ha considerado como subordinada y dependiente, mientras que el hombre se ha convertido en el sexo dominante.”⁷⁹

Es por ello que este tipo de violencia por lo regular la que se ve afectada es la mujer, aunque debemos decir que son pocas las ocasiones en que el hombre es el que sufre la violencia familiar por violencia física pero los hay, y cada vez más salen a la luz de la sociedad, ya sea porque la mujer se está cansando de ser el sexo “débil” o porque el hombre ya no lo oculta o no puede ocultarlo, pero es sin duda algo con lo que estamos comenzando públicamente a vivir.

⁷⁹ *Ibíd.*, p.93

“Los golpes, manazos, bofetadas, coscorriones, pellizcos, etc. es violencia física”⁸⁰ la violencia física, es el daño corporal que hacemos o nos hacen, siendo la víctima más débil que el agresor, ya sea hombre o mujer, un niño o un anciano.

Este tipo de violencia se caracteriza por lastimar con las manos, pies o con objetos, cualquier parte del cuerpo de otra persona, algunas madres suelen golpear a sus hijos con el consentimiento del padre o viceversa con el pretexto de obtener la obediencia del niño.

El maltrato físico puede traer desde lesiones menores que no requieren atención médica y que no ponen en peligro la salud de la víctima, hasta fracturas de hueso, hemorragias internas y externas, quemaduras, hematomas⁸¹ y hasta en un caso grave la muerte.

Este tipo de violencia familiar, es la más fácil de aprender y percibir tanto para los hijos o miembros de la familia, como para la sociedad en general, ya que podemos apreciarla con todos los sentidos, estemos o no presentes en el acto.

En la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa, encontramos como definición de la violencia física “Todo acto de agresión intencional, en el que se utilice alguna parte del cuerpo u objeto, arma, sustancias para sujetar, inmovilizar o causar un daño a la integridad física del otro.”

La violencia física en la violencia familiar, es la única que no puede aparecer sola, es decir, suele estar acompañada por la violencia emocional, dejando consecuencias de la misma manera tanto físicas como emocionales, así mismo la violencia física es la más fácil de adquirir como patrón repetitivo en los menores de edad.

2. Violencia Emocional

⁸⁰ Centro de Cooperación Regional para la Educación de Adultos en América Latina y el Caribe, *Violencia en la Familia*, México, D.F, Editorial Los libros de mamá y papá, 2000, p.40.

⁸¹ Cfr. Callejas Pérez, Jhon, *Op. Cit.*, Nota 64.

La violencia emocional es más difícil de percibir que la violencia física, pero lastima igual o muchas veces más que esta.

“La intención de la violencia emocional es humillar, avergonzar, hacer sentir insegura y mal a una persona deteriorando su imagen y su propio valor, con lo que se daña su estado de ánimo, se disminuye su capacidad para tomar decisiones y para vivir su vida con gusto y desempeñar sus quehaceres diarios.”⁸²

Por lo que la violencia emocional, se inclina más al daño directo a la autoestima de la víctima, a la supresión de sus ideas, pensamientos y decisiones.

En la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa, encontramos como definición de la violencia psico-emocional “...la prohibición, condicionamiento, coacción, intimidación, amenazas, actitudes devaluatorias o de abandono que deterioren, disminuyan o afecten la estructura familiar o la personalidad de cualquier integrante de la familia.”

El rechazar, lo que implica abandonar, falta de muestras de cariño, aterrorizar, amenazar por ejemplo a los hijos con un castigo extremo creando el constante sentimiento de amenaza, el ignorar, el aislamiento siendo este la privación de la convivencia social, es violencia emocional. Muchas veces por la falta de información caemos en el error de que si vivimos en una familia donde se de este tipo de violencia, creemos que no lo existe por no saber más allá de la violencia física.

3. Violencia Verbal

⁸² Centro de Cooperación Regional para la Educación de Adultos en América Latina y el Caribe, *Op. Cit.*, Nota 80, p.42.

“La violencia verbal tiene lugar cuando mediante el uso de la palabra se hace sentir a una persona que no hace nada bien, se le ridiculiza, insulta, humilla y amenaza en la intimidad o ante familiares, amigos o desconocidos.”⁸³

Éste tipo de violencia, está muy ligada a la emocional, porque ambas son con el uso de la palabra el uso de ofensas, humillaciones, etc., con la diferencia de que la violencia emocional el daño que causa es más grande psicológicamente hablando.

En la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa, encontramos como definición de la violencia verbal “La agresión reiterada que ofenda, difame, injurie, agreda, denigre o humille a cualquier miembro de la familia.”

Esto es, las ofensas con palabras altisonantes, las humillaciones con “etiquetas” o apodos resaltando los defectos físicos o conductuales de las personas, las difamaciones y cualquier otro tipo de agresión verbal que de manera reiterada ofenda a cualquier miembro de la familia.

4. Violencia Sexual

La violencia sexual se da cuando un miembro de la familia obliga a otro, a tener cualquier contacto sexual contra su voluntad, o cuando se le obliga a participar en actividades sexuales y no se respetan sus deseos, opiniones ni sentimientos.

En la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa, encontramos como definición de la violencia sexual lo siguiente:

“La inducción a realizar prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor y practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja. También se considera maltrato sexual, a los delitos contra la libertad

⁸³ *Ídem.*

sexual y su normal desarrollo.”

El abuso sexual puede aparecer al tocar y acariciar el cuerpo de otro miembro de la familia contra su voluntad, así como en la exposición de los genitales y en la reclamación a la víctima de que satisfaga sexualmente al agresor.

Con la violencia sexual se puede dañar física y emocionalmente a la víctima. Esta “...se puede presentar como acoso, abuso sexual, violación o incesto.”⁸⁴

Se puede dar de manera repetitiva y durar mucho tiempo antes de que el agresor, quien se caracteriza por tener un poder superior a su víctima, sea descubierto.

La violación es una manifestación de la violencia sexual, la cual “...consiste en la penetración con el pene, los dedos o cualquier objeto en la vagina, el ano o la boca en contra de la voluntad de la víctima, quien es amenazada para mantener la violación en secreto. A veces se usan armas.”⁸⁵

Por lo regular, las personas que sufren violencia sexual no cuentan a nadie debiéndose, a que se sienten amenazadas o culpables de lo que les pasa, incluso porque sienten lealtad a la unión familiar.

5. Violencia Económica

La violencia económica aparece cuando uno de los miembros de la familia, usa el poder económicamente hablando para provocar un daño a otro.

En la violencia económica, las víctimas son privadas o tienen muy restringido el manejo del dinero, la administración de los bienes propios o

⁸⁴ *Ibidem*, pp.46-49.

⁸⁵ *Ídem*.

conyugales, mediante conductas agresivas, impidiendo su derecho de propiedad sobre los mismos.⁸⁶

La mayoría de las veces, las mujeres suelen ser las víctimas aunque la violencia económica también existe entre hijos y padres sobre todo cuando estos últimos ya son mayores.

En la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa, encontramos como definición de la violencia económica lo siguiente:

“Es toda acción u omisión del agresor que afecta la supervivencia económica de la víctima. Se manifiesta a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas, así como la percepción de un salario menor por igual trabajo, dentro de un mismo centro laboral.”

Es importante dejar en claro que la violencia económica, puede presentarse independientemente de una violencia física o emocional, puede existir una prohibición o control económico y de los bienes tanto con los cónyuges como con los hijos y tener armonía en los demás aspectos del núcleo familiar.

6. Celotipia

En la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa, encontramos como definición de la celotipia “Los celos dirigidos a controlar y someter la voluntad de una persona a la propia.”

La celotipia, que muchas veces confundida con “amor” o “protección” suele darse desde la etapa del noviazgo, cuando al novio, en el caso, no le parece adecuada la forma de vestir de ella, por pensar que viste muy “provocativa” a lo que la mujer, termina cambiándose de vestimenta, para no “hacer enojar” a su novio.

⁸⁶ Cfr. Mira, Alicia, Bruno, Adriana, Et. Al., *Aprender a identificarla*, Córdoba, <http://ezetz.net/files/2011/02/violencia-economica.pdf>, Diciembre/2012.

Otro de los casos muy comunes es cuando alguno prohíbe al otro salir a divertirse con sus amigos. Por la edad o por la inmadurez de la relación de pareja, nos cegamos y creemos que lo hacen para protegernos cuando en realidad están ejerciendo violencia y que tarde o temprano, este tipo de violencia se convertirá en violencia verbal y/o emocional.

La celotipia, si comienza desde el noviazgo, tiende a seguir, incluso a agravarse durante el matrimonio y por lo regular la sociedad tiende a estar faltante de información en este tema al ignorar que la celotipia es violencia familiar.

7. Violencia Patrimonial

En la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa, encontramos como definición de la violencia patrimonial lo siguiente:

“Es cualquier acto u omisión que afecta la supervivencia de la víctima. Se manifiesta en: la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la víctima.”

Este tipo de violencia se presenta con regularidad en los divorcios o separaciones, cuando comienza la lucha de la división de bienes, “se esconden” “desaparecen” o “se pierden” escrituras, facturas, etc., para hacer imposible la incorporación de los bienes en la sociedad conyugal.

Los pasaportes son un ejemplo claro de la pérdida o desaparición de documentos, con la intención de que la víctima no pueda viajar fuera de la ciudad ni del país.

La violencia patrimonial en nuestro Estado, es nueva ya que entró en la reforma del 25 de Abril del 2012, por lo que será muy común la desinformación de

la sociedad de dicha violencia.

8. Negligencia

Por lo regular este tipo de violencia va dirigida a los niños o ancianos, ya que son ellos los que necesitan de protección y cuidados especiales.

Se le denomina negligencia porque es el resultado de una equivocada jerarquía en las responsabilidades familiares, un ejemplo sería que un padre en lugar de comprar alimentos y víveres necesarios para el hogar, o pagarle la educación a sus hijos, etc., gastara el dinero en cosas innecesarias y así exponiendo a sus hijos poniéndolos en desventaja en sus vidas.⁸⁷

Estamos ante una negligencia cuando se priva al niño o anciano, de los cuidados básicos, aun teniendo los medios para hacerlo, se retrasa o descuida la salud, alimentación, protección, etc.

Este tipo de violencia, no podemos encontrarla regulada en nuestras leyes, pero se equipara a la omisión en el delito de violencia familiar, ya que la familia está en calidad de garante con todos sus miembros, por lo que debería garantizar el bienestar y la supervivencia de la misma.

9. La Omisión

Aunque no exista mucha información de la omisión en el delito de violencia familiar, no debemos dejarla de lado, ya que también es una forma de manifestación de la violencia familiar y nuestras mismas leyes así nos los dicen, “Por violencia familiar debe entenderse cualquier acción u omisión que de manera directa e indirecta causare daño o sufrimiento...” para poder comprender el importante papel de esta figura dentro del tipo de violencia familiar, deberemos

⁸⁷ Cfr. Cussiánovich Villarán, Alejandro, Tello Gilardi, Janet, Et. Al., *Violencia Intrafamiliar*, Perú, Poder Judicial, 2007, pp.27 y 28.

primero entender la definición de la omisión, para posteriormente concluir con el objetivo de esta en el presente delito.

La omisión es "...la abstención de una actuación que constituye un deber legal, como la asistencia a menores incapacitados o a quien se encuentra en peligro manifiesto y grave."⁸⁸

Podemos decir entonces, que omisión, es la acción de no hacer o de dejar de hacer, por ello es que no damos la importancia necesaria a tal figura en el tipo de violencia familiar, ya que nos concentramos y damos por hecho que para que exista la violencia familiar debemos llevar a cabo una acción, sin tomar en cuenta que el no hacer o dejar de hacer, también nos puede llevar a cometer dicho delito.

Por otro lado Raúl Plascencia, nos permite con su definición de omisión, llegar más a fondo con el enfoque que realmente necesitamos:

"La omisión no es como generalmente se entiende el comportamiento de no hacer nada, sino dejar de hacer algo previsto por la ley, por ende, la conducta omisiva no implica algo tan simple como la falta de movimiento corporal, pero sí la voluntad de no realizar el acto que de haberse efectuado, no hubiera lesionado o puesto en peligro un bien jurídico."⁸⁹

Es decir, la omisión que produce un delito, no es la acción de no hacer nada, sino la acción del dejar de hacer lo que la ley nos pide, por ello lleva dicha acción implícita la voluntad de no realizar el acto que debía haberse efectuado.

Un hecho de omisión, podemos describirlo según Edmund Mezger como:

"Cuando el autor no hace algo que debe hacer, esto es, infringe una norma preceptiva; puede ser:

- a) Simple omisión, llamada omisión propia, delito de omisión; aquí interesa la circunstancia de que no se actúa; queda sólo lesionada,

⁸⁸ Marsiglia, Irene, *Violencia por omisión*, <http://www.iglesiaenmarcha.net/2009/07/violencia-por-omision.html>, Marzo/2014.

⁸⁹ Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p.58.

por lo tanto, la norma preceptiva, como ser el no alejarse, el no denunciar, la omisión en numerosos casos de contravenciones;

- b) Omisión que produce el resultado, llamada omisión impropia, delito comisivo mediante omisión; aquí, la circunstancia de que no se actúa debe producir un resultado; además de la norma preceptiva, queda también infringida una norma prohibitiva (el autor no hace lo que debe hacer y produce por ello un resultado que no debe producir). Salvo pocas excepciones, todo delito puede ser cometido tanto por medio de una actividad positiva como mediante una omisión, si existe un deber jurídico de actuar: por ejemplo, la muerte del niño ocasionada por la madre que lo deja morir de hambre, y el hecho punible que pone en peligro la seguridad del transporte, cometido por el guardavía que no realiza el debido cambio de agujas.”⁹⁰

Es decir, la omisión del delito podemos encontrarla dividida en dos tipos de omisión, por un lado la omisión propia, que es aquella que se produce por no actuar en beneficio propio, por no brindar protección propia cuando podía realizarse, es decir en el delito de violencia familiar, la víctima al no denunciar al agresor, está cometiendo omisión propia, porque no está haciendo nada por salvaguardarse.

Por otro lado la comisión por omisión se presenta cuando la misma norma prohíbe la omisión de ciertos hechos y además el que infringe al omitir debió haber protegido el bien jurídico tutelado y de esa manera haber actuado para que este no se lesionara, es decir su actuación lo llevo a omitir el hecho punible, lo que lo hace cometer un delito.

Cuando estemos en presencia de delitos impropios de omisión, podemos identificarlos según los siguientes aspectos:

- “1.- Se parte de la afirmación de la causalidad para el resultado de las llamadas condiciones negativas;

⁹⁰ Mezger, Edmund, *Derecho penal parte general*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, pp.105 y 106.

2.- La posición de garante aparece como una consecuencia de la concepción de las prohibiciones del derecho penal, como integradas también por un mandato (secundario) de impedir el resultado;

3.- La responsabilidad es consecuencia de la infracción de este mandato de acción dirigido de una manera altamente especializada a una persona que se encuentra “puesta en una especial situación de estrecha vinculación con el bien jurídico”. Esta situación fundante del deber puede surgir directamente de la ley o estar concentrada a ciertos hechos sociales (injerencia y aceptación del deber jurídico contractualmente);

4.- Tácitamente queda afirmado que sólo determinada clase de autores aquellos que sean “garantes” pueden realizar el tipo, que en consecuencia sería un delito propio;

5.- No cualquier mandato de acción da lugar a una posición de garante.”⁹¹

Enfocando lo anterior al delito que nos atañe, que es el de violencia familiar, podemos decir entonces que aquel que cometa omisión en dicho delito, estaría encuadrado en la omisión impropia, por tener la posición de garante, ya que aquel que pertenece a la familia, está obligado a garantizar la protección del bien jurídico tutelado que es el bienestar familiar así como el sano desarrollo de cada uno de sus miembros.

Para que pueda ser una omisión impropia o una comisión por omisión, aquel que omite debe estar en una estrecha vinculación con el bien jurídico tutelado lesionado, lo que tendría relación con el párrafo anterior ya que el bien jurídico tutelado por el derecho penal en el delito de violencia familiar, es de todos los miembros de la familia, es por ello que aquel que omite la violencia familiar deberá ser un pariente según la ley, y como consecuencia éste tendrá una estrecha vinculación con el bien jurídico en cuestión.

⁹¹ Plascencia Villanueva, Raúl, *Op. Cit.*, Nota 89, p.62.

“En términos generales, hay violencia por omisión cuando una persona omite cumplir sus deberes respecto a otra con la cual tiene, o haya tenido, relación de parentesco, por ejemplo los padres hacia los hijos (los deberes inherentes a la patria potestad), los hijos hacia los padres ancianos, etc.”⁹²

Cuando un pariente en lugar de brindar protección a la familia, omite la violencia que se vive en ella, por el solo hecho que no hizo lo que debía hacer, es decir proteger el bien jurídico tutelado en la violencia familiar, comete el delito de omisión, en este caso de comisión por omisión.

VI. Antecedentes Legislativos del Delito de Violencia Familiar

El delito de violencia familiar en México, es un delito prácticamente nuevo, sin embargo esto no quiere decir que haya surgido de un día para otro o que simplemente se le haya ocurrido la repentina idea a algún legislador de nuestro país.

Para que la violencia familiar pudiera tipificarse, pasaron largos años de investigación y de lucha contra éste fenómeno, por lo que para comprenderlo debemos comenzar desde el origen, a partir de la violencia en lo general, a partir del problema que representa a la sociedad.

A. Ámbito Internacional

El problema de la violencia familiar, dio inicio gracias a la preocupación de las organizaciones internacionales en primer lugar, un interés de género, de proteger a la mujer, después al niño y al anciano y posteriormente a la familia. El trabajo realizado actualmente, en parte debemos agradecer a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y a la Organización de los Estados Americanos (OEA).

⁹² Marsiglia, Irene, *Op. Cit.*, Nota 88.

El tema de la violencia familiar, comenzó brindando ayuda y garantía a la mujer, ya que se creía era el sexo más vulnerable, sin embargo no fue suficiente para abordarse y erradicarse, por lo que posteriormente se dio la negociación y posteriormente la adopción de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, (CEDAW), siendo adoptada el 18 de diciembre de 1979 en la ONU.

Esta convención se enfoca en combatir la discriminación contra la mujer, por ello se considera la “Carta de los Derechos Humanos de las Mujeres” y hasta la fecha la CEDAW, sigue siendo el instrumento internacional más importante para garantizar la igualdad de las mujeres y para eliminar todo tipo de discriminación hacia ellas.

En el año de 1980, la CEDAW es firmada por México y posteriormente ratificada el 3 de marzo de 1981, la cual compromete a los Estados⁹³ “...a adoptar políticas públicas y medidas legislativas enfocadas a las distintas realidades de la vida de las mujeres, para eliminar la discriminación persistente en contra de ellas en todas sus formas y manifestaciones, haciendo uso, cuando sea necesario, del recurso de la acción afirmativa.”

Ya en 1980, se lleva a cabo la Segunda Conferencia de la Mujer en Copenhague, Dinamarca y por primera vez se aborda el tema de la violencia hacia la mujer, incluyendo la violencia familiar, ya que representa una violación a sus derechos humanos, es por ello que debe tratarse como un asunto público.⁹⁴

Es gracias a la Segunda Conferencia de la Mujer, que la CEDAW se da cuenta que en realidad se estaban violando los derechos humanos de la mujer y decide hacer ciertas recomendaciones a los Estados Partes, para la elaboración o modificación de sus correspondientes leyes y políticas públicas.

Destacando como recomendación, incluir información en sus informes sobre la legislación vigente para proteger a las mujeres de cualquier tipo de

⁹³ Cfr. Instituto Nacional de las Mujeres, CEDAW, <http://www.inmujeres.gob.mx/index.php/ambito-internacional/cedaw>, Marzo/2014.

⁹⁴ *Ídem.*

violencia en la vida cotidiana, ya sea violencia sexual, malos tratos en el ámbito familiar, acoso sexual en el lugar de trabajo etc., así como tomar las medidas correspondientes para erradicar la violencia y apoyo a las mujeres que sufran de agresiones y malos tratos.⁹⁵

Las recomendaciones destacan lo relativo a que los Estados Parte, velen por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra las mujeres, protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y dignidad.

En el marco del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, llevado a cabo en la Habana, Cuba del 27 de Agosto al 07 de Septiembre de 1990⁹⁶ teniendo en cuenta la ONU, entre otras cosas:

“...la necesidad de proseguir la labor emprendida respecto a la violencia contra todos los miembros de la unidad familiar.

Reconociendo la inquietud de los estados miembros con respecto a la violencia en el hogar, dada su calidad de problema urgente que merece atención especial y la adopción de medidas concertadas.

Consiente de que la violencia en el hogar es un problema crítico que tiene repercusiones físicas y psicológicas graves para los distintos miembros de la familia y pone en peligro de la salud y la sobrevivencia del núcleo familiar.

Reconociendo que la violencia en el hogar puede revestir muchas formas, tanto físicas y psicológicas.

Reconociendo la necesidad de centrar la atención en todas las víctimas de la violencia en el hogar y considerar la posibilidad de adoptar enfoques

⁹⁵ Cfr. UNIFEM, *La eliminación de la violencia en contra de las mujeres en México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006, pp. 15 y 16.

⁹⁶ ONU, *Octavo congreso de las naciones unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente*, http://www.asc41.com/UN_congress/Spanish/8S%20Octavo%20Congreso/A_CONF144_28_REV1.pdf, Octubre/2012.

especializados y políticas comunes con respecto a la mujer, el niño, los ancianos y las personas particularmente vulnerables debido a algún tipo de impedimento.”

Destacando la preocupación de esta organización internacional en la violencia familiar, manifestándose tanto física como psicológicamente siendo esto un peligro para el núcleo del bienestar familiar.

Es por lo anteriormente señalado que la Organización de las Naciones Unidas se da la tarea de exhortar a todos sus países miembros entre otras cosas a lo siguiente:

“1.- Insta a los Estados miembros a que emprendan o prosigan el examen, la formulación y la aplicación de políticas, medidas y estrategias multidisciplinarias, dentro y fuera del sistema de justicia penal, con respecto a la violencia en el hogar en todas sus formas, incluidos los aspectos jurídicos, judiciales, sociales, educativos, psicológicos, económicos, sanitarios, correccionales y relativos al cumplimiento de la ley y, en particular:

- a) Adopten medidas posibles con miras a prevenir la violencia en el hogar.
- b) Velen por que las víctimas de la violencia en el hogar reciban tratamiento justo y asistencia eficaz.
- c) Fomenten una mayor conciencia y sensibilización respecto de la violencia en el hogar, en particular promoviendo la formación de profesionales de la justicia penal y otros profesionales en esta esfera.
- d) Proporcionen al delincuente un tratamiento apropiado.

2.- Recomienda a los estados miembros que velen por que sus respectivos sistemas de justicia penal y los órganos competentes prevean una

respuesta eficaz y equitativa a la violencia en el hogar y tomen medidas apropiadas para lograr este objetivo.”⁹⁷

Es por ello que la ONU, comenzó a pedir a los Estados miembros a formar políticas públicas para concientizar el daño de la violencia familiar, así como crear instituciones encargadas de prevenir y sancionar este tipo de violencia.

En el año de 1993, la Declaración y Plataforma de Acción de Viena de la Conferencia sobre Derechos Humanos, reconoce en la importancia que hay en eliminar la violencia contra la mujer, así que se adopta una estrategia para incorporar los derechos de las mujeres en los mecanismos de derechos humanos de la ONU, estableciendo “...los derechos humanos de las mujeres y de las niñas son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos fundamentales especificidad de género en los derechos humanos.”

En el XXIV periodo de sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado en Belém do Pará, Brasil, en el año de 1994, se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, mejor conocida como “Convención de Belém do Pará”, dirigida a aplicar una acción concertada para eliminar la violencia contra las mujeres, basadas principalmente en su género, destacando los siguientes mandatos para los Estados Parte:

- “...b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer

⁹⁷ Yllán Rondero, Bárbara y De la Lama, Marta, *Ley de asistencia y prevención de la violencia intrafamiliar*, México, Editorial Porrúa, pp.37-39.

de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g) Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces;”⁹⁸

Destacando como mandato, la implementación de normas, leyes, reglamentos o cualquier otra medida tanto penales, civiles y administrativas para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer, lo que daría pie a concentrarse en la violencia desde el hogar.

Dicha Convención fue ratificada por México el “19 de Junio del año 1998.”⁹⁹

Con este instrumento internacional, era inminente el cambio tan radical que habría en cuestión de la violencia familiar. Haciéndose realidad, lo que comentábamos en un principio, lo que comenzó siendo una lucha contra la violencia hacía la mujer, posteriormente para la protección de los miembros más vulnerables de la familia como lo son los niños y ancianos, hasta que decidieron que para que las personas tuvieran un sano y normal desarrollo libre de violencia, debían empezar por analizar el entorno familiar, es por ello que dicho movimiento se convirtió en una lucha contra la violencia familiar.

⁹⁸ UNIFEM, *Op. Cit.*, Nota 95, pp.17 y18.

⁹⁹ INMUJERES, <http://www.inmujeres.gob.mx/index.php/ambito-internacional/convencion-de-belem-do-para,> Octubre/2012.

B. Ámbito Nacional

Con el propósito de adecuar la legislación mexicana a los tratados internacionales suscritos por México, especialmente el de las Naciones Unidas y la Convención de Belém do Pará, y tomando conciencia del problema que indica y el alto índice de la violencia familiar, en 1996, se crea la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar.

Dicha ley fue creada teniendo dos objetivos principales, el primero es la prevención como una forma de erradicar la violencia doméstica, en su etiología misma y el segundo la atención de eventos al proporcionar una alternativa a los sujetos que viven la violencia como forma de interacción familiar, al evitar que las conductas violentas se prolonguen y se transformen en ilícitos, al erradicar modelos educativos basados en la desigualdad y el maltrato hacia los más vulnerables.¹⁰⁰

Sabemos que para la existencia de un delito, el problema debe rebasar a la sociedad, debe ser un problema socialmente incontrolable, que necesite regularse y que deba pensarse para su erradicación.

El delito de violencia familiar, es prácticamente nuevo por ello carece de investigación jurídica, pero no por ello se ha exentado de tener críticas entre los doctrinarios, por considerar una exageración que la violencia familiar sea catalogada como delito y que conlleve a una pena de prisión y en contra parte tenemos la opinión de que dicha pena debería incrementarse.

Sabemos que el delito es aquella conducta típica, antijurídica y culpable, pero para poder comprender lo que es el delito de violencia familiar, comenzaremos por desmembrar lo que es un delito, según Malo Camacho un delito es "...el delito es una construcción jurídica, que tiene como origen una

¹⁰⁰ Cfr. Yllán Rondero, Bárbara y De la Lama, Marta, *Op. Cit.*, Nota 97, p.42.

situación de conflicto en la realidad social que el Estado pretende evitar a través de la creación de la ley penal, lo que precisamente “tipifica” al delito, creándolo.”¹⁰¹

El delito pues, tiene como antecedente un conflicto que comienza dañando a las personas y con el tiempo se convierte en un problema social, en un problema que daña a la sociedad en general, posteriormente este delito se regula tipificando su figura en la ley penal para el control del mismo.

Para Claus Roxin, el delito es “...la acción punible, o sea aquella que establece nuestro Código Penal.”¹⁰²

Por lo que según estos autores, para que pueda haber delito debe haber un conflicto que afecte a la sociedad y así el estado pueda crear la ley o norma que va a tipificar la acción, lo que la hará punible.

Es por ello, que la violencia familiar, convirtiéndose en un problema de interés público y social comenzó a trabajarse para legislarse penalmente.

En el año de En 1997, se tipifica en México la Violencia Familiar, incorporándola en el Libro Segundo, Título Decimonoveno, Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal, Capítulo Octavo, Violencia Familiar Artículo 343 Bis¹⁰³ del Código Penal Federal. Con el objetivo de coadyuvar a eliminar la violencia que afectaba principalmente a niños, mujeres y ancianos.

El delito de violencia familiar, a nivel federal, exige que la víctima y el victimario habiten en la misma casa-habitación, lo que se diferencia del Código Penal para el Estado de Sinaloa y en lo que concordamos con el mismo, ya que el hecho de no habitar en la misma casa, no significa que dejen de ser familia.

¹⁰¹ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Edit. Porrúa, 1997, p.37.

¹⁰² Roxin, Claus, *Derecho penal parte general*, Segunda Edición, Trad. Luzón Peña, Diego Manuel y Et. Al., Editorial CIVITAS, Madrid, t. I, 1997, p.51.

¹⁰³ “Comete el delito de violencia familiar quien lleve a cabo actos o conductas de dominio, control o agresión física, psicológica, patrimonial o económica, a alguna persona con la que se encuentre o haya estado unida por vínculo matrimonial, de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, concubinato, o una relación de pareja dentro o fuera del domicilio familiar. A quien cometa el delito de violencia familiar se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo, se le sujetará a tratamiento psicológico especializado”.

C. Ámbito Estatal

Siguiendo el procedimiento federal, en el año 2001, se crea la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar en el Estado de Sinaloa.

En 2003, se tipifica en el Estado de Sinaloa la Violencia Familiar, incorporándose en el Libro Segundo, Parte Especial, Sección Segunda, Delitos Contra la Familia, Título Único, Delitos Contra el Orden de Familia, Capítulo I Bis, Violencia Familiar, Artículo 241 Bis, del Código Penal para el Estado de Sinaloa.

Del 2003 a la fecha, el delito de violencia familiar, se ha reformado, sin embargo dichas reformas no han sido de gran trascendencia, las cuales se enfocan más que nada en la pena, ya que antes la misma incluía trabajo comunitario, el cual desapareció del artículo, quedando de la siguiente manera:

“Por violencia familiar debe entenderse cualquier acción u omisión que de manera directa e indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psico-emocional, económico o patrimonial, por parte de pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o por afinidad hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, cónyuge o excónyuge o con quien se haya procreado hijos.

A quien cometa el delito de violencia familiar se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión, prohibición de ir a lugar determinado, en su caso, y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo, se le impondrá medida de seguridad consistente en tratamiento psicológico especializado, independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte.”

Para poder encuadrar el tipo penal de la violencia familiar, debe existir una acción u omisión, en este caso comisión por omisión, ya que aquel que omite en el núcleo familiar está en calidad de garante, por garantizar la protección del bien

jurídico de la familia, esto es tiene la obligación de proteger el bien jurídico tutelado.

Dicha acción u omisión debe ser de manera directa o indirecta, esto es dirigida en especial a un miembro de la familia o bien que afecte a terceros que también deben ser miembros de la familia, un ejemplo sería una violencia psicológica o física digamos hacia la madre en presencia de los menores hijos, cuyas conductas traen un daño psicológico para ellos, en este caso se estaría ejerciendo violencia directa hacia con la madre y violencia indirecta hacia con los hijos.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS DEL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR

I. La Teoría Del Delito

La teoría del delito, es aquella que estudia el comportamiento delictuoso, mediante el saber jurídico, el cual nos lleva a los elementos que hacen posible la existencia del delito mismo, pudiendo diferenciarlos de las conductas que legalmente están permitidas.¹⁰⁴

Es decir, esta teoría nos brinda un modelo consistente en pasos a seguir para el análisis del delito, el cual mediante elementos encuadrados podremos distinguir si en realidad estamos en presencia de un delito o de conductas lícitas.

Por lo que para facilitar su entendimiento comenzaremos por desmembrar el término de teoría del delito, para posteriormente estudiarla en su conjunto con sus elementos.

A. Conceptualización

Analizando de lo general a lo particular, debemos desglosar el concepto de teoría del delito, para ello, debemos definir la palabra teoría, como:

“...un sistema lógico que se establece a partir de observaciones, axiomas y postulados, y persigue el propósito de afirmar bajo qué condiciones se llevarán a cabo ciertos supuestos. Para esto, se toma como punto de referencia una explicación del medio idóneo para que las predicciones puedan ser desarrolladas. En base a estas teorías es posible deducir o postular otros hechos mediante ciertas reglas y razonamientos.”¹⁰⁵

¹⁰⁴ Cfr. Monterroso Salvatierra, Jorge Efraín, *Culpa y omisión en la teoría del delito*, México, Editorial Porrúa, 1993, p.71.

¹⁰⁵ Diccionario Virtual, Definición de, <http://definicion.de/teoria/>, Julio/2013.

Por lo que en este caso, para el estudio del delito, la teoría lleva a cabo un sistema lógico, el cual paso por paso va analizando desde un principio hasta el final, para complementar dicho concepto veremos la definición de delito.

Sabemos que el delito es aquella conducta típica, antijurídica y culpable, pero para entrar en el análisis del delito de violencia familiar, comenzaremos por desmembrar lo que es un delito, según Malo Camacho un delito es "...una construcción jurídica, que tiene como origen una situación de conflicto en la realidad social que el Estado pretende evitar a través de la creación de la ley penal, lo que precisamente "tipifica" al delito, creándolo."¹⁰⁶

Pudiéndolo entender como aquel precepto jurídico que se crea por la consecuencia de un conflicto que afecta a la sociedad en general, para lo que el Estado crea la norma, en este caso en materia penal, tipificándolo para evitar que se siga realizando.

Para Claus Roxin, el delito es "la acción punible" o sea "aquella que establece nuestro Código Penal"¹⁰⁷ no pudiendo ser más claro en su definición.

Según estos prestigiados doctrinarios del derecho penal, para que pueda haber el nacimiento de un delito, en primer lugar debe haber un conflicto que afecte a la sociedad y así el estado pueda crear la ley o norma que va a tipificar la acción, lo que la hará punible y con ello se prevenga su realización.

Eugenio Zaffaroni, define a la teoría del delito como "...parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general"¹⁰⁸ es decir, cuales son las características que debe tener cualquier delito.

Por otro lado y de una manera más sencilla y explícita, Muñoz Conde nos dice que la teoría del delito "...es un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando a partir del concepto básico de la

¹⁰⁶ Malo Camacho, Gustavo, *Op. Cit.* Nota 101, p.37.

¹⁰⁷ Roxin, Claus, *Op. Cit.*, Nota 102, p.51.

¹⁰⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal parte genera*, Tercera Edición, México, Edit. Cárdenas, 1997, p.333.

acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.”¹⁰⁹

Unificando criterios de estos dos grandes autores, podemos decir que la teoría del delito tiene como objeto de estudio al delito mismo, la cual separa sus elementos sin hacerlos independientes para su estudio y comprensión.

Así mismo, nos da las bases para el encuadre de dichos elementos en la acción cometida para poder concluir, si esta es un delito o es un acto lícito.

En la teoría del delito, podemos encontrar 3 vertientes, el sistema clásico, el sistema neoclásico y el sistema finalista.

B. Su Método de Investigación

La ciencia del Derecho penal, se considera como:

“...un núcleo de la dogmática jurídico-penal, la cual constituye su fundamento y límite” “...elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas; ordena el material jurídico en un sistema en el que también tienen cabida las sentencias de los tribunales y las opiniones de la ciencia e intenta hallar nuevos caminos de la elaboración conceptual y sistémica.”¹¹⁰

Por lo que si relacionamos el párrafo anterior con el concepto de teoría del delito, podemos decir que su método de estudio es la dogmática jurídica, ya que la dogmática jurídica penal, es el instrumento con el cual se facilita la interpretación del derecho vigente, y en este caso del delito.

¹⁰⁹ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal parte general*, Sexta Edición, Valencia, España, Edit. Triant, 2004, p.205.

¹¹⁰ Nieves, Ricardo, *Teoría del delito y práctica penal*, República Dominicana, Escuela Nacional del Ministerio Público, pp.11 y 12.

La dogmática jurídica como método, toma en cuenta tanto la doctrina, la jurisprudencia y la ciencia misma para poder crear nuevos caminos de forma conceptual y sistémica.

El llamado carácter tautológico de la dogmática jurídica penal, expresa lo que el derecho dice, ayuda a entender por qué lo dice. En el caso de la teoría del delito, la dogmática jurídica, tiene como tarea calibrar los presupuestos que describen un tipo penal y que elementos son los que lo distinguen de otro tipo, así como el estudio de donde termina el comportamiento impune y donde comienza el comportamiento punible.¹¹¹

La dogmática jurídica penal en la teoría del delito, nos ayuda a analizar, comprender y encuadrar, los elementos y características del delito mismo, así como encontrar lo que lo diferencia de otro delito y de un acto lícito.

Es así entonces, como la dogmática jurídica, nos dará las bases y sistemas para el análisis de los elementos del delito, para su mejor comprensión.

C. Sus Vertientes

La dogmática jurídica, es soporte de tres tipos de investigación, "...la investigación exegética, investigación crítica e investigación sistémica"¹¹² siendo esta última la que se ha encargado de formar caminos diferentes para las vertientes de la teoría del delito.

Por un lado tenemos al sistema clásico, el cual es un sistema naturalístico por excelencia, posteriormente se crea un sistema neoclásico, en donde comienza a aparecer indicios de un sistema finalista, el cual surge después y por último un sistema funcionalista.

Estos sistemas, fueron complementando las deficiencias del anterior, teniendo visiones más allá de ellos, con ideas completamente diferentes entre sí, *empero*

¹¹¹ Cfr. *Ibidem*, pp.12 y 13.

¹¹² *Ibidem*, p.13.

siempre coincidiendo y reconociendo a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como elementos principales del delito.

Para su mejor comprensión ahondaremos un poco más en ellos, así podremos ver quien funda dichas corrientes y con qué necesidad surgen.

1. Sistema Clásico

Este sistema, es el primero en alcanzar la división tripartita del delito, es decir, a aquella acción que merece ser castigada se le añaden los tres atributos esenciales, la tipicidad; que es aquella descrita por la ley, la antijuridicidad; que es contraria al ordenamiento jurídico y dañina a un interés social y culpable; que es la exigencia de la conexión psicológica entre el sujeto y el hecho.¹¹³

Este sistema fue creado por Frank Von Liszt, se caracteriza por idear a la acción en forma simple y clara, teniendo términos totalmente naturalísticos, la acción, por ejemplo; se compone de un movimiento corporal estrictamente hablando, por lo que trae como resultado una modificación al mundo exterior, unidos por la causalidad.

Los elementos objetivos, estudian a la acción, tipicidad y antijuridicidad y los subjetivos la culpabilidad. Como consecuencia, la relación entre tipicidad y antijuridicidad se terminaba, ya que la tipicidad era un indicio de la presencia de la norma prohibitiva, y en cuanto a la culpabilidad, reunió los elementos subjetivos y psíquicos desarrollados por el sujeto activo, la imputabilidad se anexó dentro de la culpabilidad y el dolo y la culpa se entendieron como formas de culpabilidad, la conciencia de la antijuridicidad, se incorporó a la culpabilidad como elemento de la misma.¹¹⁴

La concepción clásica, decíamos, tiene un enfoque naturalístico, por lo que entendía al derecho positivo de una forma limitada, esta corriente, pretendió

¹¹³ Cfr. Plascencia Villanueva, Raúl, *Op. Cit.*, Nota 89, p.26.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp.36 y 37.

abordar los problemas del derecho con simples conceptos jurídicos, excluyendo lo más posible a la dogmática jurídica, las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica.

Lo que en un principio significó un gran aporte a la teoría del delito, que es el sistema clásico, quedó sin vigencia en virtud de su naturalismo, ya que se debilitaba al explicar el fenómeno normativo del delito culposo y porque resultaba muy difícil comprobar que en los delitos por omisión existiera un movimiento corporal.

Por consecuencia para la existencia de un delito solo incluía la acción ya que fundaba este concepto en la explicación de una persona para lograr causar un daño en el mundo exterior, en la sociedad, debería haber hecho anteriormente a ello un movimiento corporal que causara dicho daño, entendiéndose que la omisión, o sea, el dejar de hacer algo, el no hacer movimientos corporales, no tenía importancia o valor alguna, esta no contribuía para la comisión del delito.

2. Sistema Neoclásico

Formada por H. A. Fischer y Hegler, abandonando completamente, los principios sistemáticos precedentes, se buscó construir el concepto de delito, a partir de los fines perseguidos del derecho penal y de las perspectivas valorativas. En esta corriente, el modo de pensar, era guiado por la teoría del pensamiento, derivada de las ideas neokantistas.

Se debilitó la concepción del concepto de acción, el cual englobaba la voluntad humana en el mundo exterior, con lo que se transformó en comportamiento voluntario o comportamiento humano, esta corriente, pretendió suprimir el concepto de acción e iniciar el análisis de la estructura del delito por la tipicidad.¹¹⁵

¹¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p.38.

Como vemos, esta corriente excluye como elemento la acción en sí, para la cual era un comportamiento humano voluntario, incorporándolo en la tipicidad, por lo que el análisis del delito, lo que comenzaba por el estudio de la acción, ahora comenzaría por el estudio de la tipicidad.

En cuanto al elemento de la antijuridicidad, en este sistema, se dedujo que era necesario concebir el delito en forma material, como un daño a la sociedad. El tipo dejó de aparecer como descripción no valorativa de un proceso externo y pasó a ser un instrumento pleno de sentido en manos del legislador, el cual se encargaría de reunir los elementos que lo conformaban.¹¹⁶

Para este sistema, era necesario que la antijuridicidad aparte del daño al bien jurídico, se viera el daño que causaba a la sociedad, a lo que se le llamo antijuridicidad material, el tipo, se convirtió en un instrumento para el legislador, el cual al momento de incorporarlo a las normas penales, este debería encargarse de que el delito reúna los elementos que conforman al mismo.

La culpabilidad, se transformó de una concepción psicologista a un reproche al autor, el reproche de la culpabilidad desaparecería en caso de incapacidad de culpabilidad, pues no podía exigirse al enfermo mental un control de voluntad ajustada a derecho.¹¹⁷

Por lo que, el reproche al autor, era exento de realizarse a aquel que tuviera alguna incapacidad mental, pues no podía exigírsele determinada conducta debido a las mismas discapacidades, por su falta de comprensión.

3. Sistema Finalista

La corriente finalista, creada por Hans Welzel, surge en cierto modo tomando los elementos del sistema clásico y neoclásico, sólo que al momento de su apareamiento adquiere sus propios enfoques que a su vez eran

¹¹⁶ Cfr. *Ídem*.

¹¹⁷ Cfr. *Ibidem*, p.39.

completamente diferentes a los de las corrientes clásica y neoclásica. Sin duda alguna, el surgimiento de la teoría finalista, supera por completo las teorías anteriores, siendo uno de los fines por los que nace esta corriente.

Hans Welzel, nos explica el ser de esta teoría, dice que esta teoría se debe a que la acción humana en sí es finalista y no causal, como anteriormente se pensaba, el verdadero sentido de esta teoría "...aspira al restablecimiento de la función ético-social del derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas-utilitarias en la ciencia del derecho penal."¹¹⁸

Aseguraba, que detrás de toda prohibición podíamos encontrar los deberes éticos sociales, por lo que la pena debería dirigirse sólo a la protección de los derechos fundamentales como la libertad, la vida y el honor.

Para el finalismo, la acción es el ejercicio final de la actividad humana, por consecuente, se descubrió que la acción no era ciega, sino final, negando la posibilidad de la existencia de acciones sin una finalidad de obrar conscientemente. Aparecen en este sistema, dos nuevos conceptos, el error de tipo que excluye al dolo y el error de prohibición que elimina la conciencia de la antijuridicidad.¹¹⁹

Por lo que según Welzel, toda acción tenía un final, el cual era voluntario y consciente, ya no había cabida en esta concepción para las acciones inconscientes o las acciones ciegas como también se denominaban.

La aparición del error de tipo y el error de prohibición, marcaron un parteaguas para el análisis del delito, ya que si el error de tipo excluye al dolo y no habiendo dolo no hay voluntad, entonces no hay delito en sí, lo que daría pie al análisis de la culpabilidad.

"La teoría finalista afirma que el legislador al crear tipos penales debe estar sujeto a las estructuras permanentes de la teoría del delito y no violentar las estructuras para evitar caer en contradicciones. De tal modo que el

¹¹⁸ Welzel, Hans, *Teoría de la acción finalista*, Astrea, Edit. Depalma, 1951, pp.18 y 19.

¹¹⁹ Cfr. Plascencia Villanueva, Raúl, *Op. Cit.*, Nota 89, pp.40 y 41.

legislador debe partir de los conceptos de acción, antijuridicidad y culpabilidad, como estructuras fundamentales, que servirán para preservar los derechos fundamentales del hombre, es decir que su actividad creadora no debe ser autónoma, si no sujetarse a los principios de la teoría del delito.”¹²⁰

Y a decir verdad lo anteriormente expuesto tiene gran lógica, ya que una acción para que sea un delito debe ser típica, antijurídica y culpable, por consecuente para crear un tipo, el legislador debe basarse en estos tres elementos y que el delito creado encuadre perfectamente con ellos, de lo contrario el legislador al tipificar la conducta estaría cometiendo un error, debe basarse en lo que es y en lo que la teoría del delito ha marcado y no en lo que el legislador crea que deba de ser.

Esta vertiente se enriqueció y complementó con la teoría de los delitos dolosos, para cubrir la acción y la omisión, es por ello que esta teoría es la más completa debido a que estudia ambas apariciones del delito, así mismo sus elementos son más estructurados, lo que hace una más fácil comprensión de los mismos.

Por último, el sistema finalista “Inaugura una incipiente metodología de investigación jurídico-penal que se aparta de la doctrina neokantiana de los valores y se acerca a las corrientes ontológicas y fenomenológicas.” Siendo el ordenamiento jurídico el que “...determina por sí mismo que elementos ontológicos quieren valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no pueden modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos.”¹²¹

Un tipo penal, está formado por ciertos elementos que hacen que exista dicho delito, al momento de su análisis mediante la teoría del delito estos se encuadrarán sólo con los elementos que se puedan vincular entre ellos.

¹²⁰ W., Lillith, *Teoría causalista y finalista*, <http://html.rincondelvago.com/teoria-causalista-y-finalista.html>, Marzo/2013.

¹²¹ Nieves, Ricardo, *Op. Cit.*, Nota 110, p.28.

Una vez que se comienza el análisis de un delito, los elementos a encuadrar como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad así como los que se desprendan de los mismos, no pueden ser modificables ni flexibles, los elementos del delito se encuadran tal y como son, sin necesidad de ser cambiados.

4. Sistema Funcionalista

“...el funcionalismo emerge como fuerza dominante de los ordenamientos jurídicos (post) modernos y hace resplandecer su bandera en el orden del fundamentalismo global, algo que no omite sin embargo el problema de la legitimación tiende a inflarse cuando se busca sustituir la racionalidad ética del modelo punitivo con el concepto “sistémico” de justicia en base a la eficacia.”¹²²

Este modelo, aunque nace con menor fuerza que los anteriores, busca un cambio radical y desde el fondo del problema, va más allá del simple análisis sistémico del conflicto, lo que busca es que además de esto la tipicidad de una acción sea eficaz y que al momento de un encuadre de un acto con el delito sea justo.

El sistema funcionalista, creado en dos vertientes, una por Claus Roxín, rechazando al finalismo y a su hipótesis la cual dice que la formación del sistema penal, por ningún motivo es vinculable a las realidades ontológicas previa, sólo puede guiarse por las finalidades del derecho penal. Por otra parte, la vertiente desarrollada por Günther Jakobs, concibiendo a esta corriente con la idea de que el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa y a garantizar la constitución de la sociedad.¹²³

¹²² *Ibidem*, p.126.

¹²³ *Cfr.* Franco Llor, Eduardo, *La teoría jurídica del delito: evolución histórica y sistemas*, <http://www.monografias.com/trabajos82/teoria-juridica-del-delito/teoria-juridica-del-delito3.shtml>, Febrero/2014.

Por un lado, tenemos entonces, a Roxín que parte de una concepción político criminal y por otra a Jakobs, quien cree que los tipos deben servir como prevención y el derecho penal como una garantía al bienestar de la sociedad.

a) Visión de Claus Roxín

Según Roxín, para que un sistema sea fructífero debe tener dos aspectos muy importantes:

- I. “Claridad y un orden conceptual.
- II. Referencia a la realidad y a la orientación político criminal.”¹²⁴

Características por su puesto, que según su juicio el nuevo sistema que él propone encaja perfectamente con ellas y en cambio ni el sistema neoclásico ni el sistema finalista cuentan con estos aspectos.

En esta teoría, se enfoca en la “...imputación objetiva y se examina la creación, a través de la acción, de un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma.” Lo que viene a tratar de superar las categorías científico-naturales o lógicas de la causalidad, orientado por una explicación exclusiva de valoración jurídica.¹²⁵

Siendo la imputación objetiva un elemento innovador en los elementos de la teoría del delito, aunando que los elementos tradicionales como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, para Roxín siguen siendo los componentes del delito, simplemente le anexa el ya mencionado.

Otra de las cosas que agrega Roxín y que es de los puntos innovadores de esta corriente, es la extensión de culpabilidad, al agregar el elemento de “responsabilidad” a la misma, es decir aparte de que el autor recibirá una penalidad por haber cometido el delito, al mismo tiempo la recibirá por la necesidad preventiva de penalización. Roxín agrega a la culpabilidad el hecho de

¹²⁴ Nieves, Ricardo, *Op. Cit.*, Nota 105, p.73.

¹²⁵ *Ibidem*, p.75.

que el autor deba estar en condiciones normales se podría decir, para ser merecedor de una imposición de la pena.¹²⁶

Es por ello que esta vertiente está orientada a lo político criminal, lo que Roxín buscaba con ella es que la aplicación de la teoría del delito con los elementos del acto fuera justa y a la vez eficaz, por ello busca la prevención del delito dándole un enfoque diferente.

Lo que es igual a que el hecho de que el sujeto se responsabilice de sus actos, hará que prevenga el hecho de nuevo, que como Roxín dice, se aplicará una pena por haber cometido el ilícito, pero a medida que se responsabilice, será la medida en que este castigo se aplicará.

Lo que Roxín pretende crear con este concepto de responsabilización es la racionalización por parte del autor del hecho a cerca de su acción.

Podemos decir entonces, que Roxín, construye una teoría del delito con los mismos elementos pero desde una finalidad político criminal, estudiando la teoría de la imputación objetiva, la ampliación de la culpabilidad como responsabilidad y el concepto personal de acción.

Dicha vertiente tiene como objetivo que la misión de la norma penal y de la pena, sea la de prevención y la de garantizar. Prevención en cuanto a la comisión de los delitos y garantizar en cuanto regularidad, legalidad y bienestar para con la comunidad.

b) Visión de Günther Jakobs

“La acción para Jakobs es una expresión de un sentido. Esa expresión de sentido es la causación individualmente evitable, dolosa o imprudente, de determinadas consecuencias.” Esta definición de acción adquiere una concepción con un enfoque social, adecuándose a un contexto determinado, basado en este

¹²⁶ Cfr. *Ibidem*, p.74

concepto de acción, Jakobs define a la norma como el criterio ordenador rector social, de tal manera que aquella lesión de la norma vigente define el resultado.¹²⁷

Como podemos ver en este concepto, Jakobs con un sistema de enfoque social, deja un poco de lado los términos jurídicos, y con la facilitación del entendimiento de esta conceptualización, se supone a la teoría del delito o al derecho penal mismo, como un sistema más amable o más sensible a la sociedad.

En cuanto al elemento de la culpabilidad, lo convierte en una especie de “estabilizador de normas” siendo esta una defraudación por parte del sujeto que realiza la acción, a la norma, ya que niega la vigencia de la norma jurídica.¹²⁸

En esta etapa, la norma penal con la culpabilidad lo que quiere lograr es el equilibrio armónico y el sano desarrollo de la sociedad, dando por hecho que aquel que realiza la acción está dañando y desequilibrando a la comunidad.

Para Jakobs, el grado de fidelidad de la sociedad al derecho penal es uno de los pilares fundamentales de esta concepción, por lo que, aquel que es culpable tiene un déficit de fidelidad al derecho.¹²⁹

Esta orientación funcionalista, determina que el derecho penal no tiene como objetivo la protección del bien jurídico tutelado por el mismo, sino el mantenimiento y eficacia de la norma.

Hablábamos, que esta corriente deja de lado los términos jurídicos, pues para Jakobs, este sistema parte de conceptos nuevos y terminantes. Por la manera en que este jurista orienta su filosofía, la moral juega un papel muy importante ya que aquel que comete un delito, también moralmente le falla al derecho y a la sociedad.

D. Elementos del Delito

¹²⁷ *Ibidem*, p.72.

¹²⁸ *Cfr. Ibidem*, p.73.

¹²⁹ *Cfr. Franco Loor, Eduardo, Op. Cit.*, Nota 123, p.31.

Si bien es cierto, en algunos sistemas existen diferentes elementos del delito, o distintas composiciones de los elementos del delito, pero en lo que las cuatro corrientes coinciden es que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los elementos del delito. Es por ello que en base a estos tres términos haremos un pequeño análisis según el enfoque de cada teoría.

Elementos del Delito	Sistema Clásico	Neoclásico	Sistema Finalista	Sistema Funcionalista
Tipicidad	Acción la cual necesita forzosamente de un movimiento corporal, el que tendrá como resultado una modificación al mundo exterior, unidos por la causalidad.	Deja de ser una concepción no valorativa y se define con un contenido de elementos valorativos, así se determina que para estar ante la tipicidad es necesario consumir los elementos descritos en el tipo penal inmerso en la ley.	Surge como consecuencia de la concreción de los elementos del tipo penal objetivos y subjetivos y se ubica la acción dentro del concepto de tipo penal por consecuencia la acción se ubica a nivel tipo penal y la misma suerte siguen el dolo y la culpa.	Se valora el punto de vista de la necesidad de la pena. Al tipificarse una conducta, se pretende garantizar la prevención de la misma.
Antijuridicidad	Acción contraria al ordenamiento penal, que daña algún interés social.	Nace la necesidad de que aparte del daño al bien jurídico, se viera el daño que causaba a la sociedad dañando los bienes jurídicos tutelados, lo que se le llamo	Se distingue entre antijuridicidad formal y material, como consecuencia, de la antijuridicidad formal. Se introducen los supuestos de error de prohibición y de tipo.	Es la conducta contraria a derecho, la cual si se lleva a cabo estaría el sujeto padeciendo de un déficit de fidelidad al derecho y a la sociedad.

		antijuridicidad material.		
Culpabilidad	La culpabilidad surge como consecuencia de la relación entre el autor y su hecho, y esta relación puede ser dolosa o culposa.	Se introduce la posibilidad de excluirla cuando estemos ante la presencia de causas de inculpabilidad o bien ante la no exigibilidad de otra conducta. La culpabilidad pasa a ser de algo psicológico a un reproche de su conducta en contra del sujeto activo por la voluntad defectuosa que pone en peligro un bien jurídico.	El concepto de imputabilidad desaparece como elemento del delito y se establece como contenido de la culpabilidad.	Se amplía la culpabilidad agregándose la categoría de la responsabilidad. en cuanto a que la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se debe añadir siempre la necesidad preventiva de la sanción penal de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la "responsabilidad" personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena.

Como vemos, en la presente gráfica, los elementos en mención, fueron evolucionando, así como se fueron reformando para poder ser más completos. También fueron apareciendo elementos adjetivos a los elementos principales, para complementar su análisis.

Dado a las necesidades de la presente investigación adecuaremos los elementos de los sistemas finalista-funcionalista, ya que ambos cumplen en cierto modo con el encuadre del tipo de violencia familiar, por un lado un sistema

centrado, real, actual y por otro lado un sistema preventivo, innovador, garantista y más humano.

Es por ello que en el siguiente tema veremos elemento por elemento, así como sus componentes para la clara apreciación del delito de violencia familiar.

II. Elementos del Delito del tipo de Violencia Familiar

Los elementos del delito son los componentes y características, no independientes, que componen el concepto de delito.¹³⁰

Es decir, son elementos distintos que a su vez conforman otro y los cuales pueden analizarse por separado pero no aplicarse de esta manera.

Como vimos, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, son los elementos del delito que a continuación analizaremos en el tipo de violencia familiar.

A. Tipicidad

La tipicidad podemos entenderla como "...el indicio de antijuridicidad en la conducta típica." Cuando se hable de tipicidad, siempre será referente a la conducta, la cual será típica si está descrita en el precepto penal, que es donde se ubica el tipo, fácticamente podemos decir que la conducta típica será el actuar del hombre que se adecua a la figura delictiva.¹³¹

Por lo que estaríamos frente a la tipicidad, cuando el individuo realiza una conducta, en contra del precepto penal, si el actuar está prohibido en este caso por el Código Penal, estaríamos presenciando una conducta típica, lo que nos estaría conduciendo a la tipicidad.

¹³⁰ Cfr. Machicado, Jorge, *Elementos del Delito*, <http://jorgemachicado.blogspot.mx/2009/03/elementos-del-delito.html>, Junio/2013.

¹³¹ Monterroso Salvatierra, Jorge Efraín, *Op. Cit.*, Nota 104, pp.79-84.

Malo Camacho, nos dice que la tipicidad, es la voluntad exteriorizada y finalísticamente determinada a partir del conocimiento y del querer, dicha conducta se relaciona con el tipo penal, por vía de la estructura lógico objetiva de la norma, razón por la cual el dolo de la voluntad aparece recogido en el tipo, como el elemento subjetivo del mismo así como elementos adjuntos a la tipicidad, como objetivos, normativos, subjetivos, específicos, etc.¹³²

Es decir, la tipicidad es la voluntad que se manifiesta y que al momento de realizar dicha conducta esta se vincula con un tipo penal, por lo que la misma conducta hace la ley mediante el conjunto de los elementos descriptivos y normativos de los cuales se conforma el tipo penal.

La tipicidad a su vez, podemos encontrarla dividida en tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva, esto es para separar el aspecto externo, como lo son la tipicidad y la antijuridicidad del aspecto interno como la culpabilidad, y así facilitar la comprensión de la misma.

1. Tipicidad Objetiva Del Delito De Violencia Familiar

Es aquella que se encarga de analizar el tipo penal, la lesión del bien jurídico tutelado, los sujetos del delito, el núcleo del tipo y los elementos descriptivos y normativos del delito.¹³³

La tipicidad objetiva, es la que se encarga de estudiar al delito mismo así como los elementos que estos lo componen, así como el núcleo del tipo así como los elementos descriptivos y normativos del mismo.

a) Descripción del Tipo de Violencia Familiar

¹³² Malo Camacho, Gustavo, *Op. Cit.*, Nota 101, p.255.

¹³³ *Cfr.* Monterroso Salvatierra, Jorge Efraín, *Op. Cit.*, Nota 104, p.83.

Para que haya tipicidad, debe haber un tipo penal, y en este caso, el delito de violencia familiar, podemos encontrarlo en el artículo 241 Bis, del Código Penal para el Estado de Sinaloa, el cual dice:

“Por violencia familiar debe entenderse cualquier acción u omisión que de manera directa e indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psico-emocional, económico o patrimonial, por parte de pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo o por afinidad hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, concubina o concubinario, cónyuge o excónyuge o con quien se haya procreado hijos.

A quien cometa el delito de violencia familiar se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión, prohibición de ir a lugar determinado, en su caso, y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo, se le impondrá medida de seguridad consistente en tratamiento psicológico especializado, independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte.”

Para poder encuadrar el tipo penal de la violencia familiar, debe existir una acción (la cual puede manifestarse en un hacer por parte del sujeto activo) u omisión (la cual puede manifestarse en un dejar de hacer o en un no hacer), en este caso comisión por omisión, ya que aquel que omite en el núcleo familiar está en calidad de garante, por el hecho de que todos los miembros de la familia, tienen la obligación de garantizar la protección del bien jurídico del núcleo familiar.

La acción u omisión debe ser de manera directa o indirecta, una forma directa sería, que la acción u omisión esté dirigida a un miembro de la familia en particular y una forma indirecta sería que con la acción u omisión no se tenga la intención de dañar, pero termine por hacerlo, para entenderlo mejor, daremos el siguiente ejemplo: imaginemos una escena, en donde el padre está ejerciendo una violencia física y verbal hacia la madre, dónde también se encuentran

presentes dos menores hijos, en este caso, el que los niños estén presenciando este tipo de actuaciones, repercute psicológicamente hacia ellos, dañándolos por el resto de sus vidas y terminando siendo parte de sus culturas y formación este tipo de actos.

En el ejemplo mencionado con anterioridad, el padre estaría cometiendo violencia familiar directa hacia con la madre y a su vez indirecta hacia con los hijos, pudiendo ser la misma madre quien denuncie al padre y en caso de que esta no lo hiciera, estaría cometiendo una comisión por omisión del delito, por no garantizar el bienestar de sus hijos.

El artículo anteriormente mencionado nos habla de distintos tipos de violencia familiar, pero no nos los describe, por lo que tendremos que recurrir a la Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sinaloa, la cual en el artículo 2 nos explica el significado de las distintas formas de violencia familiar de la siguiente manera:

“A).- Conducta Violenta.- El uso de la violencia física o verbal por cualquier miembro de la familia que ponga en riesgo la vida y/o la integridad física o moral de otro de sus integrantes, que le ocasione daños físicos o psicológicos o les impida su sano desarrollo psicosomático.

B).- Maltrato Físico.- Todo acto de agresión intencional, en el que se utilice alguna parte del cuerpo u objeto, arma, sustancias para sujetar, inmovilizar o causar un daño a la integridad física del otro.

C).- Maltrato Verbal.- La agresión reiterada que ofenda, difame, injurie, agrede, denigre o humille a cualquier miembro de la familia.

D).- Maltrato Sexual.- La inducción a realizar prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor y practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja. También se considera maltrato sexual, a los delitos contra la libertad sexual y su normal desarrollo previstos y sancionados en el Título Octavo del Código Penal para el Estado de Sinaloa.

E).- Maltrato Psico-Emocional.- la prohibición, condicionamiento, coacción, intimidación, amenazas, actitudes devaluatorias o de abandono que deterioren, disminuyan o afecten la estructura familiar o la personalidad de

cualquier integrante de la familia. (Ref. según Dec. 515, publicado en el Periódico Oficial No. 51 del 25 de abril del 2012).

E).- Derogado según Dec. 515, publicado en el Periódico Oficial No. 51 del 25 de abril del 2012).

F).- Celotipia.- Los celos dirigidos a controlar y someter la voluntad de una persona a la propia. (Adic. según Dec. 515, publicado en el Periódico Oficial No. 51 del 25 de abril del 2012).

G).- Violencia económica.- Es toda acción u omisión del agresor que afecta la supervivencia económica de la víctima. Se manifiesta a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas, así como la percepción de un salario menor por igual trabajo, dentro de un mismo centro laboral; y (Adic. según Dec. 515, publicado en el Periódico Oficial No. 51 del 25 de abril del 2012).

H).- Violencia patrimonial.- Es cualquier acto u omisión que afecta la supervivencia de la víctima. Se manifiesta en: la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la víctima. (Adic. según Dec. 515, publicado en el Periódico Oficial No. 51 del 25 de abril del 2012).”

Por lo que cualquiera que cometa una acción u omisión de violencia física, sexual, psico-emocional, económica, patrimonial o celotipia que encuadre en los anteriores conceptos, estaría cometiendo el delito de violencia familiar.

El golpear a cualquier miembro de la familia, ya sea con una parte del cuerpo o con cualquier otro objeto, así como las difamaciones, injurias que agredan a cualquier miembro de la familia, es violencia familiar.

El tener sexo en el matrimonio pudiera decirse un derecho-obligación de la pareja, sin embargo cuando uno de los dos obliga al otro a tenerlo, causándole sufrimiento y dolor físico, aún y cuando sea un derecho-obligación, es violencia familiar.

Amenazar, intimidar, condicionar, chantajear, así como los celos, para someter la voluntad de un miembro de la familia a otro, son manifestaciones de violencia familiar.

El afectar la sobrevivencia económica de un miembro de la familia, directa o indirectamente, así como sustraerle, destruirle o retenerle, etc. objetos, bienes muebles o inmuebles, propios o pertenecientes a la sociedad conyugal, son actos de violencia familiar.

Como vemos, no podemos quedarnos con la idea del solo artículo del Código Penal para el Estado de Sinaloa, es nuestra tarea buscar interpretación al mismo, para lo cual lo anteriormente expuesto fue complemento indispensable, facilitando la comprensión y extensión de lo que es una violencia familiar.

Además del omitir y actuar, tienen que encuadrar algunos otros elementos, que a continuación explicaremos.

b) Lesión Del Bien Jurídico Tutelado

Para que exista la tipificación de un delito, es porque debe existir un bien jurídico que al dañarse sea merecedor de la protección y prevención del derecho penal, de otra manera, si no existiera el bien jurídico, sería un derecho penal deslegitimizado, ya que sería inútil su protección.

Por lo que para que exista una tipicidad, la conducta realizada ya sea la acción o la omisión deben dañar el bien jurídico penalmente tutelado, y por el debemos entender, según Malo Camacho, como:

“...el objeto de la protección de un correcto interés social, individual o colectivo reconocido y protegido por el Estado, a través de la ley penal. “Los “bienes” que asisten en la realidad representa un cierto valor para las personas que nos utiliza fondos tienen en su poder, de aquí su nombre de

“bienes”. A partir de esto, es el interés social del que genera la ley penal, creando la tutela jurídico correspondiente.”¹³⁴

Descifrando el párrafo anterior, podemos deducir que el bien jurídico es aquello que es necesario proteger y que si se ve dañado pone en peligro aquel al que le pertenece, este brinda protección al interés social, al legitimarse por el Estado, para protegerlo o tutelarlos por la ley penal.

Sin embargo, no todas las violaciones al bien jurídico son sancionables penalmente, es decir, no todo ataque al mismo constituye un delito, sólo algunas modalidades que realmente sean peligrosas y sobre todo repudiadas por la sociedad,¹³⁵ como el robo, el abuso de confianza, la violencia familiar, etc., por lo que podemos entender que aquella agresión al bien jurídico que se sanciona penalmente es la que desencadena una reacción social, trayendo consigo una indignación, irritación y molestia colectiva.

En el delito de violencia familiar podemos encontrar implícitamente en el tipo, la protección del bien jurídico “La Convivencia Armónica de la Familia” esto se tutela, para que todos sus miembros puedan desarrollar debidamente sus potencialidades, en un ámbito de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad.

Por otro lado, encontramos la protección de “La Dignidad de la Persona en el Seno Familiar” este bien jurídico, es tutelado, para garantizar el no abuso de la situación de superioridad que proporciona la relación familiar y convivencia.

Como vemos, para el derecho penal, es muy importante la protección de los miembros de la familia, así como su sano desarrollo, ya que aquella persona, que es formada en una familia de bienestar, es una persona que en un futuro no repercutirá problema alguno para la sociedad, en cambio aquella que es formada en un ámbito de violencia, de desigualdad, de represión, de discriminación, en un futuro podríamos estar en presencia de un delincuente.

¹³⁴ Malo Camacho, Gustavo, *Op. Cit.*, Nota 101, pp.280 y 281.

¹³⁵ Cfr. Gonzalez-Salaz Campos, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, Segunda Edición, Mexico, Oxford University Press Harla, 2001.

Podemos decir entonces, que la razón de la protección de los bienes jurídicos tutelados anteriormente expresados, es para la paz y armonía familiar así como para la prevención del futuro delincuente.

c) Sujetos Del Delito De Violencia Familiar

El sujeto activo o pasivo, puede ser cualquiera, pero en ciertos tipos se requieren caracteres especiales¹³⁶ como es el caso del delito de violencia familiar el cual contiene elementos no constantes en la tipicidad, los cuales solo en situaciones especiales, se presentan, cuando el tipo penal así lo requiere.

El sujeto activo, es aquel autor de la conducta típica. En el caso del delito de violencia familiar en nuestro Código Penal para el Estado de Sinaloa, podemos encontrarlo según el Artículo 241 Bis. Primer párrafo como “a quien” generalizando, pudiendo encuadrarlo en cualquier persona, sin embargo más adelante, en el mismo párrafo del mismo artículo especifica que cualidades debe de tener el sujeto para encuadrar como sujeto activo del delito de violencia familiar.

El sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico tutelado, debiendo reunir ciertos elementos para el tipo de violencia familiar, mismos que a continuación explicaremos.

1) Sujeto Pasivo Del Delito

La víctima de cualquier delito, es aquella personas cuyo algún bien jurídico protegido por el derecho penal, ha sido lesionado, experimentando dolor, daño, malestar¹³⁷ entre otros sentimientos que la violación a su bienestar provoca.

¹³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. Cit*, Nota 108, p.421.

¹³⁷ *Cfr.* Rechea Alberola, Cristina, *La criminología aplicada II*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p.26.

El sujeto pasivo del delito o también conocido como la víctima, podemos decir entonces que es aquella persona que recibe un daño por culpa ajena, siendo la víctima de violencia familiar, aquella que recibe como consecuencia de una acción u omisión del sujeto activo o agresor, sufriendo tanto individual, familiar o colectivo.

Muchos de los casos en que las mujeres son maltratadas por el cónyuge, se debe a la cultura en la que viven, ya que tradicionalmente suelen pensar que son merecedoras del sufrimiento, siendo la violencia “algo normal” ya que es consecuencia de los actos que ellas llevan a cabo.

Es por ello que la violencia familiar, no es muy usual que se demande penalmente, por lo menos en los primeros años, gracias al sentimiento de culpabilidad que las víctimas sienten. Un promedio aproximado de la violencia familiar que sufren las víctimas es superior de los 5 a 10 años teniendo sus primeras apariciones en el noviazgo o en el primer año de matrimonio.¹³⁸

Si bien es cierto como lo vimos con anterioridad, la cultura, la zona o la región en la que vivimos influye mucho en nuestras acciones y comportamiento, por lo regular un Estado como Sinaloa, dónde la violencia es muy frecuente, es “normal” que esa misma violencia exista en el hogar, desgraciadamente el ciclo de violencia en el hogar dura de 5 a 10 años para que la mujer o cualquier otro miembro de la familia maltratado tome el control y la decisión de hacer algo para solucionar el problema en el que viven.

2) Sujeto Activo Del Delito

El agresor, por lo regular el hombre, ya que la mujer los hijos o los ancianos son personas más vulnerables, suelen estar afectados por factores epistemológicos, por una parte con una creencia equivocada de los roles del hogar en cuanto a género se refiere, viendo a la mujer como seres inferiores a

¹³⁸ Cfr., *Ibíd.*, pp.28 y 111.

ellos, así como la distorsionada idea de que los problemas deben solucionarse con violencia o el respeto como hombre del hogar debe ganarse al igual con violencia.

Podemos identificar cuando alguien es violento, ya que con facilidad se frustra, son muy pocos comunicativos y no tienen mucha habilidad para socializar, y lo más importante no saben cómo solucionar los conflictos que se les presentan cotidianamente.¹³⁹

Dichos factores, y comportamientos, aunando a las situaciones cotidianas o los conflictos que se le presentan día con día al agresor que hace que su frustración crezca, es lo que desata y aumenta la violencia, claro sumando que su formación y cultura fue meramente violenta.

En el caso del hombre violento, contrario a lo que se piensa, tiene una muy baja autoestima, y el expresarse y conducirse en forma violenta cotidianamente lo lleva a un círculo vicioso que hace que su baja autoestima aumente.

En el caso del delito de violencia familiar, para encuadrar el tipo penal, según nos dice el Código Penal para el Estado de Sinaloa, el sujeto activo y pasivo deben ser entre sí:

- I. Pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado.

Siendo el parentesco por consanguinidad el que existe por las personas unidas por vínculo de sangre, lo que es igual, aquellos que tienen por lo menos un ascendente en común.

En este caso es en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por lo que de manera ascendente entenderemos a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sin limitación alguna y por otro lado de manera

¹³⁹ Cfr. *Ibidem*, p.111.

descendente podemos encontrar a los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc., de igual manera sin limitaciones.

II. Pariente colateral consanguíneo o por afinidad hasta el cuarto grado.

El pariente colateral es aquel que tiene un ascendiente común, sin descender una de la otra siendo hasta el cuarto grado los hermanos, tíos y primos. Los parientes por afinidad son los que se dan entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro, o bien, recíprocamente, entre una persona y los cónyuges de sus parientes consanguíneos.

El grado y la línea de la afinidad se determinan según el grado y la línea de la consanguinidad. Es decir, una persona es pariente por afinidad de todos los parientes consanguíneos de su cónyuge en la misma línea y grado que éste lo es de ellos por consanguinidad,¹⁴⁰ y viceversa, los cónyuges de los parientes consanguíneos de una persona son parientes por afinidad de ésta en la misma línea y grado que el pariente consanguíneo del que son cónyuges.

III. Adoptante o adoptado.

El parentesco entre un miembro adoptado de la familia se considera exactamente igual que el de un miembro de origen consanguíneo, computándose la línea de parentesco de la misma forma que en el caso de la consanguinidad.¹⁴¹

IV. Concubina o concubinario.

Que según nuestro Código Familiar para el Estado de Sinaloa, para que sea legal un concubinato debe tener por lo menos 2 años la pareja en unión, o al haber tenido hijos antes del tiempo establecido.

V. Cónyuge o ex cónyuge.

Esto es con quien se haya contraído matrimonio, sigan o no unidos en matrimonio al presentarse la violencia.

¹⁴⁰ Cfr. *Ídem*.

¹⁴¹ Cfr. *Ídem*.

VI. Con quien se haya procreado hijos.

Esto, sin importar si han formado una familia o no, o si ya se encuentran en una unión distinta, ya que no especifica la situación en la que se deben de encontrar para este caso.

d) Núcleo del Tipo De Violencia Familiar

El núcleo del tipo, es la parte más importante de una oración, por lo que para que pueda entenderse perfectamente la conducta descrita, deberá plasmarse un verbo rector. Entonces, el verbo rector es aquel que alimenta ontológicamente la conducta típica de tal manera que ella gira en contorno del mismo.¹⁴²

En el párrafo anterior, al decir oración, nos referimos a la norma, al precepto legal, el cual puede contener varios verbos, pero solo uno será el principal, el que le dé la esencia al tipo, a ese se le denomina verbo rector.

“...el verbo núcleo del tipo es la descripción de la acción en que consiste realmente el delito, aunque el verbo solo rara vez alcanza para describir la conducta.”¹⁴³ Es por ello que debemos identificar plenamente y no confundir el verbo rector con los verbos accesorios, ya que es muy probable que el tipo esté compuesto de más de un verbo.

Entonces, el núcleo del tipo, debemos entenderlo como la conducta específica que exige el tipo al sujeto activo, en el delito de violencia familiar, dice: causare daño o sufrimiento, por lo que “dañar” sería el verbo rector y “causar” y “sufrir” serán los verbos accesorios.

e) Elementos Descriptivos Del Delito De Violencia Familiar

¹⁴² Cfr. Universidad Cristiana del Sur, *La conducta punible desde la óptica del derecho penal especial*, www.ucsderecho.cimsacr.com, Junio/2013.

¹⁴³ Gutierrez, Miguel Angel, *Elementos para el estudio dogmático de los delitos*, <http://magjuridico.blogspot.mx/2011/09/elementos-para-el-estudio-dogmatico-de.html>, Junio/2013.

También conocidos como elementos objetivos, son aquellos que el autor de los hechos puede conocer a través de sus sentidos, sin hacer una valoración especial, son componentes puros de la tipicidad y de ellos se vale la ley para describir las conductas que conducen a la pena.¹⁴⁴

Los elementos descriptivos, son los que nos sirven para detallar las acciones, lugares, personas, cosas, etc., todo lo que tenga una naturaleza material objetiva y que pueden constatarse por un conocimiento puramente epistemológico.

Dichos elementos pueden ser pequeñas oraciones o palabras, que son comunes y que no tienen un significado que deba ser interpretado, sino lo que significará para el legislador, significará para la sociedad por igual.

Entendiendo como las cosas tangibles al mundo, por ejemplo cuando algún delito nos especifica bienes muebles o inmuebles, personas, etc. aquello que con nuestros sentidos podemos identificar la existencia de los mismos.

Por lo que, si los elementos descriptivos, son aquellos de fácil comprensión tanto para el autor del delito, como para cualquier miembro de la sociedad, aquella palabra u oración que ayuda a encuadrar el tipo a la acción y que no necesita de ninguna norma o interpretación jurídica para su entendimiento, podemos decir que en el delito de violencia familiar, aparecen los siguientes elementos descriptivos:

- I. Pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado.
- II. Pariente colateral consanguíneo o por afinidad hasta el cuarto grado.
- III. Adoptante o adoptado.
- IV. Concubina o concubinario.
- V. Cónyuge o ex cónyuge.
- VI. Con quien se haya procreado hijos.

Podemos destacar que los elementos anteriores del delito, corresponden a los elementos descriptivos del tipo de violencia familiar, porque no necesitan

¹⁴⁴ Cfr. Milenio, *¿Qué es el tipo penal?*, 2007, <http://www.milenio.com/cdb/doc/impreso/7103235>, Junio/2013.

alguna interpretación especial para conocer su significado, más allá de sus palabras, más allá de los conceptos ya establecidos.

f) Elementos Normativos del Delito De Violencia Familiar

Eugenio Zaffaroni los describe como "...elementos para cuya precisión se hace necesario acudir a una valoración ética o jurídica."¹⁴⁵ Los elementos normativos, son aquellos componentes que requieren un juicio valorativo para determinar su presencia

Estos elementos por el contrario de los elementos descriptivos, no son materiales ni tangibles, sino que necesitan de una valoración jurídica en este caso por el juzgador, para comprobar su existencia en el hecho.

Su función, es especificar de una manera más precisa la antijuridicidad recibida del ordenamiento general a los fines de aplicación de la pena.¹⁴⁶

Al igual que los elementos descriptivos, los elementos normativos, pueden ser palabras u oraciones, pero en este caso, nos ayudaran para la comprensión y justificación de la antijuridicidad, a diferencia de los descriptivos, no son elementos materiales, sino valorativos.

Decíamos que los elementos normativos, necesitan de una valoración del juzgador para decidir si encuadra o no en el tipo, la acción del autor, y este tipo de valoración puede ser jurídica o cultural, será jurídica cuando necesite de algún ordenamiento normativo para su interpretación y será cultural, cuando necesite alguna interpretación moral o ética.

Si debemos entender por elementos normativos, aquellos que exigen ser objeto de análisis en la tipicidad, para comprender su significado¹⁴⁷ ya sea una valoración jurídica o cultural, además de tener en cuenta de que son elementos

¹⁴⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. Cit.*, Nota 108, p.422.

¹⁴⁶ *Cfr. Ídem.*

¹⁴⁷ *Cfr. Malo Camacho, Gustavo, Op. Cit.*, Nota 101, p.331

intangibles, podemos decir que en el delito de violencia familiar encontramos los siguientes:

- I. Acción u omisión.
- II. De manera directa o indirecta.
- III. Causare daño o sufrimiento físico, sexual, psico-emocional, económico o patrimonial.

2. Tipicidad Subjetiva Del Delito de Violencia Familiar

La tipicidad subjetiva del delito, en este caso del tipo de violencia familiar, analiza el dolo y la culpa, por lo que nos ayudará a la comprensión de estos dos elementos del delito.

a) El Dolo

El dolo según Eugenio Zaffaroni "...es el querer del resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo."¹⁴⁸

Es decir, el dolo es tener la voluntad de hacer una acción típica, que como resultado de la misma causará un daño y aun sabiendo esta información decidimos continuar con ello.

El dolo es la voluntad dirigida, conscientemente a la comisión de un delito, todo delito doloso requiere de voluntad. La voluntad permanecerá en los primeros indicios y puede llegar hasta la total ejecución de la decisión a la acción.¹⁴⁹

De las anteriores definiciones podemos destacar entonces, que para que un delito sea doloso, debe existir la voluntad de querer realizar el tipo, misma voluntad que puede aparecer desde que se planea hasta que se ejecuta la acción.

¹⁴⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. Cit.*, Nota 108, p.428.

¹⁴⁹ Cfr. Monterroso Salvatierra, Jorge Efraín, *Op. Cit.*, Nota 104, pp.86 y 87.

El dolo, podemos encontrarlo en dos vertientes, dolo directo y dolo eventual, el dolo directo según Claus Roxin son "...consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción o concurrencia con seguridad se percata el sujeto, ocasionando las conscientemente."¹⁵⁰

Este tipo de dolo, es aquel en donde el sujeto activo conoce las circunstancias objetivas del hecho típico y aun así desasea realizar el hecho. En un caso de violencia física por ejemplo, encuadra el dolo directo, ya que quien la ejerce sabe que está cometiendo un delito, sin embargo desea realizar la acción de agredir físicamente.

Por otro lado el dolo eventual, es "...cuando falta la intención y el sujeto no está seguro de sí una determinada circunstancia del hecho concurre o de si se producirá una consecuencia típica, no existe dolo directo sino dolo eventual por lo que habrá de distinguir una imprudencia consiente."¹⁵¹

Dolo eventual, es cuando el sujeto activo conoce las circunstancias, no quiere realizar el delito, sin embargo no rechaza la posibilidad que se produzca un efecto típico y acepta la aparición del resultado.

El dolo eventual en el caso de la violencia familiar, podemos encuadrarlo en una violencia indirecta, ya que el sujeto activo ejerce violencia contra un miembro de la familia en específico sin querer afectar a terceras personas, pero en el caso de la violencia indirecta como en el ejemplo que manejábamos anteriormente de los menores que presenciaban violencia física y verbal contra la madre y que a ellos les producía violencia psicológica, el padre en este caso no tiene la intención de dañarlos pero sabe que si presencian este tipo de actos va a terminar por dañarlos, lo que no le impide parar o dejar de hacer el hecho típico.

b) La Culpa

¹⁵⁰ Roxin, Claus, *Op. Cit.*, Nota 102, p.423.

¹⁵¹ *Ibidem*, p.424

La culpa “Es la producción de un resultado típico y antijurídico, previsible y evitable, a consecuencia de haber desatendido un deber de cuidado que le era exigible”. La ausencia de dolo y la infracción de un deber de cuidado son dos características de la culpa.¹⁵²

Por lo que para que exista culpa, no hay necesidad de que exista una voluntad de querer cometer el hecho típico, con el sólo motivo de no haber hecho lo que se tenía o debía hacer, para prevenir y/o evitar el hecho típico, estamos ante la presencia de un delito culposo.

Se habla también que una de las características de la culpa es la ausencia de dolo, ya que para que haya un delito culposo, tiene que presentarse esta ausencia, esto es porque no se tuvo nunca la intención de dañar o de cometer el delito, sin embargo sí se pudo haber prevenirlo o evitado y no se intervino para ello, como consecuencia, se estaría actuando culposamente.

Existen varias teorías para el estudio de la culpa, la escuela clásica nos dice que la culpa es la violación legal del deber prever, la escuela positiva adjudica la culpa a la responsabilidad del individuo y la teoría psicoanalítica nos dice que en realidad la culpa es un querer hacer del inconsciente.¹⁵³

Sin duda alguna estas teorías nos dejan bastantes ideas o puntos donde pudiéramos indagar, por un lado la escuela clásica nos da una orientación jurídica de la culpa, la escuela positiva, nos habla del deber ser y la teoría psicoanalítica, estudia al individuo y su inconsciente, por lo que para comprender la culpa en todos sus aspectos tendríamos que combinar estas tres teorías y tomar los elementos distintivos, sin embargo como a continuación veremos no es de gran trascendencia la culpa para la presente investigación, por lo que no profundizaremos en ello.

En nuestro Código Penal para el Estado de Sinaloa, en el Artículo 14, encontramos “...Obra culposamente el que realiza el hecho típico infringiendo un

¹⁵² Quisbert, Ermo, *Formas de la culpabilidad: dolo y culpa*, http://enj.org/portal/biblioteca/penal/teoria_delito/24.pdf, Junio/2013.

¹⁵³ Cfr. *Idem*.

deber de cuidado que debía y podía observar, según las circunstancias y condiciones personales, y causa un resultado típico que no previó, siendo previsible, o previó confiando en poder evitarlo.”

Por lo que según los conceptos antes mencionados, de los autores coinciden plenamente con nuestro Código Penal, en este caso vemos como la doctrina y la jurisprudencia coinciden plenamente con dicho concepto.

El delito de violencia familiar, no podemos encuadrarlo en un delito culposo, ya que nuestro Código no lo permite, es él mismo, el que nos señala que delitos pueden ser culposos y cuáles no, indicándolo en cada delito, por lo que la violencia familiar es un delito meramente doloso.

B. Antijuridicidad

Es el acto voluntario típico que contradice al derecho penal, exponiendo al peligro o lesionando algún bien jurídico tutelado penalmente. La antijuridicidad es como un juicio impreciso sobre la contradicción que hay entre el hecho y el las normas jurídicas. “La condición o presupuesto de la antijuridicidad es el tipo penal.”¹⁵⁴

La antijuridicidad, es un juicio negativo que recae sobre un comportamiento, el cual, es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico. Cuando una persona realiza un acto en contrario a lo que dice el Código Penal, entonces está actuando antijurídicamente.

“El tipo penal es el elemento descriptivo del delito, la antijuridicidad es el elemento valorativo.”¹⁵⁵ Por ejemplo la violencia familiar, se castiga sólo por el hecho de ser antijurídico, si se prueba alguna causa de justificación o exclusión, no es delito, ya que esas conductas según nuestro Código Penal, dejan de ser antijurídicas aunque sean típicas

¹⁵⁴ Machicado, Jorge, *La antijuridicidad*, Apuntes jurídicos, <http://jorgemachicado.blogspot.mx/2009/03/la-antijuridicidad.html>, Junio/2013.

¹⁵⁵ *Idem.*

Sin embargo, referente al párrafo anterior, la antijuridicidad supone que la conducta que se ha realizado está *a contrario sensu* del derecho, por lo que actúa sin justificación alguna.

1. Antijuridicidad Formal y Material

“La antijuridicidad formal es la violación de la norma penal establecida en el presupuesto hipotético de la ley penal que no encuentra amparo en una causa de justificación de las que el Código Penal expresamente recoge.”¹⁵⁶

Entonces podemos decir que cuando a un hecho *a contrario sensu* del derecho penal, no se le puede encontrar justificación alguna, mismas que establece el Código Penal, estamos en presencia de la antijuridicidad formal.

Es por ello que la antijuridicidad formal, es cuando un hecho contradice al ordenamiento jurídico, la cual no tiene justificación alguna para la comisión del acto.

Por otro lado la “Antijuridicidad material es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por una conducta antisocial y dañosa, aunque no siempre tipificada en los códigos penales.”¹⁵⁷

La antijuridicidad material es entonces aquel hecho que pone en peligro al bien jurídico por consecuencia de una conducta antisocial, sin embargo no siempre será esta conducta un delito, hay bienes jurídicos que están tutelados por la constitución o por distintos Códigos y no por el Código Penal.

“El acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.”¹⁵⁸

¹⁵⁶ *Ídem.*

¹⁵⁷ *Ídem.*

¹⁵⁸ Germán Hassel, Guillermo Eduardo, *La antijuridicidad*, <http://www.monografias.com/trabajos44/derechopenal-antijuridicidad/derecho-penal-antijuridicidad.shtml>. Julio/2013.

Por lo que cuando estemos ante un delito, siempre estaremos ante un hecho antijurídico formal y material, ya que en el tema del bien jurídico tutelado, anteriormente descrito, del presente capítulo, descubríamos que no existe delito sin bien jurídico que tutele, de lo contrario sería un delito inútil.

En el caso del delito de violencia familiar, la antijuridicidad es formal porque viola el precepto jurídico y es material porque daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado, por lo que la violencia familiar es un hecho antijurídico formal y material.

C. Culpabilidad

Gustavo Malo, define a la culpabilidad como "...reproche hecho a una persona por haber cometido un injusto es decir, por haber realizado una conducta típica y antijurídica."¹⁵⁹

Tal juicio se hace al autor del hecho típico, por haber actuado en contra del derecho, y que si ya llegamos hasta el análisis de la culpabilidad es porque el acto ya es típico y antijurídico.

Conceptualmente hablando, culpabilidad es la reprochabilidad como valoración de la voluntad antijurídica del hecho. "La culpabilidad, agrega a la acción antijurídica -sea la concreción dolosa de un tipo, sea la lesión no dolosa de la diligencia- un nuevo elemento, a través del cual se convierte recién en delito."¹⁶⁰

Refiriéndonos a valoración de la voluntad antijurídica, al análisis de alguna justificación o si en realidad existió esa voluntad, ese querer hacer de la acción antijurídica o bien cometer el delito, solo por decisión consciente del autor.

¹⁵⁹ Malo Camacho, Gustavo, *Op. Cit.*, Nota 101, p.521

¹⁶⁰ Welzel, Hans, *Derecho penal parte general*, trad. Carlos Fontán Balestra, Argentina, Edit. Roque Palma, 1956, p.147.

La naturaleza de la culpabilidad es la reprochabilidad, la cual es una cualidad de la acción antijurídica que posibilita hacer un reproche personal al autor.¹⁶¹

Tal reprochabilidad o juicio de reproche es obviamente en razón al acto cometido y el cual como decíamos con anterioridad ya se ha afirmado que es típico y antijurídico.

La determinación del grado de culpabilidad no sólo se hará teniendo en cuenta el puro acto antijurídico, también se tomarán en cuenta las circunstancias de hecho y personales que llevó al autor a actuar de esa manera.¹⁶²

En el delito de violencia familiar, si ya se comprobó que el hecho fue una conducta típica y antijurídica, entonces tendrá que hacerse un juicio de reproche, por lo que la violencia familiar no tiene ninguna causa de justificación según el Artículo 26¹⁶³ del Código Penal para el Estado de Sinaloa, porque si bien

¹⁶¹ Cfr. *Ibidem*, p.148.

¹⁶² Cfr. Urtado Pozo, José, *Manual de Derecho Penal*, Segunda Edición, Lima, Edit. EDDILI, 1987, p.216.

¹⁶³ "ARTÍCULO 26. El delito se excluye cuando:

- I. La actividad o inactividad del agente que produjo el resultado son involuntarias;
- II. Falte alguno de los elementos integrantes de la descripción legal;
- III. Se actúe con el consentimiento válido del titular del bien jurídico afectado, siempre que se trate de aquellos de que pueda disponer;
- IV. Obre el acusado en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:
PRIMERA. Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;
SEGUNDA. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;
TERCERA. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa; y
CUARTA. Que el daño que iba a causar el agresor, era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa.
Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa respecto de aquél que rechazare, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes, o entrada de su casa o departamento habitado, o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.
Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un extraño a quien encontrare dentro de su hogar; en la casa en que se encuentre su familia, aún cuando no sea su hogar habitual; en el local en que aquél tenga sus bienes o donde se encuentren bienes ajenos que tenga obligación legal de defender; y el intruso ejerza violencia sobre las personas o sobre las cosas que en tales sitios se hallen;
- V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado por el agente, lesionando un bien jurídico de igual o menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo;
- VI. Se actúe en virtud de un mandato legítimo de superior jerárquico;
- VII. Se obre en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y siempre que esto último no se haga con el propósito de perjudicar a otro;
- VIII. Se contravenga lo dispuesto en una ley penal por impedimento legítimo e insuperable;
- IX. Al momento de realizar la conducta típica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquélla o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo intelectual retardado, o cualquier otro estado mental que

recordamos, la violencia familiar debe ser periódica, es decir que tenga cierto tiempo ejerciéndose la violencia lo que nada justifica dicha acción y menos justificable el hecho de atentar contra el bienestar del núcleo familiar.

1. Imputabilidad

No basta con que el autor haya realizado una acción típica y antijurídica para imponerle una pena, ya que es necesario que también la haya producido culpablemente, lo que a su vez, supone su imputabilidad.

“Imputabilidad es la capacidad de comprensión del injusto, y de actuar conforme a esa comprensión a partir de la capacidad de autodeterminación de la persona y para conducir se conforma esa misma autodeterminación.”¹⁶⁴

La imputabilidad es aquella capacidad que tiene el ser humano de saber y comprender el “deber ser” el distinguir lo lícito de lo ilícito, lo que nos hará comportarnos conforme a derecho.

Para actuar conforme a la comprensión tenemos que actuar con voluntad, por lo que para facilitar más la comprensión de imputabilidad, podemos definir la voluntad “...como acto que se dirige a un objeto alterándolo.”¹⁶⁵

Resumiendo lo anterior una vez teniendo la capacidad de comprensión del “deber ser” y del derecho, debe existir una voluntad para hacer aquello que el derecho nos dice que está mal, para que pueda haber imputabilidad.

produzca los mismos efectos, excepto en los casos en que el propio agente haya provocado esa incapacidad.

Tratándose de desarrollo intelectual retardado o enajenación mental, se estará a lo dispuesto en los artículos 62 al 66 de este código.

En caso de trastorno mental transitorio se estará a lo previsto en el artículo 64 de este código;

X. Se realice el hecho bajo un error invencible respecto a alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal o que por el mismo error estime el sujeto activo que su conducta está amparada por una causa de licitud. Si el error es vencible, se estará a lo dispuesto por el artículo 85 de este código;

XI. Atendiendo a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta antijurídica, no sea racionalmente posible exigir al agente una conducta diversa a la que realizó;

XII. Se produzca un resultado típico por caso fortuito.”

¹⁶⁴ Malo Camacho, Gustavo, *Op. Cit.*, Nota 101, p.551.

¹⁶⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Op. Cit.*, Nota 108, p.355.

La imputabilidad es la capacidad que tiene un sujeto para ser sancionado por la leyes penales, está condicionada por la madurez y salud mental. Para que un sujeto sea considerado capaz de cometer un delito es necesario que sea imputable.

Si una persona sabe y entiende que lo que está haciendo es contrario a derecho, que no tiene ninguna discapacidad o no se encuentra en algún estado indispuerto y aun así continúa con la voluntad de hacer y termina realizando esa acción, entonces, esa persona será imputable, será una persona a la que se le puede imponer una pena como consecuencia de sus acciones.

Lo cual será en esta etapa, en el que el juzgador se dará a la tarea de determinar si el sujeto activo, es imputable o no.

Un tipo de imputabilidad es la imputabilidad disminuida la cual se presenta cuando el autor del hecho, está enfermo de la mente, y que al momento del acto, sea notoria su capacidad de percibir lo no permitido del hecho o de obrar con este consentimiento, en este caso si se le declara imputable al autor, obteniendo un grado más pequeño de culpabilidad.¹⁶⁶

Si una persona no es imputable, por cualquiera de las causas que así señala la ley, entonces podremos decir que ese sujeto, aunque sea culpable de haber cometido un hecho típico y antijurídico, es inimputable, por no haber tenido la voluntad de hacerlo o por no tener la capacidad de comprender las consecuencias del mismo.

2. Conciencia De La Antijuridicidad

¹⁶⁶ Cfr. UNAM, *Imputabilidad disminuida*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1757/8.pdf>, Octubre/2012.

Cuando hablamos de conciencia de la antijuridicidad o conocimiento de la antijuridicidad, nos referimos a que el sujeto activo, sabe que el acto que está cometiendo no es permisivo por el derecho y aun así desea realizarlo.¹⁶⁷

Dicho sujeto sabe que lo que está haciendo no solamente no está permitido, sino que además está jurídicamente prohibido, lo que nos daría como resultado que a quien actúa con conocimiento de la antijuridicidad o sea de aquello prohibido jurídicamente el hecho le es plenamente imputable.

Tener conocimiento de la antijuridicidad, de aquellos actos prohibidos por el derecho, hace que seamos merecedores de una imputabilidad, ya que sabemos lo que está prohibido por el derecho y sin embargo existe todavía la voluntad de hacer aquello que no me está permitido.

La función del conocimiento de la antijuridicidad, es que el sujeto activo esté consciente que lo que está realizando no sólo está prohibido por la ley, sino que además como consecuencia, será merecedor de una sanción.¹⁶⁸

Por lo que, la tarea de la conciencia de la antijuridicidad, es que el individuo sepa que dichas acciones no están permitidas por el derecho y que además de estar prohibidas, traen consigo una sanción, aquel sujeto que tenga conciencia de lo prohibido por la ley y aun así desee cometer el acto, será una persona completamente imputable y merecedor de la pena que el derecho impone en su caso.

Por otro lado, pueden existir casos en donde el sujeto activo está plenamente seguro de que su actuar está permitido, siendo otra la realidad, que está prohibido por el ordenamiento jurídico, a esto se le denomina error de prohibición:

“El error de prohibición es cuando el sujeto desconoce la antijuridicidad del acto que está cometiendo, es decir, desconoce que lo que está haciendo

¹⁶⁷ Cfr. Calvo Suarez, Diego Germán, *Error de prohibición*, <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/errorprohibicion.htm>, Octubre/2012.

¹⁶⁸ Cfr. *Ídem*.

está en contra del ordenamiento jurídico. Este error aparece también cuando el sujeto ni siquiera piensa en la posibilidad de que el hecho sea lícito o ilícito.”¹⁶⁹

Por lo que si el sujeto no tiene conciencia de la antijuridicidad, no sabe que la conducta está en contra de la ley, estaría cometiendo un error de prohibición, sin embargo el que no sepa que está cometiendo un hecho contra el ordenamiento jurídico no hace permisiva la conducta y no lo exenta de la comisión del delito.

3. Exigibilidad de Otra Conducta

“La exigibilidad de la conducta supone que, sobre la base de la posible exigibilidad de la comprensión del injusto, se observe, también, si a la persona se le puede exigir una determinada conducta, atento a las circunstancias y condiciones concretas en que se encontraba al momento de acontecer el hecho y que lo motivaron a actuar. La exigencia de la conducta obliga a tener presente que la misma está en relación con un individuo en particular, en una determinada situación en concreto; lo que implica que la exigibilidad de la conducta sea observada vía un juicio *ex ante*, es decir, al momento inmediato anterior al de la conducta del agente, considerando todas las circunstancias que se le presentaron en el momento de su actuar.”¹⁷⁰

Como dice Malo Camacho en el párrafo anterior, la exigibilidad de otra conducta se hace al sujeto activo, cuando hay comprensión del injusto, del delito, se tendría que analizar si el sujeto pudo haber obrado de una manera distinta a como la hizo, dependiendo sus circunstancias y condiciones al momento del acto.

Este juicio, solo se puede exigir a aquel que es imputable y que tiene conocimiento de la antijuridicidad del hecho. Si se considera que el sujeto activo

¹⁶⁹ Cfr. Criollo Magiorga, Giovanni, *El conocimiento de la antijuridicidad en el derecho penal*, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=6158, Junio/2013.

¹⁷⁰ Malo Camacho, Gustavo, *Op. Cit.*, Nota 101, p.557.

tuvo otra elección que hacer lo prohibido por la ley según las circunstancias, quedará constatada con la imputabilidad y la conciencia de la antijuridicidad.

Cuando el juicio de exigibilidad de otra conducta, arroje que según circunstancias, características, etc., la única opción del individuo era actuar en contra de la ley, aún y cuando sea culpable del acto, será exento de una sanción penal.

D. Consecuencia Jurídica Del Delito De Violencia Familiar

Debido a nuestro sistema penal actual, regido bajo una justicia retributiva, todo aquel que violente nuestro Código Penal, será merecedor de una sanción.

En nuestro Estado de Sinaloa, Según El Código Penal, las sanciones a las que se puede hacer merecedor el sujeto que valla en contra de lo prohibido según el Artículo 28 de dicho precepto son:

“Por la comisión de los delitos descritos en el presente Código sólo podrán ser impuestas las penas siguientes:

- I. Prisión;
- II. Semilibertad;
- III. Sanción pecuniaria;
- IV. Decomiso y pérdida de los instrumentos y objetos relacionados con el delito;
- V. Trabajo en favor de la comunidad;
- VI. Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, funciones o empleos;
- VII. Las demás que prevengan las leyes.”

Así mismo, podemos encontrar medidas de seguridad en el Artículo 61 del mismo precepto:

“Las medidas de seguridad que podrán imponerse con arreglo a este código son:

- I. Tratamiento en internamiento o en libertad de inimputables o de imputables disminuidos;
- II. Deshabitación;
- III. Sujeción a vigilancia de la autoridad;
- IV. Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o de residir en ella;
- V. Colocación de dispositivos de localización y vigilancia; y
- VI. Las demás que prevengan las leyes.”

Por lo que aquel que cometa un delito, regulado por el Código Penal para el Estado de Sinaloa, tendrá como consecuencia una pena de seguridad y/o medidas de seguridad expuestas con anterioridad.

Referente al delito de violencia familiar, en el Artículo 241 Bis, podemos encontrar que la pena va desde prisión hasta medidas de seguridad:

“A quien cometa el delito de violencia familiar se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión, prohibición de ir a lugar determinado, en su caso, y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo, se le impondrá medida de seguridad consistente en tratamiento psicológico especializado, independientemente de las sanciones que correspondan por las lesiones inferidas o por cualquier otro delito que resulte.”

Prisión: Pena de privación de 6 meses a 4 años de la libertad personal, con la finalidad de la readaptación social del delincuente.

Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o de residir en ella: Medida de seguridad de ir a un lugar determinado.

Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, funciones o empleos: Pena de pérdida del derecho de pensión alimenticia.

Las demás medidas de seguridad que prevengan la ley: Medida de seguridad, consistente en tratamiento psicológico especializado.

Como podemos observar el delito de violencia familiar, tiene como consecuencia tanto pena como medidas de seguridad, la exacta aplicación de las mismas debería dar como resultado un derecho penal eficaz, por desgracia la falta de preparación aunada de la poca honestidad de algunos funcionarios públicos (sin generalizar), hacen que las víctimas en este caso de violencia familiar, tengan poca fe en el sistema de justicia penal aunando el miedo que el agresor inculca a la víctima para no poder denunciarlo.

III. Consecuencias en los Distintos Tipos de Justicia

A lo largo de la historia del hombre, la justicia ha tenido diversidades formas de aparición, esto como consecuencia de la época, entorno y circunstancias que engloban a la sociedad.

Poco a poco hemos visto como la justicia evoluciona, se actualiza y se preocupa más por la eficacia del derecho, así como la protección de los derechos humanos.

Destacaremos la justicia distributiva, la justicia retributiva y la justicia restaurativa, mismas que darán pie al siguiente capítulo de la justicia alternativa.

A. Justicia Distributiva

La justicia distributiva, fundada o descubierta por Aristóteles, posteriormente apoyado por Santo Tomás, se refiere a la distribución o división de las cosas o bienes comunes.

1. Conceptualización

La justicia distributiva es aquella que se encarga de la justa repartición de honores o de riquezas, todo aquello que pueda repartirse entre los miembros de la sociedad. Cuando se hace la distribución, esta debe ser proporcional en relación al mérito de cada persona. Refiriéndose siempre a los bienes o cosas comunes, es decir, se hace la repartición de las riquezas comunes y le tocará a cada quien una parte basándose en su “valor” ante la sociedad, tomando en cuenta que aquel que haga donaciones a las riquezas comunes tendrá más derechos de percibir que otros.¹⁷¹

El objeto de la existencia de la justicia distributiva, como su nombre lo dice es la justa repartición, sin embargo era contradictorio el concepto de justicia, ya que al momento de repartir los bienes, no era en partes iguales, sino que le tocaba más a quien “más lo merecía” a quien hacía donaciones, a quien tenía algún título, o simplemente a quien el que se encargaba de la repartición así lo creía conveniente.

La repartición correspondía solo aquellos que estaban a cargo de los bienes, por ejemplo los gobernantes, burócratas, etc., sin embargo en temas como salarios, intereses y ganancias, aunque eran cosas para las cuales el Estado tenía la facultad de otorgar, la justicia distributiva no era aplicable.¹⁷²

Cuando se trataba de bienes privados, la justicia distributiva no podía ser aplicada obligatoriamente, sin embargo las mismas cabezas por ejemplo de una familia, el padre, la utilizaba para hacer el justo reparto de sus bienes entre los miembros de su familia y darle a cada quien lo que a su juicio le correspondía.

2. Características de la Justicia Distributiva

- I. Parte del principio de que todos en una comunidad deben tener los bienes necesarios para una vida plena.

¹⁷¹ Cfr. Chafuen, Alejandro A., *Justicia Distributiva en la escolástica tardía*, Exsayo, Buenos Aires, 1984, p.6.

¹⁷² Cfr. *Ibidem*, p.7.

- II. Procura la repartición de los bienes colectivos, así como de honores o méritos.
- III. Reconoce los méritos de cada miembro de la sociedad.
- IV. Al momento de distribuir, toma en cuenta los méritos de cada quien.
- V. Los gobernantes, reyes, príncipes o autoridad de la comunidad, era el encargado de hacer la justa distribución.
- VI. En cuestión de los méritos realizados y reconocidos por la sociedad, es la proporción con la que se recibirá.
- VII. Lo justo es lo proporcional y lo injusto la igualdad al momento del reparto.
- VIII. Se coadyuvaba en ciertos casos de la justicia conmutativa.

3. Contradicciones en la Justicia Distributiva

Mencionamos anteriormente que la justicia distributiva contradecía el concepto de justa, ya que hacía la repartición podemos decir discriminatoriamente, para algunas cosas si existía igualdad ante la ley pero para otras no, así mismo dependiendo el motivo, se aplicaba un tipo de justicia (justicia conmutativa) y para otras cosas la justicia distributiva.¹⁷³

Es aquí en donde la justicia distributiva pierde la esencia, aquella que apareció para dar y repartir a cada quien lo que debiera tener, se comenzó a ver como aquella que se utilizaba para beneficiar y enriquecer a cierta parte de la sociedad solamente.

Por un lado el “justo reparto”, y por otro lado era muy difícil que cuando alguien obtenía el poder de jefe de Estado, teniendo los bienes en sus manos quisiera repartirlos entre el pueblo, prefería adjudicárselo para él y así enriquecerse.¹⁷⁴

¹⁷³ Cfr. *Ibidem*, p.8.

¹⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, p.9.

La justicia distributiva, se creó para dar orden a todo, incluyendo el bien común, *empero* el mal uso de ella y el abuso de poder hicieron que la justicia distributiva se viera como una injusticia distributiva.

Una de las fechorías que cometieron con la justicia distributiva fue también la implementación de impuestos, misma obligación que era de igual manera para todos, tanto ricos como pobres, contradiciéndose ya que al momento de repartir, “merecía” más aquel que tenía algún título, aquel que era cercano al gobernante, o aquel que tenía un nombramiento, y al momento de quitar impuestos, era de igual manera no pagaba más el que tenía más, al contrario, el rey y/o el príncipe, con toda la autoridad exentaban a algunas personas de pagar los impuestos¹⁷⁵ personas cuyo juicio del rey o del príncipe eran merecedoras de no pagar y obviamente que no eran personas de clase media y mucho menos baja.

Si existen bienes comunes, deberá existir la implementación de la justicia distributiva, para el establecimiento de reglas referentes a la distribución y al sostenimiento de los bienes públicos, una distribución justa, en donde reine la equidad y el bienestar.

B. Justicia Retributiva

El sistema de justicia retributiva, se basa en la concepción occidentalista de justicia, donde el delincuente es responsable de sus propios actos, por consecuencia debe pagar su deuda para con la sociedad.¹⁷⁶

La justicia retributiva, es la que actualmente nos rige en nuestro sistema penal, y su trabajo es “dar un mal por un mal” es un sistema inquisitivo, un muy mal sistema para la regulación de los conflictos aunando que en la mayoría de los casos agrava los mismos en vez de solucionarlos.

¹⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, p.12.

¹⁷⁶ Nina, Daniel, “*Cuando el cuerpo del delito dice no participo: problematizaciones en torno a la justicia retributiva y justicia restaurativa*”, *Barco de Papel*, Vol. II, No.2, 1998, p.64.

1. Conceptualización

La justicia retributiva, da el castigo a quien lo merece, o sea al delincuente, sin oportunidades, lo que muchas veces en lugar de solucionar el problema se agrava.

Al retribuir al delincuente, con una pena como la de privación de la libertad por el daño que le causó a la víctima, la justicia retributiva da por justo y pagado el delito que se cometió. Es el legislador quien se encarga de medir el castigo que el criminal debe obtener, para compensar a la víctima y sobre todo a la sociedad por lo que hizo a un miembro de la comunidad.¹⁷⁷

Hasta el momento, podemos decir que la justicia retributiva castiga a aquel que cometa algún delito para “compensar” a la víctima y a la sociedad el daño causado, pero ¿Es realmente compensada la víctima o la sociedad? es justamente en esta pregunta en lo que concluiremos, para ello debemos entender el por qué y para qué de la justicia retributiva.

El Estado, creó el sistema retributivo, para que le justificara la imposición de las sanciones. El poder castigar, le permite al Estado “rectificar” el daño, no sólo a la víctima sino al Estado en general. “En esta medida, la Justicia Retributiva intenta “vengar” la ofensa cometida contra el soberano, vía la ejecución de una pena infringida contra el ofensor.”¹⁷⁸

Poder que se ha venido utilizando, tal para lo que fue creado, cometes una falta y el Estado retribuye imponiendo un castigo para que el delincuente rectifique el daño causado a la víctima pero sobre todo a la sociedad.

La justicia retributiva tiene como fin castigar al ofensor, siendo su eje central de castigo la pena de prisión.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Cfr. Márquez Cárdenas, Álvaro E., “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, *Prolegómenos-Derechos y Valores*, Bogotá, Volumen X, No.20, Julio-Diciembre 2007, p.204.

¹⁷⁸ Nina, Daniel, *Op. Cit.*, Nota 176, p.63.

¹⁷⁹ Cfr. *Ídem*.

Según Daniel Nina, si él pudiera representar con una palabra la justicia retributiva, sería “vengar” ya que representa el actuar del Estado, valiéndose de la justicia retributiva, cometes un delito y este en venganza de ello te otorga un castigo.

Para este sistema, el delito es un problema entre el Estado y el delincuente, por lo que ni la víctima, ni su familia, ni la sociedad, por más afectadas que se hayan visto por el acto, pueden participar activamente en la búsqueda de solución al delito.¹⁸⁰

Lo que este sistema hace es dejar a la víctima y a la sociedad misma por un lado, y poner el castigo por él mismo, si por un lado dice el Estado poner penas por haber causado un daño a la víctima como miembro de la sociedad, entonces se contradice al ignorarlos, ¿Por qué no tomarlos en cuenta, para saber si el Estado está haciendo bien su trabajo y si en realidad está reparando el daño a la víctima y a la sociedad?

2. Características de la Justicia Retributiva

La justicia retributiva, tiende a estigmatizar y señalar, marcando tanto a la víctima como al delincuente por siempre con una etiqueta negativa, en cambio con un enfoque restaurativo, que también confronta y desaprueba los delitos, pero al mismo tiempo ratifica el valor intrínseco de los delincuentes. Teniendo como esencia la solución de problemas de manera colaborativa, ayuda a la reinserción del mismo en la sociedad.¹⁸¹

Si bien es cierto, el sistema retributivo es el tipo de justicia que tenemos actualmente, y nos guste o no, el castigar a quien lo merece ha funcionado, pero solo hasta cierto punto, porque el Estado castiga a su conveniencia, ¿Y la víctima? ¿Qué papel juega? que en realidad es quien debería participar directamente en el castigo, que realmente sienta que se reparó el daño que se le causó, creemos que

¹⁸⁰ Cfr. Márquez Cárdenas, Álvaro E., *Op. Cit.*, Nota 177, p.204.

¹⁸¹ Cfr. *Ibidem*, pp.204 y 205.

como sociedad se nos presenta una oportunidad de cambiar y crecer, un nuevo tipo de justicia que es la justicia restaurativa, una oportunidad que no debemos desaprovechar, porque hemos visto como ejemplos en otros países, que realmente se repara a la víctima y restaura al delincuente.

Una justicia nueva en donde se tome en cuenta al delincuente y a la víctima, el pasado del delincuente, poder entender el ¿Por qué cometió el delito? no juzgarlo ni estigmatizarlo para que pueda reinsertarse en la sociedad, y darle la oportunidad a la víctima de entender su estado así como darle voz y voto para el castigo del delincuente, que sienta que fue tomada en cuenta, que sienta que se reparó el daño que le causaron.

C. Justicia Restaurativa

Este modelo, es el resultado del cambio de prototipo de una justicia retributiva a una justicia restaurativa, su idea para combatir exitosamente el crimen, es no excluir ni a la víctima ni a la comunidad donde se consuma el delito, además de dar al delincuente la oportunidad de responsabilizarse económica y moralmente de sus actos, ante la víctima.¹⁸²

Si la sociedad evoluciona, el derecho y la justicia deben hacerlo con ella, este prototipo de justicia es la evolución del sistema retributivo, en donde realmente se toma en cuenta a la víctima y a la comunidad, no sólo representando sus intereses, si no dándole voz y voto en el proceso de justicia del delincuente.

La justicia restaurativa, tiene una forma completamente diferente de percibir al sistema penal, la cual se concentra más que nada en reparar el daño a los involucrados y a las relaciones que hay entre ellos (en su caso), que en castigar al

¹⁸² Cfr. Meza Fonseca, Emma, "Hacia una justicia restaurativa en México", Instituto de la Judicatura Federal, México, No.18, 2004, p.187.

delincuente. Este enfoque, muestra una mayor preocupación por las personas afectadas por un delito.¹⁸³

Lo que podemos entender, que el castigo o la pena impuesta al delincuente por el ilícito cometido, para la justicia restaurativa quedaría en un segundo plano, sin exentarse de ella, enfocándose primeramente en el conflicto interpersonal y en la reparación del daño, el cual explicaremos con posterioridad.

1. Conceptualización

“Justicia restaurativa es un término genérico, dado a los enfoques dirigidos a reparar daño causado, que van más allá de condenar y castigar el acto, y buscan conocer las causas y las consecuencias –personales, interpersonales y sociales- de las conductas ofensivas, de tal manera que promueve la aclaración de responsabilidad, la recuperación y la justicia. La justicia restaurativa es un enfoque basado en una actitud de colaboración y esfuerzo compartido para re-establecer la paz entre las personas implicadas y la comunidad, resuelve conflictos en una variedad de escenarios: (la casa, la oficina, el colegio, el sistema de justicia, etc.)”¹⁸⁴

La justicia restaurativa, ahonda en el problema, busca saber qué cosas llevaron al delincuente a cometer el ilícito, que consecuencias interpersonales (con la víctima), intrapersonales (con él mismo) y sociales le produjeron la comisión del delito, busca hacer entender al delincuente de la gravedad de los actos y que este logre responsabilizarse para así poder comprender lo que le ocasionó a la víctima, para así juntos poder trabajar en la solución y reparación del conflicto, trayendo armonía a la sociedad.

La Magistrada Emma Meza, nos define la justicia restaurativa como:

¹⁸³ Cfr. Márquez Cárdenas, Álvaro E., *Op. Cit.*, Nota 177, p.201.

¹⁸⁴ Britto Ruiz, Diana, “*Justicia restaurativa, dos visiones: mecanismos vs procesos*”, *Nexo Jurídico*, México, Año IV, No.11, Abril-Junio 2010, p.13.

“...proceso donde las partes involucradas resuelven de manera colegiada cómo tratar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro, estimulando la capacidad del colectivo para resolver sus conflictos a través del diálogo pacífico y generando en la comunidad un ambiente de civilidad, en donde cada persona asuma la plena responsabilidad de sus actos; lo cual incrementa la satisfacción de la víctima y reduce el índice de criminalidad.”¹⁸⁵

Lo que la Magistrada nos dice es que en un proceso de justicia restaurativa la víctima y el victimario y cualquier otro afectado, buscan conjuntamente el castigo que ha de tener el agresor como consecuencia del delito, una solución que sea justa para todos los involucrados. Todo esto a través del diálogo pacífico, fomentando una cultura de civilidad, donde la responsabilidad es aceptada y la víctima quede sanada y satisfecha.

En comparación con la justicia retributiva, la justicia restaurativa, ve al delito en una forma más amplia que una simple transgresión de las leyes, destacando y reconociendo que los delincuentes dañan a la víctima y también a la comunidad, incluso se dañan ellos mismos. El sistema restaurativo, involucra más partes en respuesta al crimen, esto es no sólo al Estado y al infractor, también a la víctima, a la comunidad y todo aquel que haya sido o se haya sentido dañado o agredido con el acto cometido. La justicia restaurativa no mide los años de pena impuestas al delincuente, mide los daños que fueron reparados o prevenidos.¹⁸⁶

Es importante recordar, que la justicia retributiva, busca “hacer venganza” contradiciendo el objetivo del derecho penal, que es la prevención y la no repetición de los delincuentes así como la reparación de las víctimas, lo que vendría más *ad hoc*, con la justicia restaurativa.

2. Un nuevo Paradigma

¹⁸⁵ Meza Fonseca, Emma, *Op. Cit.*, Nota 182, p.189.

¹⁸⁶ *Cfr.* Márquez Cárdenas, Álvaro E., *Op.Cit.*, Nota 177, p.204.

Un nuevo derecho penal, podría ser aquel que no solamente determina la absolución o condena al delincuente, sino también podríamos verlo como la búsqueda de la paz y la concordia alterada por el delito, el derecho penal debería estar consciente, según Gonzalo Quintero, que es prioridad la solución de la víctima y si ella quiere dejar en segundo plano la punibilidad, así debe hacerse.¹⁸⁷

Es decir, lo que se propone, es que se tome en cuenta a la víctima desde un principio, hacer más eficaz o hacerlo eficaz al derecho penal, si es deseo de la víctima que se le imponga una pena, pues el derecho penal estará ahí para hacerlo y si es deseo de ella dejar en segundo plano ese punto, pues así es como debería de ser, es así como el derecho penal daría un cambio completamente eficaz.

El objetivo de la justicia restaurativa, por un lado es motivar y apoyar al delincuente para reintegrarse a la comunidad, esto sin excluir la reclusión temporal o permanente, si es que se presenta, por otro lado que la sociedad adquiera una responsabilidad en el delito, asumiendo sus compromisos a favor del bienestar de la comunidad, incluidos por su puesto la víctima y el ofensor.¹⁸⁸

Por un lado ayudaría al delincuente reincorporándose en la sociedad, según las necesidades del mismo, propone la justicia restaurativa, tratamiento psicológico, reactivar sus habilidades positivas, colocarlo en un empleo digno, fortalecer las bases del deporte, etc., llenarlo de actividades positivas y por otro lado ayuda a la víctima sanando sus sentimientos, resolviendo todas sus dudas, dándole ese empoderamiento que necesita sobre su agresor, devolviéndole esa seguridad que le ocasionó el miedo causado por el delito. Como consecuencia de esto, la sociedad se verá beneficiada en virtud de haber reinsertado a los miembros involucrados del delito para un ambiente de paz y concordia.

En un futuro, la justicia restaurativa, pretende sustituir la punición del derecho penal, a cambio de una reparación, en donde la víctima y la comunidad,

¹⁸⁷ Cfr. Quintero Olivares, Gonzalo, *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Directora Raquel Castillejo Manzanares, Madrid, Edit. La Ley, 2011, p.509.

¹⁸⁸ Cfr. Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Op. Cit.* Nota 56, pp.281 y 282.

tendrían una activa participación desempeñando un papel central en respuesta al delito y a la pacificación social. Este nuevo sistema de justicia no viene más que a tratar de que cada quien asuma su responsabilidad.¹⁸⁹

En un primer plano, enfocándonos a la realidad, en la época en que vivimos es casi imposible que la justicia restaurativa sustituya la punición del derecho penal, sin embargo en ciertos delitos y en ciertos perfiles de delincuentes sería lo ideal y creemos también sería más eficaz que una punición.

Se concibe al modelo de justicia restaurativa "...como un cambio de paradigma, de una nueva concepción de la administración de justicia, regido por su principio fundante "la dignidad humana" que pide al derecho penal, que abandone el modelo tan represivo y retributivo que actualmente tiene, consolidándose como un instrumento de paz."¹⁹⁰

Un paradigma en donde se reconozca que el delincuente también es un ser humano, que posiblemente tenga que ser estudiado y analizado, ya que los factores que lo rodean, su historia de vida y su cultura pudieron haberlo incitado a cometer el delito, aclarando que no es que se justifique, empero, puede sensibilizar a la víctima y a la sociedad en su sentimiento de ira, enojo, frustración y/o miedo causado por el delincuente.

La humanización del proceso penal, según el sistema restaurativo, "...comienza a partir de la convocatoria de los actores del conflicto delictivo, el Estado, la víctima, el agresor y la comunidad, para que en forma colectiva y justa encuentren una solución al ilícito, respetando ante todo la dignidad humana."¹⁹¹

Sin duda alguna, el tema de derechos humanos, está más fuerte que nunca, y el derecho penal se encuentra en una etapa de cambios, a los que deberá adaptarse. El sistema restaurativo es un gran modelo que se adecua al respeto de los derechos humanos y sin contraponer la autoridad del derecho

¹⁸⁹ Cfr. Manzanares Samaniego, José Luis, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Granada 2007, pp.16-17.

¹⁹⁰ Mojica Araque, Carlos Alberto, "*Justicia restaurativa*", *Opinión Jurídica*, Colombia, Vol.4, No.7, Enero-Junio 2005, p.33.

¹⁹¹ *Ídem*.

penal, por lo que creemos puede funcionar en esta nueva etapa jurídica en la que vivimos actualmente.

Para este paradigma humanístico, el delito más que una violación a una norma, es una agresión a otra persona, el derecho abstractamente violado pasa a un segundo plano, y a un primer plano el hecho concreto de que una persona fue agredida y lesionada por las acciones ilícitas de otra, causando un daño que debe ser reparado.

Lo que entendemos como el conflicto entre la víctima y el delincuente, dejando en un segundo plano al Estado, teniéndolo como un recurso accesorio, si no se puede llegar a un arreglo o a una reparación del daño bajo la justicia restaurativa, podremos recurrir al derecho como segunda instancia, que realmente es así como debiera de ser, el mismo derecho así nos lo dice, sin embargo hasta hace algunos años, no nos daba las herramientas o las opciones como nos la está dando hoy con los mecanismos alternativos de solución de controversias y con la justicia restaurativa.

3. Antecedentes Legislativos de la Justicia Restaurativa

La reciente incorporación de la justicia restaurativa en el sistema penal, como un nuevo paradigma de atender al delito, realmente se remota a ideas muy antiguas, en el Código Hammurabi, ya se preveía la restitución para algunos delitos, o en la Ley de las Doce Tablas, donde en el delito de robo se condenaba al ladrón, al pago ya sea al doble o triple del valor del bien, en el año 600 d.c., el Rey Kent Etherlbet, desarrolló un sistema de índices para valuar el bien dañado.¹⁹²

Sin duda alguna, al hablar de justicia restaurativa, tenemos la idea de que es un sistema totalmente nuevo, que surgió apenas unas décadas, lo vemos casi como un plan piloto, sin embargo desde nuestros antepasados eran muy usuales los mecanismos alternativos de solución de controversias y por supuesto la justicia

¹⁹² Cfr. Barajas Monjaras, María Raquel, "Justicia restaurativa", *Nexo Jurídico*, México, Año IV, No. 11, Abril-Junio 2010, pp.42 y 43.

restaurativa, cultura o sistema que se fue perdiendo con el paso de los años y ahora simplemente lo que estamos haciendo no es creando algo nuevo, sino retomando y perfeccionando lo que ya existía.

En 1974, encontramos su origen actual, se dictó en Ontario, Canadá, la primera sentencia bajo los principios de la justicia restaurativa, promoviendo el juez entre dos jóvenes acusados de vandalismos un encuentro con sus víctimas, con la finalidad de contribuir a la reparación del daño ocasionado. Fue tanto el éxito de este encuentro, que provocó el primer programa para la reconciliación de víctimas y delincuentes “Victim Offender Mediation”, en Kitchener, Canadá. En 1978, se lanzó el primer programa de Victim Offender Mediation en Elkhart, Indiana, Estados Unidos, desde ese momento, los programas se han expandido por Estados Unidos y Europa.¹⁹³

Ya en una época más actual, en el 2000, la Organización de las Naciones Unidas, se dedicó a estudiar los sistemas penales de los diferentes Estados miembros, así como a buscar la manera de aplicar homogéneamente los programas de justicia restitutiva en materia penal.

En el Estatuto Europeo de la Víctima en el Proceso Penal, en el año 2001, es incorporado por el Marco del Consejo de la Unión Europea, previendo en su artículo 2¹⁹⁴ la participación efectiva de la víctima en el proceso penal.

En el año 2002, según la resolución 2002/12 de la ONU, “Principios Básicos para la Aplicación de programas de Justicia Restitutiva en Materia Penal”, alienta a los Estados miembros sobre la utilización de programas de justicia restaurativa.¹⁹⁵

En el Undécimo Congreso de las Naciones Unidas, sobre la prevención del delito, en el año 2005, llevado a cabo en Bangkok, Tailandia, se recomendó a los

¹⁹³ Cfr. Alonso Salgado, Cristina y Torrado Tarrío, Cristina, *Mediación, Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Directora Raquel Castillejo Manzanares, Madrid, Edit. La Ley, 2011, p.582

¹⁹⁴ “Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal. Seguirán esforzándose por que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, y reconocerán sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal”.

¹⁹⁵ Alonso Salgado, Cristina y Torrado Tarrío, Cristina, *Op. Cit.*, Nota 193, pp.584 y 585.

Estados miembros al desarrollo y utilización en los sistemas de justicia penal, el principio de justicia restaurativa.¹⁹⁶

En nuestro país, la justicia restaurativa ha comenzado haciendo sus apariciones en el tema de justicia para adolescentes, tal es el caso de Puebla, Coahuila y Aguascalientes en el año 2006.

En el 2008, se reformó el Artículo 17 Constitucional, quedando en el cuarto párrafo lo siguiente:

“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.”

Y por reparación del daño en el entendido de los mecanismos alternativos de solución de controversias y de la justicia restaurativa, no como actualmente se emplea dicho ordenamiento.

Dicho decreto insta a los Estados del País a modificar y/o crear leyes que regulen la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, cuando lo consideren necesario (a más tardar para el año 2016) en sus sistema de justicia.

En el año 2011, se crea la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Sinaloa, incluyendo en su artículo 79, perteneciente al Capítulo IV, de los Procedimientos Alternativos, lo siguiente:

“Los procedimientos alternativos al juzgamiento responden a los principios de subsidiariedad y mínima intervención previstos por la presente Ley; se orientan hacia los fines de la justicia restaurativa, a efecto de que la víctima u ofendido y el adolescente participen conjuntamente de forma activa en la solución de las consecuencias derivadas del hecho atribuido.”

¹⁹⁶ Cfr. Barajas Monjaras, María Raquel, *Op. Cit.*, Nota 192, p.43.

Tenemos una Ley para Adolescentes para el Estado de Sinaloa, muy humana, en donde un principio rector de la misma es la reinserción del adolescente en la sociedad, en la familia, en su entorno, una Ley donde el último recurso para reinsertar, sancionar o responsabilizar es la privación de la libertad, en donde le ofrecen al infractor una gama de oportunidades de cambio y crecimiento, ayuda psicológica, ayuda distractora como artes plásticas, deportes, etc., sólo falta que toda esa Ley, se lleve tal y como debe ser a la práctica.

En el mes de marzo del 2014, el Gobierno Federal Mexicano, encabezado por el Presidente Enrique Peña Nieto, propone una Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, donde la justicia restaurativa juega un papel muy importante y significativo para nuestro País.

4. Herramientas de la Justicia Restaurativa

Los métodos de justicia restaurativa, se pueden utilizar en cualquier parte del proceso, incluso cuando el delincuente ya se encuentra cumpliendo una pena de prisión.¹⁹⁷

La justicia restaurativa puede aplicarse en cualquier etapa del procedimiento penal, ya que no lo contrapone, habrá Estados o Países en los que en ciertos delitos suple a la justicia tradicional, pero en donde no es así, lo que hace es coadyuvar para fortalecer la no reincidencia del delincuente y la satisfecha reparación a la víctima.

La mediación es por excelencia el mejor método para la restauración, ya que contribuye a la reintegración social del delincuente y por otro lado responde a las necesidades de la víctima y la comunidad. La idea de justicia restaurativa precede a la de mediación, la cual es el instrumento más cualificado de la misma, mas no el único.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Cfr. Marquez Cárdenas, Álvaro E., *Op. Cit.*, Nota 177, p.206.

¹⁹⁸ Cfr. Manzanares Samaniego, José Luis, *Op. Cit.*, Nota 189, p.17.

No debemos confundir mediación con justicia restaurativa, pero al mismo tiempo tampoco debemos estar en el entendido que son dos cosas completamente diferentes, simplifiquemos la mediación como la rama más eficaz y completa de la justicia restaurativa.

La elección del método restaurativo, dependerá de las necesidades de las protagonistas del conflicto y del caso concreto, así como el desenvolvimiento de los profesionales asignados. Para ello hay una variedad de mecanismos, los principales son los siguientes:

- I. “Conciliación preprocesal”¹⁹⁹ La víctima y el victimario, acuerdan sus voluntades para que de manera consensuada, den solución a la controversia originada con el delito.
- II. “Mediación penal”²⁰⁰ Tiene por objeto la solución de conflictos originado por la comisión de un delito, dentro del marco de justicia restaurativa, el cual es voluntario y confidencial, donde se privilegia al diálogo, con el fin de encontrar soluciones.
- III. “Conferencias familiares”²⁰¹ Incluyen a familiares o personas de apoyo del delincuente y de la víctima.
- IV. “Círculos restaurativos”²⁰² Además de la víctima y el infractor, están abiertos a cualquier persona representativa de la comunidad que tenga el interés de involucrarse en el caso.

La justicia restaurativa, surgió en los años 70 como una forma de mediación entre la víctima y el delincuente, siendo en los años 90 cuando amplió su alcance para incluir también a la comunidad, formado por amigos y familiares cercanos a los protagonistas del conflicto, formando “reuniones de restauración” “círculos” y “mediaciones restaurativas.”²⁰³

¹⁹⁹ Marquez Cárdenas, Álvaro E., *Op. Cit.*, Nota 175, p.207.

²⁰⁰ Espinosa Hernández, Raúl, “La mediación penal dentro del marco de la justicia restaurativa”, *Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Año II, No.2, Abril 2009, p.91.

²⁰¹ Alonso Salgado, Cristina y Torrado Tarrío, Cristina, *Op. Cit.*, Nota 193, p.584.

²⁰² *Ídem.*

²⁰³ Marquez Cárdenas, Álvaro E., *Op. Cit.*, Nota 175, p.203.

La justicia restaurativa no es una alternativa fácil de aplicar, pues son pocas las veces en que el infractor desea enfrentarse con la realidad y con la consecuencias reales de sus actos y a la vez resulta también muy difícil que la víctima o el ofendido deseen tener contacto con su agresor, es aquí donde la comunidad jugará el papel de informar al agresor los daños causados a la víctima.

Uno de los medios para establecer justicia restaurativa, es sin duda la mediación, para poder llegar a una conciliación de los intereses en conflicto, a través de este método, podrán encontrar una solución a su conflicto y a su vez la recomposición social.

5. Compromisos Adquiridos Consecuentes de las Responsabilidades en la Justicia Restaurativa en la Justicia Restaurativa

Que sea una justicia que se enfoque más en la reparación y en la no reincidencia del delincuente, no significa que no traiga consigo consecuencias, pues en este caso será la víctima y la sociedad quien se encargue de imponerlas, cuando sea el caso, cuando el delito sea grave la consecuencia la fijará la justicia tradicional.

Sabemos que el derecho penal, es la máxima instancia del derecho, y por consecuente la más grave, es por ello que los resultados de una mediación restaurativa o de algún círculo o proceso restaurativo, jamás podrán ser igualadas a una sanción impuesta por el derecho penal y mucho menos superior a ella.

Los acuerdos que se logren en un proceso restaurativo, deberán contener obligaciones razonables y obviamente proporcionadas con el daño ocasionado con el delito. Sin embargo el incumplimiento de un acuerdo o de alguna obligación, no puede utilizarse como fundamento para alargar o agravar la pena, que se vaya a imponer según sea el caso, por el sistema tradicional de justicia penal.²⁰⁴

²⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, p.206.

Estas son algunas de las consecuencias que resultan en la justicia restaurativa:

- I. La restitución: Es el pago económico que hace el infractor a la víctima como compensación de los gastos monetarios que le causo el delito.
- II. Servicio a la comunidad: Implica trabajo realizado por el delincuente en beneficio de la comunidad, trayendo consigo la reconciliación del agresor con la misma.
- III. Reparación individual: Es la indemnización que se le otorga a la víctima.
- IV. Reparación colectiva: Se orienta a la reconstrucción psicosocial de la comunidad.
- V. Reparación simbólica: Implica la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el restablecimiento de la dignidad de las víctimas y el perdón público.
- VI. Reparación material: Comprende todos los actos de reparación económica.
- VII. Reparación integral: Abarca la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de la no repetición del delito.

Como podemos ver, las responsabilidades resultantes de un mecanismo restaurador puede que para algunas personas no son de gran relevancia, sin embargo son suficiente para que la víctima se siente satisfecha, las actividades a desempeñar por el infractor pueden ser muy variadas, desde limpieza en lugares públicos, cuidado de áreas verdes, cuidado de personas en orfanatorios, asilos de ancianos, etc.

Es por ello que no todos los delincuentes son aptos para este sistema de justicia, ni todos los delitos, para aquellos en que la justicia restaurativa no es capaz de lograr una reparación a la víctima, es donde el derecho penal hace su trabajo.

Al igual, la justicia restaurativa no actúa en similitud en todos los delitos, en algunos puede esta sustituir la justicia retributiva y en algunos otros puede coadyuvarla reparando el daño.

IV. La Reparación del Daño

Mucho hemos hablado ya de la reparación del daño, este concepto aparece tanto en la justicia retributiva como en la justicia restaurativa, sin embargo vimos que ambos sistemas lo ven desde su propio ángulo y cada uno tiene su distinta forma de reparar el daño causado a la víctima. Por su parte, Raúl Espinosa, nos dice acerca de la reparación del daño:

“Reparar el daño causado a la víctima directa es curar heridas gracias a una reparación justa que se hace del daño provocado; a su vez, el reconocimiento de la responsabilidad del ofensor le permite participar en la reparación del daño causado, lo que da pie a la reconciliación víctima-ofensor, y pueden reintegrarse sanamente a las redes sociales que los contenían; y como resultado de la reconciliación y la reintegración se restaura la armonía en la sociedad.”²⁰⁵

Se habla de una reparación justa, ya que tanto la víctima como el agresor quedan conformes, tanto en la reparación como en la imposición del castigo, en cuestión de la reconciliación que se da entre víctima y ofensor, se refiere al sanamiento de emociones, a ese otorgamiento real del perdón, a esa sed de venganza por parte de la víctima que desaparece, como resultado, ambos pueden reintegrarse en la sociedad, de una manera tranquila, en donde beneficien a la misma.

A. La Reparación del Daño en Nuestra Actual Legislación

²⁰⁵ Espinosa Hernández, Raúl, *Op. Cit.*, Nota 200, p.103.

En el artículo 20 de nuestra Constitución Mexicana, como derecho de la víctima en la facción IV encontramos:

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

Siendo este, un derecho que la propia constitución así lo avala, y aun así según el artículo del que hablamos, si ya hay una sentencia dictada deberá si la víctima así lo pide el ofendido reparar el daño.

En nuestro Código Penal para el Estado de Sinaloa, se regula la reparación del daño, pudiendo encontrar esta figura en los artículos 32²⁰⁶ 36²⁰⁷ que nos dice que la reparación del daño será exigida por oficio, 37²⁰⁸ el cual dice que el daño también podrá repararse por la vía civil.

Tenemos también del mismo precepto jurídico el artículo 38²⁰⁹ en donde especifica que la reparación se hace mediante un pago, por lo que está regulando en dicho artículo solamente la reparación del daño material.

El artículo 39, nos dice de qué maneras se puede reparar el daño, incluyendo la reparación al daño moral.

“La reparación del daño, debe ser integral y efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida comprende:

²⁰⁶ “La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño”.

²⁰⁷ “La reparación del daño que deba ser hecha por el responsable de un delito, tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, con el que podrán coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o sus representantes, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales”.

²⁰⁸ “Quien se considere con derecho a la reparación del daño y no pueda obtenerla ante el juez penal, en virtud del no ejercicio de la pretensión punitiva por parte del Ministerio Público, sobreseimiento, sentencia absolutoria o cualquiera otra causa, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente”.

²⁰⁹ “Cuando la reparación del daño sea cubierta por cualquier vía, su pago excluirá la reclamación por otra diversa”.

- I. La restitución de la cosa obtenida por el delito, con sus frutos y acciones, y el pago, en su caso, de deterioros y menoscabos. Si la restitución no fuere posible, el pago del precio de la misma;
- II. La indemnización del daño material, moral y psicológico causados, incluyendo el pago de los tratamientos médicos y psicoterapéuticos que la víctima o el ofendido del delito requieran, como consecuencia del delito;
- III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.
- IV. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión, en los términos de la Ley Federal del Trabajo; y
- V. La declaración que restablezca la dignidad y reputación de la víctima, previa solicitud de la misma, a través de medios electrónicos o escritos, cuyo costo será cubierto por el sentenciado.”

En cuanto al artículo anterior, creemos está muy bien estructurado, ya que nos habla del pago, indemnización, declaraciones, etc., distintas maneras de reparar el daño, sin embargo no debemos olvidar, que estas acciones que deben tomarse para resarcir el daño, no es porque haya un arrepentimiento del agresor, es porque la ley así lo está imponiendo, según decíamos en el artículo 36, que la reparación del daño será exigida por oficio. Por lo que debemos seguir analizando, lo que dice la ley respecto a la reparación del daño.

En el artículo 40²¹⁰ nos dice quienes tienen derecho a la reparación del daño, obviamente en primer lugar el ofendido, incluyendo a dependientes económicos, su familia y herederos, sin embargo este artículo no menciona a la comunidad ni a personas que hayan sido o se hayan sentido afectadas por la comisión de este delito.

²¹⁰ “En orden de preferencia, tienen derecho a la reparación del daño:

- I. El ofendido;
- II. Las personas que dependan económicamente de él;
- III. Sus descendientes, cónyuge, concubina o concubinario;
- IV. Sus ascendientes; o
- V. Sus herederos”.

En artículo 41²¹¹ regula a las personas obligadas a la reparación del daño, en el cual no tenemos observación alguna, ya que concordamos con ello.

El artículo 42²¹² el cual no tiene gran relevancia, el 43²¹³ que insiste en un importe para la reparación del daño, el artículo 44 nos habla de en qué proporción se reparará el daño:

“La reparación del daño material será fijada por el juzgador según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso.

La reparación del daño moral será fijada por el prudente arbitrio del juzgador, tomando en consideración las características del delito, las posibilidades económicas del obligado, la lesión moral sufrida por la víctima y las circunstancias personales de ésta, que tengan relevancia para la fijación del daño causado. Esta reparación no podrá exceder de mil días de salario del obligado; a falta de prueba, se considerará el importe del salario general vigente en el Estado.

En lo conducente, el juzgador tomará en cuenta las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y del Código Civil del Estado, en su caso.

La reparación del daño por el delito de robo de vehículo cuando este último no se recupere o no haya sido cubierto el valor del mismo por otro medio, la fijará el juez en la cantidad resultante de reducir el precio señalado en la factura o documento legal que acredita la propiedad del vehículo, la

²¹¹ “Son terceros obligados a la reparación del daño:

- I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;
- II. Los tutores o los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;
- III. Los directores o propietarios de internados o talleres, por los delitos que cometan los internos o aprendices durante el tiempo que se hallen bajo la dependencia de aquéllos;
- IV. Las personas físicas, las personas morales y las que se ostenten con ese carácter, por los delitos que cometa cualquier persona vinculada con aquéllas por una relación laboral, con motivo y en el desempeño de sus funciones;
- V. Las personas jurídicas colectivas o que se ostenten como tales, por los delitos de sus socios, agentes o administradores y, en general, por quienes, legalmente, actúen en su nombre y representación;
- VI. Los dueños de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas, por los delitos que en ocasión de su tenencia, custodia o uso, cometan las personas que los manejan o tienen a su cargo; y
- VII. El Estado y los municipios, subsidiariamente, por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo o en el desempeño de sus funciones”.

²¹² “La reparación del daño deberá exigirse al acusado y podrá subsidiariamente reclamársele al tercer obligado”.

²¹³ “Los responsables del delito estarán obligados solidariamente a cubrir el importe de la reparación del daño”.

cantidad que como depreciación por el tiempo transcurrido hasta el momento de la comisión del delito, sea determinado mediante dictamen pericial.”

Hasta el momento del presente artículo, la reparación del daño sea moral o material, como ya lo sabemos se hará a la víctima, sin embargo en cualquiera de los casos ni se menciona y mucho menos se toma en cuenta, en la reparación material el juez decide de acuerdo a las pruebas presentadas y en la reparación moral será de acuerdo al arbitrio del juez, lo que nos preguntamos es y a las personas que se les reparará, ¿Estarán de acuerdo con ello? ¿Coincidirán con el arbitrio del juez?

Los artículos 45²¹⁴ 46²¹⁵ 47²¹⁶ 48²¹⁷ 49²¹⁸ y 50²¹⁹ también regulan la reparación del daño, sin mayor relevancia.

Nuestro actual sistema de justicia penal, regula la reparación del daño, sin embargo siempre hablando de una compensación económica, y nunca tomando en cuenta al interesado directo que es la víctima, el juez conforme a su criterio ordena y se repara. En este caso la reparación se hace por obligación y no porque en realidad haya un arrepentimiento, o porque el delincuente se está responsabilizando de sus acciones.

²¹⁴ “La obligación de pagar el importe de la reparación del daño es preferente con respecto a la de la multa y se cubrirá primero que cualquier otra de las obligaciones personales que se hubieren contraído con posterioridad al delito, excepción hecha de las relacionadas con alimentos y salarios”.

²¹⁵ “Los depósitos que se constituyan para garantizar la libertad caucional, se aplicarán al pago de la reparación del daño, cuando el inculpado se substraiga a la acción de la justicia después de haber causado ejecutoria la sentencia dictada”.

²¹⁶ “La reparación del daño se hará efectiva por la autoridad judicial, conforme a las disposiciones que para la ejecución de la sentencia señale el Código de Procedimientos Penales, siendo parte en este procedimiento, además del Ministerio Público, quien tenga derecho a la reparación”.

Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la reparación del daño, lo que se obtenga se distribuirá proporcionalmente entre los que tienen derecho a ella, atendiendo a las cuantías señaladas en la sentencia ejecutoria, sin perjuicio de que si posteriormente el sentenciado adquiere bienes suficientes, se cubra lo insoluto.

²¹⁷ “El juzgador, teniendo en cuenta el monto de los daños y la situación económica del obligado, podrá fijar plazos para el pago de su reparación, plazos que en su conjunto no excedan de dos años, pudiendo para ello exigir garantía, si lo considera conveniente”.

²¹⁸ “Los objetos de uso lícito con que se cometa el delito, propiedad del acusado, se asegurarán por la autoridad judicial para garantizar el pago de la reparación del daño. Solamente se levantará el aseguramiento o no se llevará a cabo si se otorga caución bastante en los términos de ley”.

²¹⁹ “Si las personas que tienen derecho a la reparación del daño renuncian a ella o se abstienen de recibir su importe, éste se aplicará en favor del Fondo Auxiliar para la Administración de Justicia del Estado, conforme a la ley respectiva”.

La reparación del daño debiera implicar un cambio, un arrepentimiento de la conducta, una responsabilización por parte del delincuente, un alivio para la víctima, como lo dice la justicia restaurativa.

B. Objetivo de la Reparación del Daño

La reparación debe tener un efecto resocializador, pues el autor del delito se enfrenta con las consecuencias que ocasionó su conducta reconociendo los daños causados a la víctima, podemos verla también como una oportunidad de acercamiento o reconciliación entre la víctima y el delincuente para facilitar la reintegración a la comunidad.²²⁰

Implica un efecto resocializador o reintegrador, ya que la reparación es todo un ciclo, lleva su tiempo prepararse para reparar el daño o para recibir la reparación del daño, tiempo en el que las actitudes cambian y las heridas sanan.

Al hablar de reparar el daño, no sólo nos referimos a un pago por los perjuicios causados, esto comprende el compromiso de restitución o devolución o remplazo según sea el caso o bien brindar servicios directos a la víctima o la comunidad.²²¹

Tal vez tenemos esta equivocada idea, por como hasta ahora se había venido manejando la reparación del daño, toda reparación, sea material o moral, se hace con dinero, no con acciones o hechos.

El reparar, como ya mencionamos, no sólo es compensar económicamente el daño causado, la reparación en este caso tiene un valor más profundo, sobretodo ético y moral que hace que esta sea más compleja que la material, la reparación no podemos negar que si comprende lo material, pero también curar ese miedo producido a la víctima, muchas veces es lo que necesita para reparar

²²⁰ Cfr. Márquez Cárdenas, Álvaro E., *Op. Cit.*, Nota 175, p.210.

²²¹ Cfr. *Ídem*.

su daño, tal vez es un arrepentimiento sincero de su agresor, lo que le dará tranquilidad.²²²

Sin duda alguna todas las personas somos diferentes y cada quien tendrá su forma de pensar, si para alguien es más importante el verdadero arrepentimiento del agresor, o una disculpa, o trabajo a su favor, etc., para otros lo ideal será la prisión, es importante dejar en claro que a cada quien se le repara el daño conforme a sus necesidades, y eso es lo que el derecho debiera entender, porque nuestro actual sistema de justicia repara el daño por igual suponiendo las necesidades de la víctima, mas no constatándolas.

El delincuente, al reparar el daño, "...estaría aceptando la vigencia de normas morales de la comunidad"²²³ ya que la comunidad actúa como un agente de la realidad, reprochándole para que tenga idea del daño cometido, así el delincuente repararía por el arrepentimiento causado por el reproche y no porque lo obligue algún juez.

La idea de una reparación del daño, "...es lograr un real beneficio para la víctima y la sociedad, no necesariamente la imposición de una pena"²²⁴ reparando el daño correctamente, con una verdadera actitud de arrepentimiento, sana a la víctima por consecuente el agresor y ella se reintegran a la sociedad beneficiándose por la sana reinserción de dos miembros de la misma.

¿Qué necesita la víctima para curar, para recuperar el sentido de la seguridad? Según García Ramírez, "...la víctima lo primero que necesita es información y expresar su angustia."²²⁵ Información que sólo obtendrá de su agresor, información que si no se pregunta y responde correctamente puede maximizar el daño causado, es por ello que a ambos se les prepara para tener una mediación en donde puedan expresar sus sentimientos, dudas, respuestas,

²²² Cfr. García Ramírez, Sergio, "En búsqueda de la tercer vía: la justicia restaurativa", *Iter Criminis*, Segunda Época, No.13, Segunda Época, pp.232 y 233.

²²³ Neuman, Elias, *La mediación penal y la justicia restaurativa*, México, Edit. Porrúa, 2005, p.50.

²²⁴ Ortega Cubas, Patricia Eugenia, "Hacia una nueva justicia penal alternativa", *Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Año II, No.2, Abril 2009, p.163.

²²⁵ García Ramírez, Sergio, *Op. Cit.*, Nota 222, p.204.

preguntas, y reparar realmente el daño, conforme a las necesidades de la víctima y a la vez, esta otorgar el perdón que el delincuente necesita para sanar sus remordimientos, en este caso también se le repara un daño al agresor, porque sin que él se pueda dar cuenta, también se está ocasionando un daño que será mucho más difícil de sanar que el de su víctima.

Comentábamos con anterioridad del daño que se autocausa el agresor, y de esto nos dice Sergio García:

“Se afirma que la reparación también opera a favor del transgresor, porque se da cuenta del verdadero daño causado y le ayuda en el proceso de reinserción social; disminuye la indignación hacia él de la víctima y del público; puede, incluso, llegarse a ganar el respeto; en suma, reparar puede convertirse en una especie de proceso de redención que le impida equivocarse nuevamente.”²²⁶

El delincuente sin darse cuenta, al responsabilizarse de sus actos, al arrepentirse realmente y al reparar a su víctima, se repara el mismo, tanto remordimientos como conductas, se ayuda a sí mismo a reinsertarse en la sociedad con una nueva actitud, que no le permitirá equivocarse de nuevo.

Sin duda alguna, como vimos, el derecho penal tiene una equívoca idea de la reparación del daño, tiene la intención de hacerlo y así lo contempla en sus normas, sin embargo no lo hace de la manera correcta, para ello tenemos la justicia restaurativa, que nos enseñará y ayudará a la correcta y eficaz reparación del daño.

²²⁶ *Ibidem*, p.237.

CAPÍTULO TERCERO

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

I. Los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias

Los mecanismos alternativos de solución de controversias, como su nombre lo dice son mecanismos, métodos o herramientas para solucionar controversias alternativamente a la justicia, de una forma totalmente diferente, en donde la cooperación, la comunicación y la concordia reinan en la solución del conflicto.

Los MASC (mecanismos alternativos de solución de controversias), son denominados de diferentes maneras según sea la legislación que los rige, Estado, País o Continente, sin embargo no cambia su contexto o su naturaleza, según sus reglas y principios.

Estos métodos, se suman a la corriente de la justicia alternativa, en la cual se cree, que hablando, negociando o conviniendo se puede llegar a un buen arreglo en donde ambas partes ganen.

A. Concepto

“El concepto de los medios alternativos de justicia, surgen para dar cabida a otras estrategias, mediante las cuales se busca la alternatividad frente a los procedimientos de justicia ordinarios; es decir, nuevas y diversas formas de procedimientos y metodologías.”²²⁷

Al decir que se busca alternatividad frente a los procedimientos de justicia ordinario, según el autor se refiere a una opción que tienen las partes en donde ambas pueden ganar a diferencia del sistema tradicional de justicia en donde una parte gana y la otra simplemente pierde, pareciéndole justo o no, es por ello que

²²⁷ Urías Morales, José Luis, *Violencia familiar un enfoque restaurativo*, México, Edit. UBIJUS, 2013, p.235.

estos mecanismos ofrecen ganar a ambas partes, siempre y cuando estén dispuestas a platicar, negociar, ceder y convenir.

“Bajo el nombre de “resolución alternativa de disputas” se engloba al conjunto de procedimientos que permiten resolver un conflicto sin recurrir a la fuerza y sin que lo resuelva un juez.”²²⁸ Podría también decirse que es un movimiento que tiende a la institucionalización de esa variedad de mecanismos conducentes a la resolución de los conflictos jurídicos, por otras vías que no son la tradicional decisión judicial.

Anexando a la idea de Gladys Álvarez, podemos decir que no se recurre a la fuerza como se haría en un sistema tradicional de justicia, ya que al aceptar solucionar un conflicto bajo un mecanismo alternativo, sería completamente voluntario, no se le puede obligar a ninguna persona a hacerlo bajo estas vías, si ella así lo decide así será, si no está de acuerdo en alguna etapa del procedimiento o decide retirarse y utilizar otra vía para solucionar su conflicto puede hacerlo, ya que como mencionábamos es completamente voluntario.

Además de voluntarios, estos sistemas alternativos de resolución de conflictos son, flexibles, rápidos, económicos, prácticos, privados y confidenciales, reiterando que no tienen efecto obligatorio para las partes.²²⁹

Todos los MASC, tienen las mismas características anteriormente mencionadas, siendo voluntarios porque como decíamos nadie puede obligarnos al sometimiento de dichos métodos, al decir flexibles no quiere decir que carezca de reglas a seguir, sino que no necesariamente debe contar con aquella estrictez o rigidez como el sistema tradicional, son rápidos, económicos y prácticos, en tiempo, dinero y desgaste físico y emocional, privados y confidenciales, ya que la información mencionada dentro de algún mecanismo alternativo no deberá salir de las partes que se encuentren presentes, así mismo no deberá quedar ningún

²²⁸ Álvarez, Gladys S, Highton, Elena I., *Et. Al., Mediación y justicia*, Argentina, Edit. Depalma, 1996, p.33.

²²⁹ Cfr. Pacheco Pulido, Guillermo, *Mediación. Cultura de la paz*, México, Edit. Porrúa, 2004, p.3.

antecedente de lo que se habló durante las sesiones, siendo esto más confiable para las partes poder abrirse ante un tercero ajeno al conflicto.

Estas instancias voluntarias tendrán como objetivo, "...el impulsar un acercamiento entre las personas involucradas en un conflicto, para ayudarlas a clarificar e identificar los intereses para que desemboquen en un acuerdo satisfactorio, evitando un penoso proceso judicial"²³⁰ estas fórmulas no producen ganadores ni perdedores ya que todas las partes se verán favorecidas con el acuerdo que se logre.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos, se han venido manejando como una alternativa al litigio, sin embargo en la actualidad, podemos considerar a los mismos como una herramienta del derecho, de la justicia y del litigio mismo.

Según Soto Lamadrid, estos métodos son mejores que el sistema tradicional de justicia para solucionar conflictos y si son bien utilizados, superarán la eficacia del mismo.²³¹

La solución de los conflictos mediante estos medios de justicia participativa, buscará armonizar los valores y necesidades de las partes sin la imposición del criterio sustentado por un juez, lo que favorecerá sin duda la solución del conflicto y sobre todo su cumplimiento futuro. Una ventaja adicional será el solucionar uno de los problemas más recurrentes en la administración de justicia, que es el incremento de los casos que se ventilan ante los tribunales, ya que la experiencia vivida en otros países y en algunos estados de la República, nos demuestra que el empleo de estos medios, disminuye en un alto porcentaje el número de causas tramitadas ante ellos.

B. Antecedentes de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias

²³⁰ Márquez Algara, María Guadalupe, *Mediación y administración de justicia: Hacia la consolidación de una justicia alternativa*, México, Universidad de Aguascalientes, 2004, p.75.

²³¹ Cfr. Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Op. Cit*, Nota 56, p.272.

Desde la existencia del ser humano, se han hecho presentes los conflictos, es por ello que hemos buscado distintas formas de solucionarlos, incluyendo una forma pacífica de hacerlo como es el diálogo.

A través de la historia, el solucionar conflictos por medio del diálogo se ha presentado de diversas maneras, en diversas culturas desde tiempos muy lejanos, apareciendo desde los tiempos más primitivos como fueron las tribus, etnias, clanes, etc., incluso en la era de Jesucristo.

Es sin duda alguna en la antigua cultura China en donde se presentaron con más frecuencia estos métodos, sin embargo desde antaño a la fecha, no cambia la esencia, es por ello que nos atrevemos a decir que los métodos no son un surgimiento si no un resurgimiento de mecanismos pacíficos para solucionar controversias, es algo tomado del pasado y perfeccionado en algunos casos para su utilización actual.

Desde un punto de vista evolutivo el hombre para poder subsistir o defender sus derechos básicos, ha creado distintos métodos o formas de resolver los conflictos, los clanes y tribus utilizaban el recurso unilateral de la fuerza, es decir, a través de la ley del más fuerte y por la vía de los hechos resolvían los conflictos. Posteriormente surgió la invención de las primeras normativas que fueron creadas por las nacientes civilizaciones, tales como el Código de Hamurabi, la Ley del Talió en la Legislación Islámica, así mismo comenzaron a solucionarse los conflictos por una autoridad, se dio la división de las funciones de estado con la separación de poderes como el Ejecutivo, Legislativo y Judicial para poder llegar a los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el actual contexto de un mundo globalizado, característicos por múltiples y contrapuestos intereses, por la escasez creciente de los recursos, por una distribución desigual de los mismos.²³²

En muchas culturas, la mediación o “conciliación”, como se la llama algunas veces, ha sido un medio común de solución alternativa de controversias durante

²³² Cfr. Aedo, Paola, *Antecedentes históricos, de la evolución de los métodos de resolución de conflictos*, SurMediación. Centro de Mediación, <http://surmediacion.bligoo.cl/content/view/144346/Antecedentes-Historicos-de-la-Evolucion-de-los-Metodos-de-Resolucion-de-Conflictos.html>, Diciembre/2013.

generaciones, presidida, por lo general, por un anciano o una personalidad que goza del respeto de la comunidad.

“La aplicación de estas técnicas basadas en el diálogo y la colaboración, que para nuestra cultura occidental pareciera de reciente data, ha sido conocida por las culturas orientales desde hace miles de años, ya en la época de Confucio en la China, se propiciaba una filosofía fundada en el entendimiento entre las personas, que permitió por ejemplo que la Revolución Cultural liderada por Mao tse Tung, en 1949, haya institucionalizado a través de los Comités Populares de Conciliación.”²³³

La humanidad ha generado diferentes formas de resolución de conflictos, desde lo más formal a lo más “informal”. Esta forma ha sido sintónica con las costumbres y creencias del momento. Alrededor de los años setenta, las empresas norteamericanas empezaron a utilizar la mediación como técnica alternativa para resolver los conflictos empresariales, fuera de los métodos ordinarios para ello ya que era más rápido y conveniente llegar a un arreglo que tener el 50% de probabilidades de perder el trato.

Si bien la mediación no es nada nuevo ni exclusivo de Occidente (ya existía en culturas primitivas y tiene una larga tradición en China, como ya lo hemos mencionado), el interés por la mediación a fines del siglo XX es sorprendente. “El extendido descontento con el costo financiero y el desgaste emocional de los procesos legales... ha convertido a la mediación, en la piedra fundamental del movimiento de resolución alternativa de disputas (RAD) en Estados Unidos.”²³⁴ De ahí nace el término anglosajón “*Alternative Dispute Resolution*”, más conocido por sus siglas como ADR en inglés.

Hoy en día es nuestra obligación de seguir procurando mecanismos alternativos a la justicia tradicional, equitativos, pertinentes, idóneos, factibles y capaces de dar respuesta metodológica y procedimental en la solución de las

²³³ *Idem.*

²³⁴ Slaikou, Karl. A., *Para que la sangre no llegue al río*, Argentina, Edit. Granica, 1996, p.18.

disputas empantanadas de partes que seguramente ya exploraron distintas opciones que no han satisfecho su deseada solución con miras futuristas.

El Código del Trabajo, es el primer cuerpo legal que utiliza el término mediación. Históricamente el antecedente sería el panel denominado comisionados de conciliación que apareció con la creación del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos y luego se organizó con el nombre de Servicio Federal de Mediación y Conciliación para atender las diferencias obrero-patronales.²³⁵

En la legislación laboral actual, la mediación se diferencia de la conciliación y es un procedimiento obligatorio, particularmente para los conflictos laborales que regulan la actuación de los funcionarios de mediación del Ministerio del Trabajo y de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

En Argentina, el 19 de agosto de 1992 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto n° 1480/92, que declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método alternativo para la solución de controversias, y por resolución del 8 de septiembre de 1992, el Ministerio de Justicia reglamentó la creación del Cuerpo de Mediadores.²³⁶

Con fecha 5 de octubre de 1995 se sancionó la ley 24.573, que establece la obligatoriedad de la instancia de Mediación para los casos patrimoniales. Esta ley fue muy debatida y generó muchos desacuerdos entre las cámaras y dentro de cada una de ellas.²³⁷ Los temas más polémicos fueron: la obligatoriedad, los abogados como únicos profesionales que pueden llegar a ser mediadores después de una capacitación específica, la integración de la Comisión de Selección y Contralor, etc.

²³⁵ Cfr. Moore, Christopher W., *Tipología del conflicto*, 1986, Trad. Castellana, *El proceso de mediación*, España, 1997, Edit. Granica, p.154.

²³⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República de Argentina, <http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/nacional.jsp>, Diciembre/2013.

²³⁷ Cfr. Información Legislativa, Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas del Gobierno de Argentina, <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>, Noviembre/2013.

La ley se sancionó para casos patrimoniales, y permite que únicamente los abogados puedan capacitarse como mediadores judiciales y que la Comisión de Selección y Contralor esté integrada por dos representantes del Poder Judicial, los del Poder Legislativo y dos del Poder Ejecutivo.

Como antecedente de la mediación, se citan los buenos resultados obtenidos dentro de las empresas para resolver conflictos intradepartamentales, cuando intervenían determinadas personas que por sus características individuales ayudaban a resolver los conflictos de forma más rápida, efectiva y económica. La línea tradicional de mediación de Harvard ha salido del campo empresarial para solucionar problemas que se daban dentro de las empresas.

La mediación surge cuando se participa en los aspectos de Derecho Internacional, Laboral o Mercantil, con el propósito de aliviar la tensión, delinear una amenaza, desaparecer la beligerancia, que en un momento dado puede provocar un conflicto.

“Fue a partir de las grandes guerras mundiales que en Europa y Estados Unidos se comenzó a teorizar acerca de los conflictos y la paz, promoviendo la investigación, análisis y tratamiento de aquellos, a partir del desarrollo de técnicas para su prevención y manejo. Tradicionalmente se afirmaba la necesidad de evitar los conflictos, asumiéndolos como indicadores de que algo andaba mal, debido a incapacidades atribuidas a las personas. Más tarde, la Escuela de las Relaciones Humanas propuso que los conflictos son inherentes a la naturaleza humana, y por lo tanto inevitables, y que contienen en sí el potencial necesario para el rendimiento de los grupos de trabajo.”²³⁸

La resolución de conflictos interpersonales y comerciales, entre miembros de un subgrupo, con la asistencia de terceras personas respetadas del mismo grupo, era una manera de conservar la independencia y establecer normas. Gremios comerciales, mercaderes, etc., sintieron la necesidad de resolver sus

²³⁸ Fundación Instituto de Mediación Argentina, <http://www.fimeint.org>, Octubre/2013.

desavenencias sin la imposición de una autoridad externa, por lo que la mediación y hasta cierto punto el arbitraje representaban la fórmula idónea para preservar dicha independencia.

“Entre las alternativas de resolución de conflictos, la mediación es la que más desarrollo ha tenido en los últimos treinta años, con indudable éxito. La significativa reducción de los costos legales, el ahorro de tiempo, la posibilidad de solventar cuestiones complejas, la confidencialidad del proceso, y la eliminación de incertidumbres, son algunas de las ventajas que han hecho que muchas compañías y firmas de abogados en los Estados Unidos, Ibero América, y Europa se interesen por la mediación.”²³⁹

El proceso de aceptación y aprobación de normas que permiten hacer uso legalmente de esos mecanismos, ha sido lento, pero firme y consistente; sus postulados han ido sentando sus reales, en los gobiernos, las empresas y la sociedad, a tal grado que su instrumentación cada vez es menos cuestionada, por quienes están encargados de su aplicación.

1. Postura de los Organismos Internacionales

La Recomendación número R 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del procedimiento penal, de 28 de junio de 1983, recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros examinar las posibles ventajas de los procedimientos de conciliación y mediación.²⁴⁰

Así mismo bajo esa misma resolución el Comité de Ministros del Consejo de Europa, pide que se fomente la mediación y la conciliación entre víctima-delincuente.

²³⁹ Carulla Benitez Pedro, *La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales*, 2001, <http://www.derecho.com/articulos/2001/04/01/la-mediacion-una-alternativa-eficaz-para-resolver-conflictos-empresariales/>, Octubre/2013.

²⁴⁰ Cfr. Convención Europea, De 24 De Noviembre De 1983, Sobre La Compensación A Las Víctimas De Delitos Violentos, <http://www.victimas.org/html/internacional/legislacioneuropea.pdf>, Agosto/2013.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de 29 de noviembre de 1985, insta la utilización, cuando proceda, de mecanismos oficiosos para la solución de los litigios, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.²⁴¹

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en ocasión de la promoción y utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos ha sido un tema que se ha tratado en las tres primeras reuniones de Ministros o Procuradores Generales de las Américas.

La Recomendación número R 21²⁴² del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, de 17 de septiembre de 1987, recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros favorecer los experimentos, en el ámbito nacional o en el local, de mediación entre el infractor y la víctima y evaluar los resultados, observando en particular hasta qué punto sirven a los intereses de la víctima.

La Resolución 1999/26 de 28 de julio de 1999 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre el desarrollo y la aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho penal, insta a los Estados, las organizaciones internacionales y demás entidades, a intercambiar información y experiencia sobre la mediación y la justicia reparadora.²⁴³

La Recomendación número R 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la mediación en materia penal, establece unos principios que

²⁴¹ Cfr. International Victimology Website, <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/12-A-4.pdf>, Enero/2013.

²⁴² Legislación Europea, <http://www.victimas.org/html/internacional/legislacioneuropea.pdf>, Noviembre/2012.

²⁴³ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, *Comisión de prevención del delito y justicia penal*, <http://www.ilanud.or.cr/Informe%2011%20Periodo%20Comisi%C3%B3n%20Delito.pdf>, Octubre/2013.

deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la mediación en materia penal.²⁴⁴

En la Tercera Reunión de Ministros o Procuradores Generales de las Américas, llevada a cabo en San José, Costa Rica, del 1 al 3 de Marzo del 2000, entre las conclusiones y recomendaciones que adoptó para ser elevadas a la Asamblea General de la OEA durante su XXX Período Ordinario de Sesiones celebrado en Windsor, Canadá, reiteró su compromiso con el mejoramiento del acceso a la justicia de los habitantes de los Estados Miembros de la Organización, a través de la promoción y el uso de métodos alternativos de solución de conflictos, decidiendo dar seguimiento al tema de la resolución alternativa de conflictos en el marco de la OEA, a fin de seguir fomentando el intercambio de experiencias y la cooperación entre los Estados Miembros de la OEA.²⁴⁵

Por otra parte, la mención de “alternativos” con que se conocen y difunden estos medios y procedimientos, tiene relación y guarda mayor coherencia con el objetivo y las características de no confrontacionales, de autogestión y de protagonismo ciudadano en el tratamiento de la conflictividad social, que definen principalmente su aplicación. La mención de “alternativo” no puede entenderse como la pretensión y la búsqueda de una cierta privatización de la justicia o como la sola y exclusiva intención de restarlos de la institucionalidad de la Administración de Justicia y del Poder Judicial en el ámbito del Estado de Derecho.

La Resolución 2000/14, de 27 de julio de 2000, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas²⁴⁶ sobre Principios Básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva en materia penal insta a los Estados miembros a intercambiar información sobre la mediación y la justicia reparadora.

²⁴⁴ Barona Vilar, Silva, “Influencia de la unión europea e instancias supranacionales en la tutela penal del a víctima, en la justicia restaurativa y en la mediación penal” *Revista Jurídica*, Costa Rica, No. 118, Junio 2013, http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20108/PDFs/04-influencia.pdf, Diciembre/2013.

²⁴⁵ Cfr. OAS, http://www.oas.org/juridico/spanish/remjall_recomend.pdf, Octubre/2013.

²⁴⁶ Consejo Económico Social, <http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf>, Noviembre/2013.

La Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal dispone, en su artículo 10, que los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida y velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales. El artículo 17 de esta misma decisión dispone que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en su artículo 10, antes del 22 de marzo de 2006.²⁴⁷

2. Contexto Internacional

Los mecanismos alternativos de solución de controversias son un movimiento global, gracias a las posturas de los organismos internacionales, los cuales se han encargado de instar a los países miembros a regular mecanismos alternativos, sin embargo desde hace décadas estos se han venido utilizando en diversos países y para su mayor comprensión hemos decidido dividirlos por continentes.

a) Países Asiáticos

“La Mediación no es una creación de visionarios del siglo XX sino que se trata de una adaptación de mecanismos tan antiguos como el hombre mismo; una adaptación de tradiciones que existían y, aún prevalecen en otras culturas. En general, se trata de la delegación en una o más personas pertenecientes a un grupo determinado, de la responsabilidad en cuanto a

²⁴⁷ Cfr. De Hoyos Sancho, Montserrat, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, España, Edit. LEX NOVA, 2009, p.729.

la composición del conflicto, pudiendo asumir este rol el jefe de la tribu, el sabio, el brujo, el consejero de ancianos, los mayores del clan, etc.”²⁴⁸

En China, existen más floristas que abogados, y ello porque en forma natural, desde épocas prehistóricas utilizan como forma natural de resolver sus conflictos los métodos alternativos de resolución de disputas, tal es así, que su legislación prevé que los demandados se pueden hacer representar, por personas u organizaciones que no sean abogados, siendo la escasez la razón de los mismos.

“A la fecha del último censo de profesionales, en China había cincuenta mil abogados frente a 1,2 mil millones de población. De allí surgió la propuesta, en un plan de avanzada, de alcanzar cien mil abogados para el año dos mil.”²⁴⁹

Es interesante la llamada mediación espontánea o de la gente, que alcanza una proporción aproximada de ocho a diez veces el número de causas mediadas en procesos judiciales; esto demuestra cómo se ha desarrollado en esta cultura las formas pacíficas de resolución de conflictos. A pesar del avance de la mediación en la República Popular de China, debemos destacar que no existe mediación criminal.

La aplicación de estas técnicas basadas en el diálogo y la colaboración, que para nuestra cultura occidental pareciera de reciente data, ha sido conocida por las culturas orientales desde hace miles de años, ya en la época de Confucio en la China, se propiciaba una filosofía fundada en el entendimiento entre las personas, que permitió por ejemplo que la Revolución Cultural liderada por Mao Tsé Tung, en 1949, haya institucionalizado a través de los Comités Populares de Conciliación, que grupos de vecinos se organizaran voluntariamente para buscar fórmulas de entendimiento en caso de conflictos entre los habitantes del sector.²⁵⁰

²⁴⁸ Ortega Castro, Salvador, http://salvadorortegacastro.blogspot.mx/2013/02/el-mediador-universitario_25.html, Septiembre/2013.

²⁴⁹ Aiello de Almeida, María Alba, *Mediación: Formación de algunos aspectos claves*, México, Edit. Porrúa, 2001, p. 76.

²⁵⁰ Cfr. Aedo, Paola, *Op. Cit.* Nota 232.

La mediación es una estrategia para la resolución de conflictos con un largo pasado. “En la antigua China, la conciliación y la mediación fueron los principales recursos para resolver desavenencias.”²⁵¹ La mediación se sigue ejerciendo en la República Popular China, a través de los comités populares de conciliación.

En la República Popular de China, debido a la superpoblación y expansión demográfica en constante aumento, la mediación constituye un elemento primordial dentro del orden legal, sin la cual la convivencia se tornaría prácticamente imposible y el congestionamiento judicial desbordaría la factibilidad de resolución de conflictos, colapsando todo el sistema jurídico institucional.²⁵²

Y es que, imaginemos si aquí los casos judiciales, suelen demorar por sobresaturación de ellos en los juzgados, ahora en China donde sobre pasa por mucho los habitantes a comparación de México. Sin duda alguna los mediadores juegan un papel muy importante al garantizar ahorro en tiempo, dinero y desgaste tanto físico como emocional, para solucionar los conflictos entre chinos.

En la China actual, el sistema de mediación se clasifica principalmente en: Mediación popular; la mediación entre el pueblo mismo. Mediación del tribunal; es una mediación en la acción judicial y en cuanto a los casos de matrimonio la mediación en la acción judicial, es un procedimiento indispensable. Mediación administrativa; es una mediación que se efectúa fuera de la acción judicial. Mediación arbitral; significa la mediación que un organismo de arbitraje hace para un caso de arbitraje aceptado. De fracasar la mediación, ese organismo dicta un laudo. Es también una mediación fuera de la acción judicial.²⁵³

El avance de la mediación en China es incuestionable, ya que la sociedad decidió que o se quedaban a la espera de que la justicia tradicional resolviera su conflicto, o ellos tomaban partido en el asunto haciéndolo ellos mismos. La mediación en la comunidad China se considera toda una cultura y se puede encontrar en todos los aspectos de la vida del País.

²⁵¹ Folberg, Jay y Taylor Alison, *Mediación resolución de conflictos sin litigio*, México, Edit. Limusa, S.A. de C.V. Grupo Noriega Editores, 1996, p.25.

²⁵² Lascala, Jorge Hugo, *Aspectos prácticos en mediación*, Argentina, Edit. Abeledo Perrot, p.11.

²⁵³ Cfr. Sistema Judicial de China, www.china.org.cn/xi-sifa/7.html., Noviembre/2013.

En Japón, desde épocas prehistóricas se utiliza la conciliación. Como método natural para resolver todo tipo de contiendas. Estos recursos tienen relevancia fundamental en la sociedad nipona; el vecino más destacado, el anciano de la comunidad es buscado por sus consejos y su habilidad para producir acercamientos entre los involucrados en un conflicto.²⁵⁴

Ese mediador, elegido por el respeto que inspira a las partes y por su experiencia de vida, es escuchado proponiendo solución al conflicto, el resultado es aceptado, dándose por hecho que la edad y el respeto hacen suponer experiencia en el anciano, resolviendo de esta manera gran parte de litigios.

“La mediación cubre todos los asuntos civiles, por lo tanto, se puede presentar para todo tipo de disputas; históricamente, la mediación agrícola y la mediación por molestias causadas en la minería tenían leyes separadas, pero se integraron en una sola Ley de Mediación. El proceso de mediación es particularmente útil para casos relacionados con contratos de arrendamiento de inmuebles, sobre todo cuando se modifican los términos de dichos arrendamientos, los inconvenientes generan disputas que al llegar al órgano jurisdiccional, generan una mediación prejudicial obligatoria.”²⁵⁵

Así mismo en dicho país, es una práctica muy común el que los vecinos recurran al líder de la población, de sus familias, de sus trabajos o de sus entornos, para que los ayude a resolver los conflictos.

En las culturas orientales, Japón, en donde una de las principales demandas sobre el líder, es su intervención en la resolución en las disputas, es otro ejemplo claro de tradición en la práctica de la resolución mediada de los conflictos.

b) Norteamérica

²⁵⁴ Aiello de Almeida, María Alba, *Op. Cit.* Nota 249, p.78.

²⁵⁵ Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 230, p.260.

“Aunque ya se había observado anteriormente, es a finales de la década de los 60 cuando la sociedad estadounidense expresa un gran interés por las formas alternativas de resolución de desavenencias, o <Alternative Dispute Resolutions> (ADR), es decir <mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales>. Estudiosos del derecho como L. Fuller, F. Sander, Roger Fisher, todos ellos de la Harvard Law School, o el conocido autor Howard Raiffa, han contribuido notablemente a la formación del pensamiento teórico, respecto a los procedimientos y aplicación de técnicas para la resolución de conflictos fuera de los tribunales.”²⁵⁶

La mediación tiene su origen en un período histórico en Norteamérica, en la que la ideología humanista, pacifista y comunitaria triunfa en la década de los sesenta y comienzos de los setenta, período en que se caracteriza por la libertad individual y que considera la mediación como una herramienta de resolución de conflictos que contribuye a la estabilidad social.

“A mediados de la década del '70 en Estados Unidos la mediación, como una nueva institución encaminada a la resolución alternativa de conflictos. Su rápido crecimiento se debió a los buenos resultados que proporcionaba al sistema de resolución de conflictos, por el cual a posterioridad se la incorporó al sistema legal previa al juicio.”²⁵⁷

Esto significa que frente a conflictos, las partes deben iniciar una solicitud de mediación, si el conflicto no se resuelve en esa instancia, recién en ese momento pueden ingresar a la pretensión legal. Pero como el sistema de mediación puede funcionar separado de los tribunales, en el ámbito privado, cualquier persona puede iniciar y beneficiarse con su aplicación.

“En los Estados Unidos se estuvieron desarrollando programas de resolución alternativa de disputas durante 15 años aproximadamente, lo

²⁵⁶ *Ídem.*

²⁵⁷ Idachkin, Mónica Patricia, *Los conflictos en mediación escolar*, <http://www.monografias.com/trabajos47/mediacion-escolar/mediacion-escolar.shtml>, Agosto/2013.

que no es un lapso muy prolongado en términos de desarrollo de programas de justicia. Se cuenta con muchos programas relacionados con los tribunales, programas comunitarios o vecinales y programas privados. En materia judicial, se ha producido un importante incremento en el empleo de la resolución alternativa tanto en los tribunales estatales como federales. Lo importante en esto, es mejorar la capacidad del sistema judicial para proveer servicios al público en general. La experiencia adquirida en un programa de mediación, sugiere que tal vez sea necesario personal judicial adicional, cuando la mediación tiene carácter obligatorio.”²⁵⁸

Se ha llegado en este momento a la conclusión de que la característica más crucial de un programa de mediación exitoso quizá sea la calidad del proceso de mediación. Los tribunales deben asegurarse que los mediadores comprendan y puedan implementar los principios de la mediación, a fin de asistir a las partes para que logren un acuerdo en consideración a sus necesidades, intereses y opciones, evitando caer en la tentación de convertirse en un tercero neutral que evalúa los méritos de la causa, va y viene entre las partes estudiando cuál es el piso de las negociaciones y cuál el techo de las ofertas, y finalmente recomienda una cifra razonable para el acuerdo.

Los métodos alternativos se consolidan como disciplina en los Estados Unidos, por una decisiva influencia del movimiento ciudadano a favor de los derechos civiles. Elementos como la discriminación, el feminismo, la segregación, la oposición a la guerra de Vietnam etc., dieron la base social e ideológica fundamental para el desarrollo de ésta.

Tuvo tal relevancia la implementación de estos procesos que en 1990 el Congreso de EEUU aprobó una ley que insta a las agencias federales a implementar éstos, para el tratamiento de los conflictos internos en organizaciones, ejemplos: el sistema de mediación, internos o externos; transformaciones estructurales y culturales.

²⁵⁸ Álvarez, Gladys S., Highton, Elena I., *Et. Al., Op. Cit.* Nota 228, pp.71 y 72.

En California, al tratarse de la disolución del vínculo matrimonial, el Código de la Familia crea un mecanismo de aplicación general conocido como la “gestión de los casos” (*case management*), cuyo propósito es el de hacer expedito el proceso del divorcio o de la separación legal de los cónyuges, reducir los costos del mismo, y propiciar el cierre rápido del caso mediante el acuerdo de las partes. A petición de las partes, el Tribunal ordenará la implementación de este mecanismo, el cual incluye:

- I. “La evaluación imparcial del caso;
- II. La resolución de la disputa mediante vías alternativas al litigio;
- III. La suspensión del proceso judicial mientras se intenta lograr un acuerdo amistoso;
- IV. El uso de conferencias telefónicas y otros medios extra judiciales para propiciar la cooperación entre las partes en función de la resolución del caso;
- V. La modificación de los trámites procesales por común acuerdo;
- VI. El nombramiento de los expertos citados para dar su testimonio, por común acuerdo, cuando sea posible, y
- VII. El tratamiento judicial por separado de las cuestiones relevantes.”²⁵⁹

Se tiene recurso a dicho mecanismo solamente en los condados en los cuales un Tribunal Superior determine, cada año, que las condiciones sociales locales y el número de casos atendidos ameriten su implementación, lo cual implica que se nombra al menos a un juez para presidir el llamado “Tribunal de Conciliación Familiar” (Family Conciliation Court). Para asegurar la más pronta tramitación de un caso, dicho juez podrá transferirlo a otro Tribunal Superior, en el cual se llevará el proceso según las normas establecidas para los Tribunales de Conciliación Familiar.

“Según el artículo 1830 del CFC, el Tribunal de Conciliación Familiar tendrá jurisdicción sobre toda controversia entre los cónyuges en dos casos: a) si

²⁵⁹ Martínez Zampa, Daniel, *La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales*, 2008, <http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0051.htm>, Noviembre/2013.

se discute la custodia o el derecho a visita de los hijos, cualquiera que sea el vínculo que une a los padres (matrimonial o no matrimonial), y exista el peligro que en caso de no lograrse la reconciliación de las partes, el divorcio, separación legal, o disolución del hogar pueda perjudicar especialmente a los hijos o a una de las partes; b) aún cuando no estén involucrados niños el Tribunal haya constatado la existencia de violencia doméstica entre las partes.”²⁶⁰

Cualquiera que sea el vínculo entre la pareja, dicha controversia podrá, en ausencia de una reconciliación entre las partes, resultar en la disolución del matrimonio, su nulidad, o la separación legal de las partes, o en la disolución del hogar.

En cada Tribunal, se contrató a un Abogado-Mediador para ayudar al juez en la resolución de los procesos relacionados a los efectos patrimoniales de la disolución del matrimonio, para desarrollar programas comunitarios idóneos, y cumplir con las demás funciones asignadas por el Tribunal.

Dicho Abogado-Mediador debía ser un abogado con experiencia en el área del derecho de la familia, teniendo como deber entre otros: “Reunirse con las partes para mediar los asuntos relacionados con los efectos patrimoniales de la disolución del matrimonio, dando prioridad a los casos en los cuales alguna de las partes no contara con el apoyo de un abogado.”²⁶¹

En todo caso, a petición de cualquiera de los interesados, o a iniciativa del juez, cualquier caso apto para ser tratado mediante el mecanismo de la mediación, podía procesarse por las vías judiciales normales, sin mediación.

Actualmente, la mediación tal vez sea el más popular de los procedimientos de solución alternativa de controversias, que están revolucionando la tramitación de los casos en el sistema judicial de Estados Unidos.

²⁶⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, *La mediación familiar, conceptos generales y legislación extranjera*, Chile, 2003, http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro278.pdf, Agosto/2013.

²⁶¹ Martínez Zampa, Daniel, *Op. Cit.* Nota 259.

“La mediación como técnica de solución de controversias empezó a utilizarse por primera vez en el derecho de familia, probablemente porque la índole de las emociones involucradas en esos casos a menudo provoca graves problemas en la negociación de posiciones y porque las partes, quieran o no, se ven con frecuencia obligadas a seguir manteniendo una relación a causa de los hijos.”²⁶²

En Estados Unidos no existen requisitos de licencia o certificación de mediadores y a éstos no se les exige haber recibido una capacitación formal para poder ofrecer sus servicios. No obstante, la mayoría de los que se ofrecen como mediadores han recibido algún adiestramiento.

Los honorarios de los mediadores varían según el contexto en el que tenga lugar la mediación. En la mayoría de los programas de mediación por orden judicial se pide al mediador que preste una parte de sus servicios (por ejemplo, las primeras cuatro horas) a título gratuito y se exige a las partes compensar posteriormente al mediador a una tarifa determinada por hora de trabajo.

En el caso de la mediación privada, la compensación se acuerda entre las partes y el mediador. Por lo general, los mediadores privados ofrecen sus servicios a una tarifa diaria convenida, que puede ser bastante elevada. Los mediadores privados pueden pedir y recibir honorarios más sustanciales porque los litigantes están conscientes del valor de sus servicios. Por ejemplo, en la mayoría de las controversias sometidas a mediación privada, las cantidades en litigio son muy inferiores a los posibles honorarios de abogados que la parte tendría que abonar, si la causa se viera en los tribunales.

Habida cuenta de que la mayoría de los sistemas judiciales del mundo se enfrentan a problemas de costos y retrasos similares a los de Estados Unidos y que la mediación es un procedimiento principalmente familiar en las culturas de tantos países, el movimiento de solución alternativa de controversias parece

²⁶² Aedo, Paola, *La mediación en Estados Unidos*, 2008, <http://surmediacion.bligoo.cl/content/view/165690/La-Mediacion-en-Estados-Unidos.html>, Noviembre/2013.

destinado a tener un gran éxito internacional a medida que avanza el nuevo milenio.

La figura del mediador está muy extendida en Estados Unidos y Canadá para la resolución de conflictos del ámbito familiar. Varios estados norteamericanos han adoptado leyes que otorgan un privilegio a la información confidencial que surge durante la mediación.

Se puede señalar que las ventajas de la mediación han sido muy alentadoras, pues se trata de un proceso consensual, tomando en cuenta que en Estado Unidos ningún juez o mediador puede forzar a alguna de las partes a aceptar un arreglo de una querrela. Alrededor del 60 por ciento de las mediaciones en las que ha participado el gobierno federal, han terminado en un arreglo. Sólo cuando la contraparte del gobierno en una querrela no ha querido llegar a un acuerdo, al no tener interés de usar el procedimiento de solución de disputas, no se la puede obligar.²⁶³

De igual manera, no se puede obligar al gobierno a resolver un caso en el que el propio gobierno esté resuelto a obtener un fallo de un tribunal; sin embargo, la experiencia arroja un saldo positivo, en cuanto a la efectividad de la utilización de la mediación como medida eficaz en la resolución de conflictos planteados ante los tribunales.

Una característica de los mecanismos alternativos en los Estados Unidos, es la capacidad de adaptación con que cuentan para resolver los conflictos de los justiciables, en virtud de la versatilidad de los llamados tribunales multipuertas, (se dice que estar frente a ellos es estar frente a una caja de herramientas. Quien pretenda aprovechar dicha caja debe saber para qué sirve cada una y cómo se usa) que para efectos didácticos y en términos generales.

Sin duda las experiencias de otros países en la década de los sesenta y setenta, ha llegado a distintas naciones que seguro aprovecharán los resultados

²⁶³ Cfr. Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 230, p.221.

obtenidos en su peregrinar por los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Y aunque las culturas son distintas, su idiosincrasia, costumbres, usos, tradiciones, idioma, economía, y otros rasgos que aparentemente nos hacen diferentes, pero la condición de seres humanos, aplica a cualquier raza, color, sexo, status social, que nos permite tropicalizar sus conocimientos, experiencias, contenidos, métodos y formatos utilizados para resolver conflictos.

Para quienes hacen de estos mecanismos su fortaleza profesional, resulta satisfactorio recurrir a estas vivencias, diseñando modelos híbridos que se adapten a las necesidades del usuario y a las condiciones, a veces subjetivas, en las que se pretende resolver una disputa.

En Canadá, la población se ha beneficiado de las publicaciones e investigaciones de Estados Unidos, creando servicios de mediación familiar.

“En 1974, Howard Irving, terapeuta familiar y conyugal y profesor de la escuela de servicio social de la Universidad de Toronto, desarrolla una aproximación llamada *Conciliation counselling*, parecido a la mediación. En realidad, el consejero va a trabajar con los cónyuges y sus abogados en una reunión de tipo *Forum abierto*, cuyo fin es llegar voluntariamente a un entendimiento mutuamente aceptable.”²⁶⁴

En este país, la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, es muy importante, fundamentalmente en la llamada mediación laboral, pues están prohibidos por la ley las huelgas y los cierres patronales, hasta tanto no se hubieren agotado las posibilidades por vía de la mediación, habiendo sometido el caso a un comité especial nombrado por las autoridades federales del país.²⁶⁵

El proceso mismo de la mediación familiar, debe empezar con una investigación rigurosa para determinar la existencia de abuso físico o mental de la

²⁶⁴ *Ibidem*, p.245.

²⁶⁵ Cfr. Aiello de Almeida, María Alba, *Op. Cit.* Nota 249, p.52.

cónyuge, como el primer paso en la determinación si el caso es apto para la mediación o no. Se establece esta última norma, porque la evaluación de la experiencia acumulada revela que la eliminación de dudas con respecto al abuso de la esposa, permite que solamente los casos más susceptibles de lograr los acuerdos deseados, sean acogidos para el proceso de la mediación.

“En la Provincia de Québec, según su Código de Procedimiento Civil, artículos 814.2 a 814.14, el Tribunal deberá requerir que las partes participen en una clase de información sobre la mediación, en todos los casos en que exista una disputa sobre la tutela de los niños, los derechos alimenticios, o los efectos patrimoniales de la disolución del matrimonio, pudiendo el juez ordenar cualquier modificación de los procedimientos normales para salvaguardar los derechos de las partes y/o de los niños, cuando así lo solicite alguna de las partes.”²⁶⁶

Haciendo así obligatoria la mediación, sin embargo no es obligatorio que el conflicto en cuestión se solucione por este mecanismo, ya que recordemos uno de los principios de la mediación es la voluntariedad. Con esta “obligatoriedad” el gobierno canadiense, contribuye a la socialización y aceptación de la mediación, ya que vela por el interés superior del niño y es preferible para este, que sus padres pongan fin al conflicto conviniendo en una mediación que peleando en un tribunal.

Las reuniones de la mediación misma, tendrán lugar con la presencia de las dos partes y de uno o dos mediadores, a elección de las partes, y de las demás personas que las partes y el mediador estimen convenientes, siempre que aquellas personas no sean ni expertos ni consejeros. Cualquiera de las partes podrá, en cualquier momento, terminar el proceso de mediación, sin la necesidad de justificar su determinación, como también lo podrá hacer el mediador, cuando estime que seguir con el proceso sería contraproducente.

²⁶⁶ *Ídem.*

c) Países Europeos

La adaptación a Europa de un movimiento de ADR semejante al estadounidense, resultaba particularmente compleja por diversas razones, a excepción del Reino Unido, que es el país de la Unión Europea que por su afinidad cultural y jurídica con los Estados Unidos ha acogido con más intensidad las técnicas de ADR en áreas tan diversas como el derecho comercial, la responsabilidad médica o el derecho del deporte.

“La institución de la mediación ha tenido un desarrollo importante en el sistema anglosajón o también conocido como de la familia del *common law*.”²⁶⁷ El sistema jurídico anglosajón se encuentra conformado por los países que fueron parte del Reino Unido, o han tenido afinidad de raza, credo y cultura con éste; actualmente, a esta familia pertenece su país de origen, es decir, Inglaterra, y otros importantes estados nacionales como Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América. La familia del *common law*, nació en Inglaterra en la Edad Media con la creación de los Tribunales Reales; se formó por las decisiones judiciales de los tribunales, se basaron en las costumbres de las tribus germanas que habitaban la isla.

La mediación en Inglaterra empezó a desarrollarse en la década de los años setenta, cuando un pequeño grupo de abogados independientes comenzó a aplicarla. Es hasta 1989, cuando se estableció la primera compañía privada dedicada a la resolución de conflictos. En Inglaterra se pueden identificar dos áreas de desarrollo de la mediación: la del sector público, que funciona apoyada en trabajadores sociales adscritos a los tribunales, pero no como una instancia obligatoria previa a la justicia formal; y la mediación privada, que atiende entre 2 mil y 3 mil casos anuales. Es importante señalar que en Inglaterra han sido los trabajadores sociales los que median los conflictos vecinales, familiares, siendo

²⁶⁷ Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 3ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2002, p.59.

los abogados los que median problemas relacionados con propiedades o temas financieros.²⁶⁸

En este caso, se considera ideal la delegación de asuntos entre estos profesionistas, porque en el caso de las propiedades o temas financieros, hay derechos y obligaciones que un trabajador social o psicólogo desconocen, lo que hace más práctico para las partes que un abogado funja de mediador y a su vez vele por la conservación de dichos derechos.

En la República federal Alemana, la mediación no es el método alternativo que haya logrado mayor difusión. El más utilizado es el arbitraje, creado por la ley de competencia desleal; y la conciliación y arbitraje, creados por la Cámara de Industria y Comercio de ese país.²⁶⁹

En países como la República Federal Alemana, la utilización de la mediación se ha incrementado considerablemente en los últimos años, como un mecanismo de lo que se denomina *Alternative in der Ziviljustiz*, en materias tales como la resolución de conflictos que afectan al medio ambiente, derechos económicos, conflictos laborales, arrendamientos, disputas entre vecinos, o cuestiones que afectan a los consumidores.

En Francia, la mediación aparece por primera vez en 1970, "...como una forma de tratar los conflictos que surgen de las relaciones de los ciudadanos; surge como una mediación de la República, una mediación vertical, esto es entre Instituciones y ciudadanos. Sin embargo más tarde se comenzó a dar de manera horizontal para resolver de diversas naturalezas entre los ciudadanos."²⁷⁰

"En el año 1995 entra en vigor en Francia la Ley de Mediación Procesal, que modifica el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil e introduce

²⁶⁸ Cfr. Suárez, Marinés, *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires, Edit. Paidós, Argentina, 1996, p.48.

²⁶⁹ Cfr. Aiello de Almeida, María Alba, *Op. Cit.* Nota 249, p.68.

²⁷⁰ Milburn, Philip, *La Mediation: Experiences et competentes*, 3ª Edición, París, Edit. La Docouverte, 2002, p.11.

explícitamente la mediación.”²⁷¹ Además de la conciliación como proceso previo y obligatorio antes de iniciar el juicio, se instaura la figura del mediador, inspirado en el ombudsman sueco, cuya función es hacer recomendaciones a la administración, sobre cómo habría de resolverse la disputa, sin facultades para obligarla.

Por lo que hace a España, el primer servicio de mediación familiar español del que se tiene noticia es el Servicio de Mediación a la Familia en San Sebastián. El servicio social se creó en el año 1988 por una asistente social, quien tomó la idea durante su participación en la 22 Conferencia Internacional de Bienestar Social que tuvo lugar en Montreal en el año 1984.²⁷²

Durante las últimas décadas la institución de la familia ha experimentado importantes transformaciones. El resultado es un modelo de familia diverso, menos jerárquica y más igualitaria, tanto entre las personas unidas por un vínculo matrimonial o unión de hecho como entre las distintas generaciones.

Este nuevo clima familiar no ha supuesto la desaparición de los conflictos e incluso permite la manifestación de otros que, en situaciones de mayor desequilibrio de fuerzas, podrían quedar latentes.

Por ello, se hace preciso extender el uso de modos de solución pacífica de los conflictos en el ámbito familiar. Entre ellos, la mediación que ha adquirido un especial protagonismo, pues permite un acuerdo beneficioso para las distintas partes, mediante la intervención de un profesional, sin poder de decisión que ayuda a que alcancen por sí mismas un acuerdo, bajo las características de voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad.

La mediación familiar regulada en la Ley, está dirigida a prevenir o minimizar los conflictos intrafamiliares, a evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados o reducir sus

²⁷¹ Pérez Fuentes, Gisela María y Cobas Cobiella, María Elena, *Mediación y jurisdicción voluntaria en el marco de la modernización de la justicia. Una aproximación a la justicia española*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art7.pdf>, Septiembre/2013.

²⁷² Cfr. Aiello de Almeida, María Alba, *Op. Cit.* Nota 249, pp.68-70.

consecuencias negativas, así como a facilitar a las partes en la mediación el cumplimiento de sentencias judiciales que afecten a las relaciones familiares.²⁷³

d) Mundo Hispano-Americano

“En el mundo hispano americano existe una línea histórica de resolución alternativa de conflictos. Como primer ejemplo puedo citarle una de las más antiguas y sólidas instituciones populares: el "Tribunal de las Aguas" de Valencia, España, que desde 1.239 media entre los campesinos para regular el tipo de conflicto más importante y constante en aquella región, el uso del agua.”²⁷⁴

El conjunto de estas acequias forman la denominada Vega de Valencia, sobre la que tiene jurisdicción el tribunal, el tribunal es un tribunal consuetudinario y está formado por un representante de cada una de las Comunidades de Regantes.

“Dentro de América Latina, en Oaxaca, México, hay instituciones que regulan el conflicto popular y que son una afortunada combinación de procesos y culturas indígenas y castellanas. La idea zapoteca de "Balance" tiene un sentido muy especial: no es el "ojo por ojo" sino la búsqueda de lo que restablece el equilibrio entre las relaciones interpersonales.”²⁷⁵

Siendo estos acontecimientos históricos, de los ejemplos más significativos para América Latina, y como vemos en México la mediación se ha hecho presente en las culturas indígenas, mismas que aún sigue vigente, siendo uno de los motivos el hecho de que es más fácil que una persona de su comunidad, que entienda sus costumbres y dialecto les ayude a que lo hagan en un juzgado en donde muchas veces no cuentan con un traductor y dónde las tradiciones de las

²⁷³ *Ibidem*, p.70.

²⁷⁴ Alvarez, Gladys S. y Highton De Nolasco, Elena, *Op. Cit.*, Nota 228.

²⁷⁵ *Ídem*.

comunidades son completamente diferentes e incomprensibles para muchos juzgadores.

e) Latinoamérica

La legislación Argentina toma como base de la capacitación de mediadores, el modelo de negociación de Harvard, aunque también se introducen otros modelos. El modelo denominado de mediación transformativa, creado por un teórico de la negociación, Robert A. Barush Bush y un teórico de la comunicación, Joseph F. Folger, privilegia a las partes en lugar del conflicto, ocupándose de los personajes más que de la sustancia y situando el acuerdo a partir de las posibilidades de las partes en lugar de su finalidad.

Esta propuesta apunta a auxiliar a las personas a reconocer en sí mismas y en el otro, las necesidades, posibilidades y las capacidades de elegir y de decidir. Fundamentan su propuesta en el propósito de promover y transformar la relación y viabilizarla, obteniendo como consecuencia natural el acuerdo como actor coadyuvante del proceso.

Por otra parte, el modelo circular narrativo de Sara Cobb, incorpora el pensamiento sistémico a la propuesta de circularidad de la Teoría de la Narrativa, proponiendo cuidar la relación entre las partes a partir de la búsqueda de información sobre el proceso de conflicto y su objetivo, la desestabilización de las historias oficiales, relatos y la construcción de historias alternativas y relatos, para concluir en la construcción y confección de acuerdos.

La capacitación formal en mediación, constituye un aporte fundamental para la optimización de los procesos comunicacionales, haciendo especial hincapié en los procesos de escucha, interpretación y comprensión de los mensajes, tanto verbales como paraverbales, lo que permite un análisis sistemático de las conversaciones e interacciones entre las personas, como así también, de las

situaciones conflictivas en las que se entremezclan posiciones rígidas como necesidades profundas que deben ser atendidas.

Entre otras características, se destaca su carácter voluntario y confidencial, mientras que el proceso se desarrolla en un contexto cooperativo, orientado a modificar tanto la percepción del conflicto como la relación entre los protagonistas, siendo éstos los objetivos principales de la mediación, en la que no es obligatorio llegar a un acuerdo que, en todo caso se alcanza por consenso. Se trata de un proceso flexible, donde es posible combinar distintas estrategias y recursos para lograr resultados creativos, mediante un enfoque orientado hacia el futuro.

La Ley de Mediación 24.573 de Argentina (1995):

“Instituye la mediación prejudicial obligatoria para las causas que se inicien en la Justicia Nacional en lo Civil, Comercial y Federal Civil y Comercial con las excepciones establecidas en los art. 2 y 3 de la ley. En algunos casos (desalojo y procesos de ejecución) es optativo para el reclamante y en tal caso, obligatoria la concurrencia a la audiencia de mediación para el requerido.”²⁷⁶

Cabe tener presente que toda cuestión de carácter penal, se exenta de la obligatoriedad del proceso de mediación, según nos dice el artículo 2²⁷⁷ de la Ley antes mencionada.

Ejercitada la opción por parte del reclamante de someterse a sede mediatoria, impone al requerido idéntica obligación. Es decir que este último se

²⁷⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República de Argentina, <http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/nacional.jsp>, Diciembre/2013.

²⁷⁷ “El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos:

1. — Causas penales.
2. — Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.
3. — Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación.
4. — Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.
5. — Amparo, hábeas corpus e interdictos.
6. — Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.
7. — Diligencias preliminares y prueba anticipada.
8. — Juicios sucesorios y voluntarios.
9. — Concursos preventivos y quiebras.
10. — Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo. “

encuentra siempre sujeto a la voluntad del requirente, tanto de acudir a sede mediadora o a sede judicial, conforme o no al ejercicio de la opción por parte del primero, sin que puedan interponerse ningún tipo de excepciones con referencia al tema.

Se crea el registro de mediadores, cuya constitución, organización, actualización y administración, será responsabilidad del Ministerio de Justicia de la Nación, siendo necesario para ser mediador poseer el título de abogado y adquirir la capacitación requerida.²⁷⁸ Queda en suspenso la aplicación de la Ley a los Juzgados Federales, hasta en tanto se implemente al sistema en cada una de las secciones judiciales donde se ejerzan su competencia.

Es Argentina de los países latinoamericanos, con más cultura de resolución de conflictos por las vías alternas; el registro de más de cincuenta mil mediadores y de otro número igual de profesionales que haciendo esa labor, y que no se encuentran registrados por no tener el título de licenciado en derecho. A pesar de esa circunstancia, su notable contribución a estos métodos alternos de solución de conflictos.

“En el caso de Bolivia, la Ley de Reforma Constitucional de 12 de agosto de 1994, en el programa de modernización y transformación del Estado, prevé en el artículo 171, una forma importante de solución alternativa de conflictos, al precisar que las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer la función de administración y aplicación de normas propias de acuerdo con sus costumbres y procedimientos, reconociéndose la existencia de un derecho consuetudinario, en cuya aplicación, las resoluciones que se adopten no podrán ser objetadas, a menos que afecten derechos fundamentales de las personas o prerrogativas propias del Estado.”²⁷⁹

Merece especial importancia indicar que la Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia, contempla no sólo el arbitraje nacional e internacional, sino la

²⁷⁸ Cfr. Herrera Trejo, Sergio, *La mediación en México*, México, Edit. FUNDAP, 2001, p.55.

²⁷⁹ *Ibidem*, p.61.

posibilidad de que las personas de derecho público y el Estado, puedan someter sus diferencias con terceros a arbitraje, sin ninguna clase de autorización previa, en determinadas actividades que se refieran a derechos y obligaciones que deriven de una relación jurídica patrimonial privada o de naturaleza contractual.

Su tradición, usos y costumbres hacen de este país, un ambiente homogéneo en cuanto a la instrumentación de manera natural de cualquier tipo de mecanismo que permita resolver controversias, con menor tiempo, costos y desgaste innecesario de lo que ocurre con el sistema de justicia formal.

“La tradición de la comunidad aimará, que es en general la de mayor parte de las comunidades autóctonas de Bolivia, ha utilizado desde siempre el recurso del tercero más reconocido de la tribu o del grupo para encontrar solución a los conflictos.”²⁸⁰ Es, entonces, el brujo, el cacique, el jefe, el padrino, las juntas de vecinos, quienes prestan este servicio de acercamiento de las partes. Generalmente no lo hacen, ni en la actualidad, profesionales del derecho, sino los facilitadores líderes de la comunidad, que son los líderes naturales, que más acercamiento tienen con la gente del pueblo.

“En Bolivia se inició un programa de asistencia técnica enfocado y puntual en la búsqueda de formas para ampliar el acceso a justicia. A través de las cámaras de comercio se crearon centros de arbitraje y conciliación en Santa Cruz, Cochabamba y La Paz.”²⁸¹

Por otra parte, al comenzar con el análisis de los métodos alternativos, afortunadamente se advirtió cuál será el contexto social en el cual tendrían que operar tales sistemas, dado por la fuerte composición indígena, al igual que por la existencia de numerosos sectores económicamente marginados, como factores a enfocar con prioridad a fin de establecer métodos eficientes de resolución de controversias.

²⁸⁰ Aiello de Almeida, María Alba, *Op. Cit.* Nota 249, p. 51.

²⁸¹ Álvarez, Gladys S., Highton, Elena I., *Et. Al., Op. Cit.* Nota 228, pp.73 y 74.

De ahí que la gran mayoría de estos sistemas funcionan en las mismas localidades campesinas o vecinales, así las controversias se solucionan cerca de la gente, lo cual en países de extensión como Bolivia, es una consideración muy pertinente.

En consecuencia un elemento central dentro de la línea de acción en la resolución alternativa de conflictos se plasmó en centros ubicados en las vecindades y en las comunidades tradicionales a fin de obtener formas adecuadas de cumplimiento eventual de una nueva provisión constitucional que requiere que el Estado boliviano valore las costumbres y los usos de la justicia tradicional de las poblaciones indígenas.

En cuanto a las limitaciones de este tipo de justicia comunitaria impartida por un mecanismo consistente en junta de vecinos, están dadas, en primer lugar, por el inconveniente de ser la solución básicamente moral; no obstante, la gente en general la cumple. De manera que la decisión que es adoptada por la junta de vecinos como árbitro, es moral. Si no cumplen, no hay un aspecto punitivo sobre la persona. Por lo tanto, eso podría entenderse como una limitación.

En Chile “Desde 1994, para el juez de la causa es obligatorio convocar a conciliación y debe proponer personalmente bases para el arreglo. Se ha detectado que los jueces se ven limitados en la aplicación práctica de la norma, por carecer de la capacitación necesaria en la materia. Por otra parte, el Ministerio de Justicia puso en práctica un programa especial de acceso a la justicia en 19 comunas pobres, y envió al Poder Legislativo un proyecto en el cual se propone la creación de 13 corporaciones de asistencia judicial regionales.”²⁸²

La mediación no tiene consagración legal ni constitucional en el ordenamiento jurídico chileno, siendo el sistema alternativo menos conocido y, por ende, el más innovador. No obstante, se ejercita en modos menos formales y en diversas instancias no judiciales como los consultorios de asistencia judicial y las

²⁸² Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia, <http://www.gob.cl/media/2010/05/JUSTICIA.pdf>, Septiembre/2013.

inspecciones de trabajo, donde son numerosos los eventuales litigios que se resuelven.

De los métodos alternativos de resolución de conflictos, el más utilizado en este país es el arbitraje, que es forzoso para los asuntos comerciales y voluntario para todos los demás asuntos. El arbitraje institucional depende de la Cámara de Comercio, dependiendo de ésta todos los arbitrajes mercantiles. Existen también los jueces vecinales que resuelven los conflictos no judiciales utilizando el método de la mediación. La mediación que utilizan, si culmina en acuerdo, debe cerrarse con una escritura pública en la que se vuelca el convenio.²⁸³

Desde esta perspectiva, se propone una ideología que funda la estrategia pública de inserción de las instancias de mediación en un cambio cualitativo de los servicios de justicia, la cual se traduce en tres postulados. A saber, la idea de la ampliación del acceso a la justicia desde la eficacia, la idea de promoción de la ciudadanía activa y la idea de profundización de la democracia participativa.

Desde nuestro posicionamiento, la mediación es entendida, además como una forma de autogestión en la materialización de derechos fundamentales como el derecho al pleno desarrollo integral, el derecho a la autonomía individual, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, el derecho a la justicia, el derecho a la paz, etc.

El proceso de mediación permite a las personas ejercitar y hacer efectivos desde su realidad y en un contexto determinado derechos fundamentales de primer orden, asumiendo un rol activo en la exigencia por el respeto del conjunto de derechos que conforman la ciudadanía o civilidad en sentido amplio. La mediación es entendida, finalmente, como una forma de potenciar la democracia a través de la participación, empoderando a los individuos para un cambio cultural hacia una sociedad en la cual las relaciones inter subjetivas se desarrollen hacia horizontalidad.

²⁸³ Cfr. Aiello de Almeida, María Alba, *Op. Cit.* Nota 249, p.55.

Este modelo de intervención está construido en base a diversos enfoques y vertientes teóricas, tales como la teoría de sistemas, el enfoque interaccional de la comunicación, el enfoque de negociación colaborativa, los aportes de la teoría moderna del conflicto, y la doctrina de los derechos fundamentales vinculados al acceso a la justicia.

“En Ecuador, tanto la nueva Constitución publicada el 18 de junio de 1996, como la Ley RO/145, de fecha 4 de septiembre de 1997, se refieren a la materia; pues la segunda es la ley vigente que trata del arbitraje y mediación. La mayor parte de su articulado ha sido dedicado al arbitraje, el que se distingue como “arbitraje administrado o independiente”, identificándose al primero con el que se desarrolla con sujeción a las disposiciones legales y al segundo, con la forma que pacten las partes.”²⁸⁴

El árbitro actuará de acuerdo con la equidad o a derecho. Si no existiere tal acuerdo, el fallo será en equidad. Un dato interesante es que dentro del procedimiento del arbitraje, se contempla la realización de una audiencia de mediación una vez contestada la demanda o reconvención, en su caso.

En Ecuador, debido a que su sistema de administración de justicia tenía como en casi todos los países del orbe, la incapacidad para dar salida a la urgente necesidad de justicia reclamada por la sociedad, se dio a la tarea de implementar la mediación; es por ello que se señaló en los fundamentos legales de la administración de justicia: “...el funcionamiento de la administración pública no obedece a pautas discrecionales de actuación de los funcionarios que la integran, sino que ha de enmarcar su actividad dentro del respeto al principio de legalidad.”²⁸⁵

En otras palabras, la Administración Pública debe actuar siempre en el marco de las competencias y atribuciones que le han sido asignadas por la ley. Históricamente el sistema procesal ecuatoriano, por norma general, ha

²⁸⁴ *Ibidem*, p.56.

²⁸⁵ Ley de Mediación del Ecuador, www.derecho.org.ecuador.base_juridica, Agosto/2013.

contemplado, como fórmula para concluir el litigio, una instancia denominada audiencia de conciliación.

No obstante, ésta se ha depreciado, convirtiéndose en mero trámite a la que concurren los abogados para ratificar y ventilar los fundamentos de hecho y de derecho, contenidos en la demanda y su contestación, ante un funcionario del juzgado que no es necesariamente el juez. Es preciso destacar que la práctica judicial y la tendencia a la confrontación, ha malbaratado un valioso recurso para resolver por mejor vía el conflicto.

“Los centros que desarrollen actividades de capacitación para mediadores, señala la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, deberán contar con el aval académico de una institución universitaria.”²⁸⁶ Se refiere que para efectos de la aplicación de la ley se entenderán a la mediación y a la conciliación extrajudicial como sinónimos.

En El Salvador hay dos alternativas legislativas. Una que especialmente trata de establecer un proceso alternativo, y otra, en que, por vía del ministerio público, a través de la Procuraduría General de la República, se la introduce para atender aquellas solicitudes de personas de escasos recursos económicos.²⁸⁷

Es importante señalar que El Salvador ha tomado conciencia de la necesidad de contar con capacitación como elemento determinante en el éxito de estos mecanismos, advirtiendo que esta cuestión en el pasado resultó ser el Talón de Aquiles de la conciliación en distintos procedimientos.

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos en Puerto Rico son instrumentados en el ámbito jurisdiccional, existiendo los Centros de Mediación de la Administración de Tribunales y el Negociado de Conciliación y Arbitraje del departamento de Trabajo. Esto demuestra que se ha desarrollado la mediación pública, pero no así la privada. Y esto, a criterio de algunos especialistas

²⁸⁶ “Artículo 53: Los centros de mediación que se establecieron deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo para las audiencias. Los centros que desarrollen actividades de capacitación para mediadores deberán contar con el aval académico de una institución universitaria.”

²⁸⁷ *Cfr. Álvarez, Gladys S., Highton, Elena I., Et. Al., Op. Cit. Nota 228, pp.76 y 77.*

portorriqueños, se debería a que la propia ley de creación de los Centros de mediación se refiere a los asuntos en los que deberán entender, como cuestiones de menor cuantía o importancia, hecho que obviamente desmerece la posibilidad de una atención en la esfera privada.²⁸⁸

Además, no se trata de un método que se desarrolle entre los abogados. Es curioso realmente: la práctica de la mediación, en Puerto Rico, se ha puesto en manos de otras disciplinas, pero no de los abogados. Esto puede influir, también, a la hora de resolver conflictos jurídicos, toda vez que los profesionales del derecho no están dispuestos a someter las diferencias entre sus clientes ante profesionales que no sean pares.

Actualmente, en Puerto Rico se ha desarrollado la utilización de los medios alternos de solución de conflictos, tal y como lo refleja el recientemente publicado Manual de Normas y Procedimientos de los Centros de Mediación de Conflictos del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puerto Rico, el cual contiene todo un capítulo dedicado a la normativa de uso de la mediación, en donde se hace especial énfasis en las consideraciones que deben ser abordadas para la selección de casos a mediar. Se hace una evaluación, donde el mediador considerará la naturaleza del asunto, observando que no se hayan presentado entre las partes patrones de violencia, ya que de ser así, el haber ocurrido, se tendrá que dar un tratamiento especializado, para que dentro del trabajo de mediación no se genere una nueva incitación a la violencia.²⁸⁹

Lo que nos sirve como ejemplo para la implementación de la mediación en el delito de violencia familiar, cuando la persona ha sufrido violencia, es importante que antes de entrar a un proceso de mediación, sea tratada por el mediador y por un terapeuta para la preparación a una mediación, ya que con vulnerabilidad y miedo no podrá llegar a buenos acuerdos que la beneficien.

Se ha desarrollado también un importante sistema para seleccionar los asuntos a mediar, así como el criterio para no admitir los asuntos que tengan

²⁸⁸ Cfr. Aiello de Almeida, María Alba, *Op. Cit.* Nota 249, p.62.

²⁸⁹ Cfr. Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 230, p.266.

relación con controversias familiares o de relaciones filiales en las que se alegue “maltrato de menores”, o los que versen sobre la disposición de bienes de herencias, filiación y quiebras, así como las demás establecidas expresamente por la ley.²⁹⁰

En Colombia “...se instalan Centros de Mediación tendientes a disuadir el conflicto o a conciliarlo, una vez deducidas las acciones judiciales. Lo importante del caso colombiano, es que los legisladores le pusieron el piso sociológico a la reforma constitucional de 1991, ya que se incorporaron los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en la Constitución Colombiana.”²⁹¹

Pasando Colombia formalmente a la justicia alternativa, atendiendo primordialmente la mediación y la conciliación como los métodos más significativos para la solución de controversias.

La experiencia de Colombia en materia de conciliación es muy vasta y extendida, aunque cabe hacer la aclaración de que en este país no se hace diferencia entre conciliación y mediación, la figura jurídica de la conciliación aparece como una instancia rápida y económica que al lograr generalizar su aplicación genera por un lado la descongestión de los despachos y por otro, un acercamiento del ciudadano común al Estado y la solución pacífica de los conflictos, mejorando con ello la convivencia ciudadana.²⁹²

En Colombia, la mayoría de las denuncias que se presentan ante la fiscalía son por delitos menores, las que a largo plazo constituyen un problema por su número, representando elementos de congestión (en algunos casos de impunidad) para la administración de justicia, por el tiempo y el dinero que se debe invertir en el trámite de cada una, porque se requiere la movilización de todo el aparato

²⁹⁰ Colegio Universitario de Mediación Profesional, <http://www.colegiomediacion.com/>, Diciembre/2013.

²⁹¹ “Artículo 116: los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes, para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”

²⁹² Cfr. Álvarez, Gladys S., Highton, Elena I., *Et. Al., Op. Cit.* Nota 228, p.78.

judicial con el fin de lograr respuesta oportuna al cúmulo de denuncias que se presentan.

Mediante este mecanismo en materia penal, tanto la víctima de un hecho punible como el infractor se sientan en una misma mesa en la que cada una de las partes expone los puntos de la controversia y, con la ayuda del fiscal, se conduce a un acuerdo que nace de las partes implicadas en el proceso.

Según Álvarez, Highton y Jassan, los logros de Colombia en materia de conciliación, se pueden resumir en los siguientes puntos:

- I. “Institucionalización de un programa de capacitación, el cual se presenta en las siguientes partes: clarificación sobre el concepto técnico de medios y técnicas de conciliación y sensibilización de los funcionarios públicos.
- II. Reestructuración del proceso para evaluar las técnicas de negociación.
- III. Seguimiento estadístico, evaluativo sobre la incidencia de la figura jurídica en los procesos penales.
- IV. Inmediatez y oportunidad de la solución de los conflictos y ahorros significativos de dinero por parte del Estado.”²⁹³

La conciliación se ha convertido en un elemento de descongestión judicial y ha desjudicializado los conflictos a nivel de la comunidad, con lo cual logra una mejor convivencia ciudadana; de ahí se rescata la credibilidad en la justicia.

Se intenta entronizar la figura de la conciliación y la mediación en la ciudadanía, culturizar a los abogados litigantes de las bondades de la figura, establecer centros de conciliación a nivel comunitario y a nivel de escuelas locales, tener programas de capacitación de la población estudiantil.

“Ha quedado reconocido que en Paraguay se debe analizar la resolución alternativa de conflictos de dos momentos históricos –antes y después que

²⁹³ *Ibidem*, p.79.

del Congreso de Buenos Aires-. Paraguay tiene muy bien legislado todo lo que es materia de arbitraje, tiene un mecanismo en el cual el arbitraje y la conciliación –diferencian la mediación de la conciliación- funcionan perfectamente bien.”²⁹⁴

El arbitraje está legislado en el Código Procesal Civil de Paraguay y la conciliación en diferentes cuerpos legales, ya sea en el Código Penal de Paraguay, en la Ley de Divorcio de Paraguay, en el Código Civil de Paraguay, entre otras.

También se está experimentando con unos centros piloto que funcionan en la Fiscalía General del Estado, con una mediación bastante empírica, mediación ésta que también la están realizando con los jueces de paz. El rendimiento es superior al 70%, prácticamente en todos los casos.

En Perú: “El sistema judicial otorga a la conciliación un carácter obligatorio en determinadas materias como requisito de procedibilidad para juicios ordinarios, sin embargo el verdadero avance lo ha constituido el impulso de la mediación extrajudicial. En el caso de la mediación externa, es requisito indispensable que haya un previo acuerdo de voluntades, por el cual los implicados acepten la mediación como la alternativa de solución, sujetándose a su procedimiento, eligiendo a un mediador del centro administrador de éstos o dentro del cuerpo de “jueces de paz” letrados, cuando no se disponga de recursos para pagar el procedimiento de mediación.”²⁹⁵

Aunque la mediación es como una luz para el grave problema de la impartición de justicia en América Latina, ésta se encuentra aún en el inicio de un largo camino por recorrer, sobre todo con las autoridades jurisdiccionales, ya que la solución pacífica de controversias no es un tema nuevo en estos países, en los cuales las diferentes culturas y razas desde tiempos inmemoriales han practicado

²⁹⁴ *Ibidem*, p.80.

²⁹⁵ Orozco, Wistano L. y Roldán Xopa, José, “*Estudio sobre justicia alternativa en el Distrito Federal*”, *Este País*, México, Número 138, septiembre 2002, p.14.

el diálogo y la mediación como los indios Navajos en el Norte; los Aimara en el Sur y los Cuáqueros en el Oeste.

La ola transformadora se extiende por casi todo el continente. La sanción de leyes como la llamada Ley de Mediación en la Argentina o de Conciliación en Colombia, Perú y Ecuador así como el caso de la Ley Maciel en Brasil, constituyeron un tratamiento de shock.

“En Costa Rica, se han acogido a los medios alternos de solución de conflictos como resultado de estudios realizados por el Poder Judicial a finales de los años ochenta” “En 1993, resultado del diagnóstico realizado por el Poder Judicial, se dio inicio al plan modernizador de la judicatura, el cual estableció cuatro puntos a desarrollar: sistemas de información para la administración de justicia, gerencia judicial, capacitación permanente y resolución alterna de conflictos. A partir de este plan que se consideró a la mediación como un proceso obligatorio de carácter judicial o extrajudicial. La obligatoriedad se aplica a todo juicio, excepto en ciertas materias, como lo es asuntos penales, acciones de separación personal y divorcio; para aquellos procesos de declaración de incapacidad y rehabilitación, o en los que el Estado o sus entidades descentralizadas sean parte, amparo e interdictos, deben agotarse las instancias continuando luego el trámite de mediación.”²⁹⁶

Se hizo un estudio en materia civil que incluía problemas vecinales, el valor del acuerdo conciliatorio o el acuerdo de mediación, los problemas entre vecinos, de tenencia de tierra. Se hizo un análisis de la imposibilidad de medios alternativos en materia penal, muy vinculado a un proceso de reforma penal.

Consideramos inadecuado que sea la Corte la que abra centros de mediación en todo el país, y que justamente parte de lo rico del programa es que la ciudadanía y otras instituciones participen y no la Corte, a fin de que no se convierta en un sistema tan formal como el judicial. La Corte ofrece capacitación,

²⁹⁶ *Ibidem*, p.268.

apoyo, elementos de información, a otros sectores, para que esos sectores junto con La Corte inicien los centros.

La resolución alternativa de conflictos, ha surgido en una forma más lenta porque Costa Rica no ha tenido la experiencia que tiene, por ejemplo, Colombia que hoy ya cuenta con 117 centros de mediación, o los Estados Unidos que ya tiene 15 años de trabajo en esto, y más de 1,700 centros.

Se diseñó un plan de trabajo a corto plazo de ejecución, de unos dos años, donde se incluyeron estudios, promoción y capacitación, y la creación de centros piloto.

En Venezuela se ha utilizado poco el término “mediación”. El Centro de Arbitraje, que prevé la actual Constitución de Venezuela en el Artículo 258²⁹⁷ donde autoriza que mediante los masc, las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como favorecedor y conductor de la comunicación. Los interesados asumen su protagonismo en la búsqueda de alternativas posibles de solución y controlan por sí mismas, el proceso cuyo desarrollo es rápido e informal.

La conciliación está prevista en diversos textos legislativos como el Código de Procedimiento Civil de Venezuela, que prevé la conciliación como una etapa procesal dentro del procedimiento civil ordinario, donde quien actúa como conciliador es un funcionario del Estado, esto es, el juez. Esta conciliación realizada dentro de un proceso judicial, pone fin al proceso y tiene entre las partes, los mismos efectos que la sentencia definitivamente firme.

La Ley Orgánica del Trabajo, que regula la Conciliación y Arbitraje como mecanismos para solucionar los conflictos colectivos; la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (1995), establece la conciliación y el arbitraje como mecanismos voluntarios para la resolución de controversias que se susciten entre

²⁹⁷ “La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta , conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.”

consumidores, usuarios y proveedores de servicios, en este caso, corresponde a la parte afectada elegir entre uno u otro mecanismo. Tanto la conciliación como el arbitraje en materia de protección al consumidor, se tramitan ante lo que la Ley denomina “Sala de Conciliación y Arbitraje” integrada por un Presidente y cuatro Directores.²⁹⁸

Estos procedimientos se han desarrollado poco por las imprecisiones que contienen las leyes mencionadas, lo que podría generar un alto nivel de inseguridad jurídica, que más bien alejaría a las partes interesadas de la utilización de estos mecanismos para resolver sus controversias.

La Ley Orgánica de la Justicia de Paz de Venezuela, utiliza la conciliación como mecanismo para la solución de conflictos y controversias que no sean contrarias al orden público. La persona que decide el conflicto se denomina “juez de paz”, y toma las decisiones con arreglo a la equidad. De los mencionados, es el que mayor éxito ha tenido.

Los llamados jueces de paz, entre otras cosas competentes para intervenir, existe una que tiene que ver con la violencia familiar, lo cual se estipula en la Ley Orgánica de la Justicia de Paz de Venezuela en su Artículo 8, Fracción 2:

“Del abuso en la corrección, la violencia y el maltrato familiar, así como de conflictos y controversias propias de la vida en familia que afecten la vida en comunidad, con la excepción de aquellos referidos al estado y la capacidad de las personas. Cuando el Juez de Paz considere que los hechos que le sean sometidos vulneran disposiciones legales cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción penal ordinaria o a jurisdicciones especiales, deberá remitir sus actuaciones al Juez competente.”

Por lo que en este país, el juez de paz concilia la violencia familiar, marcándonos una excepción que es aquella violencia familiar que se persigue de

²⁹⁸ Cfr. Sistema de Información Sobre Comercio Exterior, *Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias*, Venezuela, <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/Venezuela/Rcenarb1.asp>, Octubre/2013.

oficio, igual que en México, existe la violencia familiar por querrela y otra por oficio del Ministerio Público.

“Durante las últimas décadas la institución de la familia ha experimentado importantes transformaciones. El resultado es un modelo de familia diverso, menos jerárquica y más igualitaria, tanto entre las personas unidas por un vínculo matrimonial o unión de hecho como entre las distintas generaciones.”²⁹⁹

Este nuevo clima familiar no ha supuesto la desaparición de los conflictos e incluso permite la manifestación de otros que, en situaciones de mayor desequilibrio de fuerzas podrían quedar latentes.

Por ello, se hace preciso extender el uso de modos de solución pacífica de los conflictos en el ámbito familiar. Entre ellos, la mediación ha adquirido un especial protagonismo, pues permite un acuerdo beneficioso para las distintas partes, mediante la intervención de un profesional, sin poder de decisión que ayuda a que alcancen por sí mismas un acuerdo, bajo las características de voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad.

Acompañar estos procesos de transformación, con medidas de apoyo a la familia, ajustadas a sus necesidades y demandas sociales, además de un imperativo legal, es un objetivo suficientemente justificado por su función social.

Tal consejo es aplicable a los países, a través de sus entidades federativas y sus principales ciudades, para que fortalezcan la participación ciudadana, actitudes colaborativas, una cultura de la paz y la concordia.

En muchas culturas, las relaciones familiares y de parentesco han constituido un recurso de mediación muy importante, con la institución del jefe de familia o patriarca como figura respetada por las familias por su sabiduría y competencia, para ayudar a resolver las desavenencias personales entre sus

²⁹⁹ Ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, *Preámbulo*, <http://www.madrid.org/wleg/servlet/Servidor?opcion=VerHtml&nmnorma=4305&cdestado=P>, Mayo/2013.

miembros. Grupos étnicos y religiosos han establecido históricamente sus propios sistemas alternativos para la resolución de desavenencias.³⁰⁰

En cada momento histórico las personas han intentado formas de resolver sus conflictos con base en sus tradiciones, creencias, principios y valores, las que fueron constituyéndose en prácticas culturales determinantes de la forma de relacionarse con los demás.

“La mediación es un instrumento que ha probado ser efectivo no solo en Europa y Estados Unidos, sino también en la mayoría de los países latinoamericanos. Los beneficios de una normativa en este sentido se pueden analizar al menos desde tres puntos de vista. Desde una perspectiva político-social, una ley de mediación sería un instrumento muy útil, si bien no el único, para contribuir a la promoción del diálogo y la concertación en la sociedad, lo que eventualmente se traduciría en una dramática disminución de la exacerbada conflictividad social que sufre actualmente el país. Crear reglas que favorezcan la posibilidad de llegar a acuerdos, de estimular la tolerancia y engendrar moderación, se convierte en una excelente herramienta para que una nación recupere el camino hacia la convergencia de esfuerzos y, sobre todo, hacia la paz social, no solo en relación con los problemas políticos, sino también con los problemas básicos de la vida en comunidad. Por otro lado, también contribuye a abrir nuevas puertas de acceso a la justicia, en una sociedad donde el acceso al sistema judicial es un privilegio de un reducido porcentaje de la población. En efecto, la flexibilidad de este procedimiento, aunada a la posibilidad de utilizar un lenguaje informal y cercano al ciudadano no formado en la ciencia del Derecho, son elementos que comprobadamente han abierto nuevos caminos para que los menos favorecidos puedan tener un ámbito al que acudir para resolver sus controversias. Ello permitirá una mejor comprensión de la institución y

³⁰⁰ Cfr. Carulla Benitez Pedro, *La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales*, 2001, <http://www.derecho.com/articulos/2001/04/01/la-mediacion-una-alternativa-eficaz-para-resolver-conflictos-empresariales/>, Octubre/2013.

mayor seguridad para el usuario de este medio de resolución de conflictos.”³⁰¹

Sin duda alguna, coincidimos con la publicación de la Gaceta Digital de Costa Rica, ya que los mecanismos alternativos de solución de controversias, nos ayudan a madurar como personas, a cambiar ese estilo de “lucha” por la justicia que tenemos, y para muestra un botón, hemos visto cómo es que los masc han funcionado en distintos países del mundo, luchando por el diálogo, la paz y la concordia, acobijándolos grandes organismos internacionales como son la OEA y la ONU, ya que con los resultados de los masc ganar-ganar, las personas quedan satisfecha y sin esa sed de venganza que muchas veces queda en los tribunales.

f) Continente Africano

En el Continente africano “...hay pueblos que acostumbran a reunir una asamblea o junta de vecinos para resolver sus desavenencias. Cualquier vecino convoca a una asamblea donde una autoridad le ayudará a manejar su conflicto de una manera cooperativa.”³⁰²

Es posible encontrar comunidades entre cuyas más antiguas tradiciones está el congregarse para aclarar sus diferencias con la ayuda de una persona respetada por la mayoría de sus miembros.

Estas comunidades, basadas en principios sociológicos y religiosos, aún hoy sostienen el lema de resolver las contiendas en asambleas o juntas vecinales. En todas ellas, de una u otra forma se prefiere buscar la conciliación, con la ayuda

³⁰¹ La Gaceta Digital, Diario Oficial, *Modificación del artículo 2 de la ley sobre la resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social*, No. 123, San José, Costa Rica, 2009, http://www.inamu.go.cr/centro-de-documentacion/bases/WORK/DOCS/proyecto_de_ley_17.299.pdf, Noviembre/2013.

³⁰² Poveda Jurado, Andrea, *Centro de mediación del Cantón Ambato*, Facultad de Jurisprudencias y Ciencias Sociales, carrera de Derecho de la Universidad Técnica de Ambato, <http://repo.uta.edu.ec/bitstream/handle/123456789/4671/DER-532-2011-Poveda%20Andrea.pdf?sequence=1>, Diciembre/2012.

de alguna persona o vecino notable que actúe como intermediario, pero sin la intervención de árbitros, ni el uso de sanciones.³⁰³

Tanto en este continente, como en los países de oriente, la realidad se presenta diferente de la nuestra. La que es propia de Occidente, busca la figura del tercero para desligar la responsabilidad de la decisión y es necesario lograr un cambio cultural para que cada uno acepte volver a ser depositario de su protagonismo. Es por ello que ha proliferado mucho más el recurso jurisdiccional del litigio y, en segundo lugar de orden, el arbitraje.

3. Contexto Nacional

En nuestro país las formas alternativas de resolución de conflictos que más desarrollo han tenido hasta la fecha, son el arbitraje y la conciliación; y últimamente la mediación.

“La creación de instancias alternas de resolución de controversias, la demora en la resolución de asuntos a cargo de los tribunales, la especificidad y dificultades técnicas de los juicios, y su alto costo, limitan enormemente la posibilidad de los gobernados de ejercitar plenamente sus derechos. Asimismo, en la medida en que la sociedad conoce mejor sus prerrogativas es más demandante de ellas; por tales motivos fueron creadas algunas instituciones especializadas en la protección y defensa ciudadana, como las Procuradurías Federal del Consumidor; Agraria; de Protección al Ambiente, y de la Defensa del Trabajo; las Procuradurías Social del Distrito Federal, y de la Defensa del Menor, la Mujer y la Familia, así como otras más de resolución de controversias sin facultades coercitivas, como es el caso de las Comisiones Nacionales de Derechos

³⁰³ Cfr. Aiello de Almeida, María Alba, *Op. Cit.* Nota 249, p.79.

Humanos; de Arbitraje Médico, y para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.”³⁰⁴

Pero a esta enorme lista de instancias procuradoras o administradoras de justicia, paralelas a los tribunales judiciales, también deben adicionarse los tribunales administrativos, tanto del ámbito federal como de las diversas entidades del País, surgidos a partir de 1917 y en proceso de expansión continúa hasta la década pasada, creados con el fin de coadyuvar en tareas inherentes a la administración de justicia. Dentro de ellos destacan las Juntas de Conciliación y Arbitraje y los Tribunales Federales de Justicia Fiscal y Administrativa; Electoral (en sus inicios) y el Agrario.

En los últimos años, se ha venido desarrollando mundialmente un conjunto de mecanismos claves para resolver conflictos. Estos mecanismos están caracterizados por la rapidez, flexibilidad y confidencialidad de sus decisiones, teniendo entre algunos de sus principales beneficios evitar la confrontación litigiosa, los excesivos costos del litigio, así como reducir significativamente los niveles de congestión en los órganos judiciales.

Ante la preocupación del Estado mexicano, por tutelar los derechos de sus ciudadanos, se hace necesario ofrecer y apoyar otras formas de solución de conflictos que pueden resultar, de acuerdo a la naturaleza del conflicto, más efectivos y menos costosos en términos económicos y afectivos; rápidos en relación con el tiempo empleado en su solución, convenientes en cuanto pueden impedir la recurrencia del conflicto y socialmente más valiosos, ya que posibilitan la relación futura de las partes.³⁰⁵

Este es momento oportuno para proyectar alternativas no sólo con el fin de mejorar la oferta y distribución de servicios judiciales, sino para plantear algunas otras de fondo que pueden resultar de mayor efectividad, aquellas que permitan evitar que cada día arriben más asuntos a los órganos jurisdiccionales.

³⁰⁴ Cámara De Diputados, “Reforma El Artículo 17 De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, A Cargo Del Diputado José Antonio Cabello Gil, Del Grupo Parlamentario Del Pan” *Gaceta Parlamentaria*, México, No. 1576-111, Jueves 2 De Septiembre De 2004.

³⁰⁵ *Cfr. Ídem.*

En esta época, en la cual se esbozan e implementan de manera constante acciones y estrategias para el futuro, no nos detengamos en plantear aquéllas que brinden sólo resultados parciales y temporales, atrevámonos con visiones a largo plazo pero resolutivas.

Es por ello que se considera importante establecer en nuestra Constitución Federal, el principio de que toda persona tiene el derecho, en la forma y términos que establezca la ley, a resolver sus controversias de carácter jurídico a través de la justicia alternativa, mediante procedimientos no jurisdiccionales, y dejar a los Congresos Locales, la libertad de integrar en sus entidades los mecanismos de resolución de conflictos más idóneos y las instancias y estructuras que consideren pertinentes para aplicarlos.³⁰⁶

En México hay mucho que aprender de otros países en los que la mediación se ha convertido en un procedimiento tan importante como el judicial formal, y asimismo, la experiencia mexicana habrá de significar un aporte esencial para que los países que no contemplan medios alternativos de justicia participativa, se den la oportunidad de aprovechar las múltiples ventajas que ofrecen éstos.

El estado de Quintana Roo, fue pionero en la implementación de los mecanismos alternos de solución de controversias. El Centro de Justicia Alternativa de Quintana Roo, fue el primero en su género en todo el país y se encuentra funcionando desde principios de 1997 como un mecanismo para facilitar el acceso a un sistema de justicia digna, completa e imparcial, sin favoritismos, que obedece sólo a los principios del derecho y de equidad.³⁰⁷

Su esencia radica fundamentalmente en introducir sin menoscabo ni perjuicio de la jurisdicción de los Tribunales Judiciales del fuero común, pero con la validez legal y efectos jurídicos de un laudo o resolución definitiva,

³⁰⁶ Cfr. *Ídem*.

³⁰⁷ Cfr. Hidalgo Murillo, José Daniel, *Justicia alternativa en el proceso penal mexicano*, México, Edit. Porrúa, 2010, p.68.

procedimientos de solución de conflictos no jurisdiccionales, como la conciliación, la mediación o el arbitraje.

Mediante el establecimiento de medios alternos de justicia, se crea un sistema de justicia alternativa que permite al gobernado tener otra opción para resolver sus diferencias jurídicas, acercando a las partes para que ellas mismas con la intervención de un mediador y con procedimientos previstos en la Ley, defina sus controversias de índole legal.

Asimismo, se contempla como un aspecto de singular importancia la prestación del servicio de asesoría jurídica, regulado a personas o grupos sociales que carezcan de recursos económicos para sufragar los servicios de un abogado particular.

La historia del Centro se remonta al 30 de abril de 1997, cuando entraron en vigor las reformas a la Constitución local a los artículos 7³⁰⁸ y 99³⁰⁹ dónde la Ley estableció la conciliación, la mediación y el arbitraje como medios alternativos de solución de controversias y creó el Centro de Asistencia Jurídica para brindar estos servicios, además de los de defensoría de oficio y asistencia jurídica a los sectores sociales de escasos recursos económicos.

Afortunadamente, en noviembre del año 2000 retomaron su verdadero sentido, ya que se implementó un plan emergente de restablecimiento de los principios básicos de la justicia alterna. El plan ha rendido sus frutos, llevando consigo el fortalecimiento y protección que continúa mencionado, se ha demostrado que la mediación y la conciliación son la prioridad de la justicia alterna, y ya en un segundo término se encuentra la asistencia legal del juicio que no puede ser descartada de todo.³¹⁰

³⁰⁸ “Todos los habitantes del Estado de Quintana Roo, tienen derecho en la forma y términos establecidos por esta Constitución y la ley, a resolver sus controversias de carácter jurídico, mediante la conciliación, la que podrá tener lugar antes de iniciarse un juicio o durante su tramitación. Cuando los interesados así lo determinen, habrá lugar a la conciliación en fase de ejecución.”

³⁰⁹ “El Tribunal Superior de Justicia proporcionará a los particulares medios alternativos de solución a sus controversias jurídicas como la conciliación o el arbitraje, de acuerdo a procedimientos de mediación. La ley establecerá la competencia e integración de la institución que brindará servicios, así como los procedimientos y eficacia de sus acuerdos y resoluciones. Esta institución brindará servicios de defensoría de oficio y de asistencia jurídica a sectores sociales desprotegidos.”

³¹⁰ Cfr. Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 230, p.169.

Desde luego, las visionarias políticas públicas de esta entidad, han propiciado:

La creación y operación del Centro de Justicia Alternativa, con el respaldo financiero del Poder Ejecutivo y del Tribunal Superior de Justicia.

El Centro de Mediación del Estado de Querétaro, inició funciones en el mes de septiembre de 1999 por acuerdo de Pleno del Tribunal Superior de Justicia, como órgano auxiliar adscrito a la Presidencia, con fundamento en el artículo 17, fracción VII³¹¹ de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Querétaro.

Aun cuando Querétaro fue el segundo estado en México en abrir un Centro de Mediación se dirige con un reglamento, ya que no cuenta con una Ley exclusiva de mecanismos alternativos, sin embargo si con diversas iniciativas presentadas al H. Congreso del Estado de Querétaro, la cual no ha sido aprobada ninguna.

Los asuntos que atiende el Centro de Mediación:

“...son exclusivamente aquellos que, cuando la ley no lo prohíba expresamente, se puedan ventilar por este medio y su materia corresponda a asuntos civiles, familiares o penales. En cuanto a estos últimos, únicamente cuando conlleven la comisión de delitos perseguibles por querrela.”³¹²

Asimismo, sólo se atienden asuntos derivados de controversia entre particulares, ya sean personas físicas o morales, debiendo acudir a mediación en el segundo supuesto el representante legal debidamente acreditado. La prestación del servicio ocurre a petición expresa de las partes, quienes acuden en forma estrictamente voluntaria, pudiéndose acompañar, si así lo desean, de abogados o de quienes estimen conveniente.

³¹¹ “Son facultades y obligaciones del Presidente del Tribunal:
...VII. Dictar las medidas que estime convenientes para la mejor administración de justicia y proponer al Pleno los acuerdos que juzgue conducentes para el mismo objeto;”

³¹² Herrera Trejo, Sergio, *Op. Cit.* Nota 278, p.70

El servicio de mediación que proporciona el Tribunal Superior de Justicia del estado de Querétaro, se caracteriza fundamentalmente por su voluntariedad y gratuidad.

En Baja California Sur, conscientes de la necesidad de encontrar nuevas y más eficaces vías para la solución de los conflictos que se producen en el seno de nuestra sociedad, el H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Baja California Sur, ha puesto en marcha un programa de mediación, que desde el año 2001 ha integrado a un equipo de mediadores que trabajan con el único propósito de ofrecer a la población, de manera gratuita, un espacio de comunicación que permita la búsqueda y eventual arreglo de diferendos en materia civil, mercantil, familiar, penal (delitos menores) y vecinal o comunitaria, de una manera pronta, creativa y con un bajo costo económico y emocional.³¹³

Con el Centro de Mediación del Tribunal, se busca, además de colaborar con las diversas instancias de impartición y procuración de justicia en la solución de conflictos, hacer conciencia en la comunidad de que el diálogo respetuoso y colaborativo sienta las bases, invariablemente, de una convivencia pacífica y armónica. El H. Tribunal Superior de Justicia le da la más cordial bienvenida a nuestro Centro de Mediación, con la firme convicción de que aquí encontrará una alternativa viable para la abordar casi cualquier clase de conflicto interpersonal.

El Centro de Mediación de Baja California Sur, fue uno de los programas prioritarios, por lo que fue necesario llevar al cabo una intensa labor desde el análisis de las personas que podrían ser mediadoras, hasta la etapa final de un curso de capacitación realizado en la ciudad de Hermosillo, Sonora, por lo que luego de casi un año de trabajo, fue posible la creación de la Mediación en Baja California Sur, ofreciendo a la población servicios gratuitos de mediación y conciliación en conflictos de contenido legal y comunitario.

En el estado de Chihuahua, se publicó la Ley de Mediación en fecha 7 de junio de 2003. las materias que abarca, son: penal, si procede el perdón del

³¹³ Cfr. Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 230, p.179.

ofendido, según lo permita la ley, tomando en cuenta el delito de que se trate; ello, aunado a que éste no sea calificado como grave ni sea trascendente para la sociedad. Civil, mercantil y familiar, si procede transacción o convenio, siempre y cuando no se altere el orden público ni contravenga disposición legal expresa o se afecten derechos de terceros.³¹⁴

El órgano a cargo de organizar y promover la mediación, es el Centro Estatal de Mediación, desconcentrado del Poder Judicial del estado de Chihuahua. El director general tendrá a su cargo el Centro Estatal, y los subdirectores regionales, que serán nombrados por aquél, coordinarán los esfuerzos de los centros regionales.

En Colima, se aprobó la Ley de Justicia Alternativa del Estado, en septiembre del año 2003.

Estableciéndose que el centro estatal creado por la misma, debería estar instalado y puesto en operaciones por el Supremo Tribunal de Justicia de Colima, a más tardar el 31 de enero de 2004. Este ordenamiento jurídico tiene la característica notable de ser completo (específicamente, por ejemplo, cuáles puntos abarcará el convenio, las eventualidades en el procedimiento, entre otros aspectos) y de instaurar algunos puntos novedosos.³¹⁵

Se creó el Centro Estatal de Justicia Alternativa de Colima, como un órgano auxiliar del Poder Judicial, con autonomía técnica para conocer y solucionar, a través de los procedimientos no jurisdiccionales previstos en este ordenamiento, las controversias jurídicas en materia civil, mercantil, familiar y penal que le planteen los particulares o le remita el órgano jurisdiccional.

Conforme a la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato nacida en el año 2003, la mediación y la conciliación son formas de autocomposición asistida que se pueden practicar tanto en materia civil como en materia penal, en sede judicial o a través de la mediación privada, según la citada ley; en materia

³¹⁴ Cfr. *Ibidem*, p.200.

³¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p.208.

civil, son mediables todos los conflictos que recaigan sobre derechos de los cuales puedan disponer libremente los particulares, y en materia penal, la mediación puede practicarse entre el ofendido y el inculpaado respecto de conductas susceptibles de constituir delitos que se persiguen por querrela.³¹⁶

La mediación consiste en el trámite iniciado a petición de uno de los interesados y aceptado voluntariamente por el otro, a través del cual uno o más mediadores intervienen para facilitar la comunicación directa, respetuosa y confidencial entre las partes en conflicto, con el propósito de que éstas lleguen por sí a un acuerdo voluntario que ponga fin a la controversia.

El encargado de llevar a cabo la mediación, también asistirá a los interesados en la elaboración del convenio que refleje íntegramente los acuerdos asumidos por las partes y les explicará los derechos y obligaciones que de él se deriven, así como su naturaleza una vez elevado a categoría de cosa juzgada.

En caso de que las partes no pudieran llegar por sí mismas a un acuerdo que resuelva su conflicto, el encargado de llevar a cabo la conciliación les presentará alternativas de solución viables, que armonicen sus intereses, explorando formas de arreglo y asistiéndoles para elaborar el documento idóneo que dé solución adecuada al conflicto.

La mediación y la conciliación son procedimientos que se realizarán simultáneamente cuando el asunto lo demande. Los procedimientos de mediación y conciliación en sede judicial estarán a cargo del Centro Estatal de Justicia Alternativa, dependiente del Supremo Tribunal de Justicia, a través de los mediadores y conciliadores adscritos a dicho Centro.

Las instituciones privadas deberán contar con previa autorización; los mediadores y conciliadores privados que realicen sus funciones individualmente o adscritos a las citadas instituciones deberán contar con certificación. Tanto la autorización como la certificación serán otorgadas por el Centro Estatal de Justicia

³¹⁶ Cfr. *Ibidem*, p.200.

Alternativa, con base en lo dispuesto por esta Ley y en las normas jurídicas aplicables.

En materia civil, el director del Centro Estatal de Justicia Alternativa o, en su caso, el subdirector de la sede regional podrá elevar a categoría de cosa juzgada los convenios que celebren las partes en conflicto. Si la mediación y conciliación se inició con proceso judicial, deberá remitir el convenio al juez ante quien esté planteado el asunto para los efectos legales correspondientes.

En materia penal, la mediación y conciliación entre ofendido e inculpado sólo podrá recaer respecto a conductas que pudieran constituir delitos perseguibles por querrela o cuando así lo señale la Ley. Antes o durante la averiguación previa, la mediación y conciliación podrá ser realizada por el Ministerio Público, quien en lo conducente se ajustará al procedimiento regulado en esta Ley.

Durante el trámite del proceso jurisdiccional penal, la mediación y conciliación estará a cargo del Centro Estatal de Justicia Alternativa o, en su caso, de la sede regional. Cuando las partes lleguen a un convenio, éste deberá remitirse al juez ante quien esté planteado el asunto para los efectos legales correspondientes. El convenio sólo se tomará en cuenta si se produce antes de emitirse sentencia ejecutoria.

Los servicios de mediación y conciliación proporcionados por instituciones privadas o personas físicas serán remunerados en forma convencional. La autocomposición asistida podrá asumir las modalidades de mediación o conciliación.

La mediación y la conciliación ante el Centro Estatal de Justicia Alternativa o la sede regional, podrá iniciarse a petición de parte interesada con capacidad para obligarse, mediante solicitud verbal o escrita en la que se precisará el conflicto que se pretenda resolver y el nombre y domicilio de la persona con la que se tenga la controversia, a fin de que ésta sea invitada a asistir a una audiencia inicial en la que se le hará saber en qué consisten los procedimientos de

mediación y conciliación y se le informará que éstos sólo se efectúan con consentimiento de ambas partes, enfatizándole el carácter gratuito, profesional, neutral, confidencial, imparcial, rápido y equitativo de la autocomposición asistida.

En Guanajuato, se reformó la Constitución Política del Estado,³¹⁷ para introducir la Ley de Justicia Alternativa, misma que capacita la operación del Centro de Justicia alternativa con sede Judicial. Actualmente el Centro de Justicia Alternativa cuenta con 5 sedes regionales y 27 mediadores.

Posteriormente en el año 2003, se crea la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato, la cual estipula que en materia civil del fuero común los procedimientos de mediación y conciliación suspenden todos los plazos y términos judiciales dentro del juicio, a partir del día en que el Centro Estatal de Justicia Alternativa o, en su caso, la sede regional señale lugar, fecha y hora para la audiencia de mediación y conciliación, hasta aquél en que por cualquier causa concluya el procedimiento de mediación y conciliación. Durante la suspensión no se contarán los plazos de prescripción.

En materia penal, el procedimiento de mediación y conciliación sólo interrumpe el plazo señalado en la Ley para la formulación de la querrela, desde la fecha en que se solicite la intervención del Ministerio Público hasta que, por cualquier medio, se ponga fin a dicho procedimiento, reanudándose a partir de esto último.

Cuando el convenio haya sido celebrado antes o durante la averiguación previa ante el Ministerio Público, o durante el proceso jurisdiccional ante el Centro

³¹⁷ "Artículo 3. de la Constitución Política del estado de Guanajuato. La Ley es igual para todos, de ella emanan las atribuciones de las autoridades y los derechos y obligaciones de todas las personas que se hallen en el Estado de Guanajuato, ya sean domiciliadas o transeúntes. A todos corresponde el disfrute de sus beneficios y el acatamiento de sus disposiciones.

Toda persona tiene derecho a que se administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales.

La Ley establecerá y regulará la mediación y la conciliación como medios alternativos para la resolución de las controversias entre los particulares, respecto a derechos de los cuales tengan libre disposición.

La mediación y la conciliación se regirán bajo los principios de equidad, imparcialidad, rapidez, profesionalismo y confidencialidad. El Poder Judicial contará con un órgano de mediación y conciliación el cual actuará en forma gratuita y a petición de parte interesada. Dicho órgano tendrá la organización, atribuciones y funcionamiento que prevea la Ley.

El Poder Judicial es independiente de los demás poderes del Estado. El Ejecutivo garantizará la plena ejecución de las resoluciones judiciales."

Estatal de Justicia Alternativa o, en su caso, ante la sede regional, producirá efectos de perdón del ofendido, pero en lo tocante a la reparación del daño el convenio tendrá efectos de cosa juzgada cuando sea elevado a tal categoría en los términos de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato.

Los mediadores y conciliadores podrán ser oficiales o privados. Oficiales son aquellos que se encuentren adscritos al Centro Estatal o a las sedes regionales de Justicia Alternativa, o que integren las Agencias del Ministerio Público. Privados son las personas físicas que hayan sido autorizadas mediante una certificación por el Centro Estatal de Justicia Alternativa para desempeñar estas funciones, las cuales podrán realizar en forma individual o como integrantes de una institución de mediación y conciliación privada.

Los convenios celebrados ante las instituciones privadas de mediación y conciliación o ante las personas físicas que presten esos servicios, sólo adquirirán el carácter de cosa juzgada cuando sean elevados a tal rango por el Director del Centro Estatal de Justicia Alternativa o por el Subdirector de la sede regional. Corresponderá a los mediadores y conciliadores privados promover la solicitud para que los convenios sean elevados a categoría de cosa juzgada.

En el Estado de Oaxaca, la Constitución Política de dicha entidad, en su Artículo 11, textualmente estipula lo siguiente:

“Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial sin perjuicio de los centros de mediación y justicia alternativa que puedan crearse por las autoridades. El servicio tanto de los tribunales como de los centros de mediación o justicia alternativa mencionados será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas por estos servicios.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

El Estado garantizará la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los Agentes del Ministerio Público.”

Asimismo, y en cumplimiento a lo ordenado por el acuerdo del pleno que dio origen al Centro de Mediación, al señalar que éste se sustentaría en un Manual de Operaciones, este documento es a la fecha una realidad. En el mismo, se estableció la estructura orgánica del Centro, delimitándose sus funciones, así como aquellas que corresponden al director, a los mediadores, a los trabajadores sociales y al invitador.

El 25 de marzo de 2004, fue aprobada la Ley de Mediación del Estado de Oaxaca. Asimismo, en esa publicación de la ley, se dieron a conocer las reformas que se hicieron al Código de Procedimientos Civiles, Código de Procedimientos Penales, Código Penal, Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado y Ley Orgánica de la Procuraduría, integrando así un paquete total en cuanto a la materia de mediación.

“El Centro de Mediación de Oaxaca es la única institución en esa entidad que cuenta con servicios de mediación y abre con este ejercicio, un canal para allegar la justicia de una forma más rápida y económica a los diversos sectores que integran la sociedad oaxaqueña.”³¹⁸

El procedimiento de mediación en el Centro Estatal de Mediación de Oaxaca, fue fundamentado en los principios de voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad, y sus objetivos son promover el desarrollo de una cultura de relaciones humanas que potencie la solución de conflictos por medio de diálogo, proporcionar servicios de

³¹⁸ Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 230, pp.191 y 192.

mediación a personas que deseen resolver una disputa y no cuenten con los recursos para ello, ofrecer acciones de capacitación y divulgación sobre cuestiones de mediación y promover la colaboración, cooperación e intercambios con instituciones y organismos públicos y privados.³¹⁹

En Coahuila, despegó la iniciativa en Mediación con sede Judicial en 2003, trayendo con ello un curso intensivo de formación de mediadores. Con un reglamento interno del Poder Judicial y un Acuerdo del Centro de Mediación, el Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Coahuila abre sus puertas al público.

Siendo aprobada la anteriormente mencionada iniciativa en el año 2005, convirtiéndose en la Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias, con el objeto de brindar alternativas a las personas a las cuales acudir para solucionar sus diferencias, problemas o conflictos de forma pacífica y colaborativa.³²⁰

El Centro de Mediación de Coahuila ha comenzado a emitir encuestas de retroalimentación al funcionamiento del centro y el trabajo del mediador, en el afán de trabajar con una lógica de mejoramiento continuo. Tras la asombrosa respuesta y prácticamente nula resistencia a la mediación en el estado de Coahuila, actualmente se exploran las posibilidades de abrir centros de mediación en las ciudades de Torreón y Monclova.

En el año 2005, el Estado de Durango ve nacer su Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Durango, regulando la mediación, la conciliación y el arbitraje, dándole un papel protagónico a éste último mecanismo.³²¹

Durango es uno de los Estados de la República con más sustento en los mecanismos alternativos, ya que cuenta con su Constitución local reformada para la regulación de los mismos, cuenta con su Ley y con su Centro Estatal de Justicia Alternativa.

³¹⁹ Cfr. Poder Judicial del Estado de Oaxaca, <http://www.tribunaloax.gob.mx/centro/procedimiento.html>, julio/2013.

³²⁰ Cfr. Hidalgo Murillo, José Daniel, *Op. Cit.* Nota 307, p.91.

³²¹ Cfr. *Ibidem*, pp.86 y 87.

El estado de Nuevo León es pionero al incorporar la conciliación penal en “...delitos que se persiguen de oficio, con penalidades que no rebasen los tres años de prisión y que no se trate de delitos graves” de manera que al conciliarse los interesados operen los efectos del perdón y dé cabida al sobreseimiento.³²²

En la Procuraduría General de Justicia del Estado de Nuevo León, se cuenta con once módulos de orientación en los que se realiza la mediación. A la fecha se han tratado miles de casos que de otra manera no hubieran tenido acceso a la justicia. Por otra parte, este servicio que rinde la procuraduría, ha sido instrumental para la solución expedita de que los casos y la prevención de que éstos se conviertan en averiguaciones previas.

Existe una ley de métodos alternos de solución de conflictos que se aprobó en 2005. El recurso de mediación puede aplicarse en caso de delitos que se persiguen a instancia de parte, o bien, porque son delitos considerados no graves. Además de regular la mediación en las áreas familiar, civil, mercantil y en otras áreas del derecho.

En Aguascalientes, se crea en el año 2005, la Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes.

“Los medios alternativos de resolución de conflictos, han sido utilizados exitosamente en este Estado, para resolver en forma económica y rápida diversos problemas relacionados con derecho familiar (divorcio, tenencia de hijos, régimen de visitas, alimentos) problemas de arrendamiento, sucesiones, daños personales, reclamos a seguros, daños y perjuicios, gastos médicos, asuntos mercantiles, hipotecarios, sobre el cumplimiento de diversos contratos, etc., permitiendo que los tribunales del estado, se concentren en atender aquellos problemas en que son realmente insustituibles.”³²³

³²² Herrera Trejo, Sergio, *Op. Cit.* Nota 278, p.63

³²³ Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 230, p.183.

El desarrollo y especialización de estos medios alternativos, constituyen valiosos instrumentos que deben promoverse, ante la necesidad latente de impulsar un cambio estructural en el sector justicia para todo el estado.

Así, con el apoyo de estas importantes instancias y la convicción personal de creer en el proyecto, actualmente se trabaja en una nueva fase del centro de mediación teniendo múltiples planes de desarrollo y difusión para el centro, esto con el fin de consolidar en la sociedad la mediación como un método de solución de conflictos válido, eficiente, confiable y funcional.

Ese mismo año se une el Estado de Veracruz con su Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, trayendo consigo la creación del Centro Estatal de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos.

El Estado de Tlaxcala en el año 2007, crea su Ley que Regula el Sistema de Mediación y Conciliación en el Estado de Tlaxcala, y por otro lado, dado el movimiento del nuevo sistema de justicia penal, en el año 2012, crea la Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal de Tlaxcala, para adecuarse a las exigencias del nuevo sistema acusatorio.

En el estado de Jalisco, en septiembre de 1997, el Centro de Resolución de Conflictos (CRC) inicia actividades de promoción, difusión y capacitación en mecanismos alternativos de solución de controversias, para impulsar el desarrollo e instrumentación de la mediación, como un procedimiento distinto y autónomo respecto a la administración de justicia.³²⁴

En los centros de mediación, será prestado el servicio por personas físicas o jurídicas públicas o privadas en el área de su conocimiento o las constituidas con ese objeto.

Casi 10 años después aprueba la Ley de Justicia Alternativa del Estado, en el año 2006, para hacerla entrar en vigor en el año 2008, con el objeto de

³²⁴ Cfr. *Ibidem*, p.195.

promover y regular los masc, así mismo para la utilización de los mismos en la prevención y en la solución de conflictos.³²⁵

Las cámaras empresariales, los colegios de profesionistas y los organismos estatales y municipales del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, podrán funcionar como centros de resolución de conflictos a través de los medios alternos, en las áreas de su actividad, previa acreditación otorgada en los términos del Artículo 13,³²⁶ salvo aquellos que tengan dicha facultades por disposición de la misma ley, las cuales no necesitaran de una acreditación especial.

La mediación en Tamaulipas, se consolida legalmente en el año 2007. Tomando su rumbo hacia su consolidación, en virtud de que se convoca a los mexicanos que quieran ser jefes de unidad, mediadores e invitadores³²⁷ a que soliciten su ingreso, para adscribirse a Nuevo Laredo, Reynosa, H. Matamoros, Cd. Mante y Tampico, Tamaulipas.

Fue durante ese mismo año en que nace la Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California, definiendo a los medios alternativos como procedimientos de mediación y conciliación los cuales permitirán a los particulares prevenir y solucionar controversias, garantizando el respeto al convenio adoptado por los participantes y en su caso el cumplimiento forzoso del mismo.³²⁸

La Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal fue aprobada en el año 2008.

Para los medios de justicia participativa en el Distrito Federal, la mediación judicial es un hecho. Dicha figura se crea y se coloca en medio de dos tipos de procesos: el de la mediación pura y el proceso judicial tradicional.³²⁹

³²⁵ Cfr. Hidalgo Murillo, José Daniel, *Op. Cit.*, Nota 307, pp.101 y 102.

³²⁶ "Las personas jurídicas que presten los servicios de medios alternativos de solución de conflictos para el ejercicio de sus funciones deberán contar con la acreditación expedida por el Instituto."

³²⁷ Cfr. Poder Judicial del Estado de Tamaulipas, <http://www.pjetam.gob.mx/2008/Febrero/C%20O%20N%20V%20O%20C%20A.htm>, julio/2013.

³²⁸ Cfr. Hidalgo Murillo, José Daniel, *Op. Cit.* Nota 307, p.106.

³²⁹ Cfr. Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 230, p.194.

El Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, llevará a cabo este tipo de mediación. La naciente institución se ha concebido como una entidad con autonomía técnica y de gestión, pero deberá responder a las políticas y directrices globales que acuerde el Consejo de la Judicatura.

La mediación que ofrece el Centro es voluntaria; solamente procede si las partes involucradas deciden libre y por iniciativa propia, dirimir sus diferencias a través de este método. Sin embargo, los juzgadores estarán facultados para recomendarla cuando el caso lo amerite.

El procedimiento establecido para la mediación es sencillo y accesible, e idealmente culminará con un convenio final, mismo que los mediados habrán de cumplir de buena fe. La lógica misma de la mediación favorecerá dicho cumplimiento, pero en caso de que alguno de los mediados incumple, se podrá acudir a la remediación o, en su caso, requerir la ejecución forzosa del acuerdo ante la autoridad judicial competente.

Otro punto que vale la pena destacar, es el relativo a las personas que fungen o fungirán como mediadores y co-mediadores. Se ha hecho un arduo trabajo en la selección y capacitación de estos servidores. En este esfuerzo se ha recibido la ayuda de diversas instituciones de educación superior, así como de colegios de abogados de gran prestigio.

También se ha capacitado a diversos servidores públicos de la capital, quienes por la propia naturaleza de su función, se encuentran en una posición idónea para recomendar a las partes en conflicto que intenten la vía de la mediación que este Centro ofrecerá. Entre estos funcionarios se cuentan: jueces de este tribunal, jueces cívicos y defensores públicos, entre otros.

El Centro de Justicia Alternativa cuenta con un programa de capacitación permanente a todos sus mediadores, a través del cual durante una tarde de cada semana, no se ofrecen servicios de mediación al público, para trabajar en el mejoramiento continuo en base a un esquema de retroalimentación existente en el

Centro. Actualmente el Centro de Justicia Alternativa está explorando la implementación de la mediación en el ámbito penal.

En este mismo año, el Estado de Zacatecas crea la Ley de Mediación para el Estado de Zacatecas, trayendo consigo la creación del Centro de Mediación y una serie de reformas a la Constitución Local, con el ánimo de regular ampliamente los mecanismos alternativos.

En lo que se refiere al estado de Sonora, pasó algo diferente de las demás entidades federativas, pero esto no le quita la calidad de lo que un grupo importante de estudiosos del tema están haciendo en la materia. Primero que se han preparado con el apoyo de especialistas de Tucson Arizona y otros estados de la Unión Americana; se crearon unidades de mediación en la Universidad de Sonora, para prestar servicio profesional; han convocado alrededor de 9 ó 10 ediciones de distintos diplomados en Mediación; presiden el Instituto Mexicano de la Mediación; y tienen convenios de colaboración con varias universidades y gobiernos locales e internacionales.

El Posgrado en Derecho de la Universidad de Sonora ofrece desde 1993, la especialidad de Derecho y Psicología de la Familia, contemplando dentro de su plan de estudios la materia de mediación familiar; es ahí donde surge el proyecto de creación del Centro de Mediación Familiar. Después de una serie de gestiones administrativas ante las autoridades de la Universidad de Sonora, tanto para la aprobación del proyecto como del personal a su cargo, se determinó el espacio físico para su ubicación y el 16 de marzo de 2000 inició sus actividades al servicio de la comunidad hermosillense la Unidad de Mediación Familiar y Comunitaria, en búsqueda del beneficio de su comunidad a través de la aplicación de los conocimientos por parte de sus egresados docentes e investigadores.³³⁰

En Sonora se encuentra vigente la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Estado, desde el año 2008, la cual contiene ya la intención de los congresistas en su conclusión, con excepción de que presentada

³³⁰ Cfr. *Ibidem*, p.157.

la demanda, legalmente el juez no tiene la obligación de enviar el negocio al Centro de Justicia Alternativa, ni aún con el consentimiento del actor.³³¹

En materia penal la Ley mencionada anteriormente, contiene todo lo relacionado con la conclusión y propuesta a que llegaron los congresistas.

En el año 2008, se reforma nuestra Constitución Política, para incorporar los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en su Artículo 17 Párrafo Cuarto, quedando de la siguiente manera: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularan su aplicación, aseguran la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.”

Instando la misma, a todos los Estados pertenecientes a la República Mexicana faltantes de mecanismos alternativos de solución de controversias a incorporarlos en sus leyes o bien crearlas para su regulación, dando un lapso de máximo 8 años para hacerlo, siendo el límite el año 2016.

El 01 de Septiembre de 2003, fecha en la que abre sus puertas el Centro de Justicia Alternativa, en el Estado de México, se inicia el servicio de mediación en materia familiar en el tribunal y, con ello, la incorporación de una nueva vía opcional para la solución de las disputas entre los miembros de la familia; se supera la etapa de la respuesta única y sistemática del juicio y la sentencia, al incorporar la mediación a la función estatal de administrar justicia, ingresando así la mediación al ámbito judicial de la Ciudad de México e instalando la mediación judicial como vía colateral de solución de conflictos, que coexiste en la misma sede con la jurisdiccional, abriéndose en el ámbito tribunalicio un espacio más para la solución privada de las controversias a través de un convenio entre particulares y en convivencia con la solución pública que es la sentencia.

El servicio de mediación que proporciona el Centro de Justicia alternativa, es público y gratuito, con una mística que se sustenta en el respeto a la

³³¹ Cfr. Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sonora, <http://www.stjsonora.gob.mx/noticias/175.htm>, Julio/2013.

autodeterminación de las personas y que reivindica su dignidad, toda vez que se trata de un procedimiento voluntario por el cual los particulares, con la ayuda de un mediador experto en técnicas de la comunicación y la negociación, pueden resolver los conflictos que se generen en sus relaciones familiares, civiles, comerciales o penales (sólo en algunos delitos de querrela).

En el Estado de México, se encuentra un centro de mediación y conciliación, que representa un ejemplo para los otros centros del Poder Judicial. Fue inaugurado el 11 de diciembre de 2002 por el Consejo de la Judicatura de dicho estado y es un órgano del Poder Judicial que se encarga de los servicios de mediación y conciliación extrajudicial; depende del Consejo de la Judicatura local y está a cargo del director que el mismo consejo señala.³³²

No es hasta el año del 2009, cuando se incorpora legislativamente los mecanismos alternativos en el Estado de México.

La diferencia de esta entidad federativa, es que la mediación se encuentra inserta en las legislaciones locales entre ellas, el Código de Procedimiento Civiles, Código de Procedimientos Penales, Ley que Regula el Régimen de Propiedad en Condominio, Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar. Así como en otras áreas de la administración pública y la notarial.

Un caso muy particular es el del Estado de Chiapas, ya que desde el año 1997, cuentan con una Ley para el Diálogo y la Conciliación para la Paz Digna en Chiapas, sin embargo era poco respetada si no es que nula, por la naturaleza de dicho mandato.

La conflictividad del Estado ha movido desde hace muchos años a la Diócesis de San Cristóbal y a su obispo a jugar el papel de mediador y promotor de la paz, para cumplir mejor su papel en la construcción de un mundo más justo y digno. Este oficio de mediación, por su naturaleza, se ha ejercido muchas veces en medio del conflicto y en sus momentos más agudos.

³³² Cfr. Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 230, p.196.

En el año 2009, Chiapas retoma formalmente su lucha por la paz de sus ciudadanos, con el movimiento de los mecanismos alternativos, por ello ese año se crea la Ley de Justicia Alternativa para Chiapas, retomando con ello la conciliación y mediación primordialmente.

En Yucatán, recién ha iniciado un movimiento por la paz y la concordia, con los auspicios del Gobierno del Estado y la Academia Mexicana de la Mediación, tendientes a reformar la Constitución local y la aprobación de la Ley de Mecanismos Alternativos.

El Ayuntamiento de Mérida puso en servicio en Caucel, un Centro de Mediación Familiar (CMF), cuya función será la de ayudar a los pobladores de esta comunidad y de otras cercanas, a solucionar por la vía de la conciliación los problemas que se dan en el seno de los hogares y que en muchos casos generan situaciones de violencia.

Se destaca que la Gobernadora constitucional del Estado anfitriona Ivonne Aracely Ortega Pacheco, estableció compromisos, en el marco del Plan Estatal de Desarrollo 2007-2012, de instrumentar políticas públicas para la incorporación de la mediación escolar, comunitaria, policial y penitenciaria, siendo durante su periodo en el año 2009 en que nació la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en el Estado de Yucatán.

Campeche, después de varios años de haber trabajado con un Reglamento de Justicia Alternativa, para ser exactos desde el 2007, en el año 2011, crean su Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Campeche, con la pretensión de ampliar el acceso de justicia a los ciudadanos.

En el año 2011, Nayarit se incorpora al movimiento de los mecanismos alternativos, creando la Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Nayarit, trayendo consigo el Centro Estatal de Justicia Alternativa.

En Tabasco, han decidido centrar sus esfuerzos en mejorar y hacer más efectiva la figura del conciliador como profesional que actúa dentro del juicio. Es

decir, prefieren fortalecer la figura que ya es contemplada por la legislación procesal local antes de crear e implementar servicios nuevos en el tribunal como la mediación y el arbitraje.³³³

La legislación procesal civil tabasqueña, contempla como muchas otras del país, la etapa del juicio denominada audiencia previa y de conciliación, que debe llevarse a cabo una vez contestada la demanda³³⁴ Aprovechándose de esta situación, se tomó la decisión de profesionalizar lo que ya estaba establecido, para evitar el tener que realizar reformas legislativas posteriores.

Fue así como el Consejo de la Judicatura del Estado de Tabasco autorizó la creación del Centro de Conciliación Judicial de los juzgados civiles, como una oficina físicamente independiente (situada a un costado de las oficinas de los juzgados), pero adscrita a los juzgados de primera instancia en materia civil.

Asimismo, y siendo necesario contar con conciliadores alternamente calificados, fueron impartidos los cursos de capacitación correspondientes. También fueron contratados los servicios de psicólogos especializados en resolución de conflictos, con la finalidad de brindar al Centro un ambiente propicio, que va desde la decoración de las Salas de Conciliación hasta la utilización de música de fondo adecuada.

Cuando el Centro de Conciliación abrió sus puertas, comenzó a realizar en sus instalaciones las audiencias de conciliación estipuladas en la ley de una manera más especializada. Es importante mencionar que en el Centro también son atendidos los casos presentados por personas que sin ser parte de un litigio seguido ante un tribunal, quieren someter su conflicto legal a conciliación antes de llegar a los tribunales, aunque en este caso el procedimiento es estrictamente voluntario.

³³³ Cfr. Azar Mansur, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, México, Edit. Porrúa, 2003, p.51.

³³⁴ Cfr. Ávila Cuevas, Gracia Yolanda, "*Sociología del derecho procesal; la mediación y la conciliación en Michoacán*" Tesis para obtener el Título de Grado en Derecho, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Michoacán de San Nicolás de Hidalgo, México, 2006, <http://bibliotecavirtual.dgb.umich.mx:8083/jspui/bitstream/123456789/8587/1/SOCIOLOGIADELDERECHOPR OCESALLAMEDIACIONYCONCILIACIONENMICHOA.pdf>, Agosto/2013.

Dos años después de la creación de dicho centro en el año 2012, se crea la Ley de Acceso a la Justicia Alternativa para el Estado de Tabasco, supliendo al Reglamento bajo el cual se regía el centro.

En Sinaloa, se aprobó en el año 2013, una ley de justicia alternativa, acentuándose solamente en materia penal. Dejando a la expectativa a otras áreas (familiar, civil, escolar, mercantil, administrativas, etc.) para darle a la ciudadanía diferentes opciones para resolver sus conflictos, y así descargar el trabajo que desempeñan los tribunales en las distintas áreas del derecho.

En este marco, se han venido presentando formalmente diversas iniciativas, como la Iniciativa de Ley de Justicia Alternativa, presentada por mi padre el Dr. José Luis Urías Morales ante el Congreso del Estado; así también algunos colegios de abogados, un grupo de académicos de la Facultad de Derecho de la UAS, entre otros, han presentado iniciativas de ley en la materia, en virtud del interés que hasta la fecha han demostrado los poderes encargados de aprobar y promulgar leyes y decretos.

La Facultad de Derecho Culiacán, de la Universidad Autónoma de Sinaloa, ha venido impartiendo varios Diplomados en Mediación, desde el año de 2008. Diplomados Multidisciplinarios en: Formación de Mediadores; con acentuación en mediación familiar, penal y escolar, con profesionales especializados de Sonora, Monterrey, Sinaloa y de otras partes del País. La mayoría de los módulos (sobre todo los especializados) se imparten con algunos ejercicios y a nivel de talleres. Dichos diplomados, son dirigidos a los alumnos del sistema escolarizado y semiescolarizado de la Facultad, así como al cuerpo docente que desea conocer, actualizarse y prepararse en el tema.

En Mayo del 2010, se crea la Unidad de Mediación Familiar, en el Bufete Jurídico Estudiantil de la Facultad de Derecho Culiacán UAS, bajo la dirección del Dr. José Luis Urías Morales y el apoyo del Rector de nuestra máxima casa de estudios el Dr. Víctor Antonio Corrales Burgueño.

Así también, en el contexto de la internacionalización de la Universidad, se está a la par de los países más avanzados tecnológicamente, incorporando en el séptimo semestre de los programas y planes de estudios la materia de: Métodos Alternativos para Solucionar Conflictos; particularmente en las Escuelas y Facultades de Derecho.

En diciembre de 2012, se lleva a cabo el primer diplomado en mediación organizado por el INFONAVIT en conjunto con la UAS, siendo pionera esta institución social en utilizar la mediación como medio de cobranza y recuperación de cartera vencida, para la elaboración de convenios en el Estado de Sinaloa.

La Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal, recién aprobada, dejó agónicas a las demás áreas generadoras de conflictos, en virtud de que solo contempla la materia penal anexando que la intervención de la mediación privada brilla por su ausencia, violando flagrantemente los derechos al trabajo, por parte de profesionales en su ejercicio privado; además de cerrar el paso a las partes a decidir si llevan a cabo estos mecanismos por la vía pública, o bien por la privada.

Recientemente, en septiembre del 2013, se aprueba la Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa para el Estado de Michoacán.

Los acuerdos alcanzados ante el Centro Estatal de Mediación, tendrán efecto de cosa juzgada. Los acuerdos que se obtengan ante los demás organismos públicos previstos en esta ley, requerirán de la homologación ante el juez competente para alcanzar los efectos de cosa juzgada.

Para la eficacia de la homologación, es necesario presentar los convenios ante el juez competente dentro de los cuarenta días naturales siguientes a su firma, para que el Tribunal correspondiente declare en su caso la homologación respectiva, si los acuerdos no contravienen disposiciones de orden público, en caso contrario, decretará la negativa correspondiente.

En Puebla la mediación se conceptúa como un procedimiento mediante el cual las personas que tienen un conflicto entre sí, solicitan la intervención de un

tercero que facilite la comunicación, para que de manera conjunta y pacífica obtengan un acuerdo satisfactorio, evitando el proceso judicial.

El medio alternativo, a que se ha hecho referencia queda a cargo del Centro Estatal de Mediación y de sus dependencias regionales, sin perjuicio de que puedan intervenir los siguientes:

- I. La procuraduría del ciudadano;
- II. Los jueces municipales del interior del estado;
- III. Los jueces de paz;
- IV. Los jueces indígenas, y
- V. Los notarios del estado.”³³⁵

En las controversias que se encuentren jurisdiccionalmente radicadas, las partes deberán denunciar al Tribunal que se han sometido a la mediación, sentándose razón de ello en los autos y de cuyo resultado se informará oportunamente al mismo. Si los autos llegasen a estado de dictar sentencia, y los interesados no hubieren manifestado el resultado de la mediación, no se emitirá la misma, salvo renuncia al procedimiento de mediación.

La resolución que homologa el convenio, marcará el inicio de los efectos jurídicos del acuerdo obtenido. Se procederá a la ejecución de los acuerdos obtenidos en el Centro Estatal de Mediación y de los acuerdos homologados, siempre que se denuncie el incumplimiento ante el juez competente. Será sancionado civil y penalmente quien utilice la mediación con el ánimo de engañar a una o a ambas partes.

La creación del Centro se autorizó al Tribunal Superior a establecer los mecanismos necesarios para instituir a la mediación y conciliación, como medios en la resolución de conflictos legales, para acercar y hacer partícipe a la sociedad

³³⁵ Honorable Tribunal Supremo de Justicia del Estado de Puebla, <http://www.htsjpuebla.gob.mx/home.html>, Julio/2013.

poblana de un procedimiento rápido, flexible y confidencial, y logrando que los dueños de la controversia sean los dueños de la solución.

Aun y cuando el nuevo sistema acusatorio, ha sido aprobado el presenta año 2013 en Puebla, no tienen una Ley de Justicia Alternativa, sólo en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla, establece la Mediación y la Conciliación desde el año 2010 en su artículos 832 al 847. El Código de Procedimientos en materia de Defensa Social, establece la mediación en sus artículos 395 al 409.

De los objetivos de la implementación de la mediación podemos destacar los siguientes:

“Contribuir a mejorar y reestablecer la comunicación en las relaciones interpersonales teniendo o no acuerdo consensuado que beneficie a todas las partes involucradas en el procedimiento de mediación.

Contribuir a una mayor confianza y satisfacción de la ciudadanía con el sistema de justicia ordinario y tradicional.

Sensibilizar a los abogados litigantes de los beneficios que otorga el Nuevo Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla, en relación a los medios alternos de solución de conflictos, que coadyuvan con los órganos de justicia ordinarios, en brindarles un pronto resultado a sus clientes en la tramitación de su problema.”³³⁶

Si bien es cierto, México es un país en donde la cultura de la justicia alternativa todavía no alcanza su reinado, se han dado pasos importantes.

Y como hemos podido observar la mayoría de los Estados de la República Mexicana están encaminados en los mecanismos alternativos, restando San Luis Potosí, y Guerrero, teniendo como plazo el año 2016, esperemos que se estén preparando para ello, ya que de lo contrario el tiempo los alcanzará y tendrán que

³³⁶ *Ídem.*

hacerse rápidamente lo que no hicieron los legisladores de los correspondientes estados en 8 años.

Por otro lado el Gobierno Federal de la República Mexicana debido a la creación del Código Nacional de Procedimientos Penales, promulga la Iniciativa de Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de controversias en Materia Penal, en el mes de marzo del presente año 2014, para dar cumplimiento con el debido proceso citado en el Código en mención, regulando la mediación, conciliación y restauración en materia penal, siendo sin duda algunas un parte aguas para los mecanismos alternativos a nivel nacional para su socialización y cultura.

II. Diferentes Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias

El rasgo común de los mecanismos alternativos, es que las partes tienen participación directa en su elección. En el desarrollo de los procesos elegidos, en cambio, la participación es diferente según se trate de la mediación, la conciliación, el arbitraje o aun la negociación.

La elección estará determinada por una cantidad de factores tales como la envergadura económica, la complejidad del caso o el deseo de participar de forma activa o con la colaboración de un asesor. Lo que siempre se debe defender es la preservación de la posibilidad de elegir qué hacer frente al conflicto y su tratamiento o resolución.³³⁷

Entre las vías alternas podemos distinguir tres clases:

“Mecanismos bilaterales: en lo que sólo las partes o sus representantes buscan resolver el conflicto (Negociación).

³³⁷ Cfr. Castanedo Abay, Armando, *Mediación una solución alternativa para la solución de conflictos*, México, Colegio Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2001, p.17.

Mecanismos trilaterales: en los que un tercero facilita la comunicación entre las partes, pero ellas son las que toman la decisión acerca de su conflicto (Mediación y conciliación); y

Mecanismos trilaterales vinculatorios: en los que un tercero impone la solución, de manera similar al juez, pero con ciertas limitantes en su ejecución (Arbitraje y amigable composición).³³⁸

Para un mayor panorama de lo anteriormente mencionado explicaremos lo que son la negociación, la conciliación, el juicio arbitral y la amigable composición así como la mediación, los cuales forman los mecanismos alternativos más representativos.

A. La Negociación

“La negociación es un proceso voluntario, usualmente informal, no estructurado, al que las partes recurren para lograr un acuerdo mutuamente aceptable; no interviene un tercero neutral, las partes en la disputa pueden o no designar abogados, puede realizarse inclusive sin que estén presentes las partes, por teléfono o por correspondencia.”³³⁹

Este método es un sistema utilizado por las partes de una controversia y/o en ocasiones por sus representantes legales, para solucionar conflictos presentes y evitar futuros. Es un medio auto compositivo, bilateral; es decir, no implica la intervención de ningún tercero neutral.

Es un proceso de comunicación que se utiliza para celebrar acuerdos o solucionar conflictos. Es un proceso voluntario, donde las partes controlan el resultado, así como también los procedimientos a través de los cuales alcanzan el acuerdo. Dado que las partes establecen muy pocas limitaciones al proceso de

³³⁸ Azar Manzur Cecilia, *Op. Cit.* Nota 333, pp.11-15.

³³⁹ Álvarez, Gladys S, Highton, Elena I., *Et. Al., Op. Cit.* Nota 228, p.41.

negociación, éste permite una gama de soluciones posibles, optimizando la posibilidad de obtener beneficios mutuos.

También se define como “un proceso de tratamiento de disputas en el cual dos o más personas discuten voluntariamente sus diferencias e intentan alcanzar una decisión conjunta sobre los que les afecta, sin la intervención de un tercero.”³⁴⁰

La negociación es uno de los métodos más empleados para resolver conflictos entre dos partes que interaccionan y que desean o necesitan algo recíprocamente. Se requiere sin embargo que las personas tengan un nivel de conciencia pleno del problema, para que ellas puedan realizar la gestión, la transformación y el tratamiento del conflicto.

Se señalan como condiciones indispensables para negociar las siguientes:

- I. “Identificación del conflicto y de las partes involucradas.
- II. El reconocimiento de su interdependencia.
- III. Que exista la voluntad de llegar a un acuerdo.
- IV. La disposición de negociar sobre los temas que han de ser negociables.
- V. Que los involucrados tengan autoridad para decidir.
- VI. Que tengan conciencia de la necesidad de llegar a un acuerdo.
- VII. Premura de tiempo.
- VIII. Que traten de eliminar los obstáculos psicológicos importantes para alcanzarlo.”³⁴¹

La negociación tal vez es el método más informal de los mecanismos alternativos, ya que no necesita una serie de reglas y la negociación pueden hacerla sin dificultad las personas relacionadas con el problema.

³⁴⁰ Concepción de Escuela, *Conflicto, estrategias y mecanismos alternativos (negociación y mediación) y redes*. P. 11 y ss. <http://www.corporacionpp.org.co/articulo.html>. Diciembre/2013.

³⁴¹ Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 230, p.76.

La negociación es un procedimiento que les ofrece a las partes interesadas la oportunidad de intercambiar promesas y contraer compromisos, en un esfuerzo para solucionar sus diferencias y llegar a un acuerdo. Las partes a través del diálogo, pretenden obtener provechos y ganancias recíprocas a la correcta conducción del conflicto.³⁴²

El trabajo de Fisher y Ury, grandes investigadores y conocedores de la negociación, parte del supuesto de que la mayoría de las negociaciones consisten en un empeño de defender posiciones y pueden conducir a un punto muerto o a un acuerdo que una de las partes considera que ha sido impuesto, sencillamente, por la fuerza superior de la otra parte. Sugieren que, en vez de basarse en posiciones, la negociación debería concentrarse en los intereses fundamentales que las motivan.³⁴³ De esta forma, se pueden alcanzar soluciones innovadoras que satisfagan, al menos en parte, los intereses fundamentales de cada una de las partes y permiten una solución justa y mutuamente beneficiosa del conflicto.

Una sencilla ilustración, a la que han recurrido Fisher y Ury, se ajusta al concepto de la negociación basada en el interés. Dos hombres que están en una biblioteca no pueden ponerse de acuerdo sobre si la ventana que está sobre el escritorio que comparten, debe estar abierta o cerrada. Después de mucho discutir sin llegar a un acuerdo, llaman a la bibliotecaria, que pregunta a cada uno de ellos la razón de su posición. El lector que desea que la ventana esté abierta alega que quiere aire fresco. El que desea que esté cerrada dice que quiere evitar corrientes de aire. Con esta información, la bibliotecaria llega a una solución: abrir la ventana de una sala contigua, lo que satisface los intereses de ambas partes y no hubiera sido posible si hubieran continuado defendiendo sus respectivas posiciones.

B. La Conciliación

³⁴² Cfr. Pacheco Pulido, Guillermo, *Op. Cit.* Nota 229, p.3.

³⁴³ Cfr. Gross, Manuel, *Las técnicas de negociación y manejo de conflictos de Fisher y Ury*, 2010, <http://manuelgross.bligoo.com/las-tecnicas-de-negociacion-y-manejo-de-conflictos-de-fisher-y-ury>, Julio/2013.

La conciliación es el procedimiento mediante el cual dos o más personas que tienen un conflicto en común se apoyan de un tercero neutral, que sin emitir juicio respecto al fondo del asunto, propone alternativas de solución al litigio.³⁴⁴ El conciliador interviene ayudando a tomar la decisión. El conciliador aconseja, emite opiniones, propone soluciones que estima justas, razonables o legales.

“Este sistema suele estar incorporado a los códigos procesales –tal es el caso de numerosos países latinoamericanos- como una facultad del juez, quien puede en cualquier momento del proceso o antes de iniciarse, convocar a las partes para intentar un avenimiento entre ellas. Tal actividad puede ser también desempeñada por una autoridad administrativa o por un tercero neutral. No tiene forma ni estructura, el conciliador puede proponer fórmulas que considere razonables para que las partes satisfagan sus pretensiones. Al conciliador se lo suele llamar facilitador.”³⁴⁵

Puede iniciarse el camino a través de un curso de entrenamiento o de una conferencia, y comenzará a tejerse una red de temas conexos: conflicto, comunicación, estrategias.

Se trata de una técnica engañosamente fácil. Hemos escuchado decir a muchos abogados, contadores, terapeutas, que siempre han sido conciliadores en el ejercicio profesional y, por lo tanto, se consideran ya mediadores. Sin embargo, pensamos que es tan grande el cambio de perspectiva que implica ser mediador, que ésta es una disciplina diferente. Independientemente de la profesión de origen, sea el derecho, el campo de la salud mental o del trabajo social, la mediación implica una revisión de los paradigmas que la sostienen. No actúa igual el abogado que siempre tiene en la mira el objetivo de su cliente, que el mediador, quien tiene una mirada más globalizadora y que, como dijimos, no representa a ninguna de las partes.

Basado en los elementos esenciales de la mediación y la conciliación, pudiéramos plantear también este recurso metodológico de la reconciliación, para

³⁴⁴ Pacheco Pulido, Guillermo, *Op. Cit.* Nota 229, p.3.

³⁴⁵ Álvarez, Gladys S, Highton, Elena I., *Et. Al.*, *Op. Cit.* Nota 228, p.42.

sustentar un enfoque diferente en su encuadre y forma de resolver conflictos. En ésta se trata de la participación de un tercero neutral que facilita el diálogo entre las partes, en el que el facilitador propone alternativas de solución del conflicto.

Al igual que la conciliación se encuadra el proceso conflictual, pero habríamos que agregarle el grado de dificultad para su solución. Entonces, cuál pudiera ser la diferencia fundamental entre uno y otro mecanismo. Primero que en algunos casos en que la conciliación opera, ha sido por primera vez que el facilitador y las partes han iniciado y concluido el problema en cuestión.

Así la autoridad de procuración de justicia al conocer de un delito de los considerados mediables y conciliables, acude a este último de los mecanismos, para finiquitar la denuncia que fue presentada por la parte agraviada y facilitar el diálogo y el acuerdo entre las partes. Ya no vuelven a necesitar acudir a la autoridad conciliadora, porque se cumplió el convenio en los términos fijados sobre el mismo asunto.

El caso del cónyuge, concubino o pariente que para dirimir sus diferencias con su pareja o miembro de la familia, utiliza la violencia como forma de controlar, manipular e imponer sus decisiones; cuando lo hace por primera vez y la parte ofendida acepta el proceso conciliatorio. Así, el estudiante que es víctima de bullying, quien por su imprudencia, causa daños y perjuicio sobre bienes o integridad de alguna persona, y otros asuntos de igual o mayor importancia se somete a este mecanismo.

Cuando en un mismo asunto se presenta una conducta repetitiva o reincide el ofensor o causante del conflicto, la idea es más que conciliar, reconciliar aspectos que seguramente o quedaron inconclusos, no fue resuelto de fondo, o bien fue otra autoridad o especialista quien intervino en su posible solución.

Así como la postmediación o la remediación operan en el caso de la mediación; después de la conciliación, para una mejor intervención profesional, opera la reconciliación como una forma de resolver ese tipo de problemáticas, particularmente en el caso de las parejas, matrimonios, concubinatos o parientes,

que por la posibilidad de ser delitos continuados, o en su caso comportamientos indeseados repetitivos, o bien conductas reincidentes, lo más idóneo será pasar a ese mecanismo que permita asegurar un acuerdo más sólido y de acción duradera con el ánimo de armonizar la relación a largo plazo.

C. El Juicio Arbitral y la Amigable Composición

Los mecanismos alternativos trilaterales en los que el tercero tiene poder de vincular a las partes con una decisión definitiva, son el arbitraje y la amigable composición. Se trata de un procedimiento de solución de conflictos en los que las partes, por medio de un acuerdo de voluntades, expresan su deseo de someter una controversia presente, u otras que puedan surgir, a la decisión de un tercero llamado árbitro. Este no tiene la tarea de avenir a las partes, ni de proponer soluciones; al igual que un juez, debe valorar el caso, conocer los hechos y argumentos, y decidir el fondo del asunto emitiendo un laudo definitivo.

“Es un mecanismo en el cual las partes en conflicto, o en posible litigio designan a un tercero para que dirima la controversia. El laudo determina quién tiene la razón legal y en él se condena a quien obtiene fallo desfavorable a su cumplimiento. El árbitro decide a través de un laudo, el negocio sometido a su consideración. Mientras las partes se comprometen y sujetan a resolver sus diferencias a la decisión de un tercero.”³⁴⁶

El resultado de un arbitraje de derecho y el resultado de una amigable composición, tienen el mismo efecto jurídico: es un laudo definitivo con fuerza vinculatoria para las partes. A pesar de su expresión, el amigable componedor no tiene la función de avenir a las partes; su tarea es decidir e imponer una solución, según su criterio de equidad y buena fe.

“El arbitraje es una institución que se remonta a la antigüedad, antes de surgir el proceso jurisdiccional ya había surgido el proceso arbitral, en

³⁴⁶ Pacheco Pulido, Guillermo, *Op. Cit.* Nota 229, p.3.

México como nación independiente nace en 1824, empero, su regulación era establecida por las partidas y las ordenanzas reales. Se define al arbitraje como un procedimiento heterocompositivo extraprocesal, fundado en el principio de la autonomía de la voluntad enalteciendo el *pacta sun servanda*, en el cual las partes someten a un particular, árbitro, sus diferencias, que actuará según sus *potestas*, bajo la tutela del principio *erga omnes* basado en el caso del arbitraje comercial en el *Ius mercatorum* o *lex mercatoria*.³⁴⁷

Al arbitraje internacional las partes recurren voluntariamente, es adversarial, el tercero o terceros neutrales deciden la controversia emitiendo un laudo que es obligatorio para los contendientes.³⁴⁸ Funciona generalmente en forma paralela a la jurisdicción a la que se recurre en diferentes oportunidades (recursos, ejecución). Las partes tienen el poder de decisión sobre algunos aspectos del procedimiento que es menos formal que el procedimiento judicial.

Existen dos tipos de arbitraje según Orozco y Roldán:

“Arbitraje institucional: Se lleva a cabo conforme a reglas establecidas por una institución que se dedica a la administración de arbitrajes y bajo la supervisión de la propia institución... Arbitraje ad hoc: Es aquél realizado por las reglas que las partes han acordado, sin que intervenga una institución que administre el arbitraje.”³⁴⁹

El procedimiento general del arbitraje, cuyo principio general es que se llevará de acuerdo con las reglas que fijen de común acuerdo las partes, mientras no violen normas de orden público o disposiciones reglamentarias de las instituciones arbitrales que participen, y que inicia generalmente con una demanda de arbitraje, consiste en lo siguiente:

³⁴⁷ Gorjón Gómez, Francisco Javier, *Arbitraje comercial paradigma del derecho*, http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/paradigma_arbitraje.html, Julio/2013.

³⁴⁸ Cfr. Álvarez, Gladys S, Highton, Elena I., *Et. Al., Op. Cit.* Nota 228, p.43.

³⁴⁹ Orozco, Wistano L y Roldán Xopa, José, *Op. Cit.* Nota 295, p.103.

- I. “Designación del árbitro. Se realizará según el acuerdo de arbitraje de las partes, o conforme al reglamento de la institución administradora del arbitraje, según el caso.
- II. Aceptación del cargo por parte del árbitro. Se le hace saber su nombramiento como tal. Pudo haberse hecho con anterioridad a su designación formal.
- III. Notificación a las partes de la designación del árbitro.
- IV. Análisis del caso y determinación del procedimiento, el cual se elige según las características y la materia del caso. Existe la posibilidad de que se abra a etapa de ofrecimiento y desahogo de pruebas, y la expresión de alegatos.”³⁵⁰

En líneas generales, y sin perjuicio de sus particularidades propias, estas formas de resolución alternativa de disputa tiene las ventajas, como los demás métodos de ser, rápido, voluntario, confidencial, flexible, económico, entre otras.

Cuando aparece un tercero neutral puede o no haber desplazamiento. En el caso de la jurisdicción, éste es total ya que el juez es quien tiene el poder de decisión.

Es importante mencionar del grado de dificultad que significa para algunos países el poder instrumentar algunos mecanismos como es el caso del arbitraje, en virtud de la actitud guerrera del litigante que quiere ver vencido al otro, en un juego de todo por el todo. Algo así más o menos como todo o nada, como es el caso de la justicia tradicional, en el que gana, gana todo; y el que pierde, tiene que conformarse con la utilización de otros recursos legales que permita la ley.

Así también considerar la etapa del cumplimiento forzoso de la resolución del árbitro, cuando tenga que auxiliarse del juez, con características conservadoras. Harán falta algunos años después de consolidada la oralidad en los procedimientos judiciales, como forma de sujetarse más en los conceptos de justicia que conforme al derecho mismo, que gran parte de las veces su aplicación

³⁵⁰ *Ídem.*

impide un significado equitativo entre las partes al momento de individualizar las norma.

D. La Mediación

La mediación es una negociación estructurada, presidida por un moderador dotado de las aptitudes, la preparación y la experiencia necesarias para ayudar a las partes a resolver sus diferencias. Es un proceso confidencial, que no impone obligaciones, dirigido a ayudar a las partes a resolver de manera mutuamente aceptable cualquier diferencia que se pueda someter a él.

“La mediación es un procedimiento en el cual dos o más personas tienen un problema en común, solicitan el apoyo de un tercero que facilita la comunicación entre ellos, para que de manera pacífica y equitativa, lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas partes. El mediador conduce a las partes a que de ellas surja la decisión. Las partes conservan plenamente el poder de decisión, sobre la solución de los conflictos. El mediador no aconseja, no emite opinión, ni produce soluciones.”³⁵¹

A diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, en que las partes delegan en un tercero la solución de su disputa, son los propios interesados los que tienen el control sobre la resolución final, ya que ningún acuerdo puede ser impuesto de forma unilateral. Nada se pierde con intentar una solución a través de la mediación ya que, en el peor de los casos, de no llegarse a un acuerdo, los derechos de las partes no se alteran y se pueden iniciar la demanda judicial o continuarla, para el caso de que ya hubiera sido interpuesta.

“Este método es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral que no tiene poder sobre las partes ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren un punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a reconocer

³⁵¹ Pacheco Pulido, Guillermo, *Op. Cit.* Nota 229, p.3.

sus intereses por encima de las posiciones, a explorar fórmulas de acuerdo que trasciendan el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas.”³⁵²

La mediación tiene muchos ámbitos de aplicación, los más conocidos son el Internacional y el familiar, pero también se puede llevar a cabo para resolver problemas comunitarios, vecinales, laborales o entre organizaciones tanto públicas como privadas. El entendimiento facilitado funciona, con sus características individualizadoras, como un proceso alternativo de resolución de conflictos en relaciones tan disímiles como las conyugales, familiares, comerciales, vecinales, laborales y docentes, entre otras.

Lo más importante de la mediación, es que es la base para ir dilucidando los modelos o las metodologías que deberán de aplicarse a un caso concreto. Es decir, son los usuarios de los conflictos quienes habrán de determinar sus necesidades de intervención profesional; de ahí que debemos estar muy atentos para ir formando híbridos partiendo asépticamente de este mecanismo en particular.

Una de las ventajas de la mediación es su flexibilidad. Una sesión de mediación se puede diseñar de cualquier forma que las partes estimen más provechosa para la solución de su disputa. Antes de comenzar la mediación, cada parte presenta al mediador un escrito o declaración, que consiste en un breve resumen de su posición, e incluye cualquier documento de importancia crítica, como contratos u otros.

El procedimiento comienza con una sesión conjunta, a la que asisten el mediador y todas las partes con sus abogados. El mediador oye una presentación de cada parte, en la que subrayan su punto de vista y explican por qué consideran esencial que prevalezca. Aunque los abogados suelen llevar la dirección de esa presentación, es importante permitir también a los clientes expresar directamente sus opiniones, práctica que alientan los mediadores.

³⁵² Álvarez, Gladys S, Highton, Elena I., *Et. Al., Op. Cit.* Nota 228, p.42.

Con frecuencia, después que una parte ha concluido su presentación, el mediador repite la posición expuesta por dicha parte, para asegurarse de que no se ha pasado nada por alto. Después que el mediador ha oído las presentaciones de ambas partes, se da por terminada la sesión conjunta.

La sesión conjunta tiene varios fines. En primer lugar, permite al mediador oír directamente a cada parte exponer su posición. En segundo lugar, al repetir fielmente la posición de cada parte, el mediador puede establecer su credibilidad ante ellas, pues demuestra que comprende perfectamente cualquier argumento. Por último, lo que es muy importante, la sesión conjunta permite a cada parte oír el argumento de la otra directamente, sin pasar por el filtro de los abogados.

Luego de la sesión conjunta, la mediación continúa en reuniones individuales, donde el mediador se reúne con las partes por separado en un intento por salvar las diferencias que las separan. En estas reuniones, es donde el mediador dedica un tiempo considerable a identificar con las partes, sin tapujos, sus verdaderos intereses y a formular opciones que podrían satisfacerlos. Al mismo tiempo, trata de hallar un plano de coincidencia entre las partes.

Como incentivo para hallar soluciones alternativas innovadoras, el mediador a menudo explorará algunos de los puntos fuertes y débiles, desde el punto de vista legal, del caso de cada una de las partes. Por lo general, se celebran múltiples reuniones con cada parte por separado, en las que paulatinamente se van estrechando las diferencias entre las posiciones. Cuando llega el final, la mayoría de los casos han quedado resueltos.

“En Estados Unidos, es actualmente el procedimiento de solución alternativa de controversias preferido por los litigantes en causas civiles. Además, debido a su flexibilidad, se la utiliza no sólo en causas civiles, sino también en causas penales y en apelaciones.”³⁵³

Dado que el proceso deja el control del arreglo en manos de las partes en litigio y que está orientado a alcanzar soluciones que satisfagan las necesidades

³⁵³ Aedo, Paola, *Op. Cit.*, Nota 262.

fundamentales de cada parte, la mediación es una técnica de solución de controversias especialmente apropiada a circunstancias en que los adversarios han mantenido o esperan mantener una relación continua. Al mismo tiempo, también es muy apropiada en las disputas que no entrañan dicha relación.

“A través de la mediación, las personas tienen la oportunidad de resolver sus conflictos en forma creativa y original, sin dejar en manos de un tercero la responsabilidad de tomar una decisión, –como en el caso del litigio- e incorporando la idea de que ambas partes pueden resultar “ganadores” a partir de la atención de sus propios y peculiares intereses, reivindicando además la honestidad y desarrollando un sentido de responsabilidad sobre las propias acciones.”³⁵⁴

Podemos resumir entonces las características a partir de las cuales se desarrolla el proceso de mediación: Se trata de una negociación asistida por un tercero neutral que intenta ayudar a las partes a mejorar la comunicación entre ellas con un enfoque orientado al futuro. Las partes, con la ayuda del mediador, actúan por sí mismas, manifestando sus puntos de vista y proponiendo soluciones cooperativas. Se basa en un principio de beneficio mutuo. Es un proceso que tiende a la consecución de un acuerdo, aunque la propuesta se enriquece a partir del diálogo constructivo. Es un proceso informal y flexible, aunque se desarrolla dentro de un esquema previamente pautado y explicado a las partes por el mediador en su discurso inicial.

Es absolutamente confidencial, por lo que ninguno de los participantes puede revelar el contenido del proceso. En caso de llegar a un acuerdo, éste es determinado por las partes en función a sus intereses y posibilidades.

1. La Mediación Penal

³⁵⁴ Gatti, Claudia M. y Vargas, Lilian E., *La mediación como alternativa para la gestión de conflictos*, Fundación Instituto de Mediación, Argentina, <http://www.fimeint.org/index.php/temas-de-interes/articulos/89-la-mediacion-como-alternativa-para-la-gestion-de-conflictos>, Noviembre/2013.

“La mediación es un proceso que permite a las víctimas de los delitos interesadas a encontrarse con los ofensores en la presencia de mediadores entrenados, que ahora sucede en cerca de 300 comunidades de los Estados Unidos y más de 700 comunidades en Europa... se originó en Canadá en 1974 y en los Estados Unidos en 1978... El creciente interés en la mediación víctima-ofensor se debe a su capacidad de facilitar un real y entendible sentido de la justicia por aquellos directamente afectados por el crimen: víctimas, comunidades victimizadas y ofensores.”³⁵⁵

La llamada mediación penal se encuentra enmarcada en un gran debate. Porque estos mecanismos que se están experimentando en distintos ámbitos no son sino el resultado de una nueva forma de ver el derecho penal.

“La mediación penal en sí, es un proceso en donde participan voluntariamente la víctima como el ofendido, el inculpado o el culpable y el mediador como tercero imparcial.”³⁵⁶ Una mediación penal tiene un nivel de dificultad mucho más alto que una mediación mercantil o familiar o de cualquier otro índole, por los sentimientos de odio, venganza, rencor que la víctima guarda hacia su agresor, es por ello que previo a lo que es la mediación debe haber todo un procedimiento de preparación para ambas partes, para poder enfrentarse moderadamente y pacíficamente, no importa el tiempo que esto lleve, algunas suelen llevar semanas, meses o hasta años.

El entender el delito como un conflicto y no como una mera infracción a una norma; el entender a la víctima como un real protagonista en el proceso y dejar de ver al Estado como el expropiador del conflicto; el entender al Poder Judicial como parte esencial del Estado y sus actos como un verdadero servicio en la búsqueda

³⁵⁵ Umbreit, Mark S. y Jean Greenwood, M. Div., *Guidelines for victim-sensitive victim-offender mediation: Restorative justice through dialogue*, U.S., Trad. Ortega Cubas, Eugenia, *La justicia alternativa penal como traductorentre el poder judicial y la ciudadanía*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.204.

³⁵⁶ Pesqueira Leal, Jorge y Ortiz Aub, Amalia, *Mediación asociativa y el cambio social*, México, Universidad de Sonora, 2010, p.197.

de la paz social; el priorizar la prevención a la represión; son todas caras de una misma moneda.³⁵⁷

El ministerio público es el que actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales. Si bien el ministerio público debe asistir a las víctimas u ofendidos, ello no obsta a que sus representantes deban vigilar la estricta observancia del orden legal adecuando sus actos a un criterio objetivo, actuando inclusive a favor del imputado.

“El objetivo principal de la mediación penal es compartir las historias de los protagonistas (víctima-agresor), las diferentes perspectivas del problema, que se repare el daño material o simbólicamente, así como propiciar las condiciones para la reincorporación social de ambas partes.”³⁵⁸

La circunstancia de que por medio de otros mecanismos se llegue a una solución alternativa al conflicto, implica la posibilidad de disponer de la acción, ya que en muchos casos el interés de la víctima no está centrado en la sanción al imputado, sino en resolver el problema planteado. Es al fiscal, al único que corresponde promover y ejercer la acción pública penal por lo que desde el punto de vista funcional la oficina de mediación no podría estar en otro ámbito que el ministerio público.

El segundo punto es acerca de los principios que regirán el proceso de mediación. El primer criterio es el de la voluntariedad de las partes. Ambas son invitadas a participar de dicho proceso y ante la negativa de una de ellas, automáticamente se suspende el trámite. El segundo criterio es el de la confidencialidad. El procedimiento incluye entrevistas individuales o “caucus” y reuniones conjuntas.

³⁵⁷ Cfr. Letner, Gustavo, “La víctima ante el principio de oportunidad y la mediación penal” *La responsabilidad del estado frente a las víctimas del delito*, Cuadernillo No. 1, Dirección General de Atención y Asistencia a la Víctima, p.16, http://www.buenosaires.gob.ar/areas/vicejefatura/derechos_humanos/pdf/publ_victimas.pdf, Junio/2013.

³⁵⁸ *Ídem*.

Los mediadores deben mantener el secreto de lo actuado y el único documento público será el acta-acuerdo en el caso en que se arribe a tal solución. Caso contrario, lo realizado en el procedimiento conciliatorio no podrá ser utilizado por las partes en el juicio. Un tercer criterio, es el de la neutralidad o imparcialidad. Esto atañe a los mediadores, co-mediadores o facilitadores, quienes debieran tener un entrenamiento específico.

Otro criterio es el de la celeridad e informalidad, que surge del mismo ámbito en que se lleva a cabo, un espacio de interrelación ágil y dinámica. A ellos habría que agregar otro criterio que merece discusión y es el de la gratuidad del sistema, en mediación pública.

Es vital la implementación de nuevas alternativas (diferentes a las tradicionalmente establecidas) que se haya incorporado en su legislación penal y procesal penal, este cambio hacia los medios alternativos de solución de conflictos, no porque se adopten como competitivos o sustitutivos de la actividad del poder judicial, que implica nuevos métodos que complementan la responsabilidad de los tribunales en la solución de controversias.

En México, comentábamos con anterioridad que el Estado de Nuevo León es pionero al incorporar la conciliación penal en delitos que se persiguen de oficio, con penalidades que no rebasen los tres años de prisión y que no se trate de delitos graves, de manera que al conciliarse los interesados operen los efectos del perdón y dé cabida al sobreseimiento.³⁵⁹

Siguiendo este mismo patrón, Estados de la República mexicana que se suman al movimiento de la restauración del daño, creemos que en materia penal, México avanza lento, pero esperemos que estos pasos sean firmes, ya que en países de primer mundo como hemos estado viendo la mediación penal, es una instancia de la justicia, ya que la víctima la mayoría de las veces siente que se hace más justicia hacia su persona con una mediación que con una pena interpuesta por un juez, sin ser tomada en cuenta del todo.

³⁵⁹ Cfr. Herrera Trejo, Sergio, *Op. Cit.* Nota 278, p.63

Es muy común que en México se realice lo que es la mediación informal, desde tiempos inmemorables, como métodos sumamente eficaces para solucionar conflictos, dándose sobre todo en las comunidades indígenas, en donde el ofensor y la víctima efectúan pláticas con el anciano del pueblo, a quien visualizan como alguien con autoridad moral y confianza necesaria para que intervenga como restaurador en la solución del conflicto.³⁶⁰

En dichas comunidades, siguen reinando los mecanismos alternativos, ya que estos métodos se acercan más a sus costumbres que un litigio en donde quizá para ellos sería mucho más tedioso y por la falta de preparación o información más difícil de entender para ellos.

“...en la violencia familiar, delitos no graves o de querrela, deben hacer concesiones recíprocas, con el fin de resolverlos, donde se evita la confrontación para que en forma creativa se encuentre el acuerdo, en donde la víctima se sienta restaurada de los daños ocasionados de manera equitativa; de esta forma, se evita la confrontación infructuosa y el desgaste incierto en un proceso judicial, en el que ambas partes se benefician. Por todo esto es que observamos la solución alternativa en la mediación, y encontramos un mecanismo novedoso ágil, económico, restaurador, como un método viable en la cual las partes en el conflicto penal relacionado con los delitos antes mencionados, pueden acertar una solución pacífica donde se satisfaga las expectativas de ambas partes.”³⁶¹

Algunos de los argumentos de aquellos que se oponen a la mediación penal, tal como los que lideran las instituciones de la protección de las mujeres, de las personas víctimas de violencia familiar, etc., es que la víctima se encuentra muy vulnerable y muy probablemente temerosa ante la presencia o mirada de su agresor, sin embargo este tipo de mediaciones como mencionábamos anteriormente, necesitan una preparación anterior a las reuniones en conjunto, en

³⁶⁰ Cfr. Urías Morales, José Luis, *Op. Cit.* Nota 227, pp.237 y 238.

³⁶¹ *Ibidem*, p.244.

donde la víctima puede ser empoderada para que este a la par de su agresor, ya sea con terapia psicológica o lo que determine el mediador asistido.

Tal es el ejemplo en Estados Unidos, tratándose de violencia familiar, el proceso mismo de la mediación, debe empezar con una investigación rigurosa para determinar la existencia de abuso físico o mental de la esposa, como el primer paso en la determinación si el caso es apto para la mediación o no. Se establece esta última norma, porque la evaluación de la experiencia acumulada revela que la eliminación de dudas con respecto al abuso de la esposa, permite que solamente los casos más susceptibles de lograr los acuerdos deseados, sean acogidos para el proceso de la mediación.

Es por ello también que al hablar de mediación en violencia familiar, no significa que todos los casos serán mediables, para eso el mediador entrevistará e investigará si las personas pueden someterse a una mediación, de lo contrario no se les turnará a la instancia correspondiente.

Cabe aclarar que una mediación en una violencia familiar, no siempre será para que la violencia se elimine o desaparezca del entorno familiar, muchas veces necesitan romper ese círculo vicioso y una buena separación mediante una mediación sería lo ideal, aunando la reparación del daño ocasionado.

En México, la mayoría las leyes y reglamentos creados para la regulación de la mediación, regulan el ámbito penal, siendo el ministerio público el encargado de llevar a cabo las mediaciones entre la víctima y el agresor, sólo en los delitos de querrela, donde se otorgue el perdón de la víctima o donde la pena no exceda de 4 años.

Sin duda alguna la mediación penal es un tanto dificultosa, pero vemos que en otros países se opera con gran éxito, y si México que es pionero en el tema, tiene la paciencia y las herramientas como buenos mediadores, buenos espacios, buenas políticas públicas y sobre todo buenas intenciones, podremos estar a la par de los países en donde la mediación resulta más eficaz que la justicia tradicional.

Tal es el caso lo mencionábamos anteriormente de China, que la comunidad no cree en los abogados, por ello es una carrera poco demandante en donde hasta hace pocos años había menos de 100 mil abogados para el mas de 1.2 millones de habitantes, por otro lado había un mediador por cada mil habitantes, siendo a estos a los que acuden preferentemente.

a) El Enfoque Restaurativo

“En la actualidad el Estado tiene el monopolio de castigar, olvidando las pretensiones y expectativas de la víctima, que muchas veces lo que requiere es ser restaurada del daño que se le ocasiona, tanto en el ámbito moral como material, y recuperar la seguridad e integridad que perdió por el delito cometido en su contra.”³⁶²

Es por ello que viendo las necesidades de la víctima, la cual era cada vez más abandonada en la participación de la reparación del daño, la justicia restaurativa con sus herramientas como lo es la mediación penal entre otras, viene a rescatarla y a darle ese papel protagónico que la víctima merece, viene a darle en cierta parte el control sobre su agresor, para que a la par de la mediación, de la reparación del daño, pueda recuperar su seguridad.

La mediación penal, “...pone atención a la reparación del daño que tanto la víctima como la colectividad han sufrido y el modo de cómo puede ser reparado, pero sin olvidar las reglas normativas o derechos de ambas partes. Esta tercer vía, no se contrapone a los dos modelos anteriores, o a su abandono, ya que no existe ninguna incompatibilidad entre el proceso penal garantista, al sistema de rehabilitación.”³⁶³

³⁶² *Ibidem*, p.251.

³⁶³ Aída, Kemelmajer, *En búsqueda de la tercer vía. La llamada “justicia restaurativa”, “reparativa”, “reintegrativa” o “restitutiva”*, en Sergio García Ramírez (coordinador). Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho Penal, IJ/UNAM, nota XX, México, 2005, p.135, Citado por Urías Morales, José Luis, *Op. Cit.* Nota 227, p.242.

Como vemos en el párrafo anterior la mediación penal no se contrapone con el derecho, ya que se puede mediar aún y cuando el agresor no tenga derecho a una mediación como alternativa, esta puede utilizarse simplemente para reparar el daño y sanar a la víctima y a el mismo, tal es el caso de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Sonora en donde permite al condenado a llevar a cabo una mediación penal para sanación y reparación no para exentarse de una pena.

Complementando lo anterior expuesto con el caso singular de Sonora, además de ser permitida la mediación penal en delitos de querrela o donde proceda el perdón, "...serán aplicables los mecanismos alternativos en lo que se refiere a conductas tipificadas como delito respecto de las que no proceda el perdón o el desinterés jurídico de la víctima, exclusivamente con el objeto de que se repare el daño o se atienda a sus diversas necesidades."³⁶⁴

De ese mismo modo retomamos para el caso de la presente tesis de violencia familiar, la mediación penal puede utilizarse para diversas cuestiones, sin embargo siempre va a tener un enfoque restaurador, aun así sea el tipo de violencia más brutal que existe hacia la familia, siempre y cuando las personas sean aptas para una mediación, éste método podrá utilizarse, siempre con el objetivo de restaurar el daño a la víctima.

"Éste es el desafío por superar, hay que dejar atrás la lógica del castigo para todo delito, para encontrar una racional forma de atención al fenómeno criminal, puesto que como el conflicto que es, provoca simbólicamente una ruptura social, la cual habrá que recomponer de forma compartida, víctima, ofensor y comunidad."³⁶⁵

De hecho el conflicto es el fondo del delito, ya que para que exista un delito debe primero existir un conflicto que afecte a la sociedad para esa acción poder tipificarse, la mediación restaurativa comienza tratando al delito mismo como un conflicto entre los protagonistas víctima u ofendido-agresor, siendo de esta

³⁶⁴ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Op. Cit.* Nota 307, p.110.

³⁶⁵ Urías Morales, José Luis, *Op. Cit.* Nota 227, p.248.

manera más fácil de desencadenar y más fácil de concientizar al agresor de sus actos cometidos.

En México, existen comunidades en donde cada una de ellas tiene su propio sistema de justicia con fines restaurativos, donde las partes involucradas llegan a un acuerdo en sus diferencias, es por ello que nuestros pueblos indígenas evitan acudir al sistema formal de impartición de justicia, en donde el procedimiento resulta más costoso para ellos y las mayoría de las veces ni siquiera cuentan con traductores que hablen su dialecto.³⁶⁶

Como últimamente hemos visto en las noticias de televisión que las personas de comunidades indígenas son rechazadas, ya que nadie puede traducirlas, y si se supone que el poder judicial está a la orden de todos los ciudadanos mexicanos, y ellos también pertenecen al país, entonces en ¿dónde están los traductores para estas personas? Es por ello que prefieren, “arreglar las cosas” entre ellos mismos, entre su misma gente y entre personas que comprendan las cosas que pasan en una comunidad, lo que muchas veces es visto de una diferente manera para las personas que viven en ciudades.

³⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, p.238.

CAPÍTULO CUARTO

EL PROCESO DE MEDIACIÓN EN VIOLENCIA FAMILIAR

I. El Papel de la Mediación en el Delito de Violencia Familiar

Hemos podido ver a lo largo de esta tesis de investigación, desde sus inicios lo que es la violencia familiar, lo que es la violencia familiar como delito y sobre todo una alternativa que es la mediación para restaurar el daño causado como consecuencia de la violencia familiar.

“El objetivo de esta corriente es que la aplicación del Derecho penal sea la *ultima ratio*, así como enfocar las fuerzas del Estado a la prevención del delito, de cualquier forma y por ende, el de la violencia familiar, por una parte; y a destinar los recursos en mejorar la investigación persecución de los delitos que laceran de manera importante a este sector de la sociedad, como es el caso de la violencia entre otros; asimismo, se busca la confianza en el sistema judicial, ya que como todos sabemos sólo hay una posibilidad de solucionar los conflictos, por medio de la confrontación formal ante los tribunales, dejando en el olvido casi por completo, las verdaderas necesidades de la víctima que en nada se asemejan a las pretensiones llevadas a un proceso penal y en donde la víctima solo se mantiene en un estado emocional crítico.”³⁶⁷

De hecho el principio de *ultima ratio*, es muy claro, el Derecho Penal, deberá ser la última instancia para resolver los conflictos interpersonales que se presenten, lo cual en la práctica no se venía llevando a cabo, ya que cualquier acción que era catalogada como delito, aunque pudiera llevarse juicio por la parte civil, primero lo hacían por la parte penal, y es lo que nos dicen los autores del párrafo anterior, esta corriente alternativa, coadyuvará al cumplimiento de dicho principio, ya que podrá manejarse como lo que es el derecho penal, “la última instancia.”

³⁶⁷ Noriega Sáenz, María Olga y Albarrán Duarte, Mariel, “La justicia alternativa en la reforma al sistema de justicia penal” *Iter Criminis, revista de ciencias penales*, México, No.6, Cuarta Época, Noviembre-Diciembre 2008, Citado Por Urías Morales, José Luis, *Op. Cit.* Nota 227, pp.239 y 240.

Por otro lado nos dice también que ayudará a que el Estado a través del derecho penal, retome su papel que es el de prevenir el delito, lo cual se venía perdiendo, con estos mecanismos el Estado podrá darse el tiempo necesario para retomar su verdadero objetivo, que es la prevención del delito a través del derecho penal.

Y por último, se le dará una verdadera participación a la víctima en el proceso, ya que es la principal afectada con el delito cometido, y es a quien se le deberá reparar el daño ocasionado.

Durante este capítulo se aterrizarán las ideas para que pueda entenderse lo que sería un proceso de mediación, la atención que se brindaría durante el proceso y la participación de los diferentes afectados o involucrados en el problema.

A. Disposiciones Generales

Para proceder a la solución de los conflictos, se requiere de todo un procedimiento, que si bien es cierto no se parece a los que se regulan en las leyes adjetivas, y que se siguen en sede judicial, si tienen un punto de inicio y se concluye con la clausura o posible acuerdo entre las partes.

En cada “disputa, el abogado debe considerar si los objetivos del cliente podrán lograrse mejor a través de la negociación, la conciliación, el litigio, la mediación o alguna otra forma de resolución alternativa de conflictos. No todos los casos son apropiados para la mediación. En algunos, no se requiere una mediación para lograr una resolución negociada.”³⁶⁸

Hay que tener cuidado de diagnosticar el problema que se plantee, ya que gran parte de las veces, una de las partes llega sola a solicitar el servicio, y con frecuencia confunden el sentido del mismo; como se identifica a la oficina y a los

³⁶⁸ Pacheco Pulido, Guillermo, *Op. Cít.* Nota 229, p.33.

titulares de la misma, con la mediación dan por sentado que lo que ahí se va a realizar como servicio profesional, es la mediación.

Guardando las proporciones, es como cuando un cliente llega con el abogado a pedirle que le gestione un amparo para resolver un problema determinado, o cuando sin más, le pide divorciarla de su pareja, sin saber a ciencia cierta, si es lo más conveniente. Solamente que habría que agregar otros mecanismos más a los ya señalados, como es la reconciliación o la justicia restaurativa.

El “procedimiento mediatorio contemplado en la ley, no contiene realmente normas de rito o adjetivas como las existentes en los códigos de procedimientos propiamente dichos, atento a que como ya expresáramos, uno de los caracteres de la mediación es el de tratarse de una actividad extrajudicial de contenido informal, no sujeta a ningún trámite acotado de observancia obligatoria.”³⁶⁹

Hay que considerar, que según sea el caso, sobre todo en uno de violencia familiar que es un caso tan delicado donde se encuentran tantas emociones y sentimientos, que dentro de los parámetros de la metodología que se utiliza en la mediación, hay que cumplir ciertos requisitos y contemplar algunos márgenes que posibilite, dentro de la flexibilidad y pertinencia de la misma, atender el asunto con límites que lo hagan diferenciar de otros mecanismos alternativos igual de importantes, en cuanto a la solución de conflictos.

Por eso, a un mediador experimentado no le resultará difícil experimentar las distintas formas de solucionar el conflicto, utilizando el método más indicado, según sea la naturaleza del mismo.

El “proceso de la mediación se desarrolla mediante la combinación de reuniones conjuntas y, en su caso, por separado con el objeto de que el mediador llegue a un mejor entendimiento de las diferencias entre las partes para poder ayudarles a resolverlas. El número de sesiones depende

³⁶⁹ Lascala, Jorge Hugo, *Op. Cit.* Nota 252, p.91.

generalmente de diversos factores tales como el número de asuntos que las partes desean resolver o la complejidad de dichos asuntos.

Las sesiones se efectuarán de manera conjunta con la presencia de los interesados y del mediador. El mediador podrá reunirse individualmente con cada una de las partes, cuando lo considere oportuno. Cualquier asunto tratado en reunión individual será confidencial, y su contenido no será compartido por el mediador salvo permiso expreso.³⁷⁰

Se propone que la media de las reuniones sea de alrededor de una hora con cuarenta y cinco minutos, aunque éstas tengan una duración diferente, según las circunstancias del caso en particular; y de no más de 10 sesiones, para considerarla fallida, aunque podremos apelar al principio de flexibilidad, en ambos casos. El hecho que estemos atentos a estos aspectos, es sin duda, signo de ajuste procedimental.

En los delitos como lo es la violencia familiar, puede que estas sesiones tanto las separadas como las conjuntas duren más de lo normal por la complejidad del caso, como ya lo hemos venido mencionando el tipo de emociones y sentimientos son muy fuertes y los cuales tienen que regularse para poder sentarse en una reunión conjunta.

Las partes podrán asesorarse por los profesionales que estimen oportuno. Si las partes alcanzan un acuerdo, el mediador propondrá que los interesados, si lo consideran conveniente, acudan a profesionales expertos a fin de que se informen sobre las consecuencias de los mismos.

Otras cosas son aquellas mediaciones en las que las partes son remitidas por personal de la judicatura o administrativas, en virtud de que los participantes casi siempre llegan juntos al proceso de mediación; y entonces, sí podremos ser más acuciosos de cada uno de los pasos que plantea este mecanismo alternativo, si no es que se considere algún otro método, para procurar el diálogo y conseguir acuerdos, tal sería el caso de una violencia familiar denunciada.

³⁷⁰ Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.*, Nota 230, p.112.

La mediación inducida “es aquella que depende de una remisión previa del conflicto, por autoridad competente, a la Oficina de Mediación correspondiente. La remisión del conflicto a la sala de mediación, puede darse desde distintos órganos competentes, según la naturaleza del mismo:

- I. El conflicto es presentado por parte interesada en forma de denuncia contra la(s) otra(a) parte(s) ante los órganos competentes, generalmente ante la policía o el ministerio público.
- II. El conflicto es presentado por parte interesada en forma de queja ante la Administración o Dirección del Centro donde laboran o estudian los protagonistas.
- III. El conflicto nacido del incumplimiento de cláusulas contractuales y deberes comerciales.
- IV. El conflicto vinculado a un proceso judicial que no admite forma alternativa de resolución (Ejemplo: divorcio y vinculado a éste, la división de la sociedad conyugal).
- V. El conflicto interestatal e internacional.

Es conveniente, en todo sistema de mediación, establecer con exactitud, cuáles son los asuntos no mediables y, de esta manera, asegurar una primera fase del proceso alternativo sin mayores contratiempos para el sistema de justicia establecido.³⁷¹

Así también, es menester destacar si se trata de una remisión a un centro de mediación público, o uno privado; sus reglas varían según el reglamento y código de ética, además de las características del asunto, el perfil del mediador y las condiciones de pago o gratuidad en que se presenta el asunto a resolver.

Además existen otros organismos públicos que están en condiciones de organizar su propio centro de mediación que están sujetos a ciertas áreas del derecho y que sólo atenderán asuntos de su incumbencia; en cambio, los organismos privados que sólo atienden asuntos de sus miembros. O los asuntos

³⁷¹ Castanedo Abay, Armando, *Op. Cit.* Nota 337, p.114.

de las empresas que seguramente formarán parte de las cláusulas compromisorias, establecidas en sus contratos, para la utilización de los mecanismos alternativos antes que acudir a la justicia tradicional.

Lo más importante, es que las partes involucradas en el conflicto encuentren un abanico de oportunidades metodológicas y profesionales, para dirimir sus diferencias; esta es la magia de la mediación; su pertinencia y factibilidad hacen viable su posible solución.

Cada vez más, surgen nuevas formas de resolver conflictos, al ya tradicional sistema de justicia penal en este caso; la mediación penal o la mediación restaurativa también llamada, entre otras, significa una opción más y un enfoque filosófico para resolver conflictos, que tal vez otros mecanismos alternativos, no pueden resolver.

B. Particularidades del Proceso de Mediación

Es importante considerar la pertinencia de un enfoque sistémico al momento de la implementación de cualquier institución, en el caso específico, la mediación como mecanismo alternativo de solución de controversias debe ser implementada desde todas las ramas del derecho habidas y por haber, con una mirada de disponibilidad y apertura para generar los cambios que requiere el sentimiento de compromiso cívico y de urbanidad en el trato de las personas tanto en lo individual como en lo social, mejorando con ello la calidad de vida de la sociedad en general.

El proceso de mediación, "*lato sensu* (en sentido amplio), significa la ayuda del <mediador> a las partes en conflicto, para que éstas, con la menor presión externa posible, <refresquen> sus posiciones y la manera en que ven los hechos para lograr un acuerdo, buscando restablecer su relación sobre la base de la fórmula ganar-ganar. El que las partes en conflicto decidan resolver voluntariamente, a través del proceso de mediación, depende de diversos factores, algunos de los cuales son:

- I. Duración del conflicto.
- II. Urgencia para resolver el conflicto.
- III. Tiempo de duración del proceso
- IV. Inversión monetaria en el proceso.
- V. Los hechos.
- VI. Justicia para las partes.
- VII. La necesidad de la comunicación entre las personas.
- VIII. Acuerdo facilitado.³⁷²

La mediación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que ha venido teniendo una gran aceptación por la ciudadanía, ya que la misma ofrece una solución a sus conflictos de una manera rápida y económica.

“Entrar a un proceso de mediación en materia penal como instrumento informal y rápido para salvaguardar los derechos a la víctima, así como del propio victimario en ese drama penal, se puede obtener un resultado restaurativo que conduzca a conciliar a reparar y cicatrizar las heridas y desgarraduras personales, familiares y sociales que repercutieron como efecto del delito y en particular de violencia familiar, en ese procedimiento se tiene que salvaguardar irrestrictamente los derechos humanos de los intervinientes, pues en ello se puede pedir perdón al resarcir económicamente el daño o simbólicamente se interese la armonía y una nueva reconstrucción social.”³⁷³

Una vez que las partes hayan explicado sus preocupaciones, el mediador probablemente estará en condiciones de estimar el nivel de dificultad o facilidad del caso. Este juicio es tentativo y puede llegar a reajustarse. Cuando un tema por mínimo que sea se soluciona, la discusión entra en un clima favorable y pueden abordarse puntos más difíciles de manera más productiva ya que en el caso de exponerse la violencia familiar se desatará un sinnúmero de problemas causantes o que son consecuentes del principal que es la violencia.

³⁷² *Ibidem*, p.105.

³⁷³ Urías Morales, José Luis, *Op. Cit.* Nota 227, p.266.

En este sentido en Washington se tiene establecida la obligatoriedad de pasar por los Métodos Alternativos de solución de controversias antes de acudir a un juicio, ello mediante el sistema denominado “Multipuertas”, programa que se encuentra adscrito a los Tribunales. Los sistemas RAD, tienen como objetivo público los siguientes:

- I. “Facilitar el acceso al procedimiento más efectivo;
- II. Proporcionar más tutela al menor costo;
- III. Diversificar formas de resolución de conflictos;
- IV. Desjudicializar el sistema;
- V. Instaurar la cultura del diálogo;
- VI. Abandonar la cultura del litigio.”³⁷⁴

Recordemos que en algunos Estados de la República Mexicana, según sus respectivas leyes de mecanismos alternativos y/o justicia alternativa, es obligatorio pasar por la fase de mediación, esto es presentarse en el respectivo centro de mediación a la entrevista para ver si esta es aceptada o no, ya que las partes no están obligadas a aceptar el proceso de mediación porque esto sería contrario a uno de los principales elementos de la mediación que es la voluntariedad.

En caso de que las partes acepten la mediación, tampoco están obligados a llegar a un acuerdo, si esto sucede se respeta y puede obligarse al cumplimiento del mismo, si no se llegare a ningún convenio, entonces si las partes son turnadas a la instancia correspondiente.

“Es claro que hay que analizar meticulosamente todos los pro y contra que se tienen de las instituciones a integrarse como parte importante del sistema de justicia. Como señala Luis Miguel Díaz, un buen comienzo es que no veas mal todo lo viejo ni alabes todo lo bueno; esto es, siempre hay que reconocer las generosidades y deficiencias de todo programa o sistema a implementarse.”³⁷⁵

³⁷⁴ Álvarez, Gladys Stela, *La mediación y el acceso a la justicia*, Argentina, Edit. Rubinzal-Culzoni, 2003, p.22.

³⁷⁵ Díaz, Luis Miguel, *Moralejas para mediar y negociar*, México, Edit. Themis, 2004, p.76.

Para Calcaterra el proceso de mediación es un proceso estructurado por contar con etapas, estadios y pasajes. Es un proceso formal porque es guiado por un tercero *empero* no tiene la autoridad de forzar a la solución del conflicto. Es un proceso político porque involucra al poder (que tienen los protagonistas sobre el mismo proceso) e ideológico porque radica en no patrocinar relaciones adversas para favorecer el comportamiento colaborativo de las partes. Es un proceso estratégico ya que necesita que el mediador cree toda una estrategia para guiar la operación. Es un proceso paradójico ya que la mediación es presentada como una experiencia a quien se somete a ella. Es un proceso en el discurso ya que las partes deben crear historias. Es un proceso dirigido por un tercero neutral. Pero sobre todo es un proceso que busca soluciones de recíproca satisfacción subjetiva y de común ventaja para las partes involucradas.³⁷⁶

Las partes tienen que comenzar a confiar en la persona del mediador. Por ello es tan importante la conexión personal. En la medida que avanza la mediación, deben confiar en el proceso de mediación. Por ello es importante ir mostrando logros. Tienen que poder medir el grado de confianza en sí mismos que poseen. El proceso, casi siempre, generará *empowerment* (empoderamiento). Tienen que confiar en la contraparte, por lo menos como para llegar a un acuerdo sostenible.

La confianza en el mediador depende del estilo de cada uno, lo que se hará para lograr que los individuos que participan de una mediación puedan sentirse en confianza con el mediador. El mediador debe sentirse habilitado como un profesional idóneo para trabajar en este conflicto.³⁷⁷ También es importante tener claro el objetivo básico del procedimiento y la función que cumplen las reglas. Y hay que ejercitar la escucha activa, esto es focalizar en el individuo que está hablando, no en lo que pienso que le puedo contestar.

En cuanto a la confianza en la mediación, se tiene que mostrar productos. Las partes vinieron, se sentaron a una misma mesa, hablaron, escucharon e

³⁷⁶ Cfr. Calcaterra A. Rubén, *Mediación estratégica*, España, Edit. Gedisa, 2002, pp.33-47.

³⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, pp.42-51.

hicieron algo. También no hicieron algunas cosas, tales como agredirse o negarse a participar. Si se pudo iluminar algún aspecto nuevo del conflicto, o si se pudo conocer algo que antes no se sabía, entonces hay productos concretos que la mediación está brindando. Recurrimos a sustantivar la mediación y darle vida con nuestras palabras, utilizando ciertos límites, que si no son autoritariamente impuestos, generan confianza. Usamos la sustantivación de la mediación para que esos límites se encarnen en exigencias del procedimiento en lugar de ser exigencias del mediador o de la contraparte.

Hay que tener confianza en sí mismo, ya que los problemas a solucionar generalmente mina la confianza en nosotros mismos. Esto se hace de muy diversas maneras, y la razón básica es muy simple: si los individuos que participan en una mediación son los que tienen que tomar decisiones respecto de sus problemas, ellos deben sentirse capaces de tomar esas decisiones. Primero, detectamos todos aquellos relatos, episodios y señales que revelan indicios ciertos de capacidad en la parte que está hablando. Luego, mostramos esos relatos, señales o episodios, desde la óptica del *empowerment*, resignificándolos de manera tal que las partes puedan verlos desde un nuevo ángulo, más positivo para sí misma.

Por último, hay que tener confianza en el otro. La mediación no tiene como propósito hacer que quienes se odian y desprecian pasen a quererse y respetarse, que quienes están heridos se curen y que los que están enfrentados se reconcilien. Esto puede suceder y de hecho, a veces pasa. Pero no es el objetivo, si percibimos que no existe un mínimo nivel de confianza hacia el otro como para hacer un acuerdo con él, esto nos indica que tenemos que seguir trabajando un poco más. Lo que nos importa, y es el gran aporte de la mediación, es que los acuerdos logrados sean sostenibles.

“Si bien es cierto que cada conflicto tiene sus propias limitaciones, aristas y particularidades o requisitos que en materia de tiempo, por lo general es aconsejable someterlo a la mediación lo antes posible. Desde luego, una mediación prematura en el curso de un conflicto puede ser improductiva.

Las partes podrán necesitar cierto tiempo a fin de obtener la información necesaria para evaluar mejor los fundamentos de un caso.”³⁷⁸

En el momento que decidamos derribar los obstáculos que dificultan la instauración del proceso de mediación tanto en sede judicial como fuera de ella, será posible romper con las barreras mentales que al interior de los tribunales cierran el paso a la mediación. Los abogados deben entrar en la sinergia de una capacitación constante, para abrir y explorar nuevos escenarios a los cuales van a enfrentarse.

C. Principios del Proceso de Mediación

Se entiende por principios de la mediación, los presupuestos en los que se basa la mediación. A pesar de ser una institución relativamente nueva, la mediación tiene ya firmes presupuestos sobre lo que se asienta, los cuales no son estratégicos ni eternos sino que, como todo producto humano, está sujeto a evolución.

Los presupuestos en los que se basa la mediación, afecta a la cultura en la cual ésta tiene lugar, pero, al mismo tiempo, la cultura, en su proceso recursivo, los afecta a ellos. Y esto es bueno que ocurra.

Los principios que a continuación veremos, si bien no son los únicos por los que se rige una mediación si son los principales y más importantes, y la violación a uno de ellos, significa romper las reglas de la mediación.

Voluntariedad: “Tanto el arbitraje como la mediación y la conciliación, surgen de la voluntad de las partes”³⁷⁹ al menos desde un punto de vista teórico general, sólo puede aplicarse a una controversia cuando existe un acuerdo previo de las partes involucradas en este sentido. La voluntariedad de estos sistemas de solución de controversias, tiene como consecuencia natural que las partes se

³⁷⁸ Pacheco Pulido, Guillermo, *Op. Cit.* Nota 229, p.39.

³⁷⁹ Azar Manzur Cecilia, *Op. Cit.* Nota 333, p.25.

involucren en el diseño y conducción del proceso, así como en la elección del tercero que resolverá la controversia (árbitro) o que los asistirá en la negociación (conciliador o mediador).

La mediación es un proceso voluntario. Ni los participantes, ni los abogados de las partes, ni los mediadores, pueden ser obligados a transitarlo. La esencia de la mediación pasa por la voluntariedad, es decir, por la decisión libre de realizar una negociación asistida.

El gran éxito de la mediación, se debe a que los acuerdos que se firman se cumplen en un porcentaje muy superior a los acuerdos establecidos por sentencia judicial. Este cumplimiento se debe a que quienes tienen que efectivizarlo han estado involucrados en su función, lo cual es posible si las partes voluntariamente han concurrido a la mediación.

Cuando se habla en las leyes de mecanismos alternativos de solución de controversias, que es obligatorio pasar por la fase de mediación, en este caso el argumento de la obligatoriedad, gira también alrededor de la eficacia estratégica en cuanto a la difusión de estos métodos y a su noble fin: contribuir a la paz social. A pesar de que esta obligatoriedad se circunscribe formalmente a la presentación de las partes y no a la participación en el proceso, en realidad constituye algo más que una simple invitación.

Si ninguna acción es inocua, podemos suponer entonces que la abstención de involucrarse en un proceso de esta índole, o bien el modo de interpretar esta decisión, pueden producir efectos en el propio conflicto. En estos casos, es común encontrar un notable cambio en los protagonistas. Así, una actitud de abstención es interpretada por la mayoría como una falta por parte de quien no acepta la invitación: falta de interés, falta de compromiso, etc.

Es importante subrayar que la condición de voluntariedad bien entendida, impide establecer categorías o cualificar las actitudes de quienes no valoran estos métodos, así como tampoco las de quienes reconocen su importancia.

El concepto de voluntariedad es aplicable también a los mediadores. Estos pueden levantar una mediación cuando consideran que por algún motivo (por ejemplo mala fe en uno de los participantes, agresiones, etcétera) no es conveniente continuar el proceso. Si se diera este caso, dada la confidencialidad, los mediadores no deben explicitar el motivo por el cual deciden darlo por terminado.

Esta posibilidad, de dar por finalizada la mediación, debe ser explícitamente establecida en el discurso de apertura.

Neutralidad: “es el término que designa la condición jurídica en la cual, en la comunidad internacional, se encuentran los Estados que permanecen ajenos a un conflicto bélico existente entre dos o más Estados.”³⁸⁰ Si bien este concepto participa, en uno de sus aspectos, de los alcances que pretende dársele en la mediación, como es el deber de abstenerse de comportamientos que puedan derivar en ventajas o desventajas para uno u otra de las partes contrapuestas, lleva en su misma definición la obligación de abstenerse de influir sobre el desarrollo o resultado de las hostilidades.

La neutralidad del mediador sería en sí, la práctica de la participación y ayuda a las partes, para que se logre la deconstrucción de la disputa. La involucración es un paso necesario para llegar a dicha deconstrucción, y la neutralidad.

La puesta en práctica del dispositivo de la mediación se rige por reglas preestablecidas que pretenden ciertos efectos y se fijan ciertas condiciones. De allí se desprende que la neutralidad no es una condición que pueda prevalecer en el proceso, al menos en un sentido estricto. De este modo, quedaría allanado en principio, el camino hacia la pretendida neutralidad.

³⁸⁰ Aiello De Almeida, María Alba y De Almeida, Marlo, *Régimen de mediación y conciliación*, México, Edit. Porrúa, 2001, p.106.

Es fácil predicar que el mediador debe ponerse en un plan de neutralidad para no emitir una opinión,³⁸¹ es uno de los puntos fundamentales de la práctica de la mediación, es cierto, resulta muy complejo sustraerse, pero la información que se ha de proporcionar a los interesados debe ser objetiva, para evitar la tentación de aconsejar.

Imparcialidad: “La cercanía de las partes con el tercero, sea árbitro o mediador o conciliador, por haber participado en su nombramiento, no implica que exista una relación de intereses con alguna o con ambas.”³⁸² El árbitro y el mediador o conciliador son independientes e imparciales, no deben tener interés personal alguno en la solución del asunto ni sostener un lazo familiar, laboral o de otro tipo que pueda poner en duda su neutralidad.

Todos los mediadores serán imparciales respecto a las partes. Comúnmente se entiende por imparcialidad a la actitud que debe tener el mediador: no tomar partido por ninguna de las partes. Nuevamente se debe diferenciar esta palabra, como ya lo hicimos en el caso de neutralidad, cuando se hace referencia a los mediadores y a los participantes.

La co-mediación es una estrategia útil para controlar la parcialidad. Pero si los valores de uno de los mediadores fueran un obstáculo, debe dejar que otro mediador continúe con el proceso. Una excepción sería que los valores de uno o ambos participantes estuvieran en contradicción con el espíritu o la ideología de la mediación; por ejemplo, si el proceso es utilizado para dilatar o existiese mala fe. En este caso debería levantarse la mediación. Desde el punto de vista de los participantes, estos necesitan que se les asegure la imparcialidad entendida como el compromiso por parte de los mediadores de no realizar coaliciones, es decir, uniones con uno de los participantes en contra del otro. En otras palabras los mediadores deben mantener el caso, sin favorecer ni sostener a una parte, para la seguridad del proceso.

³⁸¹ Herrera Trejo, Sergio, *Op. Cit.* Nota 278, p.31.

³⁸² Azar Manzur Cecilia, *Op. Cit.* Nota 333, p.33.

Ser imparcial significa mantenerse prescindente de una conducta preferencial hacia determinada ideología, grupo racial, creencia religiosa, pauta cultural, situación social, sexo, etcétera.³⁸³ Significa no discriminar, ni excluir, no prejuzgar, no condenar. Integra la imparcialidad, el abstenerse de imponer los propios valores o juicio a las partes.

La imparcialidad exigida al mediador es mucho más ardua que la que se le reclama al juez, pues aquél mantiene una inmediatez permanente con los mediados. Éstos le relatan lo que ponen sobre la mesa común y las cuestiones confidenciales que no quieren que conozca el contrario; le participan sus angustias más íntimas, la belleza y profundidad de sus espíritus y las lacras que arrastran.

Equidad: "...viene del latín *aequitas*, de *aequus*, igual. Tienen una connotación de justicia e igualdad social con responsabilidad y valoración de la individualidad, llegando a un equilibrio entre las dos cosas, la equidad es lo justo en plenitud."³⁸⁴

Constituye uno de los postulados básicos de tales Principios Generales del Derecho y nos indica que está íntimamente ligada a la justicia, no pudiendo entenderse sin ella. Tanto es así que Aristóteles consideraba lo equitativo y lo justo como una misma cosa; pero para él, aun siendo ambos buenos, la diferencia existente entre ellos es que lo equitativo es mejor aún.

Confidencialidad: "...es una <característica absolutamente distintiva de la intuición: es prima hermana del secreto profesional para el abogado, pero justamente tiene sus características propias, que la hacen esencialmente la madre de las características distintivas de la mediación, más concretamente del comportamiento del mediador."³⁸⁵ Ahora bien, ese compromiso de confidencialidad es exigible aun en el caso de que no haya suscrito convenio alguno entre las partes y el mediador. Ello es así porque la violación al secreto profesional ya está contemplada en leyes generales, y sancionada por el Código Penal.

³⁸³ Aiello De Almeida, María Alba y De Almeida, Marlo, *Op. Cit.*, Nota 380, p.107.

³⁸⁴ Diccionario Virtual Definición, <http://www.definicion.com.mx/equidad.html>, Julio/2013.

³⁸⁵ Aiello De Almeida, María Alba y De Almeida Marlo, *Op. Cit.*, Nota 380, p.103.

La mediación es absolutamente confidencial. El mediador no divulgará a terceros ningún aspecto relativo a los asuntos tratados por las partes con él. La confidencialidad es una de las características más importantes de la mediación. Implica que todo lo que se diga en el proceso, debe mantenerse en secreto para todos los terceros ajenos a la mediación.

Es necesario hacer la distinción entre confidencialidad hacia fuera y hacia adentro del proceso. La primera, se refiere a la que se observará entre todos los que participen en la mediación, incluido el mediador y los miembros de su equipo en su caso, y los terceros; la segunda, entre el mediador y las partes, referida al flujo de información que éstas suministran a aquél durante las reuniones con cada una de ellas por separado. En este último caso, hablamos de confidencialidad asumida por la parte cuando el mediador puede transmitir, a una parte, toda la información recibida de la otra, menos aquello que ésta le prohíbe transmitir, y de confidencialidad restringida cuando nada puede transmitir salvo aquello que la parte le permite.

La confidencialidad ha traído ventajas y desventajas. La mayor ventaja corresponde a los mediadores, que están explícitamente protegidos para que no tener que actuar como estrategias en los asuntos que medien, si esto no llegue a resolverse y continuaran en sede judicial.

La mayor desventaja que este principio ha conllevado es la dificultad para compartir experiencias y realizar investigaciones. Todas las personas que concurren, ya sean mediadores, co-mediadores, abogados, participantes, etc. Como así también, quienes observen el proceso (por, ejemplo, en los programas de entrenamiento, están afectados por la confidencialidad y deben firmar el llamado convenio de confidencialidad. La confidencialidad rige ante sede judicial y sobre el contenido de las reuniones individuales, pero tienen dos excepciones: la comisión de un delito grave y el abuso de menores. He llamado a la capacidad para poder mantener el secreto confidencial.³⁸⁶

³⁸⁶ Cfr. Suarez, Marinés, *Mediando en sistemas familiares*, Buenos Aires, Edit. Paidós, 2002, p.37.

Estos conceptos aluden a las condiciones que no deben faltar en todo proceso de mediación y que deben ser tenidas en cuenta por el mediador en su desempeño. Se identifican así algunas de las claves que señalan los límites probables de la acción mediadora y delimitan los bordes de la neutralidad.

1. Premediación De Las Partes

El procedimiento de la mediación implica pasos previos que van desde la entrevista a una o ambas partes, la premediación, la mediación misma, pasando por la ficha técnica, el convenio de confidencialidad, si fuera el caso cesión de derechos de imágenes, audios o videos, para concluir con los convenios a los que lleguen las partes; no sin dejar por sentado la pos mediación y la remediación.

“Es menester hacer ver a las partes que el conflicto puede tener diversas soluciones y que para ello se requiere de la total disponibilidad para su solución. Para lo anterior se debe establecer el diálogo de manera clara y sincera, donde se pueda escuchar a la otra parte. Atento a lo anterior, también hay que saber elegir el momento más adecuado para lograr una mejor concentración y por consecuencia, una excelente comunicación con resultados efectivos. No deben existir distracciones para alcanzar una interacción propicia y de equidad entre las partes. El espacio físico no debe ser descuidado, pues debe imperar el confort para trabajar con eficacia en el conflicto, caracterizado con la imparcialidad, la generosidad, la neutralidad, la cooperación, entre otras situaciones que ayuden a consolidar la comunicación entre las partes y la confianza para con el mediador.”³⁸⁷

No se trata de lugares llenos de lujos, como acostumbran algunos profesionales del derecho, sino de espacios sencillos, agradables y cómodos; de buen gusto y que se refleje la tranquilidad de poder innovar ingeniosamente y creativo. Que el diálogo y los acuerdos se obtengan de la manera natural.

³⁸⁷ *Ibidem*, pp.97-107.

“A través del espacio el mediador estará transmitiendo un mensaje que tiene que ver con su estilo personal. Si todo es adecuado y no existen incomodidades o disonancias, el trabajo se facilita... Con una buena disposición espacial se logrará guardar una distancia óptima en todas las direcciones, para ver y oír adecuadamente y para garantizar una imparcialidad en la ubicación. Las formas favorables, pueden ser, por ejemplo, mesas redondas u ovaladas...resultan también importantes los detalles estéticos que transmiten emociones positivas...es útil que el espacio brinde posibilidades de cambio en cierto momento...todo esto, bien ambientado y graduado, será una peculiar síntesis del estilo del mediador... en términos generales, el mensaje que debe prevalecer es que es posible una flexibilidad dentro de un estilo y un orden determinados.”³⁸⁸

Una vez resuelto el tema de los espacios en donde se llevará a cabo el proceso de mediación, se estará en la posibilidad de dar inicio previamente a entrevistarse con la o las partes principales que participarán en este mecanismo alternativo. Ahí se tendrá la oportunidad de cerciorarse de si las personas están listas para someterse a un procedimiento de mediación o si necesitan una preparación previa para hacerlo, así como también si el conflicto puede ser mediable o no.

En el proceso de mediación, “...la premediación es el primer contacto del solicitante del servicio con el Centro de Mediación; esta sesión es conducida por la trabajadora social, quien recabará los datos personales tanto del solicitante del servicio como de la otra persona involucrada, a fin de evitar la invitación al proceso de mediación propiamente dicho. En esta fase, la trabajadora social determina la asignación del caso a alguno de los mediadores del centro, después de valorar la adecuación de la mediación al caso que se plantea, si podrán reunirse las partes o tendrá que trabajarse

³⁸⁸ Linck, Delfina, *El valor de la mediación*, Buenos Aires, República Argentina, Edit. AD-DOC, 1997, pp.50 y 51.

con ellas en sesiones por separado y la calendarización de la reunión inicial.”³⁸⁹

Cabe decir que lo expresado por Márquez Algara, debemos suponer que se trata de un centro de mediación público, por las afirmaciones que hace; de no ser así, entonces puede ser un especialista determinado, en el caso de no tener trabajadores sociales. Lo que si es cierto, es que debe conocer los detalles suficientes como para poder acordar, primero si el asunto es mediable, y después con las reglas del centro, asignar a un mediador.

Para Calcaterra, “...la tarea del mediador arranca desde el doble registro que necesariamente debe hacer para entender qué discurso corresponde a cada área –persona o personaje- que las partes le traen. Mientras que el personaje le hablará desde la defensa de las posiciones, el mediador necesitará hablar con la persona que se esconde tras ese personaje. Recién cuando logre llegar allí, habrá corrido el velo y podrá hablar con ese objeto extraño y multidimensional que es el hombre. Pero no para ignorar al personaje que integra la persona, sino para hablar con el todo y no sólo con la parte. Recién entonces podrá hablar de sus anhelos, sus sueños, sus dolores, sus placeres, sus necesidades, sus intereses, sus valores.”³⁹⁰

Es decir pues, tendrá que observarse con toda claridad el perfil de la persona que hará las veces de mediador, ya que dependiendo del grado de dificultad que tenga un conflicto, dependerá también de las habilidades y destrezas de quien conduce el proceso de mediación, si es que se pretende con eso, ser exitoso.

También es importante destacar del mediador, su característica de creíble y confiable, para que el usuario de este servicio, se deje guiar emocionalmente y pueda dilucidar el encuadre que le dará a su participación profesional.

³⁸⁹ Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 230, p.112.

³⁹⁰ Calcaterra A. Rubén, *Op. Cit.* Nota 376, p.112.

En relación a los contextos, la mediación es uno de los modelos más sintónicos de abordaje y tratamiento de los conflictos interpersonales, en función de su metodología. La idea principal de este elemento es que se genere la confianza y comodidad del diálogo de la mejor manera posible, una vinculación entre las personas y el problema.

“El mediador obtendrá información que se ubica a nivel de la expresividad, de la sensibilidad y del control emotivo, de la sensibilidad, de la influencia y de la competencia social. Hay personas que padecen de expresividad emotiva. No pueden decir lo que sienten o tienen dificultades para ello. Con ellas, el mediador deberá realizar frecuentes movimientos para que se expresen. Hay otras con problemas en su sensibilidad emotiva. No pueden <ponerse en los zapatos del otro> o tienen dificultades para ello. Sólo se escuchan a sí mismas y siempre es la otra persona la causante del conflicto. El control emotivo está referido a las dificultades para comunicar lo que piensan. Estas personas plantean situaciones dramáticas en el proceso de mediación, porque su impotencia es tal que pueden derivar en el abandono del proceso o en la adopción de actitudes y conductas violentas como desahogo.”³⁹¹

En algunos ocasiones podemos encontrar personas que tienen dificultad para expresar sus sentimientos y de entender la situación que se encuentra la otra parte del conflicto. Esto le dificultará comunicar debidamente algunas consideraciones, inclusive de entendimiento, más si en el caso concreto se utilizó el uso de la violencia familiar, en cualquiera de sus manifestaciones, como ocurre en la mayoría de los casos.

También hay que estar atentos a que tengan la menos resistencia posible, para formar parte del proceso de mediación; o si fuera el caso, que una parte tenga habilidades que la otra carece. En esta circunstancia la destreza del mediador será necesaria para la realización de un diálogo respetuoso y empático, con visión de futuro en la resolución del conflicto.

³⁹¹ *Ibidem*, p.115.

La fase de admisión del caso “...en la sala de mediación competente, territorial y funcionalmente, es decir, que la sala de mediación a la que se ha remitido el conflicto, considere dentro de sus facultades atender el asunto específico. En la fase de admisión es donde:

1. Se asientan en las hojas del <expediente del caso> las generales de la(s) persona(s) al Centro de Mediación.
2. Se consigna las generales de las demás partes del conflicto que habrá que citar a las sesiones de mediación.
3. Se identifica la naturaleza del conflicto por personal especializado, según la versión inicial de la(s) parte(s) remitida(s).
4. Se le explica a quienes han sido remitidos al Centro de Mediación los aspectos esenciales del proceso al que va a someter su conflicto, confirmando su voluntad de participar.
5. Se cita por escrito a las partes en disputa a la primera sesión de mediación.³⁹²

Durante las primeras etapas de la audiencia, la tarea del mediador es la de aprender todo lo que pueda sobre lo ocurrido entre las partes y hacer una evaluación Inicial, basada en esos hechos y percepciones, en cuanto a los parámetros de una solución posible.

Así, estaremos en condiciones de conocer y decidir sobre la participación del mediador, para que le permita organizar la forma en cómo abordará el caso, así como detectar a quiénes más formarán parte de los invitados a participar, no sin antes confirmar su voluntariedad a las reuniones, iniciando por quienes han generado la disputa.

En esta fase el mediador deberá ser capaz o tener habilidad para:

³⁹² Castanedo Abay, Armando, *Op. Cit.* Nota 337, p.116.

- I. “Orientar a las partes. Durante el primer contacto con cada una de las partes el mediador debe:
- II. Lograr una síntesis del problema y de los hechos que llevaron a solicitar el servicio de mediación.
- III. Hacer en este momento una descripción simple y breve de lo que es la mediación, qué hace el mediador, porqué funciona la mediación y qué honorarios deberán pagarse.
- IV. Conseguir que las partes asistan a una primera sesión de mediación fijando el momento y un lugar que sea aceptable para las dos partes”.³⁹³

El mediador deberá iniciar una tarea de reestructuración de los problemas. Una vez que se ha creado un vínculo y las partes están tranquilas de que el mediador es fiel y de que ellos son normales, es más fácil que el mediador y ellos puedan empezar juntos esa labor.

“Cuando la gente consulta al profesional por una situación de conflicto, también le lleva su particular forma de verlo –proveniente fundamentalmente de su historia- que, a su vez, puede hallar alguna resonancia en la historia personal.”³⁹⁴

Aclarando que esto no ocurre solamente en casos donde se involucra la familia como la violencia familiar. Resulta indispensable, entonces, la experiencia de un desarrollo personal que permita al mediador construir los miradores desde los cuales discriminar historias. De lo contrario, acumulará conocimientos pero frente a la intersección entre el tema del consultante y algún tema del mediador, diremos que hará lo que siente en lugar de hacer su trabajo.

En necesario especializar a los mediadores, así como hay juzgados especializados, y buscar ser especialistas, no solamente en la mediación en sede judicial en lo penal, familiar, civil, mercantil, sino también en mediación escolar, comunitaria, etcétera. Podemos advertir que “la moneda está en el aire” ahora corresponde a la sociedad en general, asumir una actitud responsable ante los

³⁹³ Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.*, Nota 230, p.117.

³⁹⁴ Calcaterra A. Rubén, *Op. Cit.* Nota 376, p.124.

conflictos, tomemos el reto de ejercer la profesión desde el enfoque del buen arreglo y la justicia social.

El mediador debe expresar en todo momento, una visión positiva del conflicto por más crítica que sea la situación como hemos mencionado que se puede dar en una mediación de violencia familiar, utilizando todo su potencial para refrescar la relación interpersonal. Por otro lado, está demostrado que los individuos somos por naturaleza creativos, inteligentes y cooperativos, por tanto el reprimir emociones puede restar claridad a las partes para actuar creadoramente y en colaboración. El humor y la sonrisa son herramientas efectivas, especialmente para que las partes superen las agresiones o determinadas actitudes hostiles. Además, el mediador tiene que mantener viva la esperanza del perdón y la reconciliación entre las partes. El sentido del humor es terapéutico y carismático y ayuda a persuadir.

“La actitud del mediador respecto a las partes incide directamente en la efectividad del proceso de mediación.”³⁹⁵ El mediador debe reconocer la dignidad y competencia de las partes para resolver su conflicto, por la vía y modos decididos por éstas; y, lo que es más importante, que la disputa pertenece a las partes, no al mediador.

Este reconocimiento se puede expresar de diferentes maneras, incluyendo saludos amistosos, comportamiento comprensivo, escucha atenta, paciencia y aceptación. La llamada autocontención que debe ejercitar el mediador disolviendo constantemente, frente a las partes su posible ascendencia en el proceso, es una de las maneras más efectivas para demostrar reconocimiento al protagonismo de los disputantes.

Una de las preguntas que el mediador formulará es: ¿están ustedes dispuestos a someterse a la mediación para resolver su conflicto? en caso afirmativo el mediador invitará a los interesados a firmar el acuerdo de sometimiento o de servicios profesionales (solo si es necesario) previo a su lectura

³⁹⁵ Castanedo Abay, Armando, *Op. Cit.* Nota 337, p.46.

en voz alta, aclarando cualquier duda y respondiendo las preguntas de los interesados al respecto. El mediador pedirá a los interesados su firma y nombre en el acuerdo de sometimiento y entregará un ejemplar del mismo a cada interesado, inmediatamente después de la firma, el mediador dará las gracias a los interesados y los felicitará por haber optado por un medio pacífico para la solución de conflictos.

En caso de que los interesados o alguno de ellos manifiesten que no están de acuerdo en someterse a la mediación, previo conocimiento de los motivos, el mediador intentará convencerlos de las bondades de la mediación y de sus ventajas frente a los procedimientos contenciosos, pero si los interesados reiteran su negativa, no insistirá el mediador concretándose a darles las gracias, informándoles que podrán hacer uso de la mediación en cualquier otro momento, si no para solucionar el conflicto, sí para reparar el daño causado como consecuencia de la violencia familiar.

a) Requerimiento De La Mediación

El proceso de mediación guarda sus particularidades para su adecuado desarrollo. Así Bernal Samper señala:

“El objeto de la mediación es elaborar un proceso, previa aceptación de las partes, en el que éstas pueden manejar el conflicto y estudiar las distintas opciones que se tienen para resolverlo. El proceso implica una serie de pasos que incluyen el acto de reunir a las partes, para que éstas intercambien información, conozcan el papel de mediador y las reglas que rigen la mediación, de manera que entiendan el papel del mediador y en qué consiste la mediación, para así poder aceptar participar.”³⁹⁶

Vender el producto, es una de las primeras y principales actividades que debe desarrollar el mediador, ya que de eso dependerá que las partes lo compren

³⁹⁶ Bernal Samper, Trinidad, *La mediación, una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, Edit. Colex, 2002, p.87.

y entiendan mejor de las bondades y ventajas que significa someterse a un mecanismo diferente a la justicia tradicional; y si fuere el caso de haber resistencias de una de las partes, disminuir su intensidad y que termine por claudicar su oposición al mismo.

El asentimiento de mediación, "...debe de provenir de quienes están manifiestamente implicados. Esto no excluye que en la labor de mediador llegue a solicitar la colaboración de los demás integrantes del grupo familiar, sea o no conveniente, para lo cual también debe requerirse su asentamiento. La mediación se llevará adelante con quienes consientan en participar, aunque no comprenda a todos los que estén involucrados, aun si el mismo menor de edad inicialmente no la acepta. Los efectos de la intervención del mediador inciden no sólo en las personas que participan del proceso, sino en las relaciones que éstas mantienen con los demás involucrados."³⁹⁷

En este elemento es importante dejar en claro a las partes que el rol del mediador es totalmente distinto del rol del juez. Esto es, el mediador busca generar la comunicación en las partes para llegar a un acuerdo que deje beneficios para ambas partes, donde ellas mismas van dando las pautas de la comunicación y de las necesidades por afrontar. Por el contrario el actuar del juez está supeditado únicamente a la norma y en base a la misma tendrá que resolver donde se atenta contra la regla de ganar-ganar pues tendrá que decir el derecho sin necesidad de tener que buscar justicia.

Algunas personas que acuden al servicio de mediación "...tienen el temor de que la solicitud de mediación pueda interpretarse como un signo de debilidad. Desde la teoría del conflicto podemos afirmar que este temor percibido por las partes tiene justificación en la denominada ley empírica del desarrollo del conflicto, para cuya explicación es necesario acudir a los conceptos de interacción, escalada y desescalada.

³⁹⁷ Ortemberg Osvaldo Daniel, *Mediación en la violencia familiar y en la crisis de la adolescencia*, Buenos Aires Argentina, Edit. Universidad, 2002, p.190.

Tendrán aquí mucha influencia los antecedentes de la interacción conflictiva de las partes antes del pedido de mediación, pero lo cierto es que si las partes ya han producido una escalada, "(...) salvo que exista entre las partes un muy buen nivel de comunicación, dentro de un marco que dé posibilidad a un compromiso de tregua o desescalamiento, uno de los contendientes no puede fácilmente iniciar una acción de descenso. Ella sería interpretada por su adversario como un acto de debilidad, que en general no lo motivaría a descender también a un nivel más bajo de interacción. Por el contrario, le haría vislumbrar la ventaja de aumentar considerablemente su escalamiento a fin de colocarse en condiciones óptimas para el proceso de terminación del conflicto."³⁹⁸

Para las comunidades en donde su población es escéptica e ignora estos mecanismos alternativos para resolver disputas, es aún más difícil poder vender el concepto de la mediación, ya que además, en algunos casos, la respaldan una historia de agresividad y violencia que poco ayudan a que las partes en conflicto, acudan con estos especialistas, por otro lado quienes sí creen en estos métodos, les resulta incomprensible que los medios de comunicación todavía no se hayan incorporado a auténticas campañas de publicidad, para dar a conocer estas vías para que la población viva en paz y en armonía.

Hace falta entre otras cosas, que las personas que se destacan por su intelecto, sean las pioneras en este tema; en algunos países (ya no aplica nada más, para los del primer mundo) los gobiernos encabezan luchas para proteger a grupos vulnerables de los embates que provoca el sistema económico y político correspondiente.

Así, los menores de edad, discapaces, mujeres, ancianos, indígenas, incapaces y demás actores sensibles y susceptibles de vulnerabilidad, son prioridad de sus políticas públicas; y su filosofía, se encamina por encontrar familias con un espacio donde vivir, con una educación que le permita producir y

³⁹⁸ Calcaterra A. Rubén, *Op. Cit.* Nota 376, p.136.

elevant el ingreso per cápita de sus integrantes, sanas físicas y emocionalmente, y protegidas para que los abusos entre sus miembros, sean cada vez menos.

Ante un problema de violencia familiar, "...originada en la crisis de un adolescente o concurrente con ésta, el pedido de mediación puede provenir de cualquiera de los involucrados en la situación, como:

- a) Alguno de los padres del menor.
- b) El menor.
- c) Si hubo intervención judicial, algún funcionario del caso, como el juez o el asesor de menores.
- d) Otras personas que tengan una intervención importante en la contención o actuación en esa situación, como un profesional de la salud que asiste al joven o al núcleo familiar, o el representante de una institución en la que esté internado el joven o alguno de los involucrados.

Cualquiera que sea el origen del pedido, para que la mediación se pueda llevar a cabo se debe contar con el asentimiento, inicial o posterior a la intervención, de aquellos que participan del conflicto, ya que sin él no podrán participar en el proceso de mediación".³⁹⁹

En este punto hay que estar muy atentos en decidir si el asunto es susceptible del proceso de mediación, y en el caso de que así sea, preparar acciones que permita equidad de los participantes en la mediación; de otra forma, lo más probable sería que se declarara la no procedencia de la mediación. No debemos descartar que para rehabilitar heridas, concurramos a la mediación restaurativa. Ante un daño causado de manera irreparable, el perdón emocional y el resarcimiento de perjuicios, sería lo más indicado.

La entrevista es considerada como una herramienta estratégica del proceso:

³⁹⁹ Ortemberg Osvaldo Daniel, *Op. Cit.*, Nota 397, p.189.

“Es un verdadero modelo de mediación, en la medida que provee información básica a las partes, sobre la mediación, sobre otros medios de resolución de conflictos y sobre el prestador del servicio. Trabaja para la derivación. Las partes, finalmente pueden tener distintas y variadas metas u objetivos conflictivos, frente a la complejidad de este fenómeno, no parece prudente hacerlo ingresar en un medio de resolución sin más. Una de las finalidades más relevantes de la entrevista previa es evaluar el caso. Evaluar con las partes, cuál podría ser el proceso más adecuado para la resolución de su caso, debe formar parte de la prestación de todo servicio responsable.

La entrevista mide el grado de conciencia, es decir, en qué medida la(s) partes reconocen estar en conflicto. El grado de reconocimiento de la necesidad de resolverlo, que tiene directa relación con el objetivo para el que se pretende utilizar la mediación. Para la selección del contexto, la mediación es un acto social libre y, por lo tanto, debe ser elegida por las partes y no impuesta desde afuera. Incrementa la credibilidad, como producto que se ofrece y cuya inserción en el mercado está en pleno desarrollo, requiere cimentar su credibilidad social y ello comienza por evitar indicarla para casos que no son mediables.”⁴⁰⁰

Su formato debe estar indicado para cada una de las áreas en donde se desarrolla el conflicto, en virtud de que no será la misma que ésta se realice en los caso de asuntos familiares, civiles, penales, escolares, juveniles, administrativos, mercantiles, laborales, empresariales, notariales, criminológicos, etc. Ya que cada uno de ellos tiene sus particularidades que los hace diferentes.

En algunos casos, inclusive no hará falta tomar nota de ella, ya que los acuerdos a que se llegan, algunas veces no se expresan en convenios escritos, sino que se obligan y se cumplen con un simple apretón de manos. En lo que si hay que recalcar, es que siempre se requiere conocer de los contendientes el estado que actualmente guarda la controversia que servirá de punto de partida del

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p.143.

proceso de mediación, o saber si ésta no es procedente, o determinar qué mecanismos es el más aplicable.

“Para realizar la primera entrevista es pertinente informar a las partes sobre la razón de ser de la mediación y sus alcances. En el mismo acto, hacerles ver el proceso que se sigue, las reglas que se tienen que respetar, para que puedan estar informadas y decidir si optan por la mediación.”⁴⁰¹

Y centrarse sobre el problema que traen las partes a consulta, para que derivado de su exposición, pueda elaborarse una ficha técnica que le permita a cualquier mediador iniciar un proceso con los elementos que tiene a la vista, para así poder encuadrar las historias que cuentan las partes.

“Así también, trabaja la reticencia en la mayoría de los casos, ya que responde a la falta de información sobre la mediación y las características del servicio. La entrevista previa permite al evaluador establecer si la causa de la reticencia responde a esa razón y cubrir su déficit o si existen otras, como el precio del servicio, la naturaleza del proceso, la resistencia a tratar cara a cara los problemas, la elección del mediador o la influencia de terceros. Y por último, provee la primera estructuración, unido a la posibilidad de recabar la más variada información sobre el prestador y la mediación, opera una fuerte estructuración inicial que les comunica, desde el inicio, la modalidad del proceso de mediación al que someterán su caso.”⁴⁰²

Una adecuada entrevista, seguramente proveerá de datos que le permitirá al premediador observar a las partes que se resisten en alguna medida y hacérselo saber al mediador; estos le servirá para asegurarse de que se sujetará a las reglas del juego que este mecanismo establece, y que los acuerdos que ahí lleguen las partes se cumpla lo más voluntariamente posible.

⁴⁰¹ Bernal Samper, Trinidad, *Op. Cit.* Nota 396, p.151.

⁴⁰² Calcaterra A. Rubén, *Op. Cit.* Nota 376, p.145.

Además hay que tomar en cuenta que en algunas culturas, se encuentra muy arraigado este principio que “el que paga manda”, y hay que explicarle a esa persona de que en mediación no es así, sus reglas son muy claras, para que de insistir en ello, se declare no mediable el asunto, y se utilice otro mecanismo alternativo.

Adoptada por las partes “la decisión informada de someter su caso a mediación, la finalidad esencial de la entrevista previa es la de acordar los términos de la misma, entre las que se encuentran:

- I. La elección del mediador.
- II. Los honorarios.
- III. Quiénes asistirán al proceso.
- IV. El alcance de las cuestiones.

Sin perjuicio de la confección de una agenda de trabajo que el mediador confeccionará, puede modificar el temario que las partes hayan acordado con el evaluador, resulta muy útil la detección, por parte de éste, de temas que una o todas las partes se nieguen a tratar, o que quieran limitar o circunscribir a determinados aspectos. Por ejemplo, una de las partes puede estar de acuerdo con someter a mediación la disolución de una sociedad conyugal o comercial, pero advertir que se negará a tratar aspectos que tienen que ver con la relación personal, pasada o actual, con su ex cónyuge o socio.”⁴⁰³

En esta etapa el mediador cuenta con las cuestiones que las partes han manifestado en la pre-mediación, las cuales de entrada, le dan una idea de cuáles serán los temas a tratar durante el desarrollo de la mediación.

Lo ideal “...es que sólo se mencione el tipo de situación por la que están atravesando para estimar si puede ser mediable, y quiénes están involucrados, para que el mediador pueda evaluar a qué personas invitará al primer encuentro, o sea que no se debería ahondar en el problema. Pero

⁴⁰³ *Ibidem*, pp.146-154.

ello no siempre es posible ni beneficioso. Esto dependerá fundamentalmente de dos factores:

1. Las características personales de quien solicita la mediación.
2. El rol que desarrollará el entrevistador cuando comience el proceso.⁴⁰⁴

En el caso de una violencia familiar sería la excepción de lo señalado por Marínés acerca de que el mediador no debe ahondar en el problema, ya que por lo regular tendremos que escuchar historias del pasado, desde la infancia de ambas partes, para saber si es un patrón de conducta heredada la que están repitiendo, analizar el noviazgo, el matrimonio y hasta el tiempo actual, para saber desde donde inicia la violencia familiar y si esto se puede cortar o definitivamente lo más sano es la terminación del vínculo entre los protagonistas del conflicto.

Una vez que se pasó por la etapa de premediación y se está en el proceso, después de haberse llevado a cabo diversas sesiones y entrevistas con las partes, significa que el mediador ha escuchado la verdad de cada una de ellas, esto es, el mediador, a través de la escucha activa, toma aquellos datos que le resulten destacados, aún y cuando cada una de las partes mediadas tenga su propia versión del problema.

b) Presentación y Tratamiento Inicial

En lo que corresponde a la fase de presentación del moderador y las partes, es importante que se cumplan ciertas formalidades que van a permitir al proceso de mediación camine de la mejor manera posible.

Bajo ese tenor "...debe gestarse la presentación del moderador una vez que ya están todos ubicados, de preferencia debe decir únicamente su nombre completo y los apellidos, sin necesidad de entrar a detalles de títulos o preparación profesional, esto hacerlo únicamente en caso de

⁴⁰⁴ Suarez, Marínés, *Op. Cit.* Nota 386, p.248.

requerirse. Inmediatamente pide a las partes que se presenten de la misma manera que él lo hizo, pero además deberán incluir la ubicación o papel dentro del proceso de mediación a implementarse. Atento a todo lo anterior, el mediador debe tomar nota de todo lo que se dice, lo cual le puede servir para integrar de mejor manera el expediente del proceso”.⁴⁰⁵

Igualmente Marinés Suárez, coincide en que las partes intervinientes y el o los mediadores deben sentirse cómodos en el espacio, así como en el abordaje del conflicto.

“La presentación debe ser sencilla. ...Luego se les pide a ellos una pequeña presentación, cuidando que no comiencen a hablar del problema, sino que solamente digan quiénes son, pero es usual que tengamos que interrumpirlos e insistir en que sólo se presenten y recordarles que van a tener después el tiempo necesario para hablar. Si las entrevistas preliminares las ha realizado quien conduce la mediación, igual es conveniente realizar la presentación y aludir a que ya nos conocemos, pero dado que puede ser que haya un nuevo integrante, ya sea la co-mediadora, un abogado o alguna otra persona, se les pide a todos que repitan brevemente sus presentaciones y generalmente alguno de los mediadores confecciona para sí mismo un diagrama de la forma en que están sentados, que no lo comparte con los participantes.”⁴⁰⁶

Las primeras participaciones del mediador consisten principalmente en generar el aumento de una óptima comunicación, ello para adquirir un control adecuado de la situación y obtener la mayor y más objetiva información de las partes para que se alcance el respeto entre ambas para establecer el diálogo eficaz y obtener los resultados deseados.

Dupuis, señala que la primera parte refiere que una vez que se presenta el moderador deberá pedir a las partes que también se presenten para aclarar la

⁴⁰⁵ Highton, Elena I. Y Álvarez, Glády S., *Mediación para resolver conflictos*, Segunda Edición, Buenos Aires Argentina, Edit. AD-HOC, 1996, p.273.

⁴⁰⁶ Suarez, Marinés, *Op. Cit.* Nota 386, p.252.

postura de cada una de ellas en el proceso de mediación; la segunda parte refiere a que el mediador deberá hacer hincapié que él es un tercero neutral, que deberá guardar el deber de confidencialidad y sus alcances, que no podrá ser citado a juicio sobre dicho tema, que el procedimiento es voluntario, que todo acuerdo debe surgir de las partes, sobre la importancia de estar tomando notas en las sesiones de trabajo, sobre el formato a seguir en las sesiones, aclarar dudas y términos utilizados, etcétera.⁴⁰⁷

Es importante recalcar de la confianza y credibilidad que debe proyectar el mediador, para conseguir el confort y comodidad de las partes, sobre todo cuando de exponer el conflicto se trata.

“Desde un mismo comienzo, el procedimiento de la mediación –con su <acogida>, con sus reglas de comportamiento, con la prioridad para la dimensión futura y con la invitación a colaborar para vencer el problema- debe funcionar como encuadre distendido en el cual luego se podrá aplicar un pensamiento exploratorio, de adecuación y de proyecto.”⁴⁰⁸

Explícita e implícitamente el mediador va instalando una tregua temporaria en el estado de ánimo de antagonismo y sospecha y, por lo tanto, contribuye desde el inicio a crear las condiciones para luego aplicar un pensamiento constructivo. Su posición de interlocutor pone un filtro y, por lo tanto, va permitiendo la fluidez necesaria para luego habilitar una adecuada auto organización de la percepción. Los mundos posibles están directamente ligados a la forma en que le permitimos operar al cerebro. La mediación permite desconflictuar, porque crea el marco para acceder a otras emociones, otras percepciones y otros pensamientos que quedaban vedados por el encierro perceptual del conflicto, construido por la lógica de contradicción del pensamiento tradicional.

⁴⁰⁷ Cfr. Dupuis, Juan Carlos G., *Mediación y conciliación*, Segunda Edición, Buenos Aires Argentina, Edit. Abeledo-Perrot, 2001, pp.49-51.

⁴⁰⁸ Linck, Delfina, *Op. Cit.* Nota 388, pp.101 y 102.

El mediador "...deberá fijar fecha de celebración de la audiencia a la que deberán concurrir las partes, o sus apoderados en caso de domicilio en extraña jurisdicción. El medio empleado para la notificación en mediaciones oficiales y para efectos de poner en conocimiento de las partes la fecha de celebración de la primera audiencia deberá efectuarla el mediador: si es privada, en forma personal o por cualquier otro medio fehaciente, carta, documento, telegrama, telegrama recomendado o colacionado, notificación con intervención notarial, cédula privada con constancia de recepción, correspondencia con confronte notarial, etcétera. En estos casos, no corresponde la comunicación por cédula por vía de la oficina de notificaciones, la que sólo está reservada para las mediaciones oficiales."⁴⁰⁹

Se deberá buscar la forma más idónea para invitar a la otra parte que participará en el proceso de mediación; en donde no debe haber problemas para la notificación, es en la mediación pública, ya que además se respalda por el servicio oficial, pero en tanto que la mediación privada, depende del prestigio y reconocimiento del centro para que se acuda sin, o poca resistencia.

"En esta etapa lo que se busca es realizar la presentación del moderador y las partes, esta debe ser sencilla y clara, que genere un ambiente de confianza. En el mismo sentido se les plantea a las partes las generosidades y alcances de la mediación, la conveniencia de la elección de dicho proceso para la resolución de conflictos, donde impera la característica de ganar-ganar. De igual manera se determinan las fechas de las sesiones o audiencias y la forma de comunicación o notificación a las partes. En esa misma sesión el moderador confirma la información que las partes le han proporcionado mediante el proceso de cotejo de datos. Es el espacio más oportuno para socializar la relación y gestar la colaboración entre todos."⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Lascala, Jorge Hugo, *Op. Cit.* Nota 252, pp.106 y 107.

⁴¹⁰ Suarez Marinés, *Op. Cit.* Nota 382, p.252.

El proceso de mediación, es informal, flexible y que no se sujeta a las reglas de los procedimientos judiciales, pero estriba la razón al considerar cuando menos estos elementos en tratándose de cierto tipo de mediaciones, cuidando los detalles que aseguren la comodidad y las condiciones mínimas para crear e imaginar los acuerdos entre las partes, que luego serán expresados en convenios.

Lo anterior impedirá a las partes que lleguen primero a intentar parcializar al mediador con su versión y “aprovechar el tiempo” mientras llegan los demás. Reglas importantes de ese momento son: sea cordial igualmente con todas las partes, salúdeles y requiérales amablemente que pasen a la sala de mediación. Asegúrese de que se sienten en el lugar exacto que usted ha destinado para cada una de ellas.

“Es el momento del primer contacto entre las partes en este contexto y están inquietas. Todo lo que vuela es tensión. Por ello, el mediador debe ayudarlas a crear un clima de seguridad y confianza que contribuya a construir la necesaria alianza de trabajo en dos niveles: mediador/partes, para merecer confianza y obtener colaboración, y partes entre sí, para implicarlas en una activa participación.”⁴¹¹

Es necesario entender que existen partes con actuaciones diferentes, como los hay en cada una de nuestras familias, que resultan unos ser más inteligentes que otros, o bien, que tienen más habilidades o destrezas que les permite posicionarse de modo disímil ante los demás, aunque ésta no fuera su intención, pero el mediador deberá de tener cuidado con no juzgar a ninguna de las partes involucradas en el proceso de mediación y sobre todo no parcializarse hacia alguna de ellas.

Los niños, siempre deberán ser escuchados y atendidos prioritariamente de los demás participantes, procurando que se hagan el menor daño posible, del ya de por sí perjuicio que traen tras de sí.

⁴¹¹ Calcaterra A. Rubén, *Op. Cit.* Nota 376, p.158.

Si bien la mediación "...comienza formalmente en el momento en que las partes entran al lugar físico, la <sala de mediación> donde se desarrollará el proceso, los mediadores podemos obtener información analógica valiosa a partir de las interacciones que tienen lugar en la sala de espera. Por ello prefiero ir personalmente a buscar a los participantes que están esperando, lo que me permite observar cómo están sentados (enfrentados, uno al lado del otro, mirándose o no, etcétera) y cómo están interactuando en ese momento previo, que generalmente está cargado de tensión."⁴¹²

Una vez que se está seguro de la procedencia de la mediación, son detalles finos que sólo opera en el ojo del mediador, y que servirá de base para ir entendiendo cómo vamos a encuadrar el conflicto.

"El momento de ingreso de los participantes en la sala de mediación puede deparar sorpresas para el mediador; porque aquí comienza el manejo del poder y la generación de confianza. Puede ocurrir que una parte o su abogado, ya sea porque tiene alguna referencia o conocimiento de las actividades sociales, culturales o simplemente de los <hobbies> del mediador, o porque ha tenido en alguna oportunidad algún contacto de índole profesional o personal con él, haga referencia a ello en el momento del primer saludo y hasta pueda tutearlo. Esta referencia y modalidad de trato pueden obedecer a una desinteresada motivación de la parte o a satisfacer otras de muy variada índole, como <ganar la confianza> del mediador o colocarse *one up* sobre la otra parte."⁴¹³

Anexando que también hay que observar el grado de tranquilidad o alteración con la que llegan las partes a la sala de mediación, ya que este es un factor que debemos de considerar, si es que necesitan de un psicólogo o médico que los serene y puedan estar en condiciones para un proceso con probabilidades de que las partes dialoguen y puedan llegar a acuerdos.

⁴¹² Suarez, Marinés, *Op. Cit.* Nota 386, p.251.

⁴¹³ Calcaterra A. Rubén, *Op. Cit.* Nota 376, p.162.

Así también cuando una de las partes llega empoderada y la otra con una autoestima baja, como pudiera ser el caso de violencia familiar, visitas de convivencia, divorcio, deudas alimentarias, entre otros, el mediador tiene que procurar la equidad de la relación conflictual; de otra forma, será difícil llevar una mediación exitosa.

El mediador debe estar preparado para responder con rapidez a esta situación, haciéndose cargo de ella, dirigiéndose a la otra parte para que pueda expresar si la misma le afecta y enviando el mensaje que toda maniobra de este tipo extenderá a todos los participantes, los beneficios que con ella se pretenden obtener.

2. Tratamiento De La Controversia

Una vez acomodados todos los elementos de los que dispone el mediador, se prepara para dar inicio a una fase que le permitirá profundizar sobre el conflicto e ir al fondo del conflicto en cuestión.

Las versiones que compartan las partes deberán a empezar a unificarse en un estira y afloja, que le permita al mediador facilitar aquellos complementos del conflicto que sirvan para dialogar sobre el problema que los llevo a un proceso de mediación, siendo el caso de violencia familiar.

“Aquí está el corazón del proceso. En su transcurso se juega la deconstrucción del conflicto y la reconstrucción de la relación, junto con la construcción de la relación, constituyen los pilares del modelo, los dos primeros resultan determinantes para el resultado del proceso, entendiéndose por ello no sólo la posibilidad de encontrar un acuerdo, sino, fundamentalmente, de modificar la interacción. El estadio de la deconstrucción incluye las prevenciones acerca de la comunicación y del manejo de la información que se presentan con más frecuencia y que el mediador debe tener en cuenta. Los recursos operativos se presentan a tres niveles:

A. Los que favorecen el desarrollo de las cuestiones y que están referidos al proceso en general. Ellos son:

- La escucha activa.
- La lectura corporal.
- La reformulación del/los problemas.
- El reencuadre de los hechos o contenidos del conflicto.
- La recontextualización de la situación de conflicto.
- La paráfrasis.
- El resumen.
- La formulación de preguntas.
- Las entrevistas con cada una de las partes o <caucus>.

B. Los específicos de las tres tareas clave del mediador a partir de esta etapa que son:

- La connotación positiva, que favorece la retribución, el cambio de las palabras <clave> y el reposicionamiento.
- La externalización.
- Las explicaciones negativas.
- Las preguntas circulares.

Finalmente, cada cambio logrado en la narrativa necesita del anclaje.⁴¹⁴

Hemos oído decir con mucha frecuencia que en la atención y gestión de los asuntos ante los tribunales, abogados realizan la mediación con sus clientes; y aunque sea de manera empírica, debe ser la oportunidad para motivarlos a que procuren capacitarse cada vez más, para su conducción metodológica.

A psicólogos admitir atisbos alrededor de las terapias que forman parte de su perfil profesional, a las trabajadoras sociales, pedagogos, profesores, etc., compartir su labor diaria y aspectos que se identifican con la mediación; y sin

⁴¹⁴ *Ibidem*, p.183.

dudar de la sana intención, habría que reconocer elementos que les permita consolidar los conocimientos en esta materia.

“Es fundamental comprender lo que los protagonistas en el conflicto nos están contando, por eso los mediadores realizan preguntas exploradoras con la intención de entender la situación desde el punto de vista del que en ese momento tiene la palabra. Luego se corrobora lo que han comprendido por medio de parafraseos y resúmenes. Esto les permite llegar a una definición del problema, exactamente o lo más cercano posible a como lo ve la parte.”⁴¹⁵

Por eso es que debemos detectar si la historia que nos cuentan tiene señales de hablar con la verdad; es decir, ¿son reales? ¿Qué tanto difieren de la otra parte? ¿Sus contenidos ayudan a reencuadrar la mediación?

“Lo primero que vemos –y escuchamos- en las mediaciones son historias. Historias que reflejan una pauta de interacción, recíprocamente estructurada entre los disputantes. Las pautas de interacción en general, son acciones y omisiones, con palabras, hechos, silencios e inacción, cada uno de nosotros es co-constructor del tipo de relaciones que establece con la gente. Y esas relaciones tienen algunas pautas que se construyen en la interacción y que son las que estructuran la relación de una cierta manera. Por supuesto, esto es más o menos flexible y dinámico, según las personas y las situaciones.”⁴¹⁶

La psique, actitudes y comportamiento de las partes en conflicto, dependerá de la intensidad del mismo, así como de los antecedentes que los generaron y de la capacidad de las personas para superarlos. No es la misma razón que les asiste a unos que a otros, por eso es que a veces observamos a familiares, amistades cercanas o conocidos, distraerse de sus ocupaciones laborales, de su apariencia,

⁴¹⁵ Suarez, Marinés, *Op. Cit.* Nota 386, p.259.

⁴¹⁶ Diez, Francisco y Gachi Tapia, *Mediación: Herramientas para trabajar en mediación*, Argentina, Edit. Paidós, 2005, p.57.

de su conducta; y otros más que en base a sus expectativas, superan en menor tiempo y costos, los conflictos que padecen.

Por otro lado, como abogados, llegamos a la mediación entrenados para pensar que sin duda una de las partes está causando el conflicto, que alguien comenzó con esto y que debemos descubrir en los relatos el origen del problema y el nudo de la cuestión para poder llegar a la solución. Estamos entrenados para pensar lógicamente, de manera lineal, detectando secuencias de causa y efecto. Y eso nos lleva, muchas veces, a escuchar las historias de las partes buscando la verdad, que generalmente, pensamos, está relacionada con algo que alguien hizo mal.

Si bien las partes han acudido a mediación por un problema, en este caso por violencia familiar, ello no impide que en el curso del proceso aparezcan nuevas cuestiones que puedan incluirse en el proceso de mediación si las partes así lo deciden.

Uno de los efectos de la mediación es proponer, hacer manifiesto lo subyacente:

“Cuando esta cuestión aparece, el mediador debe tratar con las partes el tema y aconsejar su abordaje, porque lo subyacente está casi siempre determinando lo que aparece en la superficie y en muchas oportunidades es de tal magnitud que se revela como indispensable trabajar primero con ello, llegando hasta la derivación en otro servicio, como puede ser una terapia focalizada en la dificultad.”⁴¹⁷

O bien, se trate de temas subjetivos que derivan de aspectos religiosos, raciales, de género o de algún tipo, que se traduzca en una complejidad o mayor grado de dificultad para abordarlo. Hay que procurar también la intuición para detectar posibles traumas que se traigan desde la niñez; o al menos, con anterioridad al conflicto presente.

⁴¹⁷ Calcaterra A. Rubén, *Op. Cit.* Nota 376, p.189.

“La escucha activa, es una de las herramientas con las que cuenta el mediador, si no la más importante, de las más importantes, ya que con esta se abre el canal perceptivo-auditivo, acompañando la escucha con la palabra, los gestos, la postura y los movimientos. Transmite interés en lo que la parte dice y cuida de que las partes se escuchen. Se transmite al parafrasear, resumir, preguntar, legitimar, generar alternativas, colaborar en la evaluación de las opciones, al redactar el acuerdo o trabajar en el desacuerdo. Para ello es necesario: estar psíquicamente cómodo; eliminar distracciones; establecer contacto visual; no emitir juicios y preguntar con claridad.”⁴¹⁸

Saber escuchar es fundamental, si es que pretendemos que las partes nos tengan confianza y que crean con seguridad en que el concepto que estamos trabajando, les ayudará a dirimir sus diferencias y facilitará que dentro del proceso se lleguen a acuerdos, particularmente beneficiosos para ambos.

La audición o mejor conocida como escucha activa, es la técnica que utiliza el mediador para establecer la empatía y ayudar a la comunicación. El mediador que actúa correctamente debe asegurarse que las partes consideren que él ha entendido por completo el asunto y cada uno de los puntos de vista.⁴¹⁹

Esta herramienta, es una de las acciones más importantes del mediador para desarrollar la confianza de las partes, para fusionar intereses y resolver de fondo el conflicto.

Es importante destacar la comunicación corporal no nada más de las partes, sino en la forma en cómo comunicamos lo que queremos decir, hacer, que digan, hagan o no hagan, independientemente del habla verbal que es fundamental para la debida conducción del proceso.

La reformulación es otra técnica utilizada por el mediador, la cual ayuda a sintetizar con la información obtenida:

⁴¹⁸ *Ibidem*, p.190.

⁴¹⁹ *Cfr. Castanedo Abay, Armando, Op. Cit. Nota 337, p.60.*

“La reformulación de los problemas, radica en encontrar una metáfora acorde con el sistema de creencias de las partes, que les presente el problema <con todas las letras>, que incluya tanto la dificultad por la que atraviesan y sus potenciales consecuencias, como las ventajas de superarlas. La pregunta a responder sería: ¿Cómo llamamos al nuevo problema? <Cómo le hacemos para que el divorcio no les hipoteque económica y emocionalmente la vida>.

Con el reencuadre de los hechos o contenidos del conflicto el mediador persigue cambiar el significado negativo con el que son narrados por las partes, para presentarlos con alguna faceta positiva que resuene en la historia de ellas.”⁴²⁰

Si partimos que el conflicto es una oportunidad de crecimiento y que podemos verle el lado positivo, entonces, estaremos procurando salidas que hagan el menor daño posible, si es que la relación a resolver sigue plena y vigente.

El mediador debe aprovechar todo el potencial que nos genera la comunicación, para que ésta sea de ida y vuelta, en circularidad y abarcando tentativamente a otros actores que podrían aparecer más adelante; es muy probable además, que nos tengamos que adecuar a las circunstancias que propician la resolución del conflicto.

Los tiempos que se utilizan en el proceso, son factores que tenemos que ponderar, por aquello que para algunos pueden resultar cortos, para otros menos experimentados, seguramente serán atormentadores; de ahí la habilidad que se adquiere con el conocimiento, la experiencia, la capacitación y la práctica profesional.

Para Calcaterra, “...trabajar con el problema implica básicamente ayudar a las partes a realizar un análisis racional de las cuestiones que traen. En general, las partes viven el problema como algo estresante, complicado y

⁴²⁰ Calcaterra A. Rubén, *Op. Cit.* 376, p.192.

poco querido, producto de la mala intención de otros e inmanejable sólo por esa razón. Generalmente, las partes comprenden el problema de una sola manera: para cada uno existe una causa principal (generalmente atribuible a la culpa del otro) y también hay una sola solución posible (que el otro <debe> aceptar). Por ello, nuestros primeros movimientos al trabajar en el nivel del problema, tienden a extenderlo y hacerlo aún más complejo. Las primeras aproximaciones al problema vienen bajo la forma de preguntas dirigidas a obtener más información. Y esa información se va agregando a la que originalmente trajo la parte para describir el problema, con lo que pareciera que lo agrandamos, agregándole temas, actores y personajes, relaciones y ramificaciones varias.”⁴²¹

En esta etapa, deben ir configurándose la conformación de los acuerdos entre quienes participan en la mediación; sus derivados dependerá en gran medida de la capacidad del mediador para lograr adaptar la situación que presenta la historia del conflicto a las condiciones que se van generando, hasta su consecución.

“Sin lugar a dudas, el arte de escuchar y de observar es fundamento de una mediación y el mediador deberá poder transmitir la actitud que cerciora sobre esta capacidad desde el primer instante.”⁴²²

La empatía y rapport del mediador debe ser adaptada a las partes, con el propósito de entender en qué condición se presentan las partes a las sesiones, para que el estado de ánimo no contamine su conducción.

De lo que se trata es de, que los acuerdos que aquí se lleguen, se cumplan voluntariamente, sin la resistencia que puede ocasionar un resolutorio judicial. Éstos deben ser naturales y espontáneos, al momento en que dialogan positivamente, para ir conformando la posibilidad de acuerdos duraderos y armoniosos.

⁴²¹ Diez, Francisco y Gachi Tapia, *Op. Cit.* Nota 416, pp.194 y 195.

⁴²² Linck, Delfina, *Op. Cit.* Nota 388, p.83.

Y por otro lado los daños que se reparen, ya sean morales, económicos o de cualquier otro tipo, sea por un verdadero arrepentimiento y concientización del daño causado y no por una imposición u obligación del juez.

a) Participación de Terceros

Ya lo hemos comentado, pero nunca está de más volverlo a recordar, particularmente en la mediación penal y sobre todo en la mediación de una violencia familiar, donde tiene un nivel de dificultad especial, es probable que necesitemos ayuda de terceras personas, ya sea para obtener más información sobre el problema planteado o para ayuda personal de las partes.

Muchas veces cuando una de las partes en este caso la víctima, está dañada emocionalmente sobre todo, necesitaremos de un terapeuta que la prepare para el encuentro de mediación, servirá esto también para quitarle miedos y empoderarla a la par de su agresor, para que puedan someterse a un proceso de mediación.

De igual manera durante la mediación puede que tanto la víctima como el agresor deban ser intervenidos por un psicólogo, el cual nos será muy útil porque también nos ayudará a determinar si la persona con la que estamos tratando tiene algún trauma o deba ser turnado a un psiquiatra para administración de medicamentos.

Por otro lado muchas de las partes consultan a un abogado antes, durante y después de un procedimiento de mediación, siendo este un tercero ajeno al conflicto, pero que muchas veces resulta importante su participación, ya que una mala participación de él podría estropear todo el trabajo hecho por el mediador.

Y por último podríamos tener también la participación de los hijos, en donde en un ambiente de violencia, es una seguridad que los hijos se encuentren dañados de algún modo, por lo que deberán también recibir ayuda, y si están de acuerdo los padres, en participar en el proceso de mediación para que también su

daño pueda ser reparado y así eliminar los sentimientos de odio y rencor hacía el agresor en la familia.

1) Participación del Mediador

“El mediador, más que dirigir, orienta o facilita el proceso de mediación. Si el mediador intenta adquirir para sí una ascendencia en la controversia que se está produciendo frente a él, las partes, o por lo menos alguna de ellas puede pensar que está forzando el proceso en busca de una solución preconcebida y que la absoluta imparcialidad del mediador, es una buena intención y nada más. Esta situación puede conducir a viciar el proceso y a su fracaso final. El mediador sólo puede mostrar ascendencia para evitar el posible descontrol de las partes y como mejor lo puede lograr, es demostrando en todo momento un riguroso autocontrol. El mediador es un regulador de la solución del conflicto, no un solucionador del mismo, son las partes las que deben solucionarlo.”⁴²³

El mediador introduce la cuestión de la neutralidad y lo hace enviando tres mensajes. Primero: él, como las partes, tienen una posición. Segundo: refuerza su lugar dentro del proceso. Tercero: desde allí comunica flexibilidad, porque esa posición no es irreductible, recibe puntos de vista de los demás y está dispuesto a ser objeto de intercambio y de negociación. En la exposición inicial de las partes, se debe acotar la exposición. El mediador comenzará tres preguntas a cada parte: ¿Qué quiere resolver? ¿Por qué lo quiere resolver? ¿Qué soluciones intentaron?

“Dentro del esquema de las percepciones, el mediador <entra> en el universo del individuo que viene a mediación desde el área externa y el campo de las personas. Al entrar en el sistema de formación de percepciones, la influencia que la relación con el mediador puede ejercer sobre la manera de percibir el conflicto que tiene el individuo dependerá de la forma en que esta relación parte-mediador se conjugue con todos los

⁴²³ Castanedo Abay, Armando, *Op. Cit.* Nota 337, p.62.

demás elementos del esquema. Y aquí está la clave. Nosotros intervenimos con el propósito de generar un cambio en la percepción que el individuo tiene del conflicto que ha traído a mediación.”⁴²⁴

Si queremos que esa intervención sea efectiva, esto es que cambie las percepciones del individuo de una manera que se puedan disolver algunos aspectos que bloquean la solución, tenemos que generar movimientos en los campos que conforman la percepción que el individuo tiene del problema.

Tratándose de un delito, como es el caso de violencia familiar, el mediador deberá darle la palabra al demandante, cuando exista una querrela de por medio o en su caso al que haya solicitado el servicio de mediación. El criterio está basado en darle, de entrada, el máximo impulso al proceso, porque el criterio inverso puede provocar un estancamiento *impasse* según la respuesta.

De cualquier manera, la finalidad de obtener respuesta, aun a riesgo de ésta *impasse*, es que esa parte, que viene expresa o implícitamente señalada como la que debe proveer, se involucre en el proceso desde su deseo. Que al ponerlo en palabras registre que tiene intereses propios que están más allá de responder a los deseos del otro. Y, fundamentalmente, que haya una simetría desde el inicio y que una parte no se posicione como víctima de estar allí por responder sólo a los deseos de la otra.

Sólo a través del relato, el mediador podrá ir atando cabos sueltos de las historias que las partes cuenten aunque sea somera y parcialmente, el mapa del sistema de formación de percepciones que despliega cada una de las personas que participan en una mediación. Por supuesto que esto es algo así como un esquema vacío de contenido específico, pero que puede darnos algún tipo de orientación acerca de hacia dónde mirar cuando conversamos con una parte en la mediación.

⁴²⁴ Diez, Francisco y Gachi Tapia, *Op. Cit.* Nota 416, p.92.

Lo que sí nos parece importante de un esquema como éste acerca de las percepciones es que: Introduce la idea de sistema; Hace imposible pensar en términos de causalidad lineal; Define sus propias categorías como inestables.

2) Participación Del Abogado

El abogado que acompañe a alguna de las partes al proceso de mediación tendrá como función ayudarle, para que su desempeño dentro del proceso puedan resolverse las dudas jurídicas o simplemente como apoyo moral en el conflicto o disputa, así mismo puede que el cliente pida al abogado lo represente en dicho proceso.⁴²⁵

Los abogados deberán permanecer afuera del espacio donde se lleve el proceso de mediación, pero si la parte desea que su abogado este junto a ella, deberán estar de acuerdo todos los que participen en el proceso, ya que si esto atrae incomodidad hacia la otra parte, el abogado no podrá acompañarle.

Si es el caso en que ambas partes acuden con su abogado deberá el mediador hacerles la pregunta si desean que sus abogados permanezcan dentro o fuera del proceso, pero ambas deberán estar de acuerdo.

Cuando el abogado esté dentro del espacio de mediación, deberá también acatarse a las reglas de la mediación, de lo contrario llevará la mediación al fracaso. Es por ello que el mediador deberá estar muy atento al o a los abogados, neutralizando sus comentarios, transformando las palabras atacantes de los abogados, no enfrentándolos, y ganándose su confianza.

Para poder ganarse la confianza de los abogados y litigantes, los mediadores deben contar con la experiencia y el entrenamiento adecuado; su desempeño debe ser supervisado regularmente, para promover la integridad y la calidad del proceso de mediación.

⁴²⁵ Cfr. Blanco Escandón, Celia, *Reflexiones en torno al papel del abogado dentro de los procesos de mediación*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2552/12.pdf>, Diciembre/2013.

Durante el proceso de mediación el abogado ayudará a las partes a entender el procedimiento de mediación, entendido esto, el abogado actuará o deberá actuar como colaborador del mediador, el abogado deberá aconsejar a su cliente en cuanto a cuáles son sus intereses y cuáles son los verdaderos conflictos, deberá señalar la variedad de posibles opciones y compromisos que puedan solucionar el conflicto, así como las obligaciones y derechos ante la ley.⁴²⁶

Si el mediador no puede controlar al abogado, o éste no acata las reglas del juego, o por otro lado una de las partes decide que no deberá haber abogados dentro del espacio de mediación, los abogados o el abogado deberá esperar afuera, y con todo derecho su cliente, podrá a salir a consultarle cuanta duda tenga o cuanta orientación crea sea necesario.

Jamás un mediador prohibirá que las partes consulten a sus abogados, ya que los acuerdos en mediación deberán ser conforme a derecho, y si las partes se sienten más seguras consultando a un abogado, estarán en todo su derecho de hacerlo.

b) Mediación en Sede Judicial

Básicamente, es la inclusión de la mediación en los sistemas judiciales, lo que ha venido a dar origen a la discutida categoría de mediación judicial; ya que si partimos de que lo judicial implica el deber de los jueces de juzgar, aplicar la ley, valorar, ordenar, y decidir; y por el contrario, la mediación implica apoyar, tener en cuenta intereses, facilitar, acomodar, concertar; desde esta confrontación de la esencia de ambos procedimientos, el concepto de mediación judicial viene a ser un concepto aparentemente contradictorio.

“No es un impedimento para que proceda la mediación o la restauración el hecho de que la situación de violencia se esté conociendo en la vía jurisdiccional,

⁴²⁶ Cfr. *Ídem*.

ni que se encuentre condicionada a no recurrir a ella. La instancia judicial puede, incluso, facilitar la tarea del mediador y del restaurador.”⁴²⁷

Y es que en realidad no lo es, toda vez que mediar y juzgar no se excluyen necesariamente. La mediación puede instalarse en la sede judicial como proceso autónomo, alternativo a las vías de jurisdicción ordinaria y al fuero de los jueces y magistrados o, como parte del inter judicial, y puede instaurarse como prerequisite procesal, como etapa intraprocesal, o bien, después de concluido el proceso jurisdiccional, para efectos de cumplimiento de la sentencia.

Para los medios de justicia participativa en el Distrito Federal, la mediación judicial es un hecho. Dicha figura se crea y se coloca en medio de dos tipos de procesos: el de la mediación pura y el proceso judicial tradicional.⁴²⁸

La mediación judicial, o mediación de o en sede judicial, implica que los poderes judiciales dispongan de esta vía colateral de solución de conflictos, para que en espacios diversos a los de los juzgados, y con un lenguaje y bajo una normatividad específica propios, los mediados diriman, juntos, sus controversias.

Varias entidades federativas de nuestro país han apostado a la mediación en sede judicial, con resultados favorables y por muchos inesperados. Sin embargo, algunas otras no lo han hecho por diversa razones, y una de ellas es el desconocimiento de las ventajas y los alcances que pueden lograrse con este medio de justicia participativa. Los congresos, coloquios, cursos y, en general, las reuniones de encargados de los centros de mediación, constituyen una actividad muy importante, ya que forman un punto de enlace, difusión e intercambio de experiencias enriquecedoras que ayudarán a difundir el conocimiento de la mediación.⁴²⁹

La mediación ha llegado al sistema jurisdiccional de esta capital metropolitana para quedarse. No perdamos de vista que cada mediación exitosa, representará un asunto que no distraerá en lo sucesivo la abrumada maquinaria

⁴²⁷ Urías Morales, José Luis, *Op. Cit.* Nota 227, p.270.

⁴²⁸ *Cfr.* Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 229, p.194.

⁴²⁹ *Cfr. Ibidem*, p.210.

jurisdiccional ni exigirá inútiles y mayores esfuerzos ulteriores a los sujetos en conflicto.

Por todo lo anterior es que la mediación surge "...en el derecho penal como un medio adecuado para desjudicializar los conflictos surgidos en algunas clases de conductas tipificadas como delitos. Pero cuando no hubiere esa posibilidad de desjudicializar, es decir cuando es inevitable llevar el caso a un procedimiento jurisdiccional, la conciliación sirve como una forma mas para dar oportunidad a la víctima de ser oída y poder resolver el conflicto"⁴³⁰

El que en ciertos casos los mecanismos alternativos puedan de cierto modo suplir al derecho penal, es una tarea difícil pero que vale la pena los resultados que traerá consigo, por otro lado el hecho de que ciertos delitos no puedan ser resueltos por mecanismos alternativos, no debemos permitir que los legisladores o juzgadores cierren las puertas en este aspecto, ya que la mediación en delitos graves o delitos que forzosamente necesitan la instancia penal para su resolución, sirve para reparar daños, para reinsertar a la víctima y al agresor y para fortalecer la justicia penal, es por ello que es importante que cuando la mediación no pueda suplir al derecho penal, dejar claro que esta si puede coadyuvar.

1) Formas Anticipadas de Terminación del Procedimiento en el Nuevo Sistema Acusatorio

En el nuevo sistema acusatorio, podremos contar con las formas anticipadas para terminar con el procedimiento, las cuales podemos encontrar en los Códigos de Procedimientos Penales, actualizados a dicho movimiento, sin embargo nos basaremos en el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, ya que según los intereses del Poder Ejecutivo y Legislativo, este

⁴³⁰ Armienta Hernández, Gonzalo, *El juicio oral y la justicia alternativa en México*, 4a ed., México, Edit. Porrúa, 2013, p.96.

proyecto en mención será un Código Único para toda la República Mexicana, con el afán de homologar criterios entre los Estados mexicanos.

Las formas anticipadas de terminación del proceso según el artículo 513 del Proyecto del Código Federal de Procedimientos penales son:

- I. “El acuerdo reparatorio;
- II. El procedimiento simplificado;
- III. La suspensión condicional del proceso; y
- IV. El procedimiento abreviado.

La autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas contará con una base de datos para dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos reparatorios, los procedimientos de suspensión condicional del proceso, el procedimiento simplificado y el procedimiento abreviado, la cual deberá ser consultada por el ministerio público y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder, respectivamente, alguna de las formas de terminación anticipada del proceso. La impresión oficial de los registros de la base es indicio suficiente del antecedente, salvo prueba documental en contrario.”

Como podemos observar, la reparación del daño a la víctima es una forma anticipada de terminar el procedimiento, al cual se puede llegar con una mediación penal, en el caso que así sea, el ministerio público y la autoridad judicial, bajo seguimiento de dicho expediente, se encargará del cabal cumplimiento de dichos acuerdos.

Podemos definir acuerdos reparatorios, según el artículo 514, del Proyecto del Código Federal de Procedimientos penales como: “...el pacto entre la víctima u ofendido y el imputado aprobado por el juez de control, que lleva como resultado la solución del conflicto y la conclusión del procedimiento, asegurando el pago de la reparación del daño.”

Dichos acuerdos deberán ser conforme a derecho, sin violar derechos tanto de la víctima u ofendido como del imputado, así como también el juez de control deberá cerciorarse, que el pago de la reparación del daño, no sea excedente a las consecuencias jurídicas que trae consigo el delito cometido.

Para los delitos cometidos con violencia, como es el caso la violencia familiar, el acuerdo reparatorio, no puede ser utilizado como forma anticipada de terminación del juicio,⁴³¹ pero si se puede utilizar para reparar el daño.

Como es el caso de Sonora, que en su ocasión lo mencionábamos, aquellos delitos que no pudieran someterse a una mediación penal para eximirse de la consecuencia jurídica del delito, podrá someterse a dicha mediación para la reparación del daño de la víctima.

Respecto a la otra forma anticipada de terminar el proceso, siempre y cuando se repare el daño es la de “suspensión condicional del proceso” sin embargo es improcedente en el delito de violencia familiar, por ser un delito cuya pena máxima de prisión no es mayor a 4 años, según el artículo 527⁴³² del Código en mención.

2) Principio de Oportunidad

“En términos generales, se puede señalar que el Principio de Oportunidad es una de las ideas o valores fundamentales de Política Criminal contemporánea en la que los medios alternativos de solución de conflictos impactan el derecho punitivo estatal de manera significativa.”⁴³³

⁴³¹ “Artículo 515. Procedencia: Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los delitos que se persiguen por querrela o requisito equivalente de parte ofendida, salvo aquellos que sean cometidos con violencia. No procederán los acuerdos reparatorios en los casos que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza.”

⁴³² “El ministerio público podrá solicitar la suspensión condicional del proceso, cuando el imputado no se oponga, por delitos cuya pena máxima de prisión sea mayor de cuatro años; siempre que no sean de los previstos en el artículo 265 de este código y que el imputado no haya sido condenado por delito doloso y se asegure el pago de la reparación del daño y los acuerdos que deberá cumplir...”

⁴³³ Gutiérrez Parada, Óscar, *Justicia penal y principio de oportunidad*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 2010, p.42.

Ya que dicho principio utiliza los medios alternativos de solución de conflictos, en especial, la mediación, la conciliación y el arbitraje, para resolver hechos delictivos.

Es de suma importancia, dentro del proceso de mediación penal, el principio de oportunidad, ya que amplifica su estructura y propósitos sobre la base de las necesidades de la persona humana, cuya esencia filosófica se encuentra en la justicia restaurativa, la cual se enfoca en las necesidades de los protagonistas del conflicto, principalmente de la víctima, sin afectar obviamente los derechos del victimario.⁴³⁴

Sin duda alguna, este principio, viene a humanizar de algún modo el sistema de justicia penal en nuestro País, con el movimiento de la justicia restaurativa, este principio nos permite reparar el daño a la víctima como persona, no como la figura de Estado a la que estamos acostumbrados.

“Con el principio de oportunidad se abre un camino de mayor humanización al conflicto penal, puesto que se crean instrumentos que permiten brindar un espacio para tangiblemente reparar a la víctima con el acuerdo; asimismo, se establecen las medidas para su cumplimiento y simultáneamente se soluciona el conflicto, sin el embalaje de un fiscal investigador y de un proceso judicial, pero sobre todo, sin tener prisionero por meses o años al responsable del hecho delictivo.”⁴³⁵

Siendo esto benéfico tanto para la víctima, victimario así como para el Estado, ya que la víctima se le repara el daño realmente, conforme a sus condiciones, es escuchada y sobre todo protagonista del problema del cual fue violentada, el victimario no necesita como lo menciona el autor, con este principio pasar días, meses o años detenido para su investigación, así mismo el Estado se ve beneficiado, ya que esos días, meses o años, es el Estado quien se encarga económicamente de la manutención dentro de prisión del delincuente.

⁴³⁴ Cfr. Urías Morales, José Luis, *Op. Cit*, Nota 227, p.259.

⁴³⁵ *Ibidem*, pp.260 y 261.

Así mismo, se da un cambio actitudinal, el cual es casi una garantía la extinción de la reincidencia del victimario.

“Para efectos operativos debemos señalar que el Principio de Oportunidad implica, para el agente del Ministerio Público, la facultad de no iniciar la investigación penal o abandonar la ya iniciada cuando el hecho delictivo no comprometa gravemente el interés público, incluso no ejercer la acción penal, es decir, no llevar a cabo la persecución del delito ante los tribunales penales.”⁴³⁶

En este caso, el Ministerio Público tiene la facultad determinar a qué casos aplicar el principio de oportunidad, sin embargo, si existe un caso en el cual se pudo haber aplicado dicho principio, y el expediente ya se encuentra ante un juzgado, el Juez, tiene la facultad de ordenar que se otorgue el principio de oportunidad a dicho caso.

“...se le considera a este principio de autodeterminación que la propia autoridad concede a las partes, considerando la buena fe de éstas para resolver el conflicto; en ello, la responsabilidad del mediador es explorar las necesidades e intereses de los acontecimientos, e ir orientando la comunicación, para que ellos mismos, los conflictuados lleguen a un acuerdo reparador.”⁴³⁷

Sin embargo la buena fe, muchas veces puede estar u oculta o disfrazada, es por ello que el autor recomienda que explícitamente, deberán hacerse saber los casos que deban tener oportunidad de aplicárseles el principio de oportunidad.

Este principio de oportunidad, se puede aprovechar como una forma de evitar la criminalización y victimización, en cuanto a que debe estar regulado por excepción, es decir, en cuanto taxativamente se determine en qué casos se pueda aplicar, esto no se opondría al principio de legalidad, sino que se conjugarían o complementarían para la solución del conflicto.

⁴³⁶ Gutiérrez Parada, Óscar, *Op. Cit.* Nota 433, pp.43 y 44.

⁴³⁷ Urías Morales, José Luis, *Op. Cit.* Nota 227, p.260.

Con ello se evita que el órgano acusador del Estado persiga todos los delitos sin importar su gravedad.”⁴³⁸

En el caso del delito de violencia familiar, sin temor a equivocarnos, podemos decir que es completamente aplicable el principio de oportunidad, porque la agresión o el delito no afecta más allá del núcleo familiar, es por ello que este principio quedaría ad hoc, en el delito en mención.

También consideramos que este principio viene a ayudar a los mecanismos alternativos de solución de controversias en el ámbito penal, ya que por ser un área muy peligrosa, y por ser estos mecanismos muy bondadosos, existen dudas sobre los resultados que ocasionen los mismos.

Si el principio de oportunidad es bien aplicado, y sobre todo en el tema que nos atañe que es en el delito de violencia familiar, resultará de gran éxito, ya que lo que la víctima quiere es que su agresor no reincida hacía ella y que se le repare el daño que éste le ocasionó.

Uno de los criterios en los que se basará el ministerio público para aplicar el principio de oportunidad, es impedir la agresión que se sufre y la agresión que se domina.⁴³⁹

Por lo que dicho criterio es el que permitirá al ministerio público brindar el principio de oportunidad en los delitos de violencia familiar, ya que dicho delito protege al núcleo familiar de la agresión y el sufrimiento que entre los mismos miembros se pudieran expresar.

3. El Acuerdo

El punto final de la mediación con éxito es la asunción de las decisiones personales consensuadas, tras la negociación, que a partir de la ruptura deberán respetarse por las partes, y que se recogerán por escrito en un convenio regulador

⁴³⁸ *Ídem.*

⁴³⁹ Cfr. Hidalgo Murillo, José Daniel, *Op. Cit.* Nota 307, pp.171 y 172.

equitativo, acordado por ambas, siguiendo los esquemas legales. Este convenio propuesto, firmado por los dos miembros, que deberá ser ratificado en presencia judicial, como paso previo a su homologación o aprobación por el juzgado correspondiente.

También cabe la posibilidad de otorgar dicho documento mediante escritura pública, ante Notario, principalmente en los casos de uniones estables, para reforzar la eficacia de los acuerdos y dotar de mayor valor probatorio a ese escrito.

“Una vez que una propuesta ha sido presentada, quedan de lado los otros temas, y los mediadores se concentran en ayudar a las partes a que mejoren esta propuesta, teniendo en cuenta los intereses que han sido construidos durante la primera etapa. En las mediaciones familiares multi problemáticas, es altamente probable que se realicen varios acuerdos parciales y temporarios antes de llegar al acuerdo definitivo. Por otra parte, es muchas veces conveniente hacer acuerdos temporarios para que las partes los pongan a prueba y puedan hacer las modificaciones necesarias antes de firmar el acuerdo definitivo.”⁴⁴⁰

Sólo que hay que considerar los tiempos que se utilizan de sesión a sesión, ya que no hay que sobrepasar los límites recomendados por los expertos de la mediación, que son alrededor de seis a diez reuniones las aconsejables. Si no pone en riesgo esta condición, los acuerdos parciales pueden ser un sensor de lo que serán los acuerdos definitivos.

“El cumplimiento del acuerdo en forma privada y espontánea no requiere de homologación y extingue los derechos controvertidos transados, los cuales no pueden ser objeto de posterior revisión.”⁴⁴¹

En el caso de que no se considere firmar los acuerdos como es en el caso de la mediación escolar, e inclusive algunos aspectos de la comunitaria, entre

⁴⁴⁰ Suarez, Marinés, *Op. Cit.* Nota 386, p.377.

⁴⁴¹ Lascala, Jorge Hugo, *Op. Cit.* Nota 252, p.147.

otros, bastará con un apretón de manos o un abrazo, el sello que distinguirá el cumplimiento de los arreglos que desde ahí se llegue.

“Cuando se confiere a las partes dominio del propio conflicto y son quienes deciden llegar a un acuerdo, deben saber qué va a pasar si no se cumple el compromiso.”⁴⁴²

Existen convenios que es mejor que sean presentados formalmente ante los tribunales, particularmente cuando éstos canalizan los asuntos a los centros de mediación, pero cuando la pareja le invierte a tener una mejor relación entre ellos, así como sus descendientes o con quienes dependen económicamente, bastará hablar con el corazón y el sentido común, para que formalicen los acuerdos pactados en el proceso de mediación.

“En esta etapa se determina cuáles de las opciones planteadas pueden ser aceptadas y cuáles pueden funcionar, sus ventajas e inconvenientes, así como las dificultades para llevar a término las distintas opciones. Debe señalarse con la mayor precisión quién hace qué, cuándo, cómo y dónde. El proceso de mediación se ve coronado por el éxito, cuando se llega al acuerdo –convenio-, que deberá ser firmado inmediatamente por todas las partes. De la claridad del convenio dependerá mucho su cumplimiento; en tanto, cuantos más cabos sueltos se dejen, menos probabilidades habrá de que el acuerdo perdure.

En este supuesto de clausura, la elaboración del acuerdo cobra algunas características que se apartan de las usualmente utilizadas, que privilegian la actividad de los profesionales por encima de las partes.”⁴⁴³

Si hay dudas o sospechas de la forma en que están redactadas las cláusulas que expresan los acuerdos, no se deberá firmar hasta en tanto no se esté seguro de que los consensos se han logrado con la aportación de todos los participantes.

⁴⁴² Álvarez, Gladys S, Highton, Elena I., *Et. Al., Op. Cit.*, Nota 228, pp.111 y 112.

⁴⁴³ Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 229, p.114.

La doctrina moderna y la inmensa generalidad de los mediadores modernos coinciden en que el acuerdo entre las partes de un conflicto mediado debe ser por escrito. La razón que básicamente se aduce es referida a que un acuerdo escrito siempre puede revisarse por las partes y, en consecuencia, tenerse presente, aun cuando el transcurso del tiempo conspire contra la memoria de alguna de ellas.⁴⁴⁴

Esta premisa del acuerdo por escrito conlleva a reconocer la importancia de no decir, ni exigir de más o de menos de que se ha expresado en el mismo. Las personas latinas, son proclives a reclamar cosas que no han sido tratadas inclusive en el proceso de mediación; por eso de tener en cuenta que si se firma es para cumplirse cabalmente. El hecho de que se recomiende también homologarse ante los tribunales, se debe que es este órgano formal del sistema de justicia, quien puede ser el garante del cumplimiento voluntario o forzoso de los acuerdos pactados.

En el caso de que el mediador tenga otra profesión distinta a la del abogado, entonces debe ser asesorado por los mismos, particularmente en las cuestiones técnicas; de otra forma, se corre el riesgo de apelar a La fuerza legal que este documento pudiera tener.

“Es necesario recordar que este escrito tiene consecuencias legales, por lo tanto, los mediadores deberán ser muy cuidadosos en cuanto a la identidad de las personas, recabando sus documentos de identidad y la correcta inscripción de todos los nombres y apellidos, así como también la inclusión del número de documento, su estado civil, y cerciorarse de que son mayores de edad o emancipados. En el caso de que existan poderes, debemos consultar acerca de su validez. Otros mediadores prefieren tomar algunas notas y luego redactarlo, a veces en el mismo encuentro mientras los participantes esperan, y luego se lo leen a éstos para que realicen las modificaciones que crean convenientes. Otras veces, los mediadores

⁴⁴⁴ Cfr. Castanedo Abay, Armando, *Op. Cit.* Nota 337, pp.127 y 128.

redactan el acuerdo a posteriori del encuentro y citan a las partes para su firma en una próxima reunión.”⁴⁴⁵

En otros casos como el mejorar la relación y tratar de encontrar atisbos de felicidad más frecuente, será necesario una buena comunicación; o bien, cuando se media consigo mismo, para enfrentar problemas de alcoholismo, drogadicción o ludopatía, por ejemplo, es la fuerza de voluntad y el estado de consciencia, los únicos garantes de subsanar estas debilidades que presenta el individuo en su vida diaria.

Según el entrenamiento para mediadores del Centro de Mediación de Brooklyn, Estados Unidos de Norteamérica, el mediador, al escribir el acuerdo, debe:

- “1. Utilizar un lenguaje claro y conciso.
2. Separar los elementos conformadores del acuerdo asignando un número ordinal para cada uno de ellos.
3. Usar los nombres y apellidos de las partes, no sobrenombres ni categorías como demandante y demandado o remitido o no remitido.
4. Escribir las fechas acordadas por las partes para el cumplimiento del acuerdo, evitando las abreviaturas en tal sentido.
5. Ser tan específico como sea posible.
6. No incriminar a ninguna de las partes por sus acciones u omisiones pasadas.
7. Listar los distintos elementos del acuerdo en el mismo orden en que el mediador los fue logrando, de los más sencillos a los más complejos.

⁴⁴⁵ Suarez, Marinés, *Op. Cit.* Nota 386, p.273.

8. Siempre que sea posible, cada elemento conformador del acuerdo debe entrañar deberes de una parte relacionados con expectativas de la otra parte.

9. Si en uno de los elementos del acuerdo, al momento de listarlos, comienza con deberes correspondientes a una parte, el siguiente debe comenzar con deberes de la otra parte.

10. Si alguno de los deberes reflejados en el acuerdo se refiere al pago de cierta cantidad de dinero, consignar ésta con letras y no con números. En este caso, además, se debe señalar con qué propósito se entregará el dinero en relación con el acuerdo.

11. Individualizar los bienes acerca de los cuales se ha logrado acuerdo entre las partes.”⁴⁴⁶

Es importante que el acuerdo sea redactado por el propio mediador que facilitó el entendimiento entre las partes, toda vez que es él quien conoce los términos y el lenguaje que utilizaron éstas para acordar sobre los distintos aspectos del conflicto base.

Entre más específico esté el convenio, más probabilidades de clarificarlo y transparentarlo, así las partes después de algún tiempo, lo vuelven a revisar y puedan interpretarlo de la misma forma que lo hicieron al momento de redactarlo y firmarlo.

En mediación, las partes inician los acuerdos porque ambas consideran que si lo hacen saldrán ganando. Quieren que se alcance el acuerdo y desean aprovechar el valor de la transacción propuesta. Así pues, el trato en su conjunto se suele orientar a la creación de valor.⁴⁴⁷

El empoderamiento mutuo, es una condición asociada con el beneficio que obtendrán las partes desde el momento de la disposición a dialogar con la

⁴⁴⁶ Castanedo Abay, Armando, *Op. Cit.* Nota 337, pp.128 y 129.

⁴⁴⁷ *Cfr.* Mnookin, Robert H., *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos*, Trad. Roc Fililla Escolé, España, Gedisa, 2000, p.321.

intención de lograr los acuerdos, si a esto le agregamos el plus de la comunicación y transformación de conductas indeseadas, al menos por alguna de ellas, encontraremos ventajas sorprendentes.

Existen algunas diferencias en función de que el acuerdo a firmar sea temporario o un acuerdo global y definitivo. En el caso de los acuerdos temporarios, su firma es un paso más del proceso; además se supone que la mediación continuará y que las partes volverán a un próximo encuentro, en el cual la primera tarea que realizarán los mediadores es chequear el cumplimiento de lo pactado. En cambio, en el caso de los acuerdos globales y definitivos, la firma es el último paso, es decir el final de la mediación, y generalmente es más formal que en el caso anterior. Pese a esta diferencia, los mediadores deberán tener las siguientes precauciones:

- “1. Debe leerlo uno de los mediadores en voz alta, muy clara, y con la lentitud necesaria para que los participantes puedan realizar las preguntas que estimen convenientes.
2. Debe existir un ejemplar para cada uno de los participantes, así pueden seguir la lectura. Dado que se va a firmar un ejemplar para cada una de las partes, y a veces hay más de un participante por parte, es conveniente tener más copias, aunque luego no se firmen, para que cada uno pueda leer, si así lo prefiere y no sólo escuchar.
3. Al terminar la lectura del acuerdo, debe chequearse la conformidad de todos con todo lo redactado.
4. Luego se procede a que todos firmen todas las copias necesarias, y uno de los mediadores, antes de entregar a cada uno su copia, debe chequear que estén todas las firmas correspondientes, ya que cuando son varios los participantes y varias las copias que se firmen suelen generar confusiones. Una forma práctica de organizar la firma es repartir a cada uno de los

firmantes una de las copias y que luego de firmarla la pase hacia la derecha, hasta que le vuelva la que firmó primero.”⁴⁴⁸

Si partimos del principio que en el derecho privado, la voluntad de las partes es ley suprema, sobre los derechos personales cada quien puede decidir respecto a su propio arbitrio. La potestad que otorga la ley al justiciable, le permite renunciar a ciertos derechos, pero no a otros que son indelegables, como es el caso a dar alimentos a los acreedores, lo que sí se tiene que tener cuidado es de no dar lugar a actos que puedan ser recurridos ante los tribunales de la materia.

“La transacción (acuerdo mediatorio) extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para con ellos la autoridad de cosa juzgada. Este efecto de la cosa juzgada, al que la ley de mediación aparentemente pareciere adherir, solamente opera en el caso de transacciones celebradas en sede judicial. La nulidad de la transacción, será nula o anulable, por las mismas causas que lo fueren los contratos.”⁴⁴⁹

Se recomienda, una vez alcanzados los acuerdos, convocar a una reunión expreso que permita a las partes reflexionar del compromiso que están adquiriendo con la respectiva firma. De otra forma, estaría más cercano posmediar o remediar algún aspecto que no revisó con la debida seriedad y formalidad.

No en todas las mediaciones se logrará llegar a acuerdos y no por ello quiere decir que esa mediación sea fallida, ya que uno de los objetivos principales de la mediación es el cambio actitudinal de las personas, firmen convenio o no.

4. Post Mediación

La posmediación es una parte del proceso de mediación que se da posteriormente a los acuerdos a que lleguen las partes; consiste en confirmar la efectividad del diálogo y el acuerdo facilitado por un tercero neutral, y para

⁴⁴⁸ Suarez, Marinés, *Op. Cit.* Nota 386, p.371.

⁴⁴⁹ Lascala, Jorge Hugo, *Op. Cit.* Nota 252, p.154.

asegurarse de alguna deficiencia que habría que reforzarse metodológicamente, como forma de consolidar la información acerca del rumbo conductual de las partes.

“El seguimiento de los casos es, para los mediadores, una parte muy importante del proceso, sobre todo en los primeros momentos de establecimiento de esta nueva institución en un país. Es la única forma que tenemos de verificar su operatividad. Se debe realizar en todos los casos, aun en los que no llegaron a un acuerdo. Nos hemos sorprendido varias veces, después de mediaciones supuestamente fracasadas, de que no habían sido tales, ya que aunque las partes abandonaron el proceso, lo vivido en él, cambió la relación entre ellas, y amigablemente negociaron a solas.”⁴⁵⁰

Es verdad que no debemos sentirnos en jauja, cuando sabemos que un proceso de mediación ha sido de provecho, no nada más para las partes, sino también para el mediador, pero las personas invierten en sus conflictos, cuando ven llegar el agua a los aparejos; es decir, cuando una de ellas acude ante la autoridad competente a demandar o querrellarse de determinada acción.

Una vez que “han resuelto” los problemas en la forma tradicional, en la cual una ganó y la otra perdió, esperan a que se cometa un error para proseguir con el conflicto que nunca se desterró, más bien incubó progresivamente y con el impulso que le permita el proceso correspondiente.

En cambio en la mediación, con un esquema ganar-ganar, se espera que las partes transformen aquella parte de la conducta que no les permite una interacción sana y con probabilidades de someterse a un proceso en donde la justicia es la prioridad.

Se realizan habitualmente dos seguimientos: a los tres meses y al año. Es interesante verificar:

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p.275.

- “1. Si el acuerdo se ha cumplido en toda la extensión o en parte.
2. Cuáles han sido los motivos por los que no se cumplió algo de lo pactado.
3. Si ha habido modificaciones, cómo han sido negociadas.
4. Si ha fracasado el acuerdo, cuál ha sido, a criterio de ellos, la razón.

El seguimiento puede realizarse por teléfono; es la forma más usual, más rápida y útil, pero a veces, alguno de los participantes no tiene teléfono y esto imposibilita realizarla. Personalmente: es muy difícil que las partes quieran regresar para informarnos; por ello, en el Centro de Mediación, muchas veces el mismo mediador es quien va a la casa de los participantes. Pero esto demanda mucho tiempo, por lo que no siempre es posible llevar a cabo este tipo de seguimiento. Además en algunos casos, alguno de ellos se muda y esto hace imposible o extremadamente dificultoso su realización.”⁴⁵¹

La maestra, María Fernanda Garza Ortega comenta, que el proceso de divide en tres fases las cuales son: Premediación, fase primera la que define. Contactos iniciales con las partes, discurso de apertura, firma de convenio de confidencialidad, exploración del problema, información, análisis. La mediación, segunda fase opciones, las que elabora como. Alternativas, finalmente re trabajar y después surge las propuestas. Y por último la posmediación o seguimiento como una tercera fase, “que es a la que nos referimos conforma lo siguiente. Los acuerdos, su elaboración, redacción, cláusulas básicas y la firma.”⁴⁵² Es así como la maestra encuentra la posmediación como una tercera fases en el proceso de mediación.

⁴⁵¹ *Ídem.*

⁴⁵² *Cfr.* Garzón Ortega, María Fernanda, *Estructura y dinámica del proceso de mediación*, Conferencia en el Instituto de Mediación de México, Hermosillo, Sonora, Mayo del 2012.

Tendremos que estar atentos a una cuarta fase que es la remediación, que aunque se dice que es reforzar los acuerdos tomados por las partes, puede ocurrir también que se le agreguen algunas causas supervinientes.

“En muchas oportunidades, el cumplimiento del acuerdo no se produce o se produce parcialmente, lo que da a lugar a que después de cierto tiempo, se renueve el conflicto original. En tales casos, así como una de las alternativas es el pleito judicial, la otra es la llamada remediación de la situación. Se trata de una nueva mediación con todas las particularidades de la que ya se ha visto, tendiente a facilitar el cumplimiento del acuerdo existente o su reformulación cuando las situaciones sobrevivientes vuelvan imposible el cumplimiento original, o fueran suficientemente perturbadoras como para dificultar el cumplimiento escrito de sus términos y obligar a una reformulación.”⁴⁵³

Esta situación nos hace reflexionar la importancia de que el proceso de mediación siga los pasos establecidos en líneas anteriores, en virtud de que es muy probable que se tenga que volver a repetir alguna parte del mismo, para reforzar lo en ello trabajado.

“La re-mediación, es una nueva mediación que se inicia a solicitud de los mediados, ante el incumplimiento parcial o total de un acuerdo anteriormente alcanzado, con el fin de analizar las causas de su quebrantamiento, para tratar que el acuerdo se cumpla y en su caso, para elaborar uno nuevo.”⁴⁵⁴

Nos queda mucho por aprender, por enseñar, por investigar, para que podamos ser más y mejores mediadores. Para que podamos maravillarnos de cómo las parejas, las familias son capaces por ellas mismas de encontrar la solución a los problemas y como nosotros no somos más que meros espectadores de lo que está ocurriendo.

⁴⁵³ Márquez Algara, María Guadalupe, *Op. Cit.* Nota 229, p.114.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p.275.

II. El Resultado Ganar-Ganar

En la mediación impera la característica ganar-ganar, en contradicción con el sistema actual de justicia que tenemos en donde uno gana y el otro pierde.

Una vez que “han resuelto” los problemas en la forma tradicional, en la cual una ganó y la otra perdió, esperan a que se cometa un error para proseguir con el conflicto que nunca se desterró, más bien incubó progresivamente y con el impulso que le permita el proceso correspondiente.

En cambio en la mediación, con un esquema ganar-ganar, se espera que las partes transformen aquella parte de la conducta que no les permite una interacción sana y con probabilidades de someterse a un proceso en donde la justicia es la prioridad.

“El objetivo de esta corriente es que la aplicación del Derecho penal sea la *ultima ratio*, así como enfocar las fuerzas del Estado a la prevención del delito, de cualquier forma y por ende, el de la violencia familiar, por una parte; y a destinar los recursos en mejorar la investigación persecución de los delitos que laceran de manera importante a este sector de la sociedad, como es el caso de la violencia entre otros; asimismo, se busca la confianza en el sistema judicial, ya que como todos sabemos sólo hay una posibilidad de solucionar los conflictos, por medio de la confrontación formal ante los tribunales, dejando en el olvido casi por completo, las verdaderas necesidades de la víctima que en nada se asemejan a las pretensiones llevadas a un proceso penal y en donde la víctima solo se mantiene en un estado emocional crítico.”⁴⁵⁵

El derecho penal, es la última instancia al cual lo sociedad debe requerir para solucionar un conflicto, siempre y cuando este tenga otras vías de solución, al ignorar este principio damos saturación al sistema de justicia lo que resultara

⁴⁵⁵ Noriega Sáenz, María Olga y Albarrán Duarte, Mariel, “*La justicia alternativa en la reforma al sistema de justicia penal*” *Iter Criminis, revista de ciencias penales*, México, No.6, Cuarta Época, Noviembre-Diciembre 2008, Citado Por Urías Morales, José Luis, *Op. Cit.* Nota 227, pp.239 y 240.

una justicia lenta, y en muchos casos injusta por querer dar rapidez y no indagar en el problema.

La mediación penal, es una instancia a la cual se pudiera y debiera acudir antes de recurrir a la justicia penal, además cuando se recurre a ella a tiempo puede hasta llegar a prevenir el delito mismo, lo que coadyuvaría con el derecho penal, ya que en realidad ese es su principal objetivo y no dar castigo a quien delinque como se cree.

Cuando no se esté conforme con la actuación de la judicatura y se tiene fe plena de que existe el convencimiento de otras formas de acudir a la justicia, diferente a la tradicional, la resolución de conflictos se vuelve prioritario optar por mecanismos alternativos capaces de dejar contentas a las partes, particularmente cuando asumen la idea de ganar-ganar.

“El objetivo de la implementación de los juicios orales no es la disminución de la criminalidad, sino que lo que se busca es dar una respuesta rápida y selectiva de los casos que llegan a los juzgados, razón por la cual se pensó en la instauración de la justicia restaurativa, es decir, establecer la justicia penal alternativa, como una opción adicional para la terminación anticipada del conflicto con la fórmula de ganar-ganar. Entre dichos mecanismos se propuso la mediación.”⁴⁵⁶

En este elemento es importante dejar en claro a las partes que el rol del mediador es totalmente distinto del rol del juez. Esto es, el mediador busca generar la comunicación en las partes para llegar a un acuerdo que deje beneficios para ambas partes, donde ellas mismas van dando las pautas de la comunicación y de las necesidades por afrontar. Por el contrario el actuar del juez está supeditado únicamente a la norma y en base a la misma tendrá que resolver

⁴⁵⁶ *Conclusiones del Congreso Nacional de Juzgadores del Poder Judicial de la Federación sobre la Reforma Constitucional en Materia Penal*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2009, páginas 201 y 202, (...las salidas alternas contribuyen además a evitar la depresión y la angustia que genera acudir a un juicio. La justicia alternativa permite descongestionar el sistema escrito y que el juez esté presente y permanentemente en las audiencias...Conferencia dictada por el Magistrado Gustavo Adolfo Guerrero Gutiérrez, titulada: Inicio del proceso de reforma).

donde se atenta contra la regla de ganar-ganar pues tendrá que decir el derecho sin necesidad de tener que buscar justicia.

“El proceso de mediación, “*lato sensu*” (en sentido amplio), significa la ayuda del <mediador> a las partes en conflicto, para que éstas, con la menor presión externa posible, <refresquen> sus posiciones y la manera en que ven los hechos para lograr un acuerdo, buscando restablecer su relación sobre la base de la fórmula ganar-ganar.”⁴⁵⁷

En cuanto a la mediación integrativa, se generan situaciones que permitirán al mediador y a las partes conflictuadas, razonar y argumentar los motivos que los llevaría a negociar desde la perspectiva ganar-ganar.

El sistema ganar-ganar, permite a las partes en conflicto, la satisfacción de los resultados de la solución del mismo, ya que ambas partes ganaron, porque mediante un acuerdo colaborativo, eligieron decisiones y acuerdos que a ambas partes convenían.

En comparación con el sistema perder-ganar, que es el sistema tradicional de justicia, con la mediación ganar-ganar, se exenta aquel que pierde de la sed de venganza y se beneficia la sociedad al estar dos personas más de la misma en paz y en concordia.

Con el resultado ganar ganar, podría pensarse en un beneficio víctima-victimario, *empero* en realidad rebasa por mucho este vínculo, ya que el hecho que se repare a la víctima, se vea sanada, sus miedos y dudas hayan sido esclarecidos, tendremos como consecuencia una persona en paz, tranquila y segura en la sociedad, contribuyendo con ese granito de arena para la disminución de la violencia en la sociedad.

Por otro lado al delincuente, se le reparan esos sentimientos y esa sed de delinquir, sana a si mismo obteniendo el perdón de su víctima, se le ayuda brindando tratamiento psicológico y empleo digno, como consecuencia esta

⁴⁵⁷ Castanedo Abay, Armando, *Op. Cit.* Nota 337, p. 105.

persona no volverá a delinquir, agregando otro granito de arena para el bienestar de la sociedad.

Vemos entonces como beneficiando a la víctima y al delincuente de esta manera aparte de ganar ellos, ganamos todos como sociedad, sumándole personas exentas de la sed de venganza como consecuencia de la experiencia turbia que vivieron, eso sin mencionar a la familia y a las personas que los rodean.

Sin duda alguna, la mediación viene a renovar la forma de ver los conflictos y con ello los delitos, así como sus soluciones, sabemos y estamos conscientes que esto no será nada rápido ni mucho menos mágico, tenemos tan enraizada la violencia y delincuencia que será una lucha que dependerá de la paciencia y consistencia.

La mediación es un método lleno de bondades, beneficios y sobre todo de transmisión de paz, con el cual se debe combatir la violencia familiar.

CONCLUSIONES

Primera.- El concepto de familia ha evolucionado tanto, que pasó de ser un sistema en dónde no importaba que personas unidas con vínculo sanguíneo contrajeran matrimonio, a ser esto una prohibición por la ley.

Segunda.- Las nuevas familias como la ensamblada y monoparental cada vez son más, gracias a las separaciones y divorcios de las familias nucleares. Por otro lado es inevitable la lucha en contra de la formación de familias homosexuales, la innovación de métodos para la concepción de los hijos, han hecho a los legisladores preferir regular del tema a dejarlo de lado.

Tercera.- Los conflictos legales son más fuertes y complejos cuando se presentan en la familia gracias a los vínculos, emociones y sentimientos que envuelven este núcleo familiar.

Cuarta.- En todos los aspectos y etapas de nuestra vida, como la infancia, escolar, laboral, género, nos toparemos con violencia.

Quinta.- La manifestación de la violencia familiar, se presenta físicamente, emocional, verbal, sexual, económicamente así como la celotipia, patrimonialmente y negligentemente. La violencia familiar no son sólo golpes y agresiones, también son humillaciones, prohibiciones, condicionamientos, limitaciones, gritos, repudio y todo lo que nos produzca algún daño a nuestra persona en nuestro entorno familiar.

Sexta.- Lo que un día comenzó como una lucha de la violencia hacia la mujer, se tornó al combate de la lucha de la violencia familiar.

Séptima.- Para que la violencia familiar se tipificara, se realizaron diversos estudios para la comprobación de la afectación social de esta acción. El delito de violencia familiar, es considerado como un delito completo, por incluir la pena del delito en el mismo artículo.

Octava.- En el delito de violencia familiar, podemos encontrar elementos especiales del tipo como lo son los sujetos tanto activo como pasivo del mismo, debiendo ser estas personas específicas para el encuadre de dicho delito.

Novena.- El bien jurídico tutelado por el derecho penal en la violencia familiar, es el bienestar del entorno familiar, así como el sano desarrollo de cada uno de sus miembros para hacer de estas personas de bien a la sociedad.

Décima.- La justicia restaurativa, es la era de la representación de una justicia más humanitaria que se preocupa tanto por el pasado, presente y futuro de la sociedad.

Décima Primera.- Distintos son los métodos con los que cuenta la justicia restaurativa para solucionar un conflicto, siendo la mediación penal el más importante de ellos. La mediación penal ve al delito como un conflicto interpersonal víctima-delincuente y no como un conflicto Estado-delincuente, como lo hace la justicia tradicional.

Décima Segunda.- La reparación del daño, va más allá de una compensación económica por lo que habrá que tomar realmente en cuenta a la víctima para poder descubrir cómo quiere que su daño sea reparado. El objetivo de la reparación del daño es que la víctima recupere su seguridad personal y que el delincuente se concientice de sus actos y no reincida en el delito.

Décima Tercera.- Los mecanismos alternativos de solución de controversias, no son métodos novedosos como se creen, desde la existencia de tribus y clanes se utilizaban para resolver los problemas que se presentaban entre los miembros de estas. La negociación, la conciliación, el juicio arbitral y la mediación, son los métodos alternativos para solucionar conflictos, más usuales en la actualidad.

Décima Cuarta.- La mediación es un mecanismo alternativo, mediante el cual dos o más personas solucionan su conflicto de manera pacífica y

colaborativa, con ayuda de un tercero imparcial llamado mediador, el cual las guía durante el proceso sin emitir juicio o recomendaciones.

Décima Quinta.- El delito de violencia familiar, puede prevenirse, combatirse y solucionarse a través de la mediación con un enfoque restaurativo.

Décima Sexta.- Por la dificultad, los miedos y emociones que envuelven una violencia familiar, es necesario tomar ayuda psicológica antes y durante el proceso de mediación para el emparejamiento de poderes entre víctima-agresor.

Décima Séptima.- En el procedimiento de mediación en el delito de violencia familiar, nos encontraremos además de la participación de la víctima y el delincuente, con la participación del mediador, abogado, psicólogos y familiares de las partes teniendo como objetivo coadyuvar a la solución del conflicto.

Décima Octava.- Existe la mediación en sede judicial, la cual no pierde sus reglas y principios y brinda coadyuvancia a la justicia tradicional en su procedimiento.

Décima Novena.- El nuevo Código Único de Procedimientos Penales, nos brinda opciones de formas anticipadas de terminación del procedimiento mediante mecanismos alternativos de solución de controversias, los cuales por prejuicio o falta de información de los legisladores eximen el delito de violencia familiar para la utilización de estas formas.

Vigésima.- El ministerio público, tiene la facultad de otorgar el principio de oportunidad y dar solución mediante mecanismos alternativos a dichos problemas, entre ellos el delito de violencia familiar.

Vigésima Primera.- El acuerdo en una mediación del delito de violencia familiar puede terminar en el otorgamiento del perdón, en la reparación del daño o en lo que a las partes convenga, no lo que convenga al Estado.

Vigésima Segunda.- Con la mediación, tendremos como resultado un ganar para la víctima y un ganar para el delincuente y no un ganar-perder como en el sistema tradicional de justicia.

Vigésima Tercera.- Al ganar la víctima su seguridad personal, al lograr que se le repare el daño el cual ella misma decidirá de qué manera y por otro lado, el delincuente concientizándose de los actos y consecuencias de los mismos, no cometiendo este delito de nuevo, al recibir ayuda del Estado, psicológica y laboralmente, así como reparando el daño causado, gana también la no reinserción y el arrepentimiento real, trayendo consigo un cambio actitudinal y un cambio de vida.

Vigésima Cuarta.- El delito de violencia familiar, es un conflicto que nos afecta socialmente por causar daño en un entorno tan vulnerable y respetado como la familia, es por ello que con la mediación penal enfocándose restaurativamente podrá ganar la víctima tanto como el delincuente y por consecuencia la sociedad, reinsertándolos en la misma sin señalamientos ni sentimientos de odio, contribuyendo a la paz colectiva.

PROPUESTA

La mediación, en este caso la mediación penal, tiene el objetivo de que tanto la víctima como el delinciente se reinseren en la sociedad sin estigmatizaciones o etiquetas por hechos pasados, es decir la reparación de ese lado humano por el que la ley se olvida o da por reparado según su interpretación.

No debemos permitir que la mediación se perciba tan selectiva en materia penal, es decir respecto a la violencia familiar los legisladores mexicanos no consideran idóneo este método, englobando todo tipo de violencia familiar, por considerar la desigualdad de poderes entre víctima y victimario, olvidándose de herramientas con las que cuenta la mediación como métodos propios así como la ayuda de psicólogos y terapeutas expertos en nivelar los poderes para poder llevar a cabo una mediación.

Por otro lado no podemos negarle a la víctima, si es su deseo llevar a cabo una mediación y esto realmente no es tomado en cuenta, ya que se generaliza para todas las formas de aparición de este tipo de delito, dejando de lado de nueva cuenta el sentir de la víctima.

No pretendemos de ninguna manera que la mediación supla la justicia actual, en eso si concordamos con los legisladores, que en ciertos casos podrá suplirse y en otros no, pero se olvidan del otro aspecto de la mediación, el que repara sentimientos, el que devuelve seguridad y el que ayuda a aliviar los dolores emocionales producidos por las agresiones.

Es por ello que aún y cuando se utilice el derecho penal en este tipo de delitos, no debemos cerrar las puertas a una mediación, aunando a una pena interpuesta, pudiéndose dar la mediación para restaurar lo anteriormente mencionado.

Debemos ver el ejemplo de otros países como lo es Estados Unidos en el que la mediación coadyuva de una manera restaurativa a la justicia penal, en

dónde hasta un homicidio puede ser mediado entre el o los ofendidos y el delincuente, incluso pagando este una condena.

Es por ello que consideramos que la mediación en el delito de violencia familiar por la existencia de lazos que jamás se romperán como lo son los lazos familiares, con o sin un castigo penal, es idóneo e indispensable la participación de la mediación, tanto para la víctima como su agresor, reparando emociones, daños, lazos, autoestima, seguridad y sobretodo bienestar.

FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFÍA

- AIELLO DE ALMEIDA, María Alba y DE ALMEIDA, MARLO, *Régimen de mediación y conciliación*, México, Edit. Porrúa, 2001
- AIELLO DE ALMEIDA, María Alba, *Mediación: Formación de algunos aspectos claves*, México, Edit. Porrúa, 2001.
- ALONSO SALGADO, Cristina y TORRADO TARRÍO, Cristina, *Mediación, Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Directora Raquel Castillejo Manzanares, Madrid, Edit. La Ley, 2011.
- ÁLVAREZ, Gladys S, HIGHTON, Elena I., *Et. Al., Mediación y justicia*, Argentina, Edit. Depalma, 1996.
- ÁLVAREZ, Gladys Stela, *La mediación y el acceso a la justicia*, Argentina, Edit. Rubinzal-Culzoni, 2003.
- ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, *El juicio oral y la justicia alternativa en México*, 4a ed., México, Edit. Porrúa, 2013.
- AZAOLA, Elena, *Violencia intrafamiliar y maltrato infantil*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Cuadernos para la educación en derechos humanos número 2.
- AZAR MANSUR, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, México, Edit. Porrúa, 2003.
- BARAJAS MONJARAS, María Raquel, “*Justicia restaurativa*”, *Nexo Jurídico*, México, Año IV, No. 11, Abril-Junio 2010.
- BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de derecho de familia*, 7° Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 2002, t.I.
- BERNAL SAMPER, Trinidad, *La mediación, una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, Edit. Colex, 2002.
- BRITTO RUIZ, Diana, “*Justicia restaurativa, dos visiones: mecanismos vs procesos*”, *Nexo Jurídico*, México, Año IV, No.11, Abril-Junio 2010.
- CALCATERRA A., Rubén, *Mediación estratégica*, España, Edit. Gedisa, 2002.
- CÁRDENAS, Eduardo José, *La mediación en conflictos familiares*, Segunda Reimpresión, Argentina, Editorial Lumen Hvmanitas, 1998.

- CASTANEDO ABAY, Armando, *Mediación una solución alternativa para la solución de conflictos*, México, Colegio Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2001.
- Centro de Cooperación Regional para la Educación de Adultos en América Latina y el Caribe, *Violencia en la Familia*, México, D.F, Editorial Los libros de mamá y papá, 2000.
- CHAFUEN, Alejandro A., *Justicia Distributiva en la escolástica tardía*, Exsayo, Buenos Aires, 1984.
- CUSSIÁNOVICH VILLARÁN, Alejandro, TELLO GILARDI, Janet, Et. Al., *Violencia Intrafamiliar*, Perú, Poder Judicial, 2007.
- DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 34° Edición, México, Editorial Porrúa, 2005.
- DE PINA, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, 15° edición, México, Editorial Porrúa, 1986.
- DÍAZ, Luis Miguel, *Moralejas para mediar y negociar*, México, Edit. Themis, 2004.
- DIEZ, Francisco y GACHI TAPIA, *Mediación: Herramientas para trabajar en mediación*, Argentina, Edit. Paidós, 2005.
- DUPUIS, Juan Carlos G., *Mediación y conciliación*, Segunda Edición, Buenos Aires Argentina, Edit. Abeledo-Perrot, 2001.
- ENGELS, FEDERICO, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, Madrid, Fundación Federico Engels, 2006.
- ESPINOSA HERNÁNDEZ, Raúl, "La mediación penal dentro del marco de la justicia restaurativa", *Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Año II, No.2, Abril 2009.
- FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediación resolución de conflictos sin litigio*, México, Edit. Limusa, S.A. de C.V. Grupo Noriega Editores, 1996.
- Fundación Universitaria Iberoamericana, *Teoría del conflicto I: concepción y análisis del conflicto*, t. I.
- GÁMEZ PEREA, Claudio R., *Derecho familiar*, México, Editora Laguna, S.A. de C.V., 2007.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "En búsqueda de la tercer vía: la justicia restaurativa", *Iter Criminis*, Segunda Época, No.13, Segunda Época.
- GARZÓN ORTEGA, María Fernanda, *Estructura y dinámica del proceso de mediación*, Instituto de Mediación de México

- Gobierno Federal, *Guía básica de prevención de la violencia en el ámbito escolar*, México, SNTE, SSP, SEP.
- GONZÁLEZ MIERS, Ma. Del Rocío, *El duelo en la mujer golpeada*, México, D.F., Editorial Panorama, 2010.
- GONZALEZ-SALAZ CAMPOS, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, Segunda Edición, Mexico, Oxford University Press Harla 2001.
- GUTIÉRREZ PARADA, Óscar, *Justicia penal y principio de oportunidad*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 2010.
- HERRERA TREJO, Sergio, *La mediación en México*, México, Edit. FUNDAP, 2001.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Justicia alternativa en el proceso penal mexicano*, México, Edit. Porrúa, 2010.
- HIGHTON, Elena I. Y ÁLVAREZ, Glády S., *Mediación para resolver conflictos*, Segunda Edición, Buenos Aires Argentina, Edit. AD-HOC, 1996.
- LASCALA, Jorge Hugo, *Aspectos prácticos en mediación*, Argentina, Edit. Abeledo Perrot.
- LINCK, Delfina, *El valor de la mediación*, Buenos Aires, República Argentina, Edit. AD-DOC, 1997.
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Edit. Porrúa, 1997.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Mediación, reparación y conciliación en el derecho penal*, Granada 2007.
- MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe, *Mediación y administración de justicia: Hacia la consolidación de una justicia alternativa*, México, Universidad de Aguascalientes, 2004.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E., “*La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria*”, *Prolegómenos-Derechos y Valores*, Bogotá, Volumen X, No.20, Julio-Diciembre 2007.
- MEDINA, Graciela, *Visión jurisprudencial de la violencia familiar*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores.
- MEZA FONSECA, Emma, “*Hacia una justicia restaurativa en México*”, *Instituto de la Judicatura Federal*, México, No.18, 2004.
- MEZGER, Edmund, *Derecho penal parte general*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985.

- MILBURN, Philip, *La Mediation: Experiences et competentes*, 3ª Edición, París, Edit. La Docouverte, 2002.
- MNOOKIN, Robert H., *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos*, Trad. Roc Fililla Escole, España, Gedisa, 2000.
- MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto, "*Justicia restaurativa*", *Opinión Jurídica*, Colombia, Vol.4, No.7, Enero-Junio 2005.
- MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de familia*, México, Editorial Porrúa, 1987.
- MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín, *Culpa y omisión en la teoría del delito*, México, Editorial Porrúa, 1993.
- MOORE, Christopher W., *Tipología del conflicto*, 1986, Trad. Castellana, *El proceso de mediación*, España, 1997, Edit. Granica.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal parte general*, Sexta Edición, Valencia, España, Edit. Triant, 2004.
- NEUMAN, Elias, *La mediación penal y la justicia restaurativa*, México, Edit. Porrúa, 2005.
- NIEVES, Ricardo, *Teoría del delito y práctica penal*, República Dominicana, Escuela Nacional del Ministerio Público.
- NINA, Daniel, "*Cuando el cuerpo del delito dice no participo: problematizaciones en torno a la justicia retributiva y justicia restaurativa*", *Barco de Papel*, Vol. II, No.2, 1998.
- OROZCO, Wistano L. y ROLDÁN XOPA, José, "*Estudio sobre justicia alternativa en el Distrito Federal*", *Este País*, México, Número 138, septiembre 2002.
- ORTEGA CUBAS, Patricia Eugenia, "*Hacia una nueva justicia penal alternativa*", *Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Año II, No.2, Abril 2009.
- ORTEMBERG, Osvaldo Daniel, *Mediación en la violencia familiar y en la crisis de la adolescencia*, Buenos Aires Argentina, Edit. Universidad, 2002.
- PACHECO PULIDO, Guillermo, *Mediación. Cultura de la paz*, México, Edit. Porrúa, 2004.
- PARRA BOLÍVAR, Hesley Andrea, *Relaciones que dan origen a la familia*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2005.
- PESQUEIRA LEAL, Jorge y ORTIZ AUB, Amalia, *Mediación asociativa y el cambio social*, México, Universidad de Sonora, 2010.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del delito*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

- PUYANA VILLAMIZAR, Yolanda, "La familia extensa: una estrategia local ante crisis sociales y económicas", *Revista de Trabajo Social No.6*, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2004.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, Directora Raquel Castillejo Manzanares, Madrid, Edit. La Ley, 2011.
- RECHEA ALBEROLA, Cristina, *La criminología aplicada II*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- RODRÍGUEZ VILLA, Bertha Mary y PADILLA DE TRAINER, Ma. Teresa, *Mediación en el divorcio*, Segunda Edición, México, Sistesa Editores, 2010.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general*, Segunda Edición, Trad. Luzón Peña, Diego Manuel y Et. Al., Editorial CIVITAS, Madrid, t. I, 1997.
- SHETTINO PYM, Cleotilde Susana, TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, Et. Al., *Anales de jurisprudencia*, México, D.F. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 3ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2002.
- SLAIKEU, Karl. A., *Para que la sangre no llegue al río*, Argentina, Edit. Granica, 1996.
- SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, Hermosillo, Edit. Beilis, 2011.
- SUÁRES, Marínés, *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires, Edit. Paidós, Argentina, 1996.
- SUAREZ, Marínés, *Mediando en sistemas familiares*, Buenos Aires, Edit. Paidós, 2002.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Alimentos*, México, D.F., 2010, Temas selectos de derecho familiar.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Patria potestad*, México, D.F. 2010, Temas selectos de derecho familiar.
- TOPA CANTISANO, Gabriela, DEPOLO, Marco, Et. Al, *Acoso laboral: meta-análisis y modelo integrador de sus antecedentes y consecuencias*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2007.
- UNIFEM, *La eliminación de la violencia en contra de las mujeres en México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006.
- URÍAS MORALES, José Luis, *Violencia familiar un enfoque restaurativo*, México, Edit. UBIJUS, 2013.

- URTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal*, Segunda Edición, Lima, Edit. EDDILI, 1987, p.216.
- VALDIVIA SÁNCHEZ, Carmen, *La familia: conceptos, cambios y nuevos modelos*, Universidad de Deusto, 2008.
- VAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Oxford University Press, 2008, Colección Textos Jurídicos Universitarios.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal parte general*, trad. Carlos Fontán Balestra, Argentina, Edit. Roque Palma, 1956.
- WELZEL, Hans, *Teoría de la acción finalista*, Astrea, Edit. Depalma, 1951.
- YLLÁN RONDERO, Bárbara y DE LA LAMA, Marta, *Ley de asistencia y prevención de la violencia intrafamiliar*, México, Editorial Porrúa.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal parte genera*, Tercera Edición, México, Edit. Cárdenas, 1997.

CIBERGRAFÍA

- AEDO, Paola, *Antecedentes históricos, de la evolución de los métodos de resolución de conflictos*, SurMediación. Centro de Mediación, <http://surmediacion.bligoo.cl/content/view/144346/Antecedentes-Historicos-de-la-Evolucion-de-los-Metodos-de-Resolucion-de-Conflictos.html>, Diciembre/2013.
- AEDO, Paola, *La mediación en Estados Unidos*, 2008, <http://surmediacion.bligoo.cl/content/view/165690/La-Mediacion-en-Estados-Unidos.html>, Noviembre/2013.
- Ávila Cuevas, Gracia Yolanda, “*Sociología del derecho procesal; la mediación y la conciliación en Michoacán*” Tesis para obtener el Título de Grado en Derecho, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Michoacán de San Nicolás de Hidalgo, México, 2006, <http://bibliotecavirtual.dgb.umich.mx:8083/jspui/bitstream/123456789/8587/1/SOCIOLOGIADELDERECHOPROCESALLAMEDIACIONYCONCILIACIONENMICHOA.pdf>, Agosto/2013.
- BARONA VILAR, Silva, “*Influencia de la unión europea e instancias supranacionales en la tutela penal del a víctima, en la justicia restaurativa y en la mediación penal*” *Revista Jurídica*, Costa Rica, No. 118, Junio 2013, http://sitios.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20108/PDFs/04-influencia.pdf, Diciembre/2013.

- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, *La mediación familiar, conceptos generales y legislación extranjera*, Chile, 2003, http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro278.pdf, Agosto/2013.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, <http://www.bcn.cl/ecivica/concefamil>, Octubre/2012.
- BLANCO ESCANDÓN, Celia, *Reflexiones en torno al papel del abogado dentro de los procesos de mediación*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2552/12.pdf>, Diciembre/2013.
- BOLAÑOS, Iñaki, "El síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes psico-legales", *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Madrid, Vol. 2, núm. 3, 2002, p.27, <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art15.pdf>, Noviembre/2012.
- CALLEJAS PÉREZ, Jhon, *La violencia*, <http://www.monografias.com/trabajos15/la-violencia/la-violencia.shtml>, Noviembre/2012.
- CALVO SUAREZ, Diego Germán, *Error de prohibición*, <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/errorprohibicion.htm>, Octubre/2012.
- CARULLA BENITEZ, Pedro, *La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales*, 2001, <http://www.derecho.com/articulos/2001/04/01/la-mediacion-una-alternativa-eficaz-para-resolver-conflictos-empresariales/>, Octubre/2013.
- CARULLA BENITEZ, Pedro, *La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales*, 2001, <http://www.derecho.com/articulos/2001/04/01/la-mediacion-una-alternativa-eficaz-para-resolver-conflictos-empresariales/>, Octubre/2013.
- CNN México, <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/08/16/la-suprema-corte-aprueba-el-derecho-de-adopcion-a-matrimonios-gay>, Diciembre/2012.
- Colegio Universitario de Mediación Profesional, <http://www.colegiomediacion.com/>, Diciembre/2013.
- Concepción de Escuela, *Conflicto, estrategias y mecanismos alternativos (negociación y mediación) y redes*. P. 11 y ss. <http://www.corporacionpp.org.co/articulo.html>. Diciembre/2013.
- Consejo Económico Social, <http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf>, Noviembre/2013.

- Convención Europea, De 24 De Noviembre De 1983, Sobre La Compensación A Las Víctimas De Delitos Violentos, <http://www.victimas.org/html/internacional/legislacioneuropea.pdf>, Agosto/2013.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República de Argentina, <http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/nacional.jsp>, Diciembre/2013.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República de Argentina, <http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/nacional.jsp>, Diciembre/2013.
- CRIOLLO MAGIORGA, Giovanni, *El conocimiento de la antijuridicidad en el derecho penal*, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=6158, Junio/2013.
- DE HOYOS SANCHO, Montserrat, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, España, Edit. LEX NOVA, 2009, p.729.
- Diccionario Virtual Definición, <http://www.definicion.com.mx/equidad.html>, Julio/2013.
- Diccionario Virtual, Definición de, <http://definicion.de/teoria/>, Julio/2013.
- FRANCO LOOR, Eduardo, *La teoría jurídica del delito: evolución histórica y sistemas*, <http://www.monografias.com/trabajos82/teoria-juridica-del-delito/teoria-juridica-del-delito3.shtml>, Febrero/2014.
- Fundación Instituto de Mediación Argentina, <http://www.fimeint.org>, Octubre/2013.
- GATTI, Claudia M. y VARGAS, Lilian E., *La mediación como alternativa para la gestión de conflictos*, Fundación Instituto de Mediación, Argentina, <http://www.fimeint.org/index.php/temas-de-interes/articulos/89-la-mediacion-como-alternativa-para-la-gestion-de-conflictos>, Noviembre/2013.
- GERMÁN HASSEL, Guillermo Eduardo, *La antijuridicidad*, <http://www.monografias.com/trabajos44/derechopenal-antijuridicidad/derecho-penal-antijuridicidad.shtml>. Julio/2013.
- Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia, <http://www.gob.cl/media/2010/05/JUSTICIA.pdf>, Septiembre/2013.
- GONZALEZ, David y GRAÑA, José Luis, Sinc, *La Ciencia es Noticia*, <http://www.agenciasinc.es/Noticias/Un-14-de-los-trabajadores-sufrio-algun-tipo-de-acoso-laboral-en-los-ultimos-seis-meses>. Febrero/2014.
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, *Arbitraje comercial paradigma del derecho*, http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/paradigma_arbitraje.html, Julio/2013.

- GROSS, Manuel, *Las técnicas de negociación y manejo de conflictos de Fisher y Ury*, 2010, <http://manuelgross.bligoo.com/las-tecnicas-de-negociacion-y-manejo-de-conflictos-de-fisher-y-ury>, Julio/2013.
- GUTIERREZ, Miguel Ángel, *Elementos para el estudio dogmático de los delitos*, <http://magjuridico.blogspot.mx/2011/09/elementos-para-el-estudio-dogmatico-de.html>, Junio/2013.
- Honorable Tribunal Supremo de Justicia del Estado de Puebla, <http://www.htsjpuebla.gob.mx/home.html>, Julio/2013.
- IDACHKIN, Mónica Patricia, *Los conflictos en mediación escolar*, <http://www.monografias.com/trabajos47/mediacion-escolar/mediacion-escolar.shtml>, Agosto/2013.
- Información Legislativa, Centro de Documentación e Información, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas del Gobierno de Argentina, <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>, Noviembre/2013.
- INMUJERES, <http://www.inmujeres.gob.mx/index.php/ambito-internacional/convencion-de-belem-do-para>, Octubre/2012.
- Instituto Nacional de las Mujeres, CEDAW, <http://www.inmujeres.gob.mx/index.php/ambito-internacional/cedaw>, Marzo/2014.
- Instituto Nacional de las Mujeres, *Programa nacional por una vida sin violencia*, México, 2002-2006, http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100476.pdf, Diciembre/2012.
- International Victimology Website, <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/12-A-4.pdf>, Enero/2013.
- La Gaceta Digital, Diario Oficial, *Modificación del artículo 2 de la ley sobre la resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social*, No. 123, San José, Costa Rica, 2009, http://www.inamu.go.cr/centro-de-documentacion/bases/WORK/DOCS/proyecto_de_ley_17.299.pdf, Noviembre/2013.
- Legislación Europea, <http://www.victimas.org/html/internacional/legislacioneuropea.pdf>, Noviembre/2012.
- LETNER, Gustavo, *“La víctima ante el principio de oportunidad y la mediación penal” La responsabilidad del estado frente a las víctimas del delito*, Cuadernillo No. 1, Dirección General de Atención y Asistencia a la Víctima, http://www.buenosaires.gob.ar/areas/vicejefatura/derechos_humanos/pdf/publ_victimimas.pdf, Junio/2013.

- Ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, *Preámbulo*, http://www.madrid.org/wleg/servlet/Servidor?opcion=VerHtml&nmnorma=4305&cd_estado=P, mayo/2013.
- MACHICADO, Jorge, *Elementos del Delito*, <http://jorgemachicado.blogspot.mx/2009/03/elementos-del-delito.html> , Junio/2013.
- MACHICADO, Jorge, *La antijuridicidad*, Apuntes jurídicos, <http://jorgemachicado.blogspot.mx/2009/03/la-antijuridicidad.html>, Junio/2013.
- MARSIGLIA, Irene, *Violencia por omisión*, <http://www.iglesiaenmarcha.net/2009/07/violencia-por-omision.html>, Marzo/2014.
- MARTÍNEZ ZAMPA, Daniel, *La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales*, 2008, <http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0051.htm>, Noviembre/2013.
- Milenio, *¿Qué es el tipo penal?*, 2007, <http://www.milenio.com/cdb/doc/impreso/7103235>, Junio/2013.
- MIRA, Alicia, BRUNO, Adriana, Et. Al., *Aprender a identificarla*, Córdoba, <http://ezetz.net/files/2011/02/violencia-economica.pdf>, Diciembre/2012.
- OAS, http://www.oas.org/juridico/spanish/remjall_recomend.pdf, Octubre/2013.
- ONU, *Octavo congreso de las naciones unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente*, http://www.asc41.com/UN_congress/Spanish/8S%20Octavo%20Congreso/A_CON F144_28_REV1.pdf, Octubre/2012.
- Organización de las Naciones Unidas, *Comisión de prevención del delito y justicia penal*, <http://www.ilanud.or.cr/Informe%2011%20Periodo%20Comisi%C3%B3n%20Delito.pdf>, Octubre/2013.
- Organización Mundial de la Salud, *Maltrato infantil*, Nota descriptiva No. 150, 2010, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/index.html>, Noviembre/2012.
- ORTEGA CASTRO, Salvador, http://salvadorortegacastro.blogspot.mx/2013/02/el-mediador-universitario_25.html, Septiembre/2013.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María y COBAS COBIELLA, María Elena, *Mediación y jurisdicción voluntaria en el marco de la modernización de la justicia. Una aproximación a la justicia española*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art7.pdf>, Septiembre/2013.

Poder Judicial del Estado de Oaxaca, <http://www.tribunaloax.gob.mx/centro/procedimiento.html>, julio/2013.

Poder Judicial del Estado de Tamaulipas, <http://www.pjetam.gob.mx/2008/Febrero/C%20O%20N%20V%20O%20C%20A.htm>, julio/2013.

POVEDA JURADO, Andrea, *Centro de mediación del Cantón Ambato*, Facultad de Jurisprudencias y Ciencias Sociales, carrera de Derecho de la Universidad Técnica de Ambato, <http://repo.uta.edu.ec/bitstream/handle/123456789/4671/DER-532-2011-Poveda%20Andrea.pdf?sequence=1>, Diciembre/2012.

QUISBERT, Ermo, *Formas de la culpabilidad: dolo y culpa*, http://enj.org/portal/biblioteca/penal/teoria_delito/24.pdf, Junio/2013.

SEGURA, C., GIL, M.J., Et. Al. "El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil", *Cuadernos de Medicina Forense*, Sevilla, núm. 43-44, enero-abril de 2006, p.118, <http://scielo.isciii.es/pdf/cmfn/n43-44/09.pdf>, Diciembre/2012

Sistema de Información Sobre Comercio Exterior, *Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias*, Venezuela, <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/Venezuela/Rcenarb1.asp>, Octubre/2013.

Sistema Judicial de China, www.china.org.cn/xi-sifa/7.html, Noviembre/2013.

Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sonora, <http://www.stjsonora.gob.mx/noticias/175.htm>, Julio/2013.

UMBREIT, Mark S. y JEAN GREENWOOD, M. Div., *Guidelines for victim-sensitive victim-offender mediation: Resorative justice through dialogue*, U.S., Trad. Ortega Cubas, Eugenia, *La justicia alternativa penal como traductorentre el poder judicial y la ciudadanía*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

UNAM, *Imputabilidad disminuida*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1757/8.pdf>, Octubre/2012.

UNAM, *Violencia familiar*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2526/4.pdf>, Octubre/2012.

Universidad Cristiana del Sur, *La conducta punible desde la óptica del derecho penal especial*, www.ucsderecho.cimsacr.com, Junio/2013.

W., Lillith, *Teoría causalista y finalista*, <http://html.rincondelvago.com/teoria-causalista-y-finalista.html>.

LEGISLACIÓN

Cámara De Diputados, *“Reforma El Artículo 17 De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, A Cargo Del Diputado José Antonio Cabello Gil, Del Grupo Parlamentario Del Pan” Gaceta Parlamentaria*, México, No. 1576-111, Jueves 2 De Septiembre De 2004.

Código Civil de Paraguay.

Código Civil Federal.

Código Civil para el Estado de Sinaloa.

Código de Justicia para Adolescentes del Estado de Puebla.

Código de Procedimiento Civil de Venezuela.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla.

Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Código Familiar para el Estado de Sinaloa.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Penal de Paraguay.

Código Penal Federal.

Código Penal para el Estado de Sinaloa.

Código Procesal Civil de Paraguay.

Constitución Colombiana.

Constitución de Venezuela.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Declaración y Plataforma de Acción de Viena de la Conferencia sobre Derechos Humanos.

Estatuto Europeo de la Víctima en el Proceso Penal.

Iniciativa de Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

Ley de Acceso a la Justicia Alternativa para el Estado de Tabasco.

Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia.

Ley de Arbitraje y Mediación de Chile.

Ley de Divorcio de Paraguay.

Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato.

Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco.

Ley de Justicia Alternativa del Estado de Nayarit.

Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo.

Ley de Justicia Alternativa del Estado de Sonora.

Ley de Justicia Alternativa del Estado de Tamaulipas.

Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior Judicial del Distrito Federal.

Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal de Tlaxcala.

Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Sinaloa.

Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California.

Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Chiapas.

Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Colima.

Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Durango.

Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Hidalgo.

Ley de Justicia Alternativa Penal para el Estado de Morelos.

Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Sinaloa.

Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Estado de Yucatán.

Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Coahuila.

Ley de Mediación del Estado de Chihuahua.

Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca.

Ley de Mediación para el Estado de Zacatecas.

Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Campeche.

Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León.

Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de Llave.

Ley del Sistema de Justicia para Adolescentes del Estado de Aguascalientes.

Ley Orgánica de la Justicia de Paz de Venezuela.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Querétaro.

Ley para el Diálogo y Conciliación y la Paz Digna en Chiapas.

Ley para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar del Estado de México.

Ley para Prevenir y Atender la Violencia Intrafamiliar en el Estado de Sinaloa.

Ley que Regula el Régimen de la Propiedad en Condominio para el Estado de México.

Ley que Regula el Sistema de Mediación y Conciliación en el Estado de Tlaxcala.

Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales.

Reglamento del Centro de Conciliación y Mediación del Poder Judicial del Estado de México.

Reglamento del Centro de Medios del Poder Judicial del Estado de Querétaro.

Reglamento del H. Tribunal de Justicia del Estado de Baja California Sur.

Segunda Conferencia de la Mujer en Copenhague.