

RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LOS CONFLICTOS PENALES

Rita Aurora MILL

SUMARIO: I. *Introito*. II. *Una reflexión previa*. III. *La reforma constitucional mexicana de 2008*. IV. *Los medios alternos de resolución de conflictos y su acogida en la reforma constitucional de 2008*. V. *Las salidas alternas previstas*. VI. *La normativa mexicana*. VII. *La normativa argentina*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTROITO

Cuando Carina Gómez Fröde¹ me invitó a participar de este libro, lo primero que pensé fue cuál podría ser el tema a desarrollar. Supuse que tendría que tratarse de alguno vinculado a la vasta obra del doctor Humberto Briseño Sierra.

A poco pensar vino a mi mente una lejana conversación que mantuviera con él en Asunción del Paraguay. No lo había tratado mucho personalmente, y me invitó a desayunar en una pequeña mesa del hotel adonde nos alojamos quienes participábamos de un Congreso del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Enseguida me hizo una serie de preguntas dirigidas a saber qué opinaba respecto de algunos temas procesales. Luego sus interrogantes se direccionaron al tema del arbitraje. Pronto me preguntó cómo veía la posibilidad de provocar el acercamiento de las partes tendentes a lograr una solución de sus diferencias fuera de los estrados judiciales. Le expresé que lo creía factible, y que podría tener muy buenos resultados en el ámbito de los conflictos civiles, en especial de familia, comerciales y laborales, pero que no lo creía posible en el área penal. Me preguntó por qué, y le expresé mis razones. Me escuchó atentamente, sin hacer mayores comentarios, pero me sugirió pensarlo. Claro, era la sugerencia de un visionario, de alguien diferente, y es por ello que estamos convocados hoy a recordarlo. No es casual la convocatoria.

¹ Agradezco a la muy querida amiga el haber hecho posible mi participación en este tan merecido homenaje al destacado profesor mexicano don Humberto Briseño Sierra.

Han pasado muchos años desde aquella conversación con el maestro. Cómo ha cambiado mi parecer, y creo que el de muchos, respecto de esta temática. Aquella invitación a la reflexión no fue vana, a qué punto, que el trabajo que sigue está basado en una tarea de investigación que realizara en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM sobre la resolución alternativa de los conflictos penales.

Hace exactamente cincuenta años el profesor Briseño Sierra publicaba su obra *El arbitraje en el derecho privado. Situación internacional*.² En la “Introducción”, se lee:

Así como del proceso judicial se predica la unidad conceptual, por más que las decisiones recaigan sobre las más diversas cuestiones, civiles o penales, administrativas o constitucionales, castrenses o canónicas, laborales o agrarias, también el arbitraje es institución única, aunque a veces se refiera a contiendas internacionales o transnacionales y en otras ocasiones se trate de diferencias civiles o mercantiles reguladas por el derecho interno.

Se adentra luego en la evolución histórica del arbitraje desde antes de la llegada de Cristo. De su lectura se van extrayendo conclusiones trascendentes: el uso del arbitraje, con la intermediación de terceros ajenos, permitió resolver conflictos de la más diversa naturaleza, entre particulares o entre Estados, pequeños o magníficos. En los distintos momentos de la humanidad, recurriendo a la mediación de sujetos diferentes, hasta del papa —cuando el predominio de la Iglesia católica se hiciera sentir en extremo—, las personas y las naciones intentaron dirimir sus diferencias lejos de los tribunales.

La importancia de esta ligera revisión histórica es por cierto mucha, porque deja advertir que la intervención de terceros aceptados por las partes ha permitido incluso evitar guerras entre hermanos y entre naciones. Si esto fue así, ¿por qué no habríamos de imaginar la posibilidad de que dos personas involucradas en un conflicto encuentren en el accionar de un tercero una salida posible, que los aleje de los tribunales, satisfaciendo sus respectivos intereses de manera más expedita y hasta quizá más equitativa?

II. UNA REFLEXIÓN PREVIA

Puesta a pensar en la genial utopía del hombre desde que es pequeño, cual es ser tratado con justicia por sus padres y sus maestros, por sus pares, cuando es adulto, advierto que esto último nos enfrenta a paradojas inconciliables.

² Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje en el derecho privado. Situación internacional*, México, Imprenta Universitaria, 1963.

Siempre afirmamos que en todo Estado de derecho el último baluarte de las libertades ciudadanas es la justicia, y a ella se recurre cuando nos sentimos vulnerados o tan siquiera amenazados en su disfrute. Pero hoy ese sentimiento va mucho más allá, porque el hombre moderno tiende a judicializar todas las situaciones de su vida diaria, llegando a extremos a veces increíbles, como recurrir a un juez por el resultado de un partido de fútbol que se estima mal arbitrado. Ni qué hablar cuando se enfrenta a temas sociales o económicos trascendentes, a la defensa de intereses colectivos u otros. Sin embargo, esas mismas personas, cuando deben responder a una encuesta que refiera a la confianza que le merecen sus instituciones públicas, en una gran mayoría se expresan de manera negativa respecto del accionar de sus jueces. Recurren a ellos, pero no confían en ellos.

En sentido semejante se expresa Binder:

Estos nuevos intercambios sociales y económicos, su aceleración general, y el desajuste de otros por la modificación profunda del entorno institucional (en sentido amplio) aumentaron las condiciones de riesgo y generaron una situación real o simplemente una sensación de inseguridad. Esta situación se ha dado en muchos niveles, desde las relaciones económicas hasta la vida familiar, desde las complicaciones para el manejo de la nueva velocidad del mercado financiero hasta el aumento de la conflictividad y la violencia. El aumento del riesgo, la inseguridad objetiva y la sensación de inseguridad ponen en tensión a los sistemas normativos y hacen nacer la pregunta por la eficacia de las normas.

La incertidumbre en la interacción social —sigue—, y la pregunta acerca de las nuevas reglas de juego pone en crisis al sistema normativo en dos dimensiones: por una parte las reglas sustanciales previstas no se ajustan a las nuevas necesidades de convivencia y, por otra parte, el cumplimiento desigual, o la ineficacia directa del sistema normativo, es decir, sus reglas de aplicación, generan mayor incertidumbre todavía.³

Esas y otras razones han contribuido, en consecuencia, a que la sociedad perciba los problemas de sus sistemas normativos y judiciales, sacándolos de la indiferencia o de los márgenes de la vida social y política, y poniéndolos, si bien no en el centro, en un lugar visible dentro del conjunto de problemas institucionales.

Es notable cómo en los últimos años el sistema judicial ha recuperado cierta visibilidad. Se discute alrededor de su funcionamiento; asimismo, ha

³ Binder, Alberto M. y Obando, Jorge, *De las "Repúblicas Aéreas" al Estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, pp. 218 y 219.

ganado espacios en la prensa, todo lo cual demuestra la necesidad de abordarlo como un genuino problema institucional.

Lógica consecuencia de ese concurrir a los estrados judiciales ante cualquier situación que se crea así lo amerita, de esa judicialización de los diarios acontecidos, es el desorden de los estrados judiciales, y más puntualmente de la justicia penal, tan vinculada a los desbordes producidos por la desocupación creciente en nuestros países, la penetración incesante de los tentáculos extendidos por las organizaciones transnacionales de criminalidad organizada y otros tantos factores socioeconómicos y políticos, que lamentablemente no son sólo patrimonio nuestro.

La crisis derivada de la profunda inadecuación del sistema normativo y judicial con respecto a los procesos políticos y sociales actuales se enmarca además en una crisis general de la legalidad, e incluso de la razón jurídica. Ello no es producto de una moda o la difusión de una determinada escuela del pensamiento, sino que tiene directa relación con la llamada crisis general del Estado moderno, tanto en sus aspectos operativos y estructurales como en las condiciones de legitimidad que provienen de la cultura que lo ha gestado y lo sustenta.⁴

El colapso de los tribunales penales impone la obligación de buscar alternativas posibles de simplificación que nos conduzcan precisamente a lo contrario; es decir, a la desjudicialización de todos los conflictos sociales que por sus características propias así lo permitan, para hacer posible un mayor avocamiento del aparato estatal a la persecución y esclarecimiento de los ilícitos de mayor envergadura. Se torna entonces impostergable una adecuada *recategorización de los conflictos*. Como se ve, por una parte, saturamos los tribunales, ahora, al parecer, estamos tratando de salirnos de ellos.

A la crisis del derecho —dice Elías Neuman—⁵ se suma la de la prisión. En estos tiempos se ensayan. Una es la del retribucionismo absoluto o de mano dura y tolerancia cero del Manhattan Institute de Nueva York y las empresas estadounidenses que venden esa tecnología a otros países (a San Pablo en Brasil, a la Ciudad de México en México). Una segunda es la del abolicionismo penal (Hulsman, Bernat de Celis). La tercera es la del minimalismo penal, que sugiere la necesidad científica y humana de la utilización del derecho y de la ley penal *in extremis*, como *ultima ratio* (Christie, Baratta, Ferrajoli, Hassemmer). Cabría hablar de una cuarta posibilidad, muy vinculada a la tercera, que podría denominarse *alternativa*: la justicia penal consensuada derivada de la idea de una política penal restaurativa y resarci-

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 45.

⁵ Neuman, Elías, *Mediación penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005, p. 41.

toría para con la víctima del delito, en la que el resarcimiento puede erigirse en un modelo de pena sustitutivo de la prisión tradicional.

Las últimas consideraciones de Neuman nos ponen de cara a lo que se dio en llamar la tercera vía en el derecho penal trabajada por Roxin en Alemania, y que los argentinos conociéramos hace muchos años de la mano del maestro Julio Maier, quien en su momento expresaba:

Es indudable que el principio de oficialidad está en crisis. Mal que nos pese existen criterios selectivos no institucionalizados, que eliminan un sinnúmero de hechos punibles de la persecución penal. Es que se trata básicamente, de un derecho autoritario, en el sentido de un derecho de la autoridad, que deja de lado, por regla casi absoluta, toda influencia de la voluntad particular en la administración de la reacción contra el ataque, esto es, se trata, del derecho a castigar, a infligir un castigo o desarrollar una violencia por parte del Estado, contra una persona a manera de reacción por aquello que representa, que hizo o que dejó de hacer.⁶

En la misma línea de pensamiento, leo a un colega mexicano,⁷ que así se expresa:

Abolicionismo del derecho penal; garantismo procesal; derecho penal mínimo; derecho penal de última ratio en estrados legislativos y/o derecho penal prima ratio en estrados jurisdiccionales, despenalización, destipificación de conductas, formas alternativas de solución del conflicto, como *la conciliación*, la aplicación de criterios de oportunidad reglados y la suspensión del proceso a prueba, son temas quizá más importantes que determinar si se procede mediante un sistema acusatorio, inquisitivo o mixto.

Esto será posible solo si se alza, dice Ricardo J. Klass,⁸ sobre un pilar fundamental: repensar a la justicia como un acceso a la solución de conflictos, dejando de lado la idea por la cual el Estado, en una concepción paternalista y autoritaria, pretendía —con escasísimo o nulo éxito— reprimir todas y cada una de las manifestaciones delictivas, lo que se sabe resulta imposible.

⁶ Maier, Julio B., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 2a. ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 161.

⁷ Hidalgo Murillo, José D., *El derecho penal a juicio*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2007, p. 137.

⁸ Klass, Ricardo, “La obligatoriedad de la persecución penal”, *La Ley*, 16 de julio de 2004, p. 2.

Bien afirmaba Roxin,⁹ que

La protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El derecho penal sólo es, incluso, la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema como la acción civil, las sanciones no penales, etcétera. Por ello, se denomina a la pena como “la última ratio de la política social” y se define su misión como de *protección subsidiaria de bienes jurídicos*.

Concluyo citando a Ciuro Caldani, quien cerrara una disertación en la ciudad de Rosario,¹⁰ Argentina, con esta reflexión:

Además de las más amplias y mejores posibilidades de solución para ciertos casos, que satisfacen una visión “microjurídica” que se ha venido imponiendo en la comprensión de los hombres de derecho, el desarrollo de *las vías alternativas* (tal vez mejor, complementarias) para la solución de conflictos significa también un enriquecimiento de la “perspectiva macrojurídica” que se debe desarrollar. Las soluciones complementarias como *la negociación y la mediación*, enriquecen el panorama de conjunto del derecho y mejoran al fin *el despliegue de la condición humana*.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA DE 2008

México, extenso y multifacético país, que al igual que el mío —Argentina— hunde sus raíces en tierras hispanas que se mezclan con las propias, ha producido hace cinco años (junio de 2008) la mayor reforma constitucional de que se tenga noticias desde la sanción de la carta magna de 1917.

Tengo para mí que su importancia deriva no sólo de la cantidad de artículos corregidos, sino por el contenido de ellos. Se trata, a no dudarlo, de un cambio sustancial en orden a la tramitación de los procesos penales.

Y eso está bien. Es decir, es bueno que sus autoridades ejecutivas y legislativas hayan advertido la necesidad, ya impostergable, de posicionar

⁹ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, t. 1, p. 65.

¹⁰ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, conferencia en la Facultad de Derecho de Rosario sobre el tema: “Comprensión iusfilosófica de la negociación, la mediación y el arbitraje”.

al país, también en este tema, a la altura de las exigencias internacionales. Claro que con lo hecho, la tarea recién comienza.

Ahora corresponderá al otro poder del Estado, el Judicial, dar vida a lo plasmado en la norma constitucional, ya que es sabido que las mejores intenciones de los constituyentes sucumbirán en el olvido y se convertirán en discursos vacíos si los encargados de convertirlos en realidad no asumen en su total cabalidad la responsabilidad que la hora les impone.¹¹

Bien se ha dicho que “la calidad humana de una nación puede ser medida ampliamente por *los métodos que usa* en la aplicación de su derecho penal”.¹² Y esto es así, porque el poder penal es el más fuerte y violento que puede ejercer un Estado sobre los miembros que lo integran.

La historia de la humanidad ha demostrado que en una sociedad autoritaria las garantías del debido proceso están mucho más acotadas que en una sociedad respetuosa de la libertad de sus ciudadanos. Reiteradamente ha expresado Roxin,¹³ que el tipo de proceso penal que funciona en un Estado es el “sismógrafo” (termómetro, barómetro), que permite medir su carácter autoritario o liberal.

El proceso penal aparece siempre como un campo de conflictos, particularmente sensible, entre los intereses de la comunidad y los derechos individuales básicos. Encontrar el adecuado equilibrio entre las razones primarias de todo proceso penal: castigo al culpable y protección del inocente, constituye el desafío permanente de quienes nos dedicamos a esta ciencia.

Así como cada tiempo de la historia tiene su arte, su música, su arquitectura, también tiene su tipo de proceso penal, que además de acomodarse a los tiempos deberá atender la idiosincrasia de la población para la que pretende regir. Bien señalaba Bettioli¹⁴ que el proceso penal “es un efecto de la cultura o civilización y puede venir plena y rectamente entendido sólo en directo contacto con los valores que influyen en un determinado tipo de vida civil”.

¹¹ Es lamentable que los miembros del Poder Judicial no fueran incluidos, en general, en el marco de consulta de la reforma. Omisiones de este tipo, a veces involuntarias, suelen generar resistencias naturales, aunque no saludables, pero tampoco insuperables. Confío en la especial sensibilidad de los miembros de un poder que supe integrar durante casi cuatro décadas.

¹² Earl Warren, quien fuera presidente de la Corte estadounidense, en su voto en el fallo “Miranda vs. Arizona”, 1996.

¹³ Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2000, p. 10.

¹⁴ Bettioli, Giuseppe, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, trad. de Faustino Gutiérrez-Alvis y Conradi, Bosch, 1977, p. 174.

Y al parecer México comprendió que más allá de la circunstancia de que varios de sus 31 estados ya habían caminado por los andariveles de la “modernidad” (Chihuahua, Oaxaca, Morelos), en su condición de nación federal, le correspondía bajar línea desde la propia Constitución nacional, para que aquellos estados aún remisos lo hicieran en el plazo que ella prevé, a fin de preservar la responsabilidad internacional que pudiera generarse para la nación, a partir de la aplicación de procesos penales no respetuosos de la actual concepción del debido proceso penal acorde con las normas de los tratados internacionales de derechos humanos receptados por el Congreso de la Unión, y la jurisprudencia surgida de su interpretación por los organismos de aplicación. Valen las mismas consideraciones para los códigos procesales penales del orden federal y de la Ciudad de México.

IV. LOS MEDIOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y SU ACOGIDA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

La lectura del artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución reformada no deja lugar a dudas. Surge claro el objetivo de direccionar el proceso penal hacia modernos conceptos e institutos de última generación, como son los medios alternativos de resolución de conflictos o de resolución alternativa de disputas (RAD).

Un tema que sin duda es toral en este sistema acusatorio, y que si no se lleva a cabo de una manera eficiente no podrá tener éxito la reforma en sí, es el de los mecanismos alternativos de solución de controversias. Así se expresaba Felipe Borrego Estrada¹⁵ durante las Jornadas de Justicia Penal realizadas en 2008.

Los denominados mecanismos alternativos echan mano de la autocomposición —medio tradicional de solución de litigios—, a la que se brindó acceso, desde hace tiempo, a través del creciente favorecimiento de la querrela (concebida como requisito de procedibilidad y, en consecuencia, “querrela mínima”) y el perdón (como causa de sobreseimiento), que franquean el paso a la mediación, la conciliación y la reconciliación.¹⁶ Con estas afirmaciones, el autor nos está recordando, que al fin y al cabo estas “nuevas” salidas al proceso penal no resultan tan extrañas ni tan nuevas en el ámbito

¹⁵ García Ramírez, Sergio e Islas, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia penal en Jornadas de Justicia Penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009, p. 39.

¹⁶ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008), ¿democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2009, p. 85.

jurídico nacional. Será solo, que hasta ahora, no se le había dado una adecuada lectura.

A su turno, el Dictamen de la Cámara de Senadores,¹⁷ casi en coincidencia con el de los diputados, sostuvo:

se comparte la idea de establecer mecanismos alternativos de solución de controversias que se traduzcan en una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita. Estos mecanismos alternos para la solución de controversias (la mediación, la conciliación y el arbitraje), permitirán en primer lugar cambiar el paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; también servirán para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño, que es una asignatura pendiente de nuestro sistema de derecho.

Como se advierte claramente de lo que acabo de transcribir, los constituyentes apostaron muy fuerte a estos medios diversos, casi anómalos, de concluir el proceso penal, a estos senderos indirectos, diferentes, que pueden permitir a los protagonistas de muchas disputas penales acceder a justicia, aunque no sea a través de la jurisdicción. Tengo para mí —quizás me equivoque—, que de la apuesta es algo exagerada. Tal vez, bien intencionada, creo que no se puede ligar el éxito o el fracaso de una reforma integral como lo es la constitucional de 2008, sólo al buen funcionamiento de estos institutos sustitutos.

Veamos qué es lo que al respecto se plasma en el texto constitucional. El artículo 17, tercer párrafo, primera parte, en su nueva redacción, dice: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”. En concordancia con esto, el artículo 18, párrafo sexto, al referirse al proceso para los adolescentes, prevé: “Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema (régimen para adolescentes), siempre que resulte procedente”.

Razón asiste a García Ramírez¹⁸ cuando al iniciar sus consideraciones atinentes al artículo 17 lamenta el empleo del término “mecanismos”, el que —dice— en aras del buen uso del idioma pudo sustituirse por medios o procedimientos. En efecto, ninguna de las cuatro acepciones que el término

¹⁷ Consulta: <http://www.senado.gob.mx>, sesión del 13 de diciembre de 2007.

¹⁸ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal...*, cit., p. 86.

tiene en el *Diccionario de la lengua española* se puede asignar a lo que con él se quiere significar en la redacción del artículo mencionado. Lo lamentable es que el error, fácilmente evitable, se ha deslizado en la ley de leyes.

V. LAS SALIDAS ALTERNAS PREVISTAS

Más allá de esa poca feliz denominación que les fue asignada a los medios alternativos, trataré de establecer qué procedimientos pueden estar comprendidos dentro del concepto y, por tanto, ser incorporados a las legislaciones secundarias.

Así, Natarén Nandayapa¹⁹ dice:

entiendo por salidas alternas, a las formas, en que de acuerdo a los nuevos códigos y regulados por ellos, el proceso penal termina, no en virtud de una resolución jurisdiccional —la sentencia— sino debido a la actuación e iniciativa de las partes... las cuatro principales salidas alternas que se incorporan a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que están funcionando en nuestro país en algunos Estados son: *los criterios de oportunidad, el juicio abreviado, los acuerdos reparatorios y la suspensión del proceso a prueba.*

Este punto de vista de un reconocido estudioso de la materia es coincidente con la opinión de Borrego Estrada,²⁰ diputado y secretario de la Comisión de Justicia de la Cámara respectiva al momento de llevarse a cabo la reforma constitucional. Destaco esta última circunstancia, porque el hecho de ser legislador en esas instancias hace que su opinión adquiera relevancia fundamental. En efecto, es sabido que dentro de los distintos tipos de interpretación de la ley (la del juez, la del doctrinario) y más allá de la importancia que se asigne a ellas, a la que se llama “interpretación auténtica” es a la que hace el legislador. De allí entonces la trascendencia que destaco.

Expresa Borrego Estrada:

Debemos entender por *salidas alternas*, a las instituciones conforme las cuales el proceso penal termina, no en virtud de una resolución jurisdiccional, sino debido a la *actuación o iniciativa de las partes*. Básicamente son cuatro las salidas alternas más comunes: 1) Criterios de oportunidad, 2) Procedimiento abreviado, 3) *Acuerdos reparatorios*, 4) Suspensión del proceso a prueba.

¹⁹ En Carlos, en García Ramírez, S. e Islas, O. (coords.), *La reforma constitucional...*, cit., p. 248.

²⁰ *Ibidem*, pp. 39 y ss.

Si bien es cierto que la Constitución no ha individualizado ningún medio alternativo en particular, esta enunciación hecha de manera equivalente por los mencionados arriba, unida al hecho de que dos códigos vigentes con anterioridad a la fecha de la reforma (Chihuahua y Oaxaca), identifican también estos institutos como salidas alternativas, podemos permitirnos concluir que esos cuatro “mecanismos” son los que tuvieron en mente los autores del proyecto finalmente convertido en norma.

Para concluir, diré que no podemos dejar de reconocer que la cultura del litigio, propia de nuestro esquema mental de reconocida raíz autoritaria, es ideológicamente opuesta a la cultura de la reconciliación. Es quizá ésta la más importante razón que impide a muchos aceptar como posible la aplicación de soluciones alternativas para resolver los conflictos sociales, particular en cuando ellos incursionan en el ámbito del derecho penal.

Existen también quienes ven en las soluciones alternativas, basadas sobre todo en el resarcimiento, el peligro del abolicionismo del régimen punitivo. Creo que se trata de un error conceptual, originado en la idea de sistemas absolutos e incompatibles, los que no parecen precisamente ser los requeridos en estos tiempos, ni desde el punto de vista ideológico ni pragmático.

VI. LA NORMATIVA MEXICANA

El artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución de la nación, prescribe: “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”.

Al abordar la temática, el Grupo de Trabajo Conatrib²¹ adoptó la denominación de “justicia restaurativa”, atendiendo al hecho —explica—, de que la denominación “conciliación” que utilizan algunas legislaciones latinoamericanas, excluye a ciertos programas que deben ser contemplados en el ámbito de aquélla.

La justicia restaurativa pone énfasis en la paz, no tanto en el delito, sino que se preocupa por la búsqueda de soluciones tanto para la víctima en lo relativo a la reparación del daño como para el imputado, para que se alcance la reconciliación entre las partes y al fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo.

²¹ Código Procesal Penal Modelo Conatrib (Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación), p. 71.

El grupo de trabajo decidió utilizar la nomenclatura del texto constitucional, y en el título quinto, en un solo artículo,²² plasmó lo relativo a “Los mecanismos alternativos de solución de controversias”.

Refiriéndose a esa decisión, expresaron que lo hacían así, atendiendo a la distinta naturaleza de la mediación y la conciliación.

Mediación: es el procedimiento voluntario en el cual un personal calificado, imparcial y *sin facultades para sustituir las decisiones de las partes*, asiste a los involucrados en una controversia, como *facilitador* de las vías de diálogo y la búsqueda en común de un acuerdo.

Conciliación: es el procedimiento voluntario en el cual un profesional calificado, imparcial y *con capacidad para proponer soluciones a las partes*, asiste a las personas involucradas en una controversia con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la búsqueda en común de un acuerdo.

El grupo de trabajo concluye aclarando que la regulación de este capítulo recoge las prácticas que se han desarrollado exitosamente en algunos estados de la Federación.

²² Código Procesal Penal Modelo Conatrib, título quinto: Mecanismos alternativos de solución de controversias. Capítulo único: Justicia restaurativa, artículo 122. Procedencia. “1. Proceden los mecanismos alternativos de solución de controversias: a) en delitos de acción privada, de acción pública a instancia de parte, los delitos culposos; aquellos en los que proceda el perdón de la víctima; los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas; en los que admiten presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional, así como en aquellos cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años y por las circunstancias concretas carezcan de trascendencia social. b) En los delitos de acción pública cuyo término medio aritmético de la pena no exceda de cinco años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no afecte el interés público, y víctima e imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa. c) En los delitos con pena superior a cinco años los mecanismos alternativos de solución de controversias sólo serán considerados para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la disminución de la pena, o la ejecución de la sanción. 2. Los mecanismos alternativos de solución de controversias podrán referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; la rehabilitación de derechos o pedimento de disculpas o perdón. 3. Cuando el Estado sea víctima, para estos efectos, será representada por el Ministerio Público. 4. En los siguientes delitos: los de carácter sexual; los cometidos en perjuicio de menores de edad; los de violencia familiar; los homicidios culposos que se cometan con motivo del tránsito de vehículos y el responsable conduzca en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, sicotrópicos u otras sustancias que impidan o perturben su adecuada conducción, y los cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, el juez de control no procurará el uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias entre las partes, salvo cuando lo solicite en forma expresa la víctima o su representante legal. 5. No procederá el uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza. Tampoco en los casos en que existe un interés público prevalente y así lo determine el Ministerio Público y lo solicite, en su caso, ante el juez de control”.

Habiendo efectuado un repaso muy ligero de las prácticas que de estos medios alternos de resolución de conflictos en materia penal muestran los estados de la Federación, tengo para mí, con algún margen de error, que éste no es mucho. Al parecer, en los últimos años comenzaron a producirse las reformas de la normativa procesal penal, en varios estados, y a cuyo abrigo, en centros creados al efecto, se inician las experiencias sobre mediación, conciliación y negociación en el ámbito de la justicia penal.

En tal sentido, rescato la ley especial dictada al efecto para el Distrito Federal el 8 de enero de 2008 y conocida como Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia, que además crea el Centro de Justicia Alternativa en la Ciudad de México, y de cuyo funcionamiento tuve oportunidad de participar como observadora.

No puedo dejar de hacer mención a la circunstancia de que el 6 de octubre de 2008 entró a regir en la Ciudad de México la Ley de Justicia para Adolescentes (publicada el 14 de noviembre de 2007), porque ambas, ensambladas, tejen una muy importante malla de contención para evitar futuros y más graves conflictos sociales.

La Ley de Justicia Alternativa regula el procedimiento completo de la mediación penal, a la que define como el sistema alternativo de justicia basado en la autocomposición asistida en las controversias entre particulares y cuando éstas recaigan sobre derechos de los cuales pueden aquéllos disponer libremente, sin afectar el orden público.

Por su parte, la Ley de Justicia para Adolescentes, atendiendo al principio de mínima intervención (*ultima ratio*), exige al Estado procurar que su intervención para privar o limitar derechos a través de la jurisdicción penal de personas adolescentes se limite al máximo posible. El recurrir a esta jurisdicción debe ser excepcional, de modo que se prioricen formas de intervención alternativas para evitar su uso o, en todo caso, para que se recurra a ella sólo en la menor cantidad de los casos y con las mínimas consecuencias. En razón de este principio, la intensidad y duración de las sanciones debe ser notoriamente menor que las establecidas para los adultos.²³

En relación con las medidas alternas al proceso —continúa el mismo informe— la primera observación que se hace es que se deben diversificar los medios alternativos de solución de conflictos al procedimiento judicial, ya sea durante el proceso o antes de que éste se inicie. La importancia de estos medios alternativos no radica únicamente en la inmediatez de la solución de

²³ *Informe especial sobre el sistema de justicia para adolescentes en el Distrito Federal, 2008-2009*. Es una publicación de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2009, p. 48.

controversias, sino también en que representan una oportunidad para que la o el adolescente asimile los principios de humanidad, proporcionalidad igualdad y eficiencia.

La ley en cuestión regula en el artículo 40 el procedimiento de la conciliación, al que define como un acuerdo de voluntades realizado entre las partes, con el fin de plantear una solución a su conflicto con la debida asistencia y vigilancia de la autoridad ministerial o judicial.

Lamentablemente, en innumerables situaciones, la falta de profesionales especializados en medios alternativos deja la tarea en manos del Ministerio Público y los jueces, quienes —precisamente— son especialistas en medios no alternativos, como lo es la procuración y la administración de justicia por medio de un tribunal basándose en un procedimiento penal y un tratamiento privativo de la libertad. En el caso puntual de la Ciudad de México, la existencia del Centro de Justicia Alternativa permite recurrir a él en un trabajo mancomunado y orientado con los mejores propósitos.

Por su parte, el estado de Morelos dictó una muy buena Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal, con vigencia a partir del 30 de octubre de 2008.

El artículo 3 de la citada ley prevé:

Para los efectos de la presente Ley se entenderá por: ...II. Medios alternos: ...a los métodos de solución como la mediación, conciliación y negociación. ... VI. *Conciliación*: es el método en el que un tercero neutral e imparcial trata de avenir a las partes en conflicto, *proponiendo alternativas de solución* al mismo, siendo potestad de éstas, el tomar la que más se apegue a sus necesidades e intereses; *Mediación*: es el medio alternativo de resolución de conflictos en el cual *las partes* protagonistas de una controversia, con el auxilio de un tercero imparcial y neutral, *logran establecer una comunicación eficaz*, con el propósito de llegar a un acuerdo en forma pacífica; VII. *Negociación*: método restaurativo consistente en que *las partes* en conflicto *buscan la solución* a su controversia, con la ayuda de un tercero (negociador), y donde la solución al conflicto recae directamente *sobre aspectos de carácter económico*.

En los considerandos de la ley en cuestión se argumenta con razón que “...la implementación de un sistema de justicia penal adversarial, obliga a pensar en nuevas instituciones que como los métodos de justicia alternativa, permitan agilizar, economizar y reivindicar la credibilidad de la ciudadanía, en la impartición y administración de justicia...”. A través de los medios alternativos se busca que tanto la víctima u ofendido como el imputado o condenado participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en pos de un acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes para

lograr la integración de la víctima u ofendido y del infractor en la sociedad, en la búsqueda de la reparación, restitución y el servicio de la comunidad.

De esta forma, el Centro de Justicia Alternativa será uno de los brazos fuertes que ayudará a la procuración de justicia, ya que permitirá reducir la carga de trabajo de los ministerios públicos para que éstos se concentren verdaderamente en la persecución de los delitos que afectan más fuertemente a la sociedad.

Por su parte, el estado de Oaxaca optó por regular el instituto dentro de su actualizado código de la materia, y bajo el título de “Modos simplificados de terminación del proceso”, acomete el tratamiento de ellos, en el capítulo I, artículos 191²⁴ a 195, bajo la única denominación de “Conciliación”.

VII. LA NORMATIVA ARGENTINA

El panorama argentino en esta temática tiene alguna semejanza con el mexicano. Si bien es cierto, por las características muy diferentes de su técnica legislativa, nuestro texto constitucional no contiene disposiciones que refieran a los medios alternos de resolución de conflictos, ellos están previstos desde hace algunas décadas en distintos cuerpos legales.

En un comienzo, fueron salidas alternativas utilizadas en el ámbito del proceso laboral, en el civil y en el proceso de menores, para arribar finalmente a la materia penal.

Así, en la provincia del Chaco se dictó la Ley Especial de Mediación Penal núm. 4989, del 14 de enero de 2002. En ella se define como *mediación penal*

²⁴ Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, título séptimo: “Modos simplificados de terminación del proceso”, capítulo I: Conciliación, “Artículo 191. Conciliación. En los delitos culposos, aquellos perseguibles por querrela, los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas, en los que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional, *procederá la conciliación* entre víctima e imputado, por cualquier medio idóneo y hasta antes de dictarse el auto de apertura a juicio. Se exceptúan de esta disposición los homicidios culposos; los delitos cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas y los cometidos en asociación delictuosa de conformidad con el Código Penal. Si las partes no han propuesto la conciliación con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el juzgador les hará saber que cuentan con esta posibilidad y procurará que manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptarían conciliarse. Cuando el Estado sea víctima, para estos efectos, será representada por la autoridad indicada en la Ley Orgánica de la Administración Pública Estatal. Si el delito afecta intereses difusos o colectivos y no son de carácter estatal, el Ministerio Público asumirá la representación para efectos de la conciliación cuando no se hayan apersonado como víctimas, alguno de los sujetos autorizados en este Código”.

el procedimiento que tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias del hecho delictivo mediante una prestación voluntaria del autor a favor del lesionado, víctima u ofendido. Cuando esto no sea posible, no prometa ningún resultado o no sea suficiente por sí mismo, entrará a consideración la reparación frente a la comunidad.

En mi opinión, esta definición de la mediación penal peca por insuficiente, ya que contempla un aspecto parcializado de lo que en verdad es el instituto y de sus objetivos fundamentales. De todas formas, y más allá de ese concepto, algo acotado, debo rescatar el valor intrínseco de la Ley. Paso a explicar a qué me refiero.

En Argentina, conforme lo aclaré antes, el dictado de los códigos de fondo como el Código Penal es facultad atribuida por mandato constitucional al Congreso Nacional. Asimismo, era criterio no cuestionado el que todo lo atingente a la acción penal era contenido del derecho de fondo, por lo que lo vinculado al régimen de las acciones pasaba a ser materia de legislación nacional.

La doctrina aún discute sobre este tema sin lograr superar sus diferencias. La Ley chaqueña tiene el mérito de poner una cuña que soslayando críticas y opiniones adversas superó las divergencias doctrinarias con una realidad incontrastable: el buen funcionamiento en la práctica de esta alternativa al proceso convencional.

Enrolado en la otra posibilidad (el instituto inserto en el texto del Código Procesal Penal), se ubica el Código de la provincia del Chubut, que en sus artículos 47²⁵ y 48²⁶ prevén la posibilidad del uso de la conciliación y de

²⁵ “Conciliación. Las partes podrán, en el mismo plazo previsto en el artículo anterior (hasta la culminación de la etapa preparatoria), arribar a conciliación en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, en los delitos de lesiones leves o en los delitos culposos. El juez homologará el acuerdo, si correspondiere, y dictará el sobreseimiento. La resolución de homologación constituirá suficiente título para perseguir su cumplimiento conforme con las reglas sustantivas del derecho privado y según las previsiones del artículo 401 de este Código. La conciliación no procederá en los casos de delitos que exijan para su realización la calidad de funcionario público como sujeto activo”.

²⁶ “Reparación. En los mismos casos y plazos en los que procede la conciliación, la reparación integral y suficiente ofrecida por el imputado podrá ser aceptada por el juez, cuando la víctima no tenga un motivo razonable para oponerse y el fiscal no invocara razones justificadas de interés público prevalente en la persecución. El juez dictará el sobreseimiento; la resolución contendrá la oferta de reparación y el criterio objetivo seguido por el juez para establecer que el imputado la cumplirá. Constituirá suficiente título para perseguir su cumplimiento conforme con las reglas sustantivas del derecho privado y según las previsiones del artículo 401 de este Código. Rige el último párrafo del artículo 47”.

la reparación, como salidas diversas al juicio, para dirimir el conflicto penal con la participación activa y voluntaria de sus protagonistas reales.

VIII. CONCLUSIONES

La reforma judicial debe aceptar que una de sus tareas fundamentales es lograr que el sistema judicial asuma la resolución de conflictos como el centro de su actividad. Para ello debe actuar en todos los planos y reconocer que la solución de conflictos es uno de sus temas fundamentales. Desde el diseño de las nuevas organizaciones judiciales y los procesos modernizados hasta la capacitación judicial de los agentes, deben estar imbuidos de esta necesidad. Adiestrar a los funcionarios judiciales en las distintas técnicas de construcción de soluciones a los casos, sobre la base normativa, es la tarea que se debe iniciar con urgencia. Por tanto, la tendencia a considerar el problema de la resolución alternativa de conflictos como un problema paralelo puede convertirse en uno de los modos de superficialización del proceso de reforma judicial.²⁷

“Todo individuo tiene derecho a recibir educación”, reza el artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y agrega, “el criterio que la orientará, será democrático, considerando a *la democracia* no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, *sino como un sistema de vida*, fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

Y creo que de eso justamente se trata, de optar por un sistema de vida. Lamentablemente, en los últimos tiempos se han olvidado los argumentos humanistas y predominan los discursos basados en el populismo penal, tan ajenos a la solidaridad y las libertades de los ciudadanos y tan pendientes de satisfacer las peticiones de mayor seguridad (mayor control social) frente al delito: endurecimiento de las penas contempladas en los códigos penales, más cárceles, mayor diversificación en las tipologías criminales y en las formas de castigo.²⁸

Claro, estas últimas variables, sin hesitación, van a resultar muy rentables políticamente, pero lo cierto es que está demostrado a plenitud que no han servido jamás para inhibir la comisión de los delitos.

Es cierto que no se puede ignorar que para los familiares de una víctima de un crimen, como el homicidio, no hay castigo que compense la pérdida. Sólo una operación intelectual y moralmente compleja permite separar el

²⁷ Binder, Alberto M. y Obando, Jorge, *De las “Repúblicas Aéreas...”*, cit., p. 469.

²⁸ Cano López, Francisca, “Mediación penal en materia juvenil”, *Gestión del conflicto procesal*, Buenos Aires, Astrea, 2012, cit., p. 221.

dolor ante la muerte de una reflexión sobre el castigo. Así, la venganza fue una manifestación ancestral de la justicia en ausencia de una justicia formal y tuvo legitimidad moral porque aseguraba un intercambio equivalente entre la pérdida y el castigo.

Cuando la ley tomó su lugar en la historia ya no fue posible volver atrás. Y si bien nuestra cultura jurídica humanista no se funda en la equivalencia material entre la afrenta y la condena, lo cierto es que la venganza sigue operando como arcaico sustrato psicológico, aunque rija la ley penal. Esto se detecta con facilidad cuando las víctimas declaran explícitamente que no buscan venganza, sino justicia; pero toda justicia les resulta insuficiente, porque consideran que no guarda proporción con la afrenta recibida.

Lo cierto es que nadie vuelve de la muerte. Frente a esta realidad, incluso la pena más dura podría considerarse psicológicamente insuficiente aunque sea social y jurídicamente adecuada. La idea misma de la “adecuación” se lleva mal con la cualidad irrevocable de la muerte. *La ley penal existe no para solucionar este problema moral sino para evitar que una sociedad se convierta, a partir de él, en una sociedad de venganza.*

Porque es frecuente que la gente, ante la falta de respuestas adecuadas a las conductas delictivas por parte de los estamentos pertinentes, pretenda encarnizarse con aquel al que consiguen “atrapar”, volcando en él toda la impotencia y la indignación contenida, en una demostración de violencia incontrolada.

Paul Ricoeur escribió (en *Le juste, la justice et son échec*, 2005): “La justa cólera que pide venganza se transforma fácilmente en furor, en rabia, en deseo de matar. En este punto el deseo de venganza también puede dudar entre la pura violencia y la aspiración legítima de recibir una reparación por la integridad física y la integridad moral violadas”.²⁹ La pregunta es: ¿cómo hacer para que ese deseo de venganza se transforme en aspiración de justicia? Creo que esa es la responsabilidad del Estado que debe desactivar los conflictos con el menor costo social posible.

Y ello es factible, porque la mayoría de las veces quien pide una reparación absoluta y simétrica, al cabo de un tiempo se sosiega, duda y se muestra permeable a la posibilidad de aceptar una reparación justa. Corresponderá entonces al Estado, a través de la administración de justicia o de los organismos administrativos que crea pertinentes, encontrar los canales adecuados para que así sea. Deberá gestionar la conflictividad social con prudencia y sabiduría en aras de la pacificación de su pueblo.

²⁹ Sarlo, Beatriz, “La justicia de las víctimas”, *Revista Debate*, 2 de noviembre de 2006, pp. 16-18.