

Una alternativa al problema del sistema penitenciario

*Martha Eréndira Estrada González**

En México el sistema de justicia retributiva enfrenta una crisis que se refleja claramente en su sistema penitenciario, que no sólo se muestra incapaz de garantizar la reinserción social de los delincuentes, sino que enfrenta un grave problema de sobrepoblación, producido, en primera instancia, por la aplicación de este sistema de justicia. Una de las soluciones a este problema pasa por la implementación de una reforma constitucional que introduzca el sistema de justicia restaurativa, como uno de sus ejes rectores, del sistema penal mexicano, para resolver aquellos delitos de menor gravedad, pues este modelo se enfocaría, principalmente, en llevar a cabo la reparación del daño a la víctima mediante un proceso de conciliación o mediación. Modelo de impartición de justicia que tiene un objeto completamente diferente al sistema retributivo pues no se busca el encierro del victimario, infractor o imputado sino su rehabilitación a través de la reparación del daño, introduciendo una nueva mirada de justicia, porque tiende a desconcentrar y complementar la justicia ordinaria, buscando la descongestión del sistema judicial.

In Mexico the retributive justice system faces a crisis that is clearly reflected on his prison system, which not only is unable to ensure the social reintegration of criminal offender, but faces a serious overpopulation problem, caused by the implementation of this justice system. On solution to this problem is to apply a constitutional amendment which introduces the restorative justice system, as one of its guidelines, the Mexican criminal system to resolve those minor crimes, since this model would be focused in carrying out the repair of damage to the victim by a conciliation process. Model of justice administration that has a completely different objective to the retributive system, since it does not look for the confinement of the criminal offender, all the way around, its looks for reinstatement through reparation's damage, showing a new perspective of justice, because it tends to distract and complement the ordinary justice, looking for relief of legal system.

SUMARIO: I. El sistema penitenciario en México / II. Justicia retributiva / III. Justicia restaurativa / IV. Concepto de víctima, victimario, comunidad / V. Procesos restaurativos / Fuentes de consulta

* Profesora Investigadora del Departamento de Derecho UAM-A.

I. El sistema penitenciario en México

El análisis de las instituciones como un sistema de justicia retributiva, castigo, penas, delito, cárcel, reinserción y readaptación social, y prisión preventiva, ha generado, a lo largo de la evolución del derecho penal, una gran cantidad de obras de las cuales podemos destacar: *El futuro de las prisiones*, de Norval Morris; *Vigilar y castigar*, de Michel Foucault; *Prisión, crepúsculo de una era*, de César Barros Leal; *Excarcelación y exención de prisión*, de Valentín H. Lorences; *Castigo y civilización*, de John Pratt; *La cárcel desde adentro*, de Gerardo Saúl Palacios Pámanes, y sobre todo, múltiples obras referentes a la justicia retributiva; sin embargo, la lectura de todos estos análisis nos ha llevado a reconocer el fracaso del sistema penitenciario.

En México, el sistema penitenciario enfrenta una profunda crisis, expresada en la incapacidad del mismo para contribuir a la reinserción social de quienes cometieron algún delito. Esta afirmación se basa en la existencia de testimonios y evidencias empíricas, en las que se señala que los penales se han convertido, en muchos casos, en espacios para la socialización de prácticas y contactos delictivos. El primer fenómeno que explica la crisis del sistema lo constituye la sobrepoblación penitenciaria, generada por: el crecimiento y diversificación de la delincuencia, la tipificación de una mayor cantidad de delitos, así como el endurecimiento de las penas. Hoy en día las cárceles mexicanas cuentan con 25% más de los presos que registraban en el 2003; otro dato. Para marzo del 2010 existía una sobrepoblación de más de 55 mil internos, y en julio del 2011 la sobrepoblación alcanzó 22.7% registrando un total de 227 671 internos, lo que acentuó la crisis del sistema penitenciario, en entidades como el Distrito Federal, Estado de México, Jalisco, Sonora, Puebla y Baja California.¹

El cuaderno mensual de febrero del 2011, publicado por la Secretaría de Seguridad Pública Federal (SSPF), respecto al Sistema Penitenciario Federal, indica que la población penitenciaria total asciende a 272 469 internos del total, 64.30% corresponde al fuero común, y el restante, 35.70% al fuero federal. En cuanto a la dependencia de los centros penitenciarios, de la misma fuente se puede saber que existen siete centros federales con una capacidad de 13 214 internos; diez dependientes del Distrito Federal con capacidad para 22 577 322 estatales para 143 522 internos y 92 municipales para 3 603 reclusos. Siendo el total de centros 431 y su capacidad total de 172 322 internos. Otros datos importantes señalan que en 195 de estos centros existe sobrepoblación, y que 48 de ellos albergan población penitenciaria del fuero común, mientras que los 148 restantes tienen tanto población federal como del fuero común, registrando una cifra total de sobrepoblación de 46 284 internos. Un dato más a resaltar es el que se refiere a los niveles de saturación

¹ SSP, *Quinto informe de labores de la secretaria de seguridad pública*, Subsecretaría del Sistema Penitenciario órgano administrativo desconcentrado prevención y readaptación social, consultado en <http://www.ssp.gob.mx/portal/webapp/showbinary?modelId=/bea%20repository/1152053archivo> (el 20 de febrero 2013).

en los penales, para marzo de 2010 la Secretaría de Seguridad Pública Federal reportó que el sistema penitenciario tenía una capacidad de 172 322 internos; sin embargo, se encontraban reclusas 227 457 personas. Esto significó una sobre población de 31.40%, registrándose los casos más graves en el Distrito Federal y Nayarit, donde actualmente es necesario duplicar la capacidad instalada para dar cabida a las personas que ya están reclusas. En un segundo nivel de saturación se encuentran otras seis entidades en las cuales existen tasas de sobrepoblación de entre 46 y 88% (se trata de Sonora, Estado de México, Jalisco, Morelos, Puebla y Chiapas). En lo que corresponde a los 7 centros federales, se tenían 7 753 internos procesados y sentenciados ocupando el 82.3% de su capacidad instalada (9423 internos); y los 424 cerezos, que albergan 219 704 internos, registraron una sobrepoblación de 34.3% respecto de su capacidad instalada (163 637 internos), cifras que nos indican una repercusión de manera negativa en el proceso de reinserción social de los internos, reflejándose también en el nivel de reincidencia.²

Ante estas cifras hay que considerar también que, entre julio del 2010 y julio del 2011, el sistema penitenciario del país sigue integrado por 431 centros de reclusión, con capacidad para 185 561 internos, toda vez que la capacidad instalada aumentó solamente 4.90%. La administración de los centros está distribuida de la forma siguiente: 11 para el gobierno federal, con capacidad para 14 746 internos; 10 para el gobierno del Distrito Federal con capacidad para 22 577 internos; 319 para gobiernos estatales, con capacidad para 144 195 internos, y 91 para los gobiernos municipales, con capacidad de 4 043 internos. A pesar del incremento registrado, la población penitenciaria en el país a julio del 2011 fue de 227 671 internos esto significó una sobrepoblación de 30%, aun y cuando se dice se observó una disminución en el fuero federal de 2.20% y en el fuero común de 2.50% con relación a julio del 2010. En lo que corresponde al sistema penitenciario federal a julio del 2011 se incrementó en 11 centros de reclusión con capacidad para 14 746 internos y una población penitenciaria de 13 403 internos, lo que representa un crecimiento de 44.3% respecto de julio del 2010, con la operación de los centros federales de readaptación social (CEFERESOS) 1, 2, 3, 4, 5 y 7 a su máxima capacidad, como consecuencia del traslado de internos federales reclusos en centros estatales a las instalaciones penitenciarias federales.³

Con base en las cifras expuestas, especialistas, como Jorge A. Chávez afirman que:

En el ámbito internacional México es uno de los países con mayor porcentaje de reclusos, pues registra una tasa promedio de 207 reclusos por cada

² SSP, *Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional*, México, Marzo de 2010, Prevención y readaptación social, cuadernos mensuales de población penitenciaria nacional, 2009. Información proporcionada mediante oficio Núm. SSP/SSPF/OADPRS/DGA/DPOP/3893/2010, del 23 de septiembre de 2010, en http://www.asf.gob.mx/trans/informes/IR2009/tomos/tomo2/2009_1120_a.pdf (el 20 de Febrero del 2013).

³ SSP, Quinto informe..., *op. cit.*

100 mil habitantes, mientras que Estados Unidos, que ostenta el primer lugar en este rubro, cuenta con 756 reclusos por cada 100 mil habitantes, cantidades que rebasan al promedio internacional que es de 145 reclusos por cada 100 mil habitantes.⁴

El segundo fenómeno que explica la crisis penitenciaria es la configuración actual del sistema procesal penal, el cual hace un uso intensivo de la prisión y, en particular, de la prisión preventiva. El sistema inquisitivo, con un fuerte acento en la persecución de los presuntos responsables, y no en la reparación del daño, o en la solución de las controversias, provocó que en los códigos procesales penales se incrementara la cantidad de delitos sancionados con prisión preventiva sin mediar, como lo señala la práctica internacional, un análisis específico de los casos. Esta situación provoca que los penales se saturen con personas sin condena, esto es, sin un proceso judicial completo, lo que los obliga a convivir con internos reincidentes o con una carrera delictiva, ya que se tienen 99 297 internos procesados de los cuales 24 525 corresponden al fuero federal y 74 772 al fuero común; sin embargo, las cifras y los informes no indican en qué situación se encuentran, sobre todo si tiene prisión preventiva y porque están siendo procesados, situación que legalmente los convierte en inocentes, pues no se ha demostrado su culpabilidad y responsabilidad mediante sentencia

El segundo fenómeno que explica la crisis penitenciaria es la configuración actual del sistema procesal penal, el cual hace un uso intensivo de la prisión y, en particular, de la prisión preventiva.

firme, un aspecto que es, indudablemente, negativo dentro del sistema de justicia mexicano, además de que no se encuentran legalmente justificadas.⁵ Además, en el artículo 20 Fracción VIII se establece que los imputados tienen, entre otros, los siguientes derechos: a ser juzgados antes de cuatro meses si se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

Es preciso señalar aquí que, pese a lo que disponen los Artículos 19 y 20 Constitucionales y al principio de inocencia, todavía tenemos imputados sujetos a un proceso penal como internos en el sistema penitenciario en calidad de procesados, en franca violación a la norma suprema básica. Los problemas asociados con la sobrepoblación se ven agravados por la concentración excesiva que tienen algunos

⁴ Jorge A. Chávez Castillo, *El sistema penitenciario en México. ¿Una reforma en marcha?*, en <http://revisitareplicante.com/el-sistema-penitenciario-en-mexico>.

⁵ El artículo 19 precisa las modalidades bajo las cuales procede la prisión preventiva al indicar: "El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso".

penales y la dispersión de la infraestructura, factores que provocan desequilibrios en la distribución de la población y en el uso adecuado de la infraestructura.

El tercer fenómeno es el uso de la prisión para castigar delitos menores. Desde principios del siglo pasado tratadistas nacionales e internacionales advirtieron sobre el riesgo de mezclar personas de muy bajo perfil delictivo con internos endurecidos por delitos graves. Para el caso del fuero común, 81% del total de los sentenciados con prisión recibieron una condena menor a cinco años. Los estudios a profundidad para penales del Distrito Federal y del Estado de México muestran que la mitad de los robos cometidos por los internos, lo son por 5 mil pesos o menos, y una cuarta parte por 700 pesos o menos, además 50% de los internos, presos por delitos contra la salud, fueron detenidos por comerciar drogas por montos inferiores a 1 250 pesos y una cuarta parte por menos de 200 pesos.⁶

El 18 de junio del 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una amplia reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia. Uno de los componentes de esta reforma fue el establecimiento de nuevas bases para la reestructuración del sistema penitenciario. Entre los ejes rectores que habrán de influir en la configuración de este proceso se encuentran los siguientes:

1. Introducción de mecanismos alternativos para la solución de controversias, con reparación del daño y supervisión judicial; a fin de evitar, en la medida de lo posible, las penas de cárcel (Artículo 17 constitucional).
2. Reducción del uso de la prisión preventiva y su aplicación sólo para reincidentes, delitos graves, delincuencia organizada o cuando otras medidas no aseguren la adecuada conducción del proceso penal (Artículo 19). Esto, con el propósito de evitar la saturación de los penales con personas en proceso y evitar la convivencia de primo delincuentes con delincuentes profesionales.

Estas reformas también señalan, en el párrafo tercero del artículo 17 constitucional: “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 que se requerirá supervisión judicial”. Asimismo los autores de *Reforma constitucional de seguridad y justicia. Guía de consulta ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma*, publicado y difundido por el Gobierno Federal, señalan en la página 13, apartado de comentarios, lo siguiente:

Las medidas alternativas, también llamadas de justicia restaurativa recomponen el orden social quebrado por medio de la restitución y no de la cárcel. De hecho, podrán aplicarse siempre que se garantice previamente la reparación del daño.

⁶ Efrén Arellano Trejo, “Impacto de la reforma constitucional en el sistema de ejecución de sentencias”, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, *documento de trabajo núm. 104*, febrero de 2011, p. 3.

En el artículo 20 apartado “A” fracción VII, se determina que una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad; apartado que genera la posibilidad de la aplicación de las salidas alternas, como el criterio de oportunidad, los acuerdos reparatorios, la suspensión del proceso a prueba, y el procedimiento abreviado, “todos ellos implican una participación activa de las partes para modificar el desarrollo del proceso”.⁷

Con base en lo anterior es posible afirmar que con la aprobación de las reformas del 2008 a los artículos 17 y 20 constitucionales, se rompe con el monopolio de la acción penal pública, con el principio de obligatoriedad de la acción penal y con la atribución de que solamente el Estado, a través de la ley, es capaz de resolver los conflictos, dejando la resolución de los mismos a la víctima y el infractor de la norma, abriendo las puertas a la justicia restaurativa.

Con las reformas constitucionales referidas se ha introducido la posibilidad de establecer la denominada justicia restaurativa a través de mecanismos alternativos para la solución de controversias, con reparación del daño y supervisión judicial, a fin de evitar, en la medida de lo posible, las penas de cárcel; estableciendo, además, como punto suplementario, llevar a cabo la impartición de justicia pronta, expedita y eficiente.

La referencia a esta reforma necesariamente nos obliga a determinar cada una de las instituciones jurídicas que tengan relación con el tema de justicia restaurativa. Entre las que encontramos la justicia retributiva con sus propias características en la que la particularidad principal es que el Estado es el único facultado para investigar e imponer castigos y sanciones (pena privativa de libertad), sistema que desconoce la figura de la víctima ya que sólo es utilizada como medio para llevar a cabo la investigación, ignorando, también el interés de la comunidad como forma para llevar a cabo la reintegración, la reconciliación y la comunicación; a la justicia restaurativa que debe surgir como complemento del sistema retributivo en donde encontramos en confluencia a la comunidad, a la víctima, al victimario como partes involucradas en el conflicto, los cuales, valiéndose de los mecanismos alternativos de solución de conflicto como la mediación y conciliación, encontrarían formas de dar por terminado el conflicto penal mismos que han sido reconocidos y adoptados a nivel constitucional (cuyo objeto se constituye por la reparación del victimario al daño causado y su rehabilitación, rectificando su posición), como el criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado, la suspensión condicional del proceso y la reparación del daño, cada uno con sus características propias los cuales deben ser reglamentados

⁷ Carlos F. Natarén Nandayapa, *et al.*, *Aspectos relevantes de la litigación oral en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, IBIJUS, 2008, p. 37.

legalmente a través del código adjetivo en la materia correspondiente, sin tener que acudir al procedimiento oral penal, acusatorio, adversarial.

II. Justicia retributiva

Como se ha mencionado, la mayoría de los grandes problemas del sistema penitenciario de México tienen que ver con una estructura jurídica basada en la justicia retributiva. Por tanto, es pertinente definirla, antes de continuar con el planteamiento central del presente trabajo. Un significado que ayuda mucho a entender el concepto que estructura Martha Hernández Álvarez de la siguiente manera:

La justicia retributiva se estructura sobre el individualismo, el individuo aislado, quien por el miedo que le causa morir en forma violenta, se asocia con los demás individuos, celebra un contrato social y contribuye la sociedad civil, y por eso, el castigo procura restituir el daño causado al pacto social [...] Justicia retributiva o régimen penal que tradicionalmente se ha aplicado una vez cometida una conducta punible o daño causado, situación en la que el Estado es el único facultado a investigar e imponer castigos y sanciones, y que si bien tiene como finalidad ejemplificar, proteger al condenado, resocializarlo, entre otros, no conduce a que éste de manera voluntaria se responsabilice de sus actuaciones y reconozca realmente el sentimiento de dolor en el otro.⁸

También es destacable la definición de Serafín Ortiz Ortiz, quien establece que el concepto jurídico penal es una categoría punitiva, al señalar que “la retribución de la pena es la causación de un mal por el mal causado con el delito”.⁹ En otras palabras:

La retribución es el castigo impuesto al delincuente por la comisión de un delito, este castigo se le retribuye por el mal que ha ocasionado. De esta manera el sufrimiento impuesto al sujeto por el daño que causó con su conducta es justo [...] la esencia retributiva de la pena es en razón de la culpabilidad del delincuente.¹⁰

Henry Arturo Cruz Vega afirma que:

[...] emana del principio retributivo conforme al cual la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable demandaba necesariamente la consecuencia jurídica —la sanción—, sin que mucho se preocupe por com-

⁸ Martha, Hernández Álvarez, *Justicia restaurativa; en nuevo sistema de justicia penal para el Estado de México*, México, Porrúa, 2010. p. 137.

⁹ Serafín Ortiz Ortiz, “Los fines de la pena”, México, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, 1993, p. 110.

¹⁰ *Ibid.*, p. 111.

prensiones de recomposición y autocomposición del conflicto generado con ocasión del delito.¹¹

Un criterio que se sustenta, tomando en consideración que analizando la historia de la cárcel, ésta se consolidó no como un recurso de mera contención, sino como instrumento de inequidad, de violencia, de fracaso en su intento de intimidación, así como de resocialización, constituyendo solamente un núcleo de perfeccionamiento de criminales.

De lo anterior dan cuenta varios textos de especialistas en la materia, pues a pesar de no centrar su atención en la justicia retributiva dan, al menos, una idea clara de las deficiencias del sistema penitenciario moderno, tal es el caso de Massimo Pavarini, para quien la cárcel es siempre ajena a toda potencialidad resocializadora y que la alternativa actual está entre su muerte (abolición) y su resurrección como aparato de terror represivo.¹²

Estas opiniones han establecido que la aplicación de las penas y medidas de seguridad por parte del Estado, a través de la punición, no logró su cometido, se siguen cometiendo delitos, sirva de apoyo a esta opinión la siguiente afirmación de Michel Foucault:

La prisión no ha sido al principio una privación de libertad a la cual se le confiera a continuación una función técnica de corrección; ha sido desde el comienzo una “detención ilegal” encargada de un supuesto correctivo o también, una empresa de modificación de los individuos que la privación de libertad permite hacer funcionar en el sistema legal.¹³

En la cárcel, el interno no sólo no aprende a vivir en sociedad libremente, sino que, por el contrario, prosigue y aún perfecciona su carrera criminal a través del contacto y las relaciones con otros internos. La prisión se desarrolló durante la Inquisición, la cárcel precede al presidio y a las penitenciarías, es una institución que ha demostrado su fracaso, y este desengaño ha generado varios debates respecto a si son la universidad del crimen, a su finalidad resocializadora y a su terrorífica opresión separando al interno de la sociedad. La cárcel es también el lugar en donde no sólo pierde el derecho de libertad de movimiento sino otras garantías y derechos humanos hoy establecidos y reconocidos en nuestra norma suprema básica.¹⁴

Sin embargo, al perder hegemonía en todo el mundo, y no cumplir el objeto para el cual fue creada, supuestamente la prisión (que es por antonomasia la sanción propia del derecho penal) origina la necesidad de transformarla de raíz.

¹¹ Henry Arturo Cruz Vega, *Los principios sustanciales del proceso penal con tendencia acusatoria en México*, México, Flores editor y distribuidor, 2010, p. 92.

¹² Massimo Pavarini, “Concentración y difusión de lo penitenciario. La tesis de Rusche y Kirchheimer y la nueva estrategia de control social en Italia”, *Cuadernos de Política Criminal*, vol 7, 1979, p 121.

¹³ Michel Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Siglo Veintiuno editores, 1996, p. 235.

¹⁴ Dolores Eugenia Fernández Muñoz, *La pena de prisión propuestas para sustituirla o abolirla*, México, UNAM, 1993. p. 92.

Las definiciones anteriores nos ayudan a establecer que la retribución significa que el castigo se traduce en la privación de la libertad o el pago por el daño que el individuo causó a la sociedad, es decir, se castiga como pago por el daño causado por la parte ofensora, por tanto, hoy en día la sanción en el derecho penal se ha reducido a la aplicación de penas de prisión y a la institucionalización del sistema carcelario.

Lo anterior se debe a que la prisión tuvo como primera finalidad la custodia, sin embargo, cuando se constituyó como una pena en sí misma, tuvo como finalidad la corrección y, en los últimos tiempos, la reinserción y la reeducación. Por tanto, podemos afirmar que el modelo de prisión desde su origen es el mismo, y que el sistema de justicia retributiva sólo ha generado la saturación de las prisiones y la constante construcción de más penales, que pronto son rebasados por la sobrepoblación, de acuerdo a los datos referidos al inicio de la presente investigación. Es por ello la urgencia de entender que la cárcel no enseña valores sino actitudes negativas para la vida libre en sociedad. Por tanto la cárcel no es ni debe ser la solución al problema del tratamiento de los imputados, en especial de los calificados como delitos menores o de bagatela.

Sirvan los argumentos señalados hasta aquí para poder entender el contraste del sistema retributivo con el restaurativo, al cual nos referiremos a continuación.

Es por ello la urgencia de entender que la cárcel no enseña valores sino actitudes negativas para la vida libre en sociedad. Por tanto la cárcel no es ni debe ser la solución al problema del tratamiento de los imputados, en especial de los calificados como delitos menores o de bagatela.

III. Justicia restaurativa

Para entender el concepto de justicia restaurativa es pertinente retomar al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, institución que, a través de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, solicitó un informe a un grupo de expertos sobre justicia restaurativa, quienes procedieron a llevar a cabo la elaboración de un conjunto de principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, estructurando, en un anexo, la incorporación de definiciones en los siguientes términos:

Por proceso restaurativo:

[...] se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un

facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.¹⁵

Sin embargo, el sistema de justicia restaurativa no puede ser entendido de una sola manera, pues éste hace referencia a un proceso que debe ser voluntario y sólo cuando haya pruebas suficientes para inculpar al delincuente; por tanto, también se puede definir como sigue:

[...] por resultado restaurativo se entiende un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución, y el servicio a la comunidad, encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.¹⁶

A estas definiciones podemos sumar las de algunos especialistas que nos servirán de apoyo para la mejor comprensión, del concepto de justicia restaurativa. Una de ellas es la de José Alberto Revilla González, quien afirma que:

La Justicia restaurativa es, pues, una nueva manera de afrontar la resolución de las cuestiones derivadas del delito, que alcanza globalmente a todas las personas implicadas, quienes resuelven el conflicto planteado por la comisión del delito con el objetivo primordial de la reparación material o inmaterial, de los daños. No se trata de un método específico, sino que responde más bien a una visión nueva de la justicia penal, donde la participación y las necesidades de la víctima se sitúan en un primer plano, incidiéndose sobre el sentido de la responsabilidad del delincuente con el fin de su reinserción social.¹⁷

Javier Llovet Rodríguez dice que la justicia restaurativa no es más que un movimiento que supone una víctima que ha sufrido un delito, para que intervenga en la resolución del conflicto a través de una mediación comunitaria, en la que interviene también el imputado, dejando a un lado la imposición de una sanción; surge como una concepción diferente a la justicia retributiva y el renacimiento de la víctima, constituyendo una tercera vía con pautas de desformalización y desjudicialización

¹⁵ ONU, Documento E/CN.15/2002/5/Add.1 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas titulado Justicia restaurativa. Informe del Secretario General. Adición, Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa, "Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal", en su apartado de anexo, 1. definiciones pág. 12. E/CN.15/2002/5Add.1.

¹⁶ ONU, "Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal", *En recopilación de reglas y normas de las naciones unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*, Nueva York, 2007, p. 134.

¹⁷ José Alberto, Revilla González, *La mediación penal. En mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, Tecnos, p. 303.

de los conflictos y como alternativa de la justicia penal, comenzando a incorporarse en el derecho penal juvenil.¹⁸

Con una visión fundada en los derechos humanos, José Daniel Hidalgo Murillo dice que “es un proceso donde todos los involucrados en un incidente o delito se reúnen para resolver colectivamente como tratar las consecuencias del incidente y sus implicaciones para el futuro”.¹⁹ Y además afirma que:

Como justicia restaurativa, los mecanismos alternativos de solución de controversias enfrentan al imputado a la víctima y, como víctima igualmente a la sociedad, no se trata entonces del Estado que aísla al sujeto, enfrentándolo sólo, contra él y contra el propio Estado. El Estado en esta ocasión pone el acento en la víctima y obliga al imputado a la reparación del daño.²⁰

Una de las definiciones más aceptadas de justicia restaurativa es la de Tony Marshall quien la define como:

Un proceso a través del cual todas las partes involucradas en un delito o incidente se reúnen para resolver en forma colectiva cómo tratar las consecuencias de ese delito y sus implicaciones en el futuro, concepto que sostiene que el comportamiento criminal es, en principio un atentado contra un individuo por parte de otro individuo, y no de un individuo contra el Estado.²¹

Las definiciones que hasta aquí hemos revisado, nos inclinan a pensar que la justicia restaurativa comenzó como un movimiento que surge a partir de una concepción diferente de la justicia retributiva, constituyendo, como afirma Ferrajoli, en su libro *Derecho y razón*, un cambio de paradigma de nuestro sistema penal, a partir de una visión nueva de la justicia penal.

Así fue como el nuevo modelo acusatorio le dio la bienvenida al principio de justicia restaurativa o restauradora. El derecho penal, que se había caracterizado por la apropiación por parte del Estado de los conflictos entre individuos y que inauguró la justicia retributiva, generó otra perspectiva, la de justicia restaurativa o participativa, en donde lo más importante es la solución que se otorgue por el acto delictivo por parte de la víctima y del infractor de la norma.

¹⁸ Javier Llovet Rodríguez, “Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil”, en David Baigún *et al.*, *Estudios sobre la justicia penal, homenaje al profesor Julio B. J. Maler*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2005, p. 873.

¹⁹ José Daniel Hidalgo Murillo, *Justicia alternativa en el proceso penal mexicano*, México, Porrúa, 2010, p. 141.

²⁰ *Ibid.*, p. 38.

²¹ Elizabeth Palacios, “Entrevista a Mike Ledwige. La justicia restaurativa: Por el bienestar de las víctimas”, *DFensor*, CDHDF, año V, núm. 6, México, junio 2007, p. 14.

Con la justicia participativa, o restaurativa, no se pretende dejar de lado los fines de la pena y de las medidas de seguridad, independientemente de los problemas teóricos y prácticos que la pena privativa de libertad ha generado, y de que esta sea para resocializar, sino que rescata el informe preventista, afirmando el derecho cuyo objetivo es el establecimiento de reglas para la convivencia de la sociedad. También con la aplicación de este tipo de justicia la pena ocuparía un punto de vista simbólico restableciendo la confianza de la sociedad en la impartición de justicia y reparando el efecto de la transgresión.²²

Junto a las penas y medidas de seguridad, se anunció como postura innovadora la aparición, en el continente europeo, de la denominada “Tercera Vía”, promovida por Claus Roxin, quien entiende que la reparación debe cumplir dos objetivos: enfrentar al autor con las consecuencias del hecho y cumplimentar la prevención general.²³

Por tanto, no se postula hablar de la eliminación de la pena, sino que en la justicia restaurativa, la sanción al delito cometido de acuerdo a los conceptos analizados se transformaría, llevando a cabo la reparación del daño a la víctima, desformalizando y desjudicializando los conflictos, dejando a las partes la posibilidad voluntaria de someterse a los procesos restaurativos contemplados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas a través de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal.

Finalmente los mecanismos alternativos de solución de controversias, como los llama la reforma de junio del 2008 no son sinónimos de justicia alternativa, este es el sistema, la generalidad; los mecanismos alternativos son los procesos a través de los cuales podemos llegar a la justicia restaurativa. Afirmación que se encuentra apoyada por el hecho de que “[...] la esencia de la justicia restaurativa es la transformación de conflictos de manera voluntaria, colaborativa. En materia penal, pueden utilizarse tres modelos para realizar la justicia restaurativa. El primero es la mediación entre la víctima y el ofensor [...]”²⁴ el segundo es la conferencia de familia o grupo de comunidad y el tercero es el tratado de paz o círculo de sentencia.

IV. Concepto de víctima, victimario, comunidad

Ya hemos dejado claro que en la justicia restaurativa la sanción al delito cometido se transforma, llevando a cabo la reparación del daño a la víctima, enfrentando al victimario con ella y con el hecho realizado, por tanto, también es importante determinar estos conceptos.

De acuerdo a Martha Hernández Álvarez: “La víctima es entendida como aquella que, individual o colectivamente, ha sufrido daños directos o indirectos, bien sea

²² Edmundo S. Hendler, *Las raíces arcaicas del derecho penal*, Buenos Aires, Ed. del puerto, 2009.

²³ *Ibid.*

²⁴ Laura Aída Pastrana Aguirre, *La mediación en el sistema procesal acusatorio en México*, México, Flores editor y distribuidor, 2009, p. 99.

corporales o psíquicos, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales.²⁵

Mientras que para Francisco Javier Gorjón Gómez, una: “Víctima es una persona que padece daño por culpa ajena [...] consideramos víctima a una persona que es objeto de violencia con un sufrimiento individual, familiar y social. En sentido más estricto es la persona que sufre directamente las consecuencias de una violación de una normatividad penal”.²⁶

La declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder, en la sección A, relativos a las víctimas de delitos en su apartado 1, dice que se entenderá por *víctimas* a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

En cuanto al victimario este se define “como aquella persona que ha causado un daño a la víctima”,²⁷ definición que enriquece Francisco Gorjón al señalar que el victimario es:

El delincuente ha sido siempre el elemento central en torno al cual se han estructurado las respuestas jurídicas y el discurso teórico de la criminología [...] en ocasiones el victimario tiene sentimientos de culpa; por lo mismo, al enfrentar a la víctima para pedir perdón, ofrecer disculpas o alguna retribución económica, consigue disminuir sus sentimientos de culpa porque puede desahogar con la víctima los motivos que lo condujeron a cometer un delito.²⁸

Otro concepto importante por considerar es el de comunidad, que definida por Martha Hernández Álvarez de la siguiente manera:

La comunidad es el colectivo social del cual forman parte la víctima y el victimario, quienes con la ayuda de un facilitador, logran resolver el conflicto para alcanzar los resultados restaurativos tales como la verdad, la justicia entendida, como responsabilidad, la reparación, la sanación de las heridas causadas, el perdón y la reintegración en la comunidad; esta es su principal finalidad.²⁹

La estructura de estos conceptos también debe orientarse según el tipo de justicia al que nos estemos refiriendo según se trate de retributiva o restaurativa. En el pri-

²⁵ Martha Hernández Álvarez, *op. cit.*, p. 137.

²⁶ Francisco Javier Gorjón Gómez y José Guadalupe Steele Garza, *et al.*, *Métodos Alternativos de solución de conflictos*, México, Oxford, 2010, p. 157.

²⁷ Martha Hernández Álvarez, *op. cit.*, p. 137.

²⁸ Francisco Javier Gorjón Gómez y José Guadalupe Steele Garza, *op. cit.*, p. 159.

²⁹ Martha Hernández Álvarez, *op. cit.*, p. 137.

mero no podemos hablar de víctima, victimario, comunidad y reparación del daño, por la sencilla de razón de que al intervenir el poder estatal, pierden protagonismo las partes, y el conflicto es confiscado en la víctima, ya que su papel en el proceso penal sería únicamente para iniciarlo, pero no más, a partir de ahí el Estado toma el control, la facultad persecutora, dando como resultado que se le imponga una pena al delincuente, y tal vez a que la víctima pueda obtener una reparación del daño.

Si hablamos de justicia restaurativa, entonces debemos indicar que se está reconociendo el renacimiento de la víctima dentro del proceso penal con la posibilidad de que éstas y el victimario, a través de los procesos restaurativos, lleguen a un resultado satisfactorio sobre todo de reparación del daño a efecto de que el victimario pueda volver a ocupar un lugar dentro de la sociedad a la cual le ha ocasionado un daño.

El hecho delictivo lo debemos ver como un conflicto, un problema social que se ha suscitado en la comunidad a la cual pertenece la víctima, sus familiares y el victimario; con el hecho tipificado como delito por las normas penales, respecto de las cuales, para que el Estado, pueda iniciar su facultad persecutora en el ámbito de impartición de la justicia retributiva, es necesario que exista una adecuación de la conducta del hoy denominado imputado con el tipo penal. Para un mejor entendimiento en donde se involucren a la víctima, el victimario, la comunidad y el hecho delictivo, los abolicionistas realizan la siguiente adecuación:

Los abolicionistas parten de la premisa: el conflicto social que la ley reduce a la categoría de delito, es propiedad principalmente de las personas que lo protagonizan. Pocas cosas habría más íntimas y personales que una “situación-problema”. Pero el sistema de justicia penal expropia esta pertenencia, monopolizando la manera de definir el problema, de encararlo y de resolverlo. Definir los conflictos penales como delitos, implica partir de la base —inmodificable— de que todos esos conflictos sin excepción, son hechos gravísimos, producidos por delincuentes, cuyo procedimiento institucional de identificación y posterior respuesta social no necesita en lo más mínimo de la intervención ni del parecer de las víctimas.³⁰

Esta visión implica que el Estado ha de reconocer que debe devolver el conflicto social, tanto a la víctima como al victimario, y por ende a la comunidad a la cual pertenecen, para que a través de los procesos restaurativos que se escojan para la solución del conflicto, sean los propios partícipes los que lo solucionen, sin olvidar que la reforma constitucional obliga a llevar a cabo la reparación del daño causado, atendiendo al hecho de que el delito no es otra cosa más que un conflicto social, una situación problema que puede resolverse.

³⁰ Alejandro, Poquet, *Temas de derecho penal y criminología*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 135.

V. Procesos restaurativos

Mecanismos alternativos de solución de conflictos

Gonzalo Armenta Hernández manifiesta que “El Principio Básico de las formas alternas de hacer justicia no es de extinguir la pena, sino el de tomar en cuenta a la víctima y desde luego agilizar los procesos penales”.³¹

Edmundo S. Hendler indica que “La sustitución de los castigos criminales por soluciones reparatorias del daño ocasionado a las víctimas del delito se insinúa claramente en la institución de medidas alternativas a las penas”.³²

Con lo anterior, intento precisar que una cosa es hablar de justicia restaurativa y su diferencia con los mecanismos alternativos de solución de conflictos reconocidos como procesos restaurativos a través de los cuales, se presupone, podemos llegar a la justicia restaurativa.

Desde mi punto de vista, si dentro de los procesos restaurativos tenemos a la mediación y a la conciliación, entre otros, como métodos alternos, debemos dejar la aplicación del derecho penal como la última ratio y la intervención del Estado en aquellos delitos graves, con la aplicación de la justicia retributiva y de todos los problemas hasta ahora generados, pretendiéndose que los mecanismos alternativos sean el eje toral del sistema de justicia penal en delitos leves, de tal suerte que en materia penal se aplicaría paralelamente tanto la justicia retributiva como la restaurativa.

Héctor Fix-Fierro, trata de aclarar el hecho de que la mediación y la conciliación no son vinculantes o sujetas, en otras palabras, a las decisiones judiciales, cuando se aplica el derecho objetivo al manifestar:

La llamada resolución alternativa de conflictos [...] aquellos medios de solución de controversias que no recurren a una resolución de autoridad o vinculante a cargo de un tercero (así sucede con la mediación y la conciliación), o bien, lo hacen de manera más informal (como es el caso del arbitraje).³³

Con lo anterior, intento precisar que una cosa es hablar de justicia restaurativa y su diferencia con los mecanismos alternativos de solución de conflictos reconocidos como procesos restaurativos a través de los cuales, se presupone, podemos llegar a la justicia restaurativa.

³¹ Gonzalo, Armenta Hernández, *El juicio oral y la justicia alternativa en México*, México, Porrúa, 2009, p. 124.

³² Edmundo S. Hendler, *op. cit.*, p. 105.

³³ Héctor, Fix-Fierro, *Tribunales justicia y eficiencia*, México, UNAM, 2006, p. 281.

Sección Artículos de Investigación

La autocomposición, representa un mecanismo para la solución de conflictos que se caracteriza por el hecho de que las partes en conflicto sean quienes de mutuo acuerdo deciden ponerle fin a los conflictos, sin que altere su naturaleza autocompositiva, la intervención de un facilitador es la autocomposición en donde distinguimos la negociación, la mediación, y la conciliación, constituidos como mecanismos alternativos de solución de controversias.

Siguiendo con este orden de ideas es necesario proceder a determinar en qué consiste la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, a efecto de determinar cuáles procesos alternativos se pueden utilizar en materia penal.

La negociación la conceptualiza José Daniel Hidalgo Murillo como un:

Método restaurativo consistente en que las partes en conflicto buscan la solución a su controversia, con ayuda de un tercero, y donde la solución del conflicto recae directamente sobre aspectos de carácter económico. Además de que ambas partes por común acuerdo no quieren dialogar frente a frente, pero sí están de acuerdo en negociar y llegar a un acuerdo reparatorio por medio del especialista en negociación. El negociador elaborará proyectos económicos para las partes, garantizando la total reparación del daño y las circunstancias especiales de los peticionarios.³⁴

Desde mi punto de vista, esta conceptualización no encuadra en la forma en que se aplica, porque regularmente a través de esta institución los involucrados ceden recíprocamente en diversos puntos, con lo cual se constituye un arreglo extrajudicial, por lo general, a través de la conciliación.

Se considera que:

La mediación se constituye como una forma para resolución alternativa de conflictos, a través de la cual las partes en conflicto llegan por sí mismas a una solución con la ayuda de un mediador, que con su formación ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento. Entre las características principales de la mediación se encuentran la voluntariedad y la igualdad entre las partes, pudiéndose acceder a ella de forma autónoma, respecto de la jurisdicción o bien una vez planteado el conflicto ante la misma.³⁵

Las partes tienen el poder de decisión sobre el conflicto y las soluciones, porque una de sus características más importantes es que se trata de un sistema voluntario, al mediador le está vedado opinar, aconsejar ni emitir juicios, no juzga, sólo facilita la comunicación, identificando los malos entendidos, esta tercera persona sólo dirige el proceso, se dice que constituye una variante del proceso de negociación. Para comprender el verdadero concepto de la mediación debemos entender que tiene por objetivo ayudar a las partes a generar sus propias soluciones para resolver el conflicto.

³⁴ José Daniel Hidalgo Murillo, *op. cit.*, p. 173.

³⁵ Helena Soletto Muñoz y Milagros Otero Parga, *op. cit.*, p. 138.

Hidalgo Murillo define el arbitraje como un:

Procedimiento voluntario mediante el cual las partes involucradas en un conflicto se someten a un tercero denominado árbitro para que éste resuelva las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre las mismas, mediante la actuación de un profesional cualificado, imparcial, el cual deriva sus facultades del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.³⁶

El árbitro tiene el poder de decidir por las partes y ellas están obligadas a acatar esta decisión, que es de naturaleza netamente formal judicial, llevando a cabo la aplicación del derecho objetivo, con un procedimiento seguido en forma de juicio que termina con un laudo, el cual debe revestir la característica de una sentencia definitiva. Regularmente el arbitraje se encuentra regulado en los códigos adjetivos en materia civil, para que se genere se requiere un pacto o convenio entre litigantes para someterse a un procedimiento con características especiales con el compromiso de cumplir lo que se decida en el laudo, reservándose la ejecución al juez competente compartiendo la característica de ser adversarial y vinculativa.

En cuanto a la conciliación, Hidalgo Murillo la define como el “Procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, logran solucionarla, a través de la comunicación dirigida mediante recomendaciones o sugerencias de solución facilitadas por un tercero que interviene para tal efecto”.³⁷

La conciliación la desempeñan organismos e instituciones a través de procedimientos formalizados, se lleva a cabo por un tercero ajeno a la controversia, denominado conciliador que es el encargado de facilitar la comunicación emitiendo opiniones, proponiendo soluciones justas y razonables; las partes conservan el poder de decisión al respecto, si la aceptan se estructura el convenio que adquiere la característica de transacción.³⁸ Sin embargo, para efecto de que se lleve a cabo se requiere forzosamente la voluntariedad de las partes para someterse a la conciliación, por lo que “quedaría entonces en el campo genérico de la resolución amigable o autocompositiva”.³⁹

³⁶ José Daniel Hidalgo Murillo, *op. cit.*, p. 174 y 175.

³⁷ *Idem.*

³⁸ La conciliación la encontramos en la Ley Federal de Protección al Consumidor, (inicia con queja, establecimiento del procedimiento en el artículo 99, con la utilización de las medidas de apremio y el artículo 111), en la Ley Federal de Derechos de Autor, (establece en el artículo 217 el procedimiento de avenencia), Ley de Propiedad Industrial(procedimiento de arbitraje artículo 227), en la Ley de Propiedad en Condominios de Inmuebles para el Distrito Federal(Procedimiento conciliatorio y de arbitraje), en la Ley Federal del Trabajo(audiencia trifásica contenida en el artículo 883), en la Ley Agraria(en aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), en el Código de Procedimientos Civiles(audiencia previa y de conciliación artículo 272-A.).

³⁹ Helena Soletto Muñoz y Milagros Otero Parga, *op. cit.*, p. 135.

Sección Artículos de Investigación

En la conciliación tenemos a un tercero neutral a quien las partes ceden cierto control sobre el proceso para comparar las pretensiones tratando de llegar a un acuerdo que elimine la contienda.

Laura Pastrana expone el concepto de mediación en los siguientes términos:

La mediación es un proceso para trascender y transformar ciertas controversias, que requieren como presupuesto la existencia de un conflicto y la voluntad de resolverlo, así como la intervención de un tercero ajeno a la disputa llamado mediador, que a través de técnicas flexibles, armónicas y diferentes en cada caso, tiene como función principal establecer canales de comunicación entre los conflictuantes, y en su caso, proponer alternativas de regulación basadas en la equidad; cuyo fin último es la elaboración de un convenio que beneficie a todas las partes en conflicto, sin que prevalezca el ánimo de ganador o perdedor en ninguno de ellos, con lo que se favorece el sentimiento de justicia y el restablecimiento del orden y de la paz social.⁴⁰

A la definición anterior podemos sumar la de Rosalía Buenrostro en los siguientes términos:

El procedimiento voluntario para ayudar a que dos o más personas encuentren la solución a un conflicto en forma pacífica, en el que para ello interviene un tercero neutral carente de poder de resolución, quien, utilizando diversas técnicas para lograr una buena comunicación, las apoya no sólo facilitando un diálogo a través de un esfuerzo estructurado, sino también enfocándolas en sus necesidades e intereses reales dentro de una negociación cooperativa, con el propósito de que, por el mutuo reconocimiento de los mismos y sus responsabilidades en las causas que dieron lugar al conflicto, pongan fin a su controversia, construyendo un acuerdo equilibrado y de mutua satisfacción que les permita resolverla en forma privada.⁴¹

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos tienen entre sí diferencias que nos ayudan a identificarlos y a determinar cuál de ellas debe utilizarse para llegar a la justicia restaurativa, en la mediación el mediador no sugiere, no opina, no plantea ni genera fórmula oficial alguna, tiene como único objeto ayudar a las partes a través de técnicas científicas a generar sus propias soluciones, las partes deciden completamente el contenido del acuerdo; en la conciliación el conciliador sugiere y opina, propone soluciones que se pueden aceptar o rechazar, la propuesta es formal, tratándose de generar una composición equitativa del conflicto; en la negociación se da una comunicación directa entre las partes para tratar de acordar la solución,

⁴⁰ Helena Soletto Muñoz y Milagros Otero Parga, *op. cit.*, p. 3.

⁴¹ Edgar Baqueiro Rojas, *et al.*, *Derecho de familia*, México, Oxford, 2005. p. 309.

la confrontación de intereses debe ser resuelta por las partes aprovechando los distintos valores que cada una de ellas asigna a la toma de decisiones, las partes tienen la ventaja de permitir mantener el control absoluto del proceso, sobre la posible solución, cediendo recíprocamente en algunos puntos, puede haber un intercambio o compromiso de derechos; el arbitraje se constituye en virtud de un compromiso o cláusula compromiso, generando la obligación de agotar un procedimiento adversarial, constituyéndose una relación antagónica entre actor y demandado, resolviéndose a través de un laudo de carácter vinculante, cuyo cumplimiento podría ser desde voluntario hasta coactivo por parte del juez a quien le correspondería resolver la controversia tomando en consideración la competencia.

Por su parte la Ley de Justicia Alternativa, del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, en el Capítulo Primero, referido a las disposiciones generales en el artículo 2, afirma que para los efectos de la ley se entenderá:

Justicia alternativa: procedimientos distintos a los jurisdiccionales para la solución de controversias entre particulares.

Mediación: procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador.

María Olga Noriega también afirma que:

En veinte entidades federativas en México se han llevado a cabo reformas, con el fin de agilizar los procedimientos penales y facilitar la reparación del daño a las víctimas u ofendidos por un delito, mediante mecanismos alternativos de solución de controversias [...] en el Distrito Federal con fecha 30 de Abril de 2007, y por medio de un acuerdo del consejo de la judicatura, con el fin de instaurar el proceso de mediación en aquellos delitos considerados por nuestra ley como no graves, perseguibles por querrela de parte ofendida, y con una penalidad máxima de cuatro años de prisión o bien sancionables con pena alternativa o pecuniaria.⁴²

Además, afirma que el delito a final de cuentas es un conflicto social y no una mera infracción a la norma, en donde se tiene como objetivo que a la víctima se le repare el daño causado, y para efecto de que el victimario tome conciencia del hecho delictivo cometido a la víctima y a la sociedad, ya que, sobre todo, debe pretenderse que obtenga una culpa resocializadora, mucho más eficaz que la imposición de una pena de prisión a través de un procedimiento de naturaleza penal, humanizando a las partes que se enfrentaron en la conducta típica y otorgarles la dignidad como seres humanos.⁴³

⁴² María Olga Noriega Sáenz y Mariel Albarrán Duarte, "La justicia alternativa en la reforma al sistema de justicias penal", *Iter Criminis*, 6, Cuarta Época, INACIPE, México, nov-dic. 2008, p. 113.

⁴³ María Olga Noriega Sáenz y Mariel Albarrán Duarte, *op.cit.*

Sección Artículos de Investigación

Por tanto “la mediación surge en el derecho penal como un medio adecuado para desjudicializar los conflictos surgidos en algunas clases de conductas tipificadas como delitos”.⁴⁴

El 24 de enero del 2007, el Pleno del Consejo emitió el acuerdo 6-04/2007, mediante el cual, en su inciso e) se autorizaron los trabajos de instauración del servicio de mediación penal en el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, con la aplicación de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal⁴⁵ y La Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia.⁴⁶

En lo que respecta a la conciliación, ésta se encuentra regulada en el acuerdo A/004/03 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por el que se establecen los lineamientos para que los agentes del ministerio público, en las averiguaciones previas de querrela, promuevan la conciliación entre el inculcado y el ofendido.

Tomando en consideración la forma en que se llevan a cabo los procesos en materia penal, y que se encuentran regulados y reglamentados, como ya se indicó, descartaríamos el arbitraje y la negociación, dejando la conciliación y la mediación como los únicos mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal.

Lo revisado a lo largo de esta investigación nos lleva a determinar con más fundamento que los mecanismos alternativos de solución de controversias, como lo llama la reforma de junio del 2008, al artículo 17 constitucional, no son sinónimos de justicia alternativa, este es el sistema, la generalidad; los mecanismos alternativos son los procesos mediante los cuales podemos llegar a la justicia restaurativa, entre los que se encuentran la mediación y la conciliación.

Máxime que el artículo 20 apartado “A” fracción VII, determina que una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculcado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad; apartado que genera la posibilidad de la aplicación de las salidas alternas, como el criterio de oportunidad, los acuerdos reparatorios, la suspensión del proceso a prueba, y el procedimiento abreviado. Por

⁴⁴ Gonzalo Armenta Hernández, *op. cit.*, p. 124.

⁴⁵ En donde en el artículo tercero conceptualiza la mediación como una forma de fomentar la convivencia social y armónica con la voluntad mutua de los particulares a través del diálogo y la tolerancia.

⁴⁶ En los artículos 186 bis, 186 bis 1, 186 bis 2, en el artículo 201 fracción XIV; el artículo 9 bis fracción XV, bajo la figura de la autocomposición en materia penal por controversias entre los particulares originadas por conductas tipificadas como delito, en cuanto a la reparación del daño.

que es a través de los acuerdos reparatorios que cobra vida la mediación y la conciliación.

La Ley de Justicia Alternativa, del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, indica que procede la mediación penal, en el marco de la justicia restaurativa, por controversias entre particulares originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, siempre que se persiga por querrela de parte ofendida y en cualquier caso no considerado grave perseguible de oficio, en cuanto a la reparación del daño.

La justicia restaurativa surge como un complemento de la retributiva, en donde el Estado es el único facultado para investigar e imponer castigos o sanciones, no conduce a que el imputado se responsabilice de sus actuaciones y reconozca el daño causado a la víctima u ofendido, por lo que su objetivo será la satisfacción de los derechos vulnerados de la sociedad, de la víctima y del ofendido.⁴⁷

Por tanto, concluimos lo siguiente, la reforma constitucional no acogió el concepto de justicia alternativa, sino el de mecanismos alternativos de solución de controversias, al establecer que la ley preverá mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en que se requerirá supervisión judicial.

La mediación y la conciliación, conocidas como medios alternativos de solución de conflictos, son procedimientos no adversariales, autocompositivos que en su momento permitirán flexibilizar, economizar y descongestionar el sistema penal sin tener que acudir al juicio oral, medio que en su momento nos dará como resultado la terminación anticipada del proceso a efecto de que se puedan estructurar los mecanismos alternativos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conocidos como reparación del daño, suspensión condicional del proceso, el juicio abreviado y los criterios de oportunidad; y a su vez estos mecanismos nos generarán una justicia reconocida como restaurativa en donde se destaca, desde todas sus formas, la reparación del daño, sanando las heridas causadas por el delito y a efecto de que la víctima reaparezca en el escenario penal y que al imputado no se le excluya de la sociedad, pues ha rectificado su posición.

Las salidas alternas se constituyen como formas de solución de los conflictos penales, mismos que han sido adoptados y reconocidos por el Estado a nivel constitucional por lo cual deben ser reglamentadas legalmente.

Por tanto, concluimos lo siguiente, la reforma constitucional no acogió el concepto de justicia alternativa, sino el de mecanismos alternativos de solución de controversias, al establecer que la ley preverá mecanismos alternativos de solución de controversias.

⁴⁷ Henry Arturo Cruz Vega, *op. cit.*

Interesa aún a modo de conclusión determinar en qué consisten la reparación del daño, la suspensión condicional del proceso, el juicio abreviado y los criterios de oportunidad, por que ellas mismas ofrecen distintas soluciones a las controversias:⁴⁸

- Acuerdos reparatorios, son aquellos que recogen un pacto entre la víctima u ofendido y el imputado con el fin de establecer la solución del conflicto “a través de cualquier mecanismo idóneo”, que tenga el efecto de concluir el procedimiento anticipadamente, acuerdos que van a proceder según la regulación estatal establecida. Pero regularmente se habla de delitos culposos, de aquellos en donde proceda el perdón del ofendido, de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas, o bien, que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional o bien cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión y carezcan de trascendencia social. Acuerdos que proceden antes de decretarse el auto de apertura a juicio oral, es decir, desde la etapa de investigación hasta la conclusión de audiencia intermedia, preliminar o de preparación. Para llegar a la obtención del acuerdo reparatorio se puede solicitar la suspensión del proceso, para llevar a cabo la mediación o la conciliación, mecanismos en donde la víctima u ofendido tienen una reparación dentro del proceso penal, acusatorio, oral, adversarial, ya que para hacer efectiva la alternativa de terminación anticipada, primero deberá repararse el daño causado y ratificar el acuerdo reparatorio ante la autoridad competente en función de la etapa en que se genere y, sobre todo, que exista un acuerdo entre víctima e imputado.
- Suspensión condicional del proceso a prueba, salida alterna que procede cuando ya se ha dictado el auto de vinculación a proceso por un delito cuya pena máxima no exceda de cinco años, el imputado no haya sido condenado por delitos dolosos, no tenga o haya tenido otro proceso suspendido a prueba y no exista oposición fundada del ministerio público y de la víctima u ofendido. Procede a solicitud del ministerio público, se puede generar hasta antes de acordarse la apertura a juicio oral, resolviéndose en audiencia donde el imputado planteará un plan de reparación del daño causado con la imposición por parte del juez de algunas condiciones que debe cumplir, condiciones que se establecerán tomando en consideración el listado incorporado en cada uno de los códigos adjetivos de los estados. Si las condiciones impuestas son cumplidas se dejarán sin efecto, extinguiéndose la acción penal, su objetivo es evitar las consecuencias de la pena privativa de libertad, no se segrega al imputado de la comunidad y de su familia, pero siempre estará bajo la supervisión judicial y con la amonestación de revocar las condiciones en caso de incumplimiento con la posibilidad de la imposición de una condena.
- Aplicación de los criterios de oportunidad. El párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos incorpora expresamente esta figura al señalar que el ministerio público podrá considerar criterios

⁴⁸ Carlos F. Natarén Nandayapa, *et al.*, *op. cit.*

de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley, el criterio de oportunidad, en otras palabras, implica que no obstante que se reúnan los requisitos legales para el ejercicio de la acción penal, el ministerio público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, en consideración de las características particulares de cada caso, de los criterios generales que al efecto se dispongan por parte del procurador general de justicia, como parte de una política criminal instaurada. Teniendo como requisito de procedibilidad que previamente se haya reparado el daño causado y que se ajusten a los elementos de procedencia legal. Se constituye como una excepción al principio de legalidad en donde el ministerio público tiene la obligación de perseguir y dirigir la investigación.

- Procedimiento abreviado, es una figura expresamente reconocida en la fracción VII del apartado A del artículo 20 constitucional, al indicar que una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citara a audiencia de sentencia.

Tanto la mediación como la conciliación se justifican en virtud de que nos dan la posibilidad de terminar anticipadamente los procesos relacionados casi todos con la práctica de imposición de penas, la eliminación de la sobrepoblación penitenciaria generada por el crecimiento y diversificación de la delincuencia, a modificar la configuración actual del sistema procesal penal, el cual realiza un uso intensivo de la prisión y, en particular, de la prisión preventiva, el uso de la prisión para castigar delitos menores tomando en consideración el riesgo de mezclar personas de muy bajo perfil delictivo con internos endurecidos por delitos graves.

Finalmente, pienso que una alternativa al problema del sistema penitenciario pasa por una aplicación efectiva del sistema de justicia restaurativa; sin embargo, hay que entender su fundamento constitucional, tratamiento doctrinal y cómo debe darse su tratamiento legal, más aun cuando estamos en espera de darse a conocer el Código de Procedimientos Penales que debe regir los juicios orales, penal, acusatorio y adversarial en el Distrito Federal.

Fuentes de consulta

Arellano García, Carlos. *Segundo curso de derecho procesal civil*. México, Porrúa, 2000.

Arellano Trejo, Efrén. "Impacto de la reforma constitucional en el sistema de ejecución de sentencias". México, Cámara de Diputados-Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, febrero del 2011 (*Documento de Trabajo*, 104).

Sección Artículos de Investigación

- Armienta Hernández, Gonzalo. *El juicio oral y la justicia alternativa en México*. México, Porrúa, 2009.
- Ascencio Romero, Ángel. *Teoría general del proceso*. México, Trillas, 1998.
- Baqueiro Rojas, Edgar *et al.* *Derecho de familia*. México, Oxford University Press, 2005.
- Barros Leal, César. *Prisión, crepúsculo de una era*. México, Porrúa, 2000.
- Cárdenas Rioseco, Raúl F. *La prisión preventiva en México*. México, Porrúa, 2004.
- Chávez Castillo, Jorge A. *El sistema penitenciario en México. ¿Una reforma en marcha?* [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://revistareplicante.com/el-sistema-penitenciario-en-mexico>> [con acceso el 8 de abril del 2013].
- Cruz Vega, Henry Arturo. *Los principios sustanciales del proceso penal con tendencia acusatoria en México*. México, Flores Editor y Distribuidor, 2010.
- Fernández Muñoz, Dolores Eugenia. *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid [España], Trotta, 1997.
- Fix-Fierro, Héctor. *Tribunales justicia y eficiencia*. México, UNAM, 2006.
- Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona [España], Gedisa, 1996.
- _____. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México, Siglo XXI Editores, 1996.
- García Ramírez, Francisco Javier. *El control social sobre el individuo, la sociedad y el Estado*. México, Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, 2008.
- Gorjón Gómez, Francisco Javier y José Guadalupe Steele Garza. *Métodos alternativos de solución de conflictos*. México, Oxford University Press, 2010.
- Hendler, Edmundo S. *Las raíces arcaicas del derecho penal*. Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2009.
- Hernández Álvarez, Martha. “Justicia restaurativa”. En Mauricio Moreno Vargas. *Nuevo sistema de justicia penal para el Estado de México*. México, Porrúa, 2010.
- Hidalgo Murillo, José Daniel. *Justicia alternativa en el proceso penal mexicano*. México, Porrúa, 2010.
- Llovet Rodríguez, Javier. “Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil”. En David Baigún *et al.*, *Estudios sobre la justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maler*. Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2005.
- Lorences, Valentín H. *Excarcelación y exención de prisión. Doctrina, jurisprudencia, modelos*. Buenos Aires, Universidad, 2002.
- Manual de procedimientos para la justicia alternativa.
- Morris, Norval. *El futuro de las prisiones*. México, Siglo XXI Editores, 2001.
- Natarén Nandayapa, Carlos F. *et al.* *Aspectos relevantes de la litigación oral en el nuevo proceso penal acusatorio*. México, IBIJUS, 2008.
- Noriega Sáenz, María Olga y Mariel Albarrán Duarte, “La justicia alternativa en la reforma al sistema de justicias penal”. *Iter Criminis*. INACIPE. 6, Cuarta Época, México, nov-dic. 2008.

- ONU. *Informe del Secretario General*, Consejo Económico y Social, Justicia restaurativa. Adición, Informe de la Reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa, Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, Anexo, 1, E/CN.15/2002/5Add.1.
- _____. “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”, en *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*, Nueva York, 2007.
- Oronoz Santana, Carlos M. *Tratado del juicio oral*. México, Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, 2012.
- Ortiz Ortiz, Serafín. *Los fines de la pena*. México, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, 1993.
- Ovalle Favela, José. *Teoría general del proceso*. México, Porrúa, 2010.
- Palacios, Elizabeth. “Entrevista a Mike Ledwige. La justicia restaurativa: Por el bienestar de las víctimas”. *DFensor*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Año V, núm. 6. México, junio 2007.
- Palacios Pámanes, Gerardo Saúl. *La cárcel desde adentro*. México, Porrúa, 2009.
- Pastrana Aguirre, Laura Aída. *La mediación en el sistema procesal acusatorio en México*. México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.
- Pavarini, Massimo. “Concentración y difusión de lo penitenciario. La tesis de Rusche y Kirchheimer y la nueva estrategia de control social en Italia”, *Cuadernos de Política Criminal*. Vol. 7. 1979.
- Poquet, Alejandro. *Temas de derecho penal y criminología*. Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Pratt, John. *Castigo y civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*. Barcelona, Gedisa, 2006.
- Quinto informe de labores de la Secretaría de Seguridad Pública*, Subsecretaría del Sistema Penitenciario. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.ssp.gob.mx/portal/webapp/showbinary?modeId=/bea%20repository/1152053archivo>> [con acceso el 20 de febrero del 2013].
- Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Guía de consulta ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma, publicado y difundido por el Gobierno Federal.
- Revilla González, José Alberto. “La mediación penal”. En Helena Soletto Muñoz y Milagros Otero Parga. *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid, Tecnos, 2007.
- Román Pinzón, Edmundo. *La víctima del delito en el sistema acusatorio y oral*. México, Flores Editor y Distribuidor, 2012.
- SSP. *Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional*. México, marzo del 2010. Prevención y readaptación social, cuadernos mensuales de población penitenciaria nacional, 2009. Información proporcionada mediante oficio Núm. SSP/SSPF/OADPRS/DGA/DPOP/3893/2010, del 23 de septiembre del 2010. [Web en línea]. Disponible desde Internet en: <http://www.asf.gob.mx/trans/informes/IR2009/tomos/tomo2/2009_1120_a.pdf> [con acceso el 20 de febrero del 2013].

Sección Artículos de Investigación

Soleto Muñoz, Helena y Milagros Otero Parga. *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid, Tecnos, 2007.

Legislación

Acuerdo A/004/03 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

Acuerdo 6-04/2007, emitido por el pleno del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, mediante el cual, en su inciso e) autoriza los trabajos de implementación del servicio de mediación penal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. México, Sista, 2008.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Porrúa, 2004.

Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Nuevas Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa, del 24 de enero del 2007.

Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.