

# La reparación del daño y los mecanismos alternativos de solución de controversias en el artículo 17 constitucional

## *The repair of damage and alternate dispute resolution mechanisms in article 17 of the Constitution*

Rubén Vasconcelos Méndez\*

RDP

Cuarta Época,  
Año 1, Núm. 2,  
Julio-Diciembre  
de 2012

### RESUMEN

El autor reflexiona sobre los mecanismos alternativos de solución de controversias. Analiza la finalidad de los mismos, en cuanto privilegian la satisfacción de la controversia entre las partes contendientes, con una mínima o subsidiaria intervención estatal. Delibera sobre la permisión para que las partes contendientes, los implicados y afectados se pongan de acuerdo, sobre la manera en que consideran se debe resolver su controversia, así como, de la forma en que se habrá de reparar el daño causado. Asimismo, se ocupa de estudiar la validez de dichos mecanismos alternativos o prácticas restaurativas, en contraposición con la eficacia de la justicia retributiva que contempla el castigo y que se implementa en sistemas de justicia penal.

PALABRAS CLAVE: mecanismos alternativos, controversia, reparación del daño causado, justicia retributiva.

### ABSTRACT

The author reflects on alternate mechanisms for dispute resolutions. He analyzes the purpose thereof as the dispute is solved between the contending parties, with minimal or subsidiary state intervention. He deliberates on the permission for the disputing parties, as well as the involved and affected parties, to agree on how they consider the dispute shall be solved

\* Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid e integrante del Sistema Nacional de Investigadores. rubenasconcelos@yahoo.com.

and how shall the damage be repaired. He also analyses and studies the validity of these alternative mechanisms or restoring practices, *vis à vis* the effectiveness of retributive justice which foresees punishment and is implemented in criminal justice systems.

KEY WORDS: alternative mechanisms, dispute, damage repair, retributive justice.

## Sumario

1. Introducción
2. Fines de los mecanismos alternativos
3. Los principios o ejes rectores de los acuerdos reparatorios
  - A. *Voluntariedad*
  - B. *Confidencialidad*
  - C. *Flexibilidad*
  - D. *Neutralidad*
  - E. *Imparcialidad*
  - F. *Equidad*
5. Sujetos legitimados para promover los medios alternativos
6. Supuestos de procedencia de los acuerdos reparatorios
7. Delitos excluidos de la posibilidad de acuerdos
  - A. *Los homicidios culposos*
  - B. *Los delitos cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas*
  - C. *Delitos en contra de la libertad y seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual*
  - D. *Delitos cometidos en perjuicio de menores de edad*
  - E. *Delitos de violencia familiar*
  - F. *Los delitos patrimoniales cometidos con violencia contra las personas*
  - G. *Los delitos cometidos en asociación delictuosa*
8. Otros límites a la promoción de mecanismos alternativos
  - A. *Cuando el imputado ya haya celebrado otro acuerdo reparatorio, por hechos de la misma naturaleza*
  - B. *Cuando exista un interés público en la continuación del proceso*
9. Momento procesal en que se pueden promover los mecanismos alternativos
10. Datos que hagan posible la participación del imputado en la comisión del delito y el reconocimiento de haber realizado la conducta
11. Algunos aspectos del procedimiento

12. Plazo para llevar a cabo el acuerdo
13. El acuerdo

- A. *Aprobación de los acuerdos*
- B. *Determinación del plazo para el cumplimiento del acuerdo*
- C. *Incumplimiento del acuerdo*
- D. *Efectos del cumplimiento del acuerdo*

14. Últimas palabras

## 1. Introducción

Con la reforma de junio de 2008 a la Constitución de la República, se consagró, en el artículo 20, apartado A, fracción VII, como uno de los principios del proceso penal, decretar su terminación anticipada. Además, se introdujeron los mecanismos alternativos de solución de controversias. El artículo 17, tercer párrafo, señala: “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”.

Antes de esta reforma, en varias entidades federativas, en algunos casos, incluso a nivel constitucional,<sup>1</sup> ya se habían consagrado estos mecanismos de resolución de controversias haciéndose procedentes en diversas materias, incluida la penal, aunque, en general, además de que se regularon instrumentos concretos (conciliación, mediación, negociación, arbitraje), eran limitados sus supuestos de procedencia y tímida su aplicación.<sup>2</sup> Más aún, y esto es lo determinante, los mismos no se establecieron

<sup>1</sup> Por ejemplo, el caso de Oaxaca, donde mediante reforma constitucional publicada el 24 de agosto de 2002 se estableció en el artículo 11 de la norma básica local lo siguiente: “... Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial si perjuicio de los centros de mediación y justicia alternativa que puedan crearse por las autoridades. El servicio tanto de los tribunales como de los centros de mediación o justicia alternativa mencionados, será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidos los costos por estos servicios”. En Nuevo León, en 2004, en el último párrafo del artículo 16 de la Constitución local se estableció: “Toda persona en el Estado tiene derecho a resolver sus diferencias mediante métodos alternos para la solución de conflictos, en la forma y términos establecidos por la Ley”.

<sup>2</sup> Según Meza Fonseca, entre las entidades que regularon la conciliación ante el Ministerio

como parte de una estrategia de reforma al sistema de justicia ni como elemento de un modelo que concretizara un entendimiento específico sobre los fines del proceso penal y cumpliera ciertos objetivos de política criminal, sino como una solución, por demás legítima aunque insuficiente, para mitigar los problemas de acceso a la justicia y descargar de asuntos al sistema institucional. La consagración y crecimiento, en la última década, de los medios alternativos en algunos Estados estuvo relacionada con el aumento de la conflictividad social y la inoperancia y desbordamiento de los institutos formales de justicia. En otras palabras, la “rueda de la justicia” se había atorado y era preciso abrir nuevos carriles para encontrar soluciones a los problemas sociales. La justicia alternativa fue parte de la solución.

En el nuevo sistema de justicia penal el establecimiento de los medios alternativos responde a una concepción del proceso penal que privilegia la resolución de conflictos entre la víctima y el imputado haciendo mínima o subsidiaria la intervención del Estado. Lo importante pasa a ser dejar que las partes, los implicados y afectados por el delito, se pongan de acuerdo sobre la mejor manera de resolver la controversia surgida entre ellos y la forma en que se repararán los daños ocasionados a la víctima. Esta respuesta a los delitos presupone la redefinición del sujeto afectado por las conductas ilícitas,<sup>3</sup> la “reapropiación” del conflicto por sus protagonistas,<sup>4</sup> y el fin de la denominada “reserva de acción estatal” ante todas las disputas sociales ya que esta solo se producirá si con ello se reduce o inhibe la violencia ocasionada por aquellas.

En desarrollo de esta concepción, los nuevos ordenamientos procesales acusatorios dictados en algunos estados de la República (me refiero a los códigos Procesales Penales de Chihuahua, Oaxaca, Zacatecas, Es-

---

Público en sus códigos de Procedimientos Penales antes de 2004, están: Baja California, Michoacán, Yucatán, Guanajuato, Tamaulipas, Nayarit, Morelos, Tabasco, Sonora, Querétaro, Aguascalientes, San Luis Potosí, Nuevo León, Coahuila, Estado de México y Puebla. Meza Fonseca, Emma, “*Hacia una justicia restaurativa en México*”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm.18, 2004, p.204.

<sup>3</sup> Desde esta concepción “un delito es un acto contra otro individuo o contra la comunidad, más que contra el Estado”. Olson, Cynthia, “Aplicando la mediación y los procesos de consenso en el marco de la justicia restaurativa”, *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, op. cit., p. 219.

<sup>4</sup> Christie, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en <http://neopanopticum.blogspot.com/2005/11/christie-nils-los-conflictos-como.html>.

tado de México, Morelos, Baja California y Durango mismos que serán objeto de análisis en este trabajo), abren el espectro de mecanismos de solución de controversias que se pueden emplear, esto es, regulan, como ordena la Constitución, de forma amplia su aplicación, y para ello utilizan la denominación de acuerdos reparatorios a los que definen como el pacto entre la víctima y el imputado realizado “por cualquier medio idóneo” que tenga como resultado la solución del conflicto. Más que el tipo de proceso restaurativo lo importante es el resultado restaurativo.<sup>5</sup> Todos los mecanismos alternativos o prácticas restaurativas que se empleen serán válidos si facilitan llegar a un acuerdo. Como escribe Binder, se “desplaza el trámite por la construcción de un resultado”. De esta manera podrá emplearse la mediación, la conciliación, el arbitraje, las conferencias de grupo familiar, los círculos de sentencia, etcétera, siempre que permitan llegar a un acuerdo constructivo y extrajudicial que repare el daño.

La elección del mecanismo que se emplee se deja a las partes ya que el acuerdo es entre ellas, es decir, entre la víctima y el ofensor, no entre éste y el Estado. Son los propios involucrados en los conflictos quienes eligen la vía del acuerdo y lo producen. Estos gestionan directamente el medio que utilizarán y la solución que darán a su problema. El Estado y sus órganos solo participan, en unos casos, como motivadores e incentivos del acuerdo, en otros, como mediadores del mismo, y siempre, como controladores de la satisfacción de sus requisitos legales.

Esta forma de respuesta a los delitos obliga al diálogo entre los participantes como método para alcanzar soluciones adecuadas y ágiles. De ahí la importancia que tienen las reglas del procedimiento o su forma de llevarlo a cabo. Dentro de éste, la víctima y el imputado, y todos aquellos afectados por la comisión del delito, buscarán una solución al conflicto de intereses suscitado por el mismo, por lo que el mecanismo exige cooperación e intercambio de razones y opiniones de todos los intervinientes en el

---

<sup>5</sup> Dicen los Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal emitidos por el Consejo Económico y Social de la ONU: “2. Por «proceso restaurativo» se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otra persona o miembro de la comunidad afectados por un delito, participen en 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”. El punto 3 define “resultado restaurativo”, como el “acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo”.

caso.<sup>6</sup> Podemos decir, por ello, que en la forma en que se realicen los procedimientos restaurativos está el núcleo de las ideas que los sostienen y la posibilidad de analizar y evaluar si su consagración contribuye efectivamente, como promete el nuevo sistema de justicia penal, a la resolución de los conflictos entre autor y víctima, o si bien, terminan por ser simples instrumentos de descongestión del sistema de justicia.<sup>7</sup>

Lo anterior permite advertir que los medios alternativos implican mecanismos, procesos y acuerdos reparadores. En palabras de Marshall, conllevan la idea de proceso, la noción de las partes y la existencia de acuerdos restauradores.<sup>8</sup>

En adelante me ocuparé de los mecanismos alternativos considerándolos instrumentos formalizados dentro del sistema de justicia para resolver conflictos penales. Los abordaré como salida alternativa al proceso judicial no como método paralelo a éste. Describiré y analizaré los acuerdos reparatorios como parte de un “sistema cooperativo, complementario e interoperable en el sistema judicial”.<sup>9</sup> Es preciso aclararlo ya que, como ha enseñado Durán, estos “pueden tener lugar dentro del sistema penal —funcionando como instrumentos de diversión—, fuera del sistema penal, complementándolo, desarrollándose independientemente de él, paralelamente a él o, incluso, compitiendo con él”.<sup>10</sup>

Integrar a los mecanismos alternativos al sistema formal de justicia penal implica aceptar que este comprende dos modelos en una suerte

---

<sup>6</sup> Braithwaite señala, ante esta característica, que “la justicia restauradora es justicia deliberativa; es la gente que delibera sobre las consecuencias de los delitos, como tratarlos y prevenir su repetición”. Cit. por Larrauri Pijoan, Elena, “Tendencias actuales de la justicia restauradora”, *Estudios de Derecho*, Colombia, núm.38, 2004. p.63. Dice esta autora que el diálogo y la voluntad de cooperación incrementan los “rasgos relacionales” de la justicia penal.

<sup>7</sup> Llobet, Javier, “Justicia restaurativa y derecho penal mínimo en Costa Rica”, en Bernal Acevedo F. y Castillo Vargas, S. (comps.), *Justicia restaurativa en Costa Rica: acercamientos teóricos y prácticos*, Costa Rica, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, 2006, p.157.

<sup>8</sup> Definición de Larrauri Pijoan, Elena, “Tendencias actuales de la justicia restauradora”, *op. cit.*, p. 61.

<sup>9</sup> Vilalta Nicuesa, Esther, *La cultura del diálogo y la justicia relacional como “tercera vía*, en [http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n8\\_vilalta/n8\\_vilalta\\_esp](http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n8_vilalta/n8_vilalta_esp).

<sup>10</sup> Durán Chavarría, Duglas, “El sistema penal costarricense de cara al paradigma de la justicia restaurativa”, *Justicia restaurativa en Costa Rica: acercamientos teóricos y prácticos*, *op. cit.*, p.187.

de “doble” nivel o instancia: “una primera, a la que correspondería el conjunto de métodos o procesos autocompositivos y heterocompositivos de resolución, ADRS/ODR; y una segunda instancia, judicial”.<sup>11</sup> También conlleva admitir que ambos métodos comparten los principios y valores de aquel y que su regulación, es decir, las reglas de procedencia, las normas que regulan el procedimiento de sustanciación y los efectos del acuerdo, deben estar consagrados en la misma legislación procesal (lo que no quiere decir que no pueda *reglamentarse* su utilización mediante otro tipo de normas). Su naturaleza jurídica y su inclusión en el Código que regula el método formalizado de solución de conflictos penales, garantiza su adecuada utilización, mecanismos de protección para las partes, la existencia de procedimientos equitativos, el carácter vinculante de los acuerdos adoptados, posibilidades de supervisión judicial, y el deber de quienes operan el sistema de asegurar que los procedimientos, las personas que los llevan a cabo y los recursos para su tramitación estén disponibles para todos los casos. Los órganos del sistema de justicia, principalmente el Ministerio Público y los jueces, en virtud de que estos mecanismos forman parte de aquel, deben asegurar que existan los medios, recursos y programas para realizarlos y garantizar que todas las personas que quieran hacer uso de ellos cuenten con esa posibilidad. Su consagración en las leyes procesales asegura, a través de normas obligatorias, su realización y hace patente que el nuevo modelo conlleva un sistema integral de justicia penal con variadas salidas o respuestas a los conflictos<sup>12</sup> evitándose, además, que alguno de los procedimientos incluidos en aquella pueda contemplarse como “una especie de isla dentro del sistema de justicia tradicional”.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Vilalta Nicuesa, Aura Esther, *La cultura del diálogo y la justicia relacional como tercera vía*, en [http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n8\\_vilalta/n8\\_vilalta\\_esp](http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n8_vilalta/n8_vilalta_esp).

<sup>12</sup> Como escribe Kemelmajer: “el hecho de que la justicia debe atender a las necesidades de la comunidad no debe conducir a reducir la justicia a la idea de *pena* justa, *tratamiento* individualizado, o *control del crimen*”. Kemelmajer, Aída, “En búsqueda de la tercera vía. La llamada «justicia restaurativa», «reparativa», «reintegrativa» o «restitutiva»”, en García Ramírez, S. (coord.), *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal*, UNAM, México, 2005, p. 297.

<sup>13</sup> La cita del texto es de Walgrave, quien dice que “las garantías legales contenidas en el sistema de justicia penal tradicional no pueden ser simplemente trasplantadas. La justicia restaurativa reclama tener sus bases en una concepción de sociedad diferente y ofrecer un nuevo paradigma de justicia... El debido proceso, el derecho a defensa, culpabilidad y responsabilidad, proporcionalidad y otros principios siguen teniendo validez, pero su conte-

Asimismo, aceptar que el sistema penal se construye sobre una “doble vía”, nos lleva a rechazar aquellas posiciones que consideran a los medios alternativos como “vías para evitar la justicia”, o como señala Pásara, para debilitarla, recortar su esfera de actuación o disminuir su legitimidad y reconocimiento social,<sup>14</sup> más bien al contrario, ellos implican la ampliación de la concepción del sistema de administración de justicia, en otras palabras, el reforzamiento de las capacidades de respuesta del sistema estatal a las diversas problemáticas que surgen entre los miembros de la sociedad. Esta misma noción ampliada del sistema penal conduce, por tanto, a rechazar toda interpretación que considere a los medios alternativos como mecanismos “de segunda clase” y a precavernos del riesgo de que estos se promuevan en virtud de las dificultades de instar, por razones económicas, los procesos judiciales. No podemos desdeñar el peligro, como ha insistido Ferrajoli, de convertir al juicio oral en un lujo reservado para quienes pueden disponer de defensas costosas. Si esto ocurriera, en vez de ampliar los mecanismos de acceso a la justicia, estaríamos contribuyendo a las desigualdades dentro del sistema penal.<sup>15</sup>

Por último, es preciso reiterar que las normas del debido proceso deben regir todos los procedimientos que se realicen dentro de la justicia penal y los medios alternativos no son la excepción. Por ello en la aplicación de los mismos, los órganos estatales, Ministerio Público y juez, siempre ejercen la función de garantes de la legalidad de los acuerdos. Esto no obsta a aceptar que por cuestiones derivadas de la naturaleza y fines de aquellos procedimientos,<sup>16</sup> los derechos puedan ser cumplidos de forma diversa al proceso penal ordinario. Como escribe Alejandra Mera:

---

nido debe ser revisado críticamente en el contexto de la justicia restaurativa, posiblemente reformulados, rechazados o reemplazados”. *Cit.* por Mera González-Ballesteros, Alejandra, *Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades*, en [www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122009000200006&lng=es&nrm=iso&tIng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000200006&lng=es&nrm=iso&tIng=es).

<sup>14</sup> Pásara, Luis, *Siete observaciones sobre el futuro de la reforma del sistema de justicia*, [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t\\_20080528\\_09.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_09.pdf).

<sup>15</sup> Dice Silvestri: “los instrumentos alternativos llevan consigo el riesgo de perpetuar aquellas desigualdades que, durante años, se han invocado como la causa a la que imputar el hecho de que a muchos les esté negada la posibilidad de hacer valer ante un juez sus propios derechos”. Silvestri, Elisabetta, “Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias”, en Andrés Ibáñez P. (tr.), *Jueces para la democracia*, España, núm. 37, 2000, p. 53.

<sup>16</sup> Como escribe Fernández Segado, los recortes y limitaciones del derecho al debido pro-



los programas de justicia restaurativa no deben cumplir con todos los estándares tradicionales y además muchas veces es necesaria la inclusión de nuevos estándares o la reformulación de otros. Ello, básicamente porque al contrario de la justicia tradicional, que se ve obligada a entregar un escudo de protección frente a la persecución estatal a todo aquél imputado de delito, los programas de justicia restaurativa presentan un escenario incluyente, en el cual las partes participan de manera voluntaria en orden a consensuar vías adecuadas de resolución de los conflictos.<sup>17</sup>

## 2. Fines de los mecanismos alternativos

Los mecanismos alternativos comparten algunos de los fines del sistema penal (son un instrumento para evitar el proceso, la sentencia y el riesgo de estigmatización que producen ambas), entre ellos, los siguientes.

a) La *restitución o reparación* de los daños causados a la víctima. Como ordena la Constitución, estos mecanismos “*asegurarán la reparación del daño*”, regla que reafirma la posición central de la víctima en la justicia penal y, por tanto, en todos los procedimientos incluidos en la misma. Al establecer este fin para los mecanismos alternativos, basados, como hemos dicho antes, en el principio de autonomía, la Constitución hace explícita la prioridad, en la solución del conflicto generado por el delito, del interés de la víctima sobre aquel que el Estado pudiera tener por la persecución y juzgamiento del delincuente. Estos deben ser medios para satisfacer adecuadamente aquel. Asimismo, se busca que con dicha garantía y la amplia participación de la víctima en el procedimiento, en el que debe ser tratada de manera respetuosa y justa y ser escuchada, recupere las pérdidas que el delito le provocó: la dignidad, la seguridad, la tranquilidad. Es decir, se trata de que la víctima obtenga reparación del daño que le fue ocasionado y al mismo tiempo encuentre paz y confianza en la vida comunitaria. La acción de reparar por parte del imputado está orientada a la restitución y a la resocialización.

---

ceso deben aparecer, “en último término, justificados por la *ratio* de las distintas instituciones procesales en que dichos recortes o limitaciones se producen”. Fernández Segado, Francisco, “El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español”, *Ius et Praxis*, Chile, núm.1, 1999, p. 69.

<sup>17</sup> Mera González-Ballesteros, Alejandra, *Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades*, en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122009000200006&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000200006&lng=es&nrm=iso&tlng=es).

b) El acuerdo tiene también como fin hacer *responsable* al delincuente de su conducta. No puede ser de otra manera en los procedimientos incluidos en la justicia penal. Los mecanismos alternativos deben desarrollarse de tal forma que el imputado comprenda, en virtud de que se confronta con su acción y su víctima, las consecuencias perjudiciales materiales y morales de su conducta tanto para esta como para la comunidad,<sup>18</sup> y el valor de las normas vigentes en la sociedad, fines que subrayan la importancia de que dichos procesos restaurativos se verifiquen creando espacios participativos e interactivos entre imputado y víctima.<sup>19</sup> Al hacer que el imputado se sienta responsable de sus actos (que se puede manifestar de diversas formas, por ejemplo, a través del arrepentimiento) y repare el daño por temor a sufrir sus consecuencias, se reafirma la vigencia del ordenamiento jurídico puesto que se recupera la tranquilidad, satisfacción y confianza de la víctima produciéndose los efectos de la prevención general positiva, que forma parte de los fines del sistema penal. “Al sentirse resarcido del daño la víctima u ofendido apreciará que el orden normativo efectivamente se observa y cumple”.<sup>20</sup> Está en lo cierto Giménez-Salinas cuando escribe que:

un acto reparador implica no solamente la reparación de la víctima sino también un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso a la interiorización... Pero también significa... que cuando el autor repara acepta públicamente la vigencia de las normas delante de la comunidad y se reafirma la prevención general positiva.<sup>21</sup>

c) Los acuerdos también tienen como objetivo la *reintegración* del delincuente a la sociedad que, junto con la víctima, resulta dañada por el ilícito. Se busca, en este sentido, una respuesta constructiva dirigida a la restau-

---

<sup>18</sup> La justicia restaurativa permite al responsable, “una verdadera oportunidad de asumir el hecho y reparar su relación con la comunidad”. Ledwidge, Michael, “Acciones para la confianza y la rendición de cuentas de la policía e introducción a la justicia restaurativa”, *Serie Cuadernos de Trabajo del Instituto para la Seguridad y la Democracia*, México, 2004, p. 9.

<sup>19</sup> Sánchez-Moreno, Paola, *La mediazione penale minorile in Spagna: aspetti giuridici e sociologici*, [www.dex1.tsd.unifi.it/altrodir/minori/sanchez/index.htm](http://www.dex1.tsd.unifi.it/altrodir/minori/sanchez/index.htm).

<sup>20</sup> Meza Fonseca, Emma, “*Hacia una justicia restaurativa en México*”, *op. cit.*, p. 204.

<sup>21</sup> Giménez Salinas, Esther, *La mediación en el sistema de justicia juvenil. Una visión desde el derecho comparado*, en [http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin\\_revista/ivckej\\_eguzkilore\\_numero10/es\\_numero10/adjuntos/gimenezsalinas.pdf](http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/ivckej_eguzkilore_numero10/es_numero10/adjuntos/gimenezsalinas.pdf).

ración de la relación entre delincuente y víctima y la reintegración de aquel a la sociedad buscando que participe en la solución del conflicto que creó y no reincida en conductas delictivas.<sup>22</sup> Esto representa la apertura de nuevas vías, diferentes al enjuiciamiento y a la pena, para hacer realidad el fin de reinserción social de las personas acusadas o sentenciadas de cometer delitos que impone la Constitución. El logro de este fin no es una responsabilidad estatal exclusiva. A su cumplimiento contribuye la víctima aceptando participar en estos procesos (eliminándose su concepción de sujeto con “deseos de venganza” impulsada irresistiblemente por la imposición del castigo) y la sociedad colaborando en las soluciones y actividades de ejecución de las medidas que se impongan al delincuente, asumiendo, de esta forma, un papel en la prevención del delito, en la promoción de la seguridad de los habitantes, y en la administración de justicia.

### 3. Los principios o ejes rectores de los acuerdos reparatorios

Los mecanismos alternativos están sujetos a ciertos principios expresamente consagrados en varios de los códigos procesales recientemente dictados, entre estos están los siguientes: voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.<sup>23</sup> Me referiré a continuación a algunos de ellos.

#### A. Voluntariedad

La regla 13 c) de los Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal dice: “no se debe coaccionar a la víctima ni al delincuente para que participen en procesos restaurativos

<sup>22</sup> Dice Varona: “existen cuatro factores en las conferencias que se asocian con la reducción de la reincidencia: cuando los infractores experimentan remordimientos; cuando los acuerdos son consensuados; cuando no se produce estigmatización; y cuando se encuentran cara a cara con las víctimas”. Varona, Gema, *Criterios de evaluación en la justicia restaurativa: análisis comparado e internacional*, en [www.arrats.com/misdocumentos/gema.doc](http://www.arrats.com/misdocumentos/gema.doc).

<sup>23</sup> Sobre el significado de estos principios puede verse González Martín, Nuria, “Apuntes sobre la mediación como medio alternativo de solución de conflictos: el contexto español y mexicano”, *Derecho internacional privado –derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos en memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Paraguay, CEDE-ASADIP, s/f, pp. 621 y ss.

o acepten resultados restaurativos, ni se les debe inducir a hacerlo por medios desleales”.

Lo anterior indica que las partes deben dar su consentimiento, libre e informado, para participar en los procedimientos restaurativos. Es decir, deben manifestar que aceptan incluirse en él voluntariamente, sin que nadie los obligue. Esta manifestación voluntaria debe ser informada por lo que le precede el conocimiento sobre el significado del procedimiento, su tramitación, sus posibles resultados y efectos, los derechos y obligaciones que se les atribuyen y cualquier otra información que requieran. Así se evita que la aceptación de participar sea producto de presiones o se obtenga “por medios desleales”.

Este requisito de voluntariedad debe permanecer durante todo el procedimiento. A nadie se puede obligar a iniciar pero tampoco a permanecer en un proceso restaurativo. El consentimiento de las partes puede retirarse en cualquier momento (así lo establece, por ejemplo, el artículo 96, fracción I, del Código de Zacatecas: “Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación”), incluso cuando este ya ha concluido y se ha levantado el acta de acuerdo correspondiente. Entrar a un procedimiento alternativo y decidir retirarse puede tener diversos motivos, entre ellos, la tergiversación de los hechos motivo de la denuncia por parte de la víctima o la consideración que el proceso que se está llevando a cabo no es imparcial ni justo.

El imputado siempre tiene el recurso del juicio y está protegido por el principio de presunción de inocencia y el derecho a que la información proporcionada no sea utilizada en su contra. Su inclusión en un procedimiento restaurativo no significa que renuncie a sus derechos solo es manifestación de que desea resolver el conflicto planteado de forma dialógica, la misma razón puede aducirse en torno a la víctima. Ello explica que también el acuerdo al que se llegue deba ser aceptado voluntariamente.

Se ha puesto en duda que el imputado pueda realmente manifestar en forma voluntaria su aceptación de participar en un acuerdo, puesto que en todo momento está presente la posibilidad de que el Estado instruya contra él un proceso penal. Por ello, se dice, el requisito de la voluntariedad, es inalcanzable. Aimone señala que en estos procedimientos el imputado se ve afectado por partida doble: al acceder a efectuar el acuerdo repa-

ratorio ya que de otra manera sabe que caerá sobre él todo el peso de la persecución penal y en el desarrollo del procedimiento ya que su voluntad siempre estará afectada por la posibilidad subyacente del castigo.<sup>24</sup>

Ante esta circunstancia “lo importante es que el imputado tenga efectivamente una opción: sea de ir a juicio o de ir a un proceso de mediación, y que esta opción no se vea afectada por presiones ilegítimas sobre el imputado con el fin de obtener su participación en el proceso de mediación”.<sup>25</sup> La posibilidad de optar y la protección contra interferencias a la elección libre se garantiza, como hemos señalado antes, otorgándole la posibilidad de no aceptar ir al acuerdo, retirarse del procedimiento en cualquier momento, y atribuyéndole el derecho de impugnar el convenio al que se llegue cuando considere que se efectuó en condiciones desiguales o bajo coacción o amenaza (por ejemplo, el artículo 217 del CPP de Durango señala: “cuando las partes o el Ministerio Público tengan motivos fundados para considerar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza, podrán impugnar ante el juez de control la validez del convenio y éste, en su caso, no lo tendrá por aprobado”. La misma regla está en el Código Modelo).

## B. Confidencialidad

Toda la información que se produzca en los procedimientos restaurativos es reservada y, por lo tanto, no puede ser divulgada ni utilizada en ningún otro proceso. En otras palabras: imputado y víctima tienen el derecho de que nada de lo vertido durante el procedimiento restaurativo sea utilizado como prueba en el juicio en caso de que aquel fracase y este se reanude y los participantes tienen un “deber de reserva” sobre la información que se produzca. La garantía de este derecho corre a cargo del facilitador, el Ministerio Público y el juez.

Consagrar expresamente el principio de confidencialidad tiene varios objetivos, entre otros, incentivar que las partes participen en los proce-

<sup>24</sup> Aimone, Daniel, *Análisis de la procedencia de la mediación en el nuevo sistema procesal penal*, en <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/mediacion-sistema-pp.pdf>.

<sup>25</sup> Díaz Gude, Alejandra, *La mediación penal y los acuerdos reparatorios: potencialidades de aplicación y principios involucrados*, en [http://www.cejamericas.org/doc/documentos/2\\_med\\_penal\\_3\\_adiaz.pdf](http://www.cejamericas.org/doc/documentos/2_med_penal_3_adiaz.pdf).

dimientos y que los mismos se desarrollen en un entorno de franqueza y confianza, para que se produzca un diálogo fluido, como lo requiere este método de resolución de disputas. Para conseguir esto, las partes deben tener la confianza y seguridad de que la información que se obtenga durante el procedimiento no será utilizada dentro del proceso penal en caso de que fracase el acuerdo y el juicio prosiga y, es más, que los sujetos que contribuyeron a los acuerdos o participaron en el procedimiento no serán llamados como testigos y obligados a declarar, protegiéndose así cualquier efecto negativo para sus derechos e intereses.

Los nuevos códigos Procesales han establecido salvaguardias para garantizar este principio. Así, han prohibido utilizar la información que provenga de un procedimiento alternativo en caso de que no se llegue a un acuerdo o bien que llegándose a éste se incumplan sus términos y regrese el caso a sede judicial. Por ejemplo, el artículo 380 del CPP de Oaxaca dice:

Prohibición de incorporación de antecedentes vinculados con formas anticipadas o abreviadas. No se podrá invocar, dar lectura, ni incorporar como medio de prueba al debate ningún antecedente que tenga relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión del proceso a prueba, *de un acuerdo de conciliación* o de la tramitación de un procedimiento abreviado.

Además de la prohibición de incorporar al juicio elementos de información obtenidos durante el procedimiento restaurativo, los códigos establecen la obligación de guardar secreto a quienes hayan participado en el mismo. El Código de Morelos establece: “los conciliadores y mediadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes” (artículo 207, última parte). Asimismo, se prohíbe que quienes tramitan estos procedimientos sean requeridos como testigos. El artículo 339 del Código de Oaxaca señala:

Deber de guardar secreto. Es inadmisibles el testimonio de personas que, respecto del objeto de su declaración, tengan el deber de guardar secreto con motivo del conocimiento en razón del oficio o profesión, tales como los ministros religiosos, abogados, notarios, periodistas, médicos, psicólogos, farmacéuticos, enfermeros y demás auxiliares de las cien-

cias médicas, así como los funcionarios públicos sobre información que no es susceptible de divulgación según las leyes de la materia.

Esta obligación se establece de forma más concreta y precisa en el CPP de Zacatecas: “los facilitadores, mediadores o conciliadores no estarán obligados a comparecer como testigos en el juicio oral para aportar información sobre el imputado, cuando dicha información se derive del trámite de alguno de los procedimientos previstos en este capítulo” (artículo 96, último párrafo). Esta regla consagra “una especie de protección al secreto profesional de los mediadores, quienes podrían invocar esta norma en caso de ser citados a declarar en juicio respecto de lo conversado o declarado durante el proceso de mediación”,<sup>26</sup> pero también consigna una obligación por lo que en caso de que los propios profesionales o participantes la quebranten, pueden imponérseles sanciones, incluso penales.

### C. Flexibilidad

El procedimiento que se utilice para llegar a un acuerdo no debe estar sujeto a formas estrictas, ni a solemnidades, ni a reglas o trámites engorrosos. Los mecanismos alternativos deben ser ágiles, flexibles, no costosos ni complejos. Como hemos dicho antes, lo importante es llegar al acuerdo y que se produzcan formas de comunicación entre los participantes que permitan personalizar el conflicto. La estructura del procedimiento y el modo en que se lleve a cabo, se subordinarán a estos objetivos. Por ello, cuestiones tales como el número de sesiones, el lugar donde se efectuarán, la duración de las mismas, los sujetos involucrados, etc., podrán ser variables. En aquellas legislaciones en las que se han establecido plazos máximos de duración del procedimiento, estos no son rígidos, pueden extenderse si fuera necesario a juicio de quien lo realiza y dirige y hay conformidad de las partes.

Lo anterior no significa que no estén vigentes y tengan que respetarse ciertas normas, principalmente, los derechos de las personas. Flexibilidad no significa violación de normas ni actuación sin límites. En otras palabras, ausencia de formalidades no significa ausencia de garantías.<sup>27</sup> Como

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> Silvestri, Elisabetta, “Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la

hemos dicho antes, estos procedimientos deben estar regulados en la ley y su aplicación efectuarse conforme a la misma. La Recomendación (99)19 del Consejo de Europa sobre Mediación en materia criminal es enfática al respecto:

La Mediación tiene un carácter menos formal que los procedimientos de justicia criminal, con el objeto de permitir una forma más personal y comprensiva de aproximación al conflicto. Estos procesos, no pueden, ni deben, ser regulados en detalle. Sin embargo, hay derechos y salvaguardas procesales de los individuos en el proceso criminal que no pueden ser descartados en una sociedad gobernada por el estado de derecho.

#### *D. Neutralidad*

Quien conduzca un procedimiento restaurativo no debe tener preferencias a favor de una de las partes ni pretender representarlo o asesorarlo. El facilitador debe pertenecer al margen del conflicto solo buscando satisfacer los objetivos o fines del procedimiento. Como se señala en el párrafo 16 de la Recomendación (99)19 del Consejo de Europa: “Las partes en una mediación penal, están, entonces, a diferencia de una mediación civil, en una posición desigual, con la mayor parte de las obligaciones del lado del ofensor. Sin embargo, de acuerdo al principio de presunción de inocencia, el mediador no debe tomar posición sobre el asunto de la culpabilidad”.

#### *E. Imparcialidad*

Debe garantizarse que quien realiza el procedimiento actúe con objetividad frente al conflicto. Por ello algunas leyes estatales regulan supuestos específicos en que existen conflictos de intereses para que el facilitador pueda llevar a cabo un proceso concediendo la posibilidad a quien está en esa posición de excusarse de conocerlos, y al mismo tiempo, otorgan a las partes la posibilidad de recusar a quien consideran que no es confiable para efectuarlo (más adelante señalaremos que algunos códigos han

---

*resolución de las controversias”, op. cit., p. 53.*



prohibido efectuar el procedimiento a los agentes del Ministerio Público ya que se ha considerado que estos no garantizan la resolución imparcial del mismo).

### F. *Equidad*

Durante el procedimiento deben considerarse las posiciones de ambas partes a fin de mantenerlas equilibradas y el acuerdo final debe ser justo, proporcional a los daños causados. Si no se consideran las condiciones de las partes se podría perjudicar a las más débiles. La regla 9 de los Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restitutiva en Materia Penal indica: “Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restitutivo y al llevar a cabo ese proceso”.

## 5. Sujetos legitimados para promover los medios alternativos

Los nuevos códigos procesales penales confieren a un amplio número de sujetos legitimación para promover o solicitar la utilización de los mecanismos alternativos. Los mismos se pueden iniciar:

- a) A instancia del imputado.
- b) A instancia de la víctima o del ofendido.
- c) A propuesta del Ministerio Público.
- d) A propuesta del juez.

Para la víctima y el imputado la posibilidad de efectuar esta solicitud está configurada como un derecho. Sin embargo, los únicos que pueden acordarla y, en su caso, ordenar la realización del procedimiento correspondiente son el Ministerio Público y el juez. El derecho de aquellos está limitado por los supuestos de procedencia de estos mecanismos y los principios del propio sistema penal a los que, como hemos dicho antes, necesariamente están subordinados. En este rige el principio de oficialidad, en virtud de que se basa en el sistema de persecución penal pública,

el procedimiento se desarrolla en sede penal y si bien, con la utilización de los mecanismos alternativos el Estado se retrae con su poder coactivo, esto no significa que no desarrolle ningún papel, sigue estando presente en forma de instrumento de garantía. Además, los códigos confieren al Ministerio Público facultades para realizar su política de persecución penal e introducen la posibilidad de que este se oponga, aunque procedan, a la realización de acuerdos por ser contrarios al interés público. El derecho de aquellos encuentra un límite en las facultades que tiene éste como representante social.

Al derecho de las partes de solicitar la utilización de los mecanismos alternativos corresponde la obligación del Ministerio Público y del juez de procurar no usar el sistema penal y encauzar la solución de las controversias por estos medios. Los nuevos códigos procesales penales establecen esta obligación e instan a estos órganos a promover la utilización de aquellos instrumentos desde su primera intervención en el caso. Dice el Código de Chihuahua: “Desde su primera intervención, el Ministerio Público o, en su caso, el Juez de Garantía, invitará a los interesados a que lleguen a acuerdos reparatorios en los casos en que proceda, y les explicará los efectos y los mecanismos de mediación o conciliación disponibles” (artículo 199). No solo la legislación procesal también algunas de las recientemente aprobadas leyes orgánicas del Ministerio Público establecen la misma obligación de exhortar a las partes a emplear dichos mecanismos. Por ejemplo, la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia de Baja California (2009) señala que una de las funciones del Ministerio Público es:

“promover la resolución de los conflictos surgidos como consecuencia de los delitos a través de la mediación, conciliación y el proceso restaurativo entre la víctima u ofendido y el imputado, en los casos autorizados por las leyes; y en su caso sancionar los convenios que resulten procedentes de acuerdo a las disposiciones aplicables (artículo 6, fracción IV).

De esta forma, siempre que sean procedentes los mecanismos alternativos, su utilización será favorecida por jueces y ministerios públicos con el objeto de que el conflicto se resuelva en sede distinta a la judicial. Ambos órganos deben ser promotores de la utilización de los mismos.

La promoción de estas salidas implica un análisis previo de su procedencia, el estudio de las características del caso y de la mejor forma de enfrentarlo para resolver el conflicto subyacente. Además, como hemos dicho, esta obligación tiene límites legales y, en el caso del Ministerio Público, los derivados de su carácter de representante social. Para éste, un límite de ineludible consideración, a su facultad de promover y aceptar la utilización de medios alternativos es el interés público cuya protección es su cometido principal. Su deber de analizar la vía que mejor garantice la resolución del conflicto pasa por la ponderación entre el interés público y el privado. Y cuando exista aquel este inevitablemente debe ceder. Asimismo, deberá considerar las políticas de persecución de delitos implementadas dentro de la institución a la que pertenece que ampliarán o reducirán la posibilidad de auspiciar los acuerdos y, sobre todo, analizará la conveniencia de su aplicación en torno a la resolución del conflicto, la reparación a la víctima, y la responsabilización y reintegración social del imputado. El cuidadoso análisis del caso le permitirá saber y decidir si el mejor camino para su solución es un acuerdo reparatorio u otro instrumento procesal o definitivamente el juicio. Por ello se ha dicho que para el Ministerio Público promover un acuerdo es una auténtica decisión estratégica.

En el caso de los jueces algunos códigos procesales penales han establecido excepciones al deber de promoción de acuerdos en casos específicos donde se considera que el bien jurídico que protege la norma penal tiene especial importancia, por ejemplo, en los delitos sexuales, en aquellos cometidos en perjuicio de menores de edad y los de violencia intrafamiliar (Oaxaca, artículo 193, penúltimo párrafo, Zacatecas, artículo 102). En estos casos los jueces no pueden alentar a las partes a llegar a un acuerdo. A ambos temas nos referiremos más adelante.

Otra cuestión importante es la forma en que tanto el juez como el Ministerio Público van a promover la realización de los mecanismos alternativos. Hay que evitar que en el inicio de estos existan motivos basados en factores derivados de la falta de elementos para investigar u otros motivos no legales. Jueces y ministerios públicos, pero sobre todo estos últimos, deben siempre, para evitar malentendidos o una utilización inadecuada del poder de persecución penal, hacer que todos los intervinientes participen en la decisión de utilizar esta vía.

Esto para evitar peligrosas “manipulaciones” de la acción penal por parte del mismo fiscal, pues en ella hay suficientes intereses controvertidos, lo que obliga al representante del MP a hacer un manejo transparente, dándole participación, lo más simultáneamente posible a todos los sujetos involucrados. La “negociación” por separado, no garantiza el éxito, sobre todo cuando los intereses presentes son muy volubles.<sup>28</sup>

Me parece que esta es la causa por la que en el CPP de Zacatecas se incluyó esta norma: “En ningún caso, el Ministerio Público deberá tener contacto con el imputado para los fines de este artículo, sin la presencia de su abogado defensor” (artículo 102, último párrafo).

Una vez promovida y acordada, por el Ministerio Público y/o el juez, la realización de un mecanismo alternativo, la pregunta es ¿Quién lo efectuará? Me parece que al respecto se abren, en general, dos posibilidades: que lo efectúen el juez o el Ministerio Público, o bien, que se deriven los casos a otras instancias, como pueden ser: voluntarios, jueces de paz, instancias públicas específicas para realizar esta función, instancias privadas de mediación o conciliación, u otros órganos estatales.<sup>29</sup>

Hay algunos estados donde expresamente se señala que el Ministerio Público no puede realizar, él mismo, la conciliación entre las partes. Así, en Oaxaca, el Código Procesal Penal dice: “Si la conciliación se produce antes de que se judicialice la investigación, el Ministerio Público *siempre* deberá auxiliarse de un facilitador certificado” (artículo 193 último párrafo). Esta norma excluye al Ministerio Público, no al juez, de fungir como árbitro en la solución de conflictos, pero esta exclusión es solo en la fase preprocesal ya que judicializado el caso el Ministerio Público, al tenor de la norma, si puede efectuar la conciliación. En Zacatecas no solo el Ministerio Público, tampoco el juez puede fungir como facilitador. El Código de la materia señala: “los agentes del Ministerio Público y los jueces se limitarán a exhortar a las partes para que utilicen los mecanismos de justicia restaurativa y a reenviar los casos a los facilitadores, mediadores o conciliadores, pero *no podrán intervenir directamente con ese carácter*” (artículo 97, último párrafo). Aquí, como se observa, se ha prohibido a jueces y

<sup>28</sup> Araya Matarrita, Saúl, “Actividad mínima del Fiscal en la aplicación de salidas alternas”, *Cuadernos de Estudio del Ministerio Público*, Costa Rica, núm. 2, 1999, p. 55.

<sup>29</sup> Barbero, Horacio, “La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar”, *Revista Penal*, España, núm. 11, 2003, p. 127.

ministerios públicos fungir como facilitadores en mecanismos alternativos en cualquier fase del proceso. Pero, ¿cuál es la razón de estas normas?

La primera razón es que de esta manera se hace posible “sacar” del sistema penal formal el caso y dejar a un ente diferente, donde participan otros sujetos, quizá hasta algunos miembros de la comunidad, su resolución. Así se realiza el pretendido proceso de desjudicialización y la participación ciudadana en la justicia. Una segunda razón es la decisión de profesionalizar estos procedimientos y hacer que sean especialistas en la materia, capacitados y entrenados en plantear, tramitar y proponer acuerdos que satisfagan a las partes, quienes los efectúen. De esta manera se busca obtener resultados más satisfactorios cada vez que se decida que un caso se resuelva por vía alternativa.

Hay una tercera razón de extrema importancia: garantizar la imparcialidad de quien realiza el procedimiento alternativo. Esto se denota con claridad en el caso de la exclusión del Ministerio Público. Es dudoso que éste, si funge como facilitador, actúe imparcial o neutralmente por su carácter de acusador, representante del interés social y de la víctima y, por tanto, de sujeto interesado porque esta sea resarcida en el daño que sufrió, lo que riñe con los principios en que se basan estos procedimientos y dificulta la posibilidad de llegar a un acuerdo por la desconfianza que generaría en el imputado su presencia. Podría resultar que este no presentara en el procedimiento de conciliación toda la información disponible por temor a que sea utilizada por el propio Ministerio Público en caso de que aquel no termine exitosamente y regrese a sede judicial (en el caso de Oaxaca, donde el Ministerio Público solo tiene prohibido realizar en fase preprocesal el acuerdo me parece que la razón de no prohibir su intervención en la fase del proceso es precisamente la presencia del juez, quien tendrá la obligación de avalar y controlar el acuerdo que realice aquel).

Diferente es la razón que hay para prohibir a los jueces la realización de los acuerdos. En estos casos la justificación no está en la búsqueda de un sujeto imparcial para efectuar los mismos, sino en concentrar al juez en sus funciones jurisdiccionales evitando que realice otro tipo de actividades para las que muchas veces no está preparado y en garantizar la imparcialidad de este en el propio proceso en caso de que la conciliación no sea fructífera y sea necesario llevar a cabo el juicio. Que el mismo juez realice el procedimiento alternativo podría erosionar su carácter imparcial si se reanuda el proceso.

Lo anterior obliga a aclarar varios temas. Primero, la falta de competencia para ser el órgano que realice los acuerdos no excluye la obligación del Ministerio Público de ser promotor de los mismos; esto es importante aclararlo y resaltarlo porque esta obligación no solo es uno más de sus deberes, sino forma parte de su nueva posición procesal que lo liga a ser más que “promotor del castigo”, un auténtico “gestor de paz”, como escribe Binder. El Ministerio Público siempre va a poder ayudar a las partes a llegar a un acuerdo, ya que su interés es la solución del conflicto, lo que tiene prohibido es fungir como órgano que lleve a cabo el procedimiento.

Segundo. No en todos los casos deba haber una remisión a las instancias especializadas por parte del Ministerio Público. Habrá asuntos en que las propias partes, sin necesidad de un mediador o conciliador, en general, de un árbitro, se pongan de acuerdo sobre la forma de resolver el conflicto. Aceptar esta posibilidad es consecuente con los fines del proceso penal y con la idea de que lo importante es llegar a acuerdos. Incluso, podemos asegurar que por ello algunos códigos señalan que la intervención de los especialistas se dará sólo en los casos que sea necesario para “facilitar el acuerdo entre las partes” (Durango, artículo 215, y el Código Modelo así lo propone, artículo 125.1). Debemos aceptar esto si pensamos que la justicia restaurativa está orientada a que las partes resuelvan sus conflictos sin necesidad de que profesionales o especialistas intervengan en los mismos y solo con la ayuda de personas que se consideran dignas de confianza o bien con integrantes de la propia sociedad. Como escribió Christie:

reduzcamos en la mayor medida posible la especialización y, particularmente, nuestra dependencia de los profesionales dentro del sistema de control penal. El ideal es claro: debe ser un tribunal de iguales representándose a sí mismos; si logran encontrar una solución entre ellos, ningún juez es necesario; si no lo logran, los jueces deben, también, ser sus iguales.<sup>30</sup>

Tercero. Lo anterior debe llevar a aceptar que habrá otros casos que se resuelvan sin la presencia de profesionales en la materia y sin órganos del

---

<sup>30</sup> Christie, Nils, “Los conflictos como pertenencia”, <http://neopanopticum.blogspot.com/2005/11/christie-nils-los-conflictos-como.html>.

Estado fungiendo como árbitros, y participando en el procedimiento únicamente miembros de la comunidad. Quizá sea en estos asuntos cuando se demuestra que los procesos restaurativos no tienen como sujeto a un órgano del Estado y a la víctima, sino a las personas y a la comunidad directamente afectadas por el delito.

Cuarto. La disposición está relacionada con la sentida necesidad de que en caso de ser necesario un facilitador éste realmente sea especializado. Es decir, la exclusión del Ministerio Público y del juez como mediadores en estos procedimientos, tiene el objetivo de profesionalizar este servicio.

Quinto. La derivación de casos impone a los Estados la obligación de crear una amplia infraestructura que haga posible que todos los interesados tengan acceso al servicio, de otra forma podría suceder que debido a la carencia de recursos, un delito que pueda ser conciliado en un lugar no lo pueda ser en otro, ocasionado desigualdad en el tratamiento de casos por la falta de oportuno acceso a los medios alternativos.

Hay otra cuestión importante relacionada con el tema que estamos tratando. Para hacer posible la resolución de casos de forma rápida, varios Estados han creado centros alternativos de resolución de controversias, algunos haciéndolos depender de los poderes judiciales y otros de las procuradurías de justicia. Con ello, se han institucionalizado estos procedimientos. En ocasiones, esto es un arreglo de los propios códigos Procesales, como el caso de Baja California, donde el artículo 19 del mismo señala:

Justicia alternativa. La Procuraduría General de Justicia del Estado a través de su órgano u órganos competentes, promoverá y aplicará los mecanismos de justicia alternativa, de mediación, conciliación y proceso restaurativo, los cuales permitirán a la víctima u ofendido y el imputado, actuar en forma activa y conjuntamente para resolver sus controversias a través de los acuerdos reparatorios (este texto se adiciono al código mediante reforma efectuada el 13 de noviembre de 2009).

Mientras que en otros estados ha sido producto del rediseño orgánico de la institución ministerial producido en sus propias leyes para cumplir con sus nuevas funciones y construir un eficiente sistema de gestión de casos.

Esto último se constata en Chihuahua, Oaxaca, Morelos y Durango donde se han creado, dentro de las procuradurías de justicia, instancias es-

pecializadas en la resolución de conflictos. En Chihuahua se creó el Centro de Justicia Alternativa mediante la Ley de Justicia Penal Alternativa (2006); en Oaxaca se conformó, después de publicada una nueva Ley Orgánica del Ministerio Público, la Subprocuraduría de Atención a Víctimas y Justicia Restaurativa (2008) y una Dirección encargada de esta última; en Morelos, el 18 de agosto de 2008, se publicó la Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal, que reguló el Centro de Justicia Alternativa de la Procuraduría General de Justicia del Estado; y, en Durango, se dictó la Ley de Justicia Penal Restaurativa (2009) que creó la Dirección de Justicia Penal Restaurativa (este órgano complementa la actividad desempeñada por el Centro Estatal de Justicia Restaurativa, que depende del Poder Judicial del Estado y que se creó en 2009 con la Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado) y la figura de los agentes del Ministerio Público orientadores encargados “de verificar los requisitos de procedibilidad y canalizar de manera inmediata los hechos, conflictos, controversias, denuncias o querellas que se presenten, así como informar a los interesados sobre la existencia y beneficios al utilizar los mecanismos alternativos de solución de conflictos o controversias” (artículo 3, fracción I).

Esta misma orientación, aunque sin establecerse aún el sistema acusatorio de justicia penal, se presenta en otros estados. Por ejemplo, en Guanajuato, donde se ha creado la figura de agentes del Ministerio Público conciliadores que actúan como mediadores que buscan la solución de los conflictos entre dos partes en forma más rápida y menos costosa, sin tener que llegar a procedimiento penal (según la información que proporciona la Procuraduría estatal, los asuntos que concilia son: daños; abuso de confianza; incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar; fraude, que no afecte el patrimonio de entidades públicas; usura; revelación de secretos; ejercicio arbitrario del propio derecho; difamación y calumnia; amenazas; allanamiento de morada, entre otros). En Tamaulipas, el 28 de abril de 2009, se publicó en el *PO* el Acuerdo del Procurador General de Justicia del Estado mediante el cual se creó y reguló el funcionamiento de los Centros de Mediación de la Procuraduría General de Justicia, mismos que se establecieron en las Delegaciones Regionales ubicadas en los Municipios de Nuevo Laredo, Reynosa, Matamoros, Victoria y Tampico. Dice el punto cuatro de este Acuerdo:



El objetivo de los Centros de Mediación de la Procuraduría será el de crear un medio alternativo para la solución de los conflictos entre las partes, bajo un esquema colaborativo y a través del diálogo, que permita reducir la carga de trabajo de las Agencias del Ministerio Público Investigador, de Protección a la Familia y de Justicia para Adolescentes.

También en Baja California, desde 2007, se crearon agencias conciliadoras dentro de la Procuraduría de Justicia, contándose hasta aquel año, según información oficial, diecinueve en todo el Estado (como se sabe, en Baja California ya se publicó un nuevo Código Procesal Penal que entra en vigor el 3 de mayo de 2010).

No se puede negar la importancia de estos nuevos órganos para la resolución de conflictos, más aún, para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas. Éstas tienen un medio institucional más para obtener reparación a los daños que se les ocasionan. Además de la importancia de la creación de estos órganos y la trascendente labor que están llamados a desempeñar, lo que me interesa destacar es el cuidado que deben poner en garantizar el principio de imparcialidad en la resolución de casos ya que aunque el Ministerio Público que recibe la investigación no funge como árbitro o mediador, sigue siendo un órgano de la procuraduría de justicia quien efectúa tal función y ello podría generar dudas sobre su imparcialidad<sup>31</sup> e, incluso, sobre la confidencialidad que se tendrá en el manejo del caso, puesto que, por la relación jerárquica que existe, deberá informar a su superior sobre el resultado del procedimiento y quizá de la forma en que éste se efectúe. Esta es una de las razones por la que un sector de la doctrina insta a realizar cualquier tipo de proceso restaurativo en centros externos a las instituciones del Ministerio Público.

Salvo en Zacatecas, los jueces pueden realizar, ellos mismos, la conciliación entre las partes. En Oaxaca se dice: “para conciliar, el juzgador convocará a una audiencia y *podrá* solicitar el asesoramiento y auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados para que designen un amigable componedor”. También pueden solicitar el auxilio de entidades especializadas o bien dejar que las partes designen una persona que sea de su

<sup>31</sup> Esta observación en Díaz Gude, Alejandra, *La mediación penal y los acuerdos reparatorios: potencialidades de aplicación y principios involucrados*, [http://www.cejamericas.org/doc/documentos/2\\_med\\_penal\\_3\\_adiaz.pdf](http://www.cejamericas.org/doc/documentos/2_med_penal_3_adiaz.pdf)

confianza para que procure el arreglo. Los códigos abren mayores oportunidades en esta fase porque entienden que el proceso se realiza bajo la tutela judicial.

## 6. Supuestos de procedencia de los acuerdos reparatorios

Los supuestos de procedencia nos permiten analizar el espacio que el sistema de justicia ha abierto para resolver por vías no judiciales los conflictos sociales derivados de la comisión de delitos. Visto desde el sistema de justicia penal, la procedencia determina los casos en que el sistema opta por privilegiar, como forma de resolución de los conflictos generados por los delitos, el acuerdo entre las partes, asumiendo una posición subsidiaria, de intervención solo cuando a través de esta vía no se obtengan resultados positivos. La procedencia es una definición positiva que establece cuales conductas pueden ser sujetas a procedimientos alternativos, pero también una definición negativa que consagra cuales son las conductas que necesariamente tienen que ser tramitadas a través de un proceso jurisdiccional y, en su caso, sancionadas por el Estado.

La Constitución de la República ha dado a los estados libertad para determinar que conductas tipificadas como delitos pueden ser objeto de mecanismos alternativos. Cada sistema estatal de justicia adoptará la decisión que considere más conveniente. Esto es de la mayor importancia porque demuestra, además del respeto a la autonomía local, que la función de las normas constitucionales es proteger la libertad y los derechos y no establecer o preestablecer castigos. La Constitución no tiene como objeto punir comportamientos. Esta es función del legislador.

El siguiente cuadro muestra, por estado, los tipos de delitos en los que proceden los acuerdos reparatorios.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Dicen Duce y Riego: “la idea de limitar la procedencia de los acuerdos reparatorios a ciertas categorías de delitos se explica en atención a que se consideró, de conformidad con nuestro actual desarrollo cultural, que todavía existirían ciertas categorías de delitos que, por su gravedad, debían ser investigados y sancionados por el Estado, no obstante encontrarse la víctima satisfecha con una determinada reparación. Es decir, que existirían ciertos delitos en los que aún primaría el interés público por sobre el de la víctima del caso concreto y que en el evento de no sancionarse, por existir un acuerdo entre autor y víctima, se produciría una especie de disconformidad social. En estos casos existiría un plus de

Estado	Procedencia de los acuerdos reparatorios
Oaxaca (artículo 191)	a) Delitos culposos: excepto el homicidio. b) Delitos perseguibles por querrela. c) Delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia contra las personas. d) Delitos que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional.
Estado de México (artículo 117)	a) Delitos culposos; b) Delitos en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido; c) Delitos de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas; y, D) Delitos que tengan señalada una pena cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años de prisión.
Chihuahua (artículo 197)  Zacatecas (artículo 100)  Morelos (artículo 205)  Baja California (artículo 196)  Durango (artículo 212)	a) Delitos imprudenciales; b) Delitos en que proceda el perdón de la víctima u ofendido; c) Delitos de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas; d) Delitos en los que se admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional; e) Delitos cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión y carezcan de trascendencia social (en Morelos la pena de prisión no exceda de seis años) (En Baja California no se establece el requisito de que carezcan de trascendencia social; y en Durango, el requisito es que “no se afecte un bien jurídico o interés público”).

injusto que no respondería únicamente al interés privado”. Duce J., Mauricio y Riego R. Cristián, *Proceso penal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 340.

<p>Código Modelo del proceso penal acusatorio para los Estados de la Federación.</p>	<ul style="list-style-type: none"><li>a) Delitos de acción privada.</li><li>b) Delitos de acción pública a instancia de parte.</li><li>c) Delitos culposos.</li><li>d) Delitos en los que proceda el perdón de la víctima.</li><li>e) Delitos de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas.</li><li>e) Delitos en los que admiten presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional,</li><li>f) Delitos cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años y por las circunstancias concretas carezcan de trascendencia social.</li><li>g) 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.</li><li>h) Delitos con pena superior a cinco años, pero en estos casos, 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.</li></ul>
--	--

Como puede observarse, la regulación sobre la procedencia es bastante objetiva, salvo en algunos casos. Se deja poco margen de interpretación a Ministerio Público y jueces, con el fin de dar a las partes seguridad jurídica y evitar la discriminación o el trato desigual. Aunque hay variaciones significativas en los estados, desde Oaxaca que restringe más la procedencia de los acuerdos hasta el Código Modelo que propone ampliarla, parece haber tres criterios que no escaparon a los legisladores para definirla: primero, casos en que el interés de las partes es mayor que el del Estado para perseguir ciertos delitos. Así, por ejemplo, los ilícitos que exigen la querrela del ofendido o los delitos patrimoniales que perjudican directamente a las personas y que normalmente se traducen en daños económicos. Segundo, se

toman en consideración factores subjetivos relacionados con la intención del activo de producir un daño, si esta intención no existe, es procedente el acuerdo. Es el supuesto de los delitos culposos. Tercero, casos en los que se considera que no tiene sentido seguir el proceso si presumiblemente al final del juicio se impondrá una sentencia menor. Así ocurre cuando el tipo de delito hace procedente el beneficio de substitución de sanciones o condena condicional, por imponerse una sentencia de privación de libertad de tres o cuatro años. Con la regulación de estos supuestos se cumple con el fin de no imponer una sentencia y una pena al imputado. Son las mismas razones que hacen procedente el acuerdo en aquellos delitos cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión.

Es importante volver a señalar que la consagración de los supuestos de procedencia no significa que el Ministerio Público esté, en todos estos casos, obligado a promoverlos. Como dijimos arriba, pudiera suceder que además de que no existe voluntad o consentimiento de una de las partes para incluirse en un mecanismo de este tipo, el representante social considere que no es conveniente o apropiado llevarlo a cabo, por diversos factores, entre ellos porque no se satisfacen los fines del instrumento o bien porque contrarían el interés de alguna de las partes. Con esto se advierte que el nuevo proceso penal, y todos sus mecanismos procesales, confieren gran importancia al análisis caso por caso que realice el Ministerio Público. El “caso” aparece como el elemento que orienta y define la vía que se utilizará dentro del sistema para solucionar la controversia que se plantea. Este informará sobre las circunstancias personales y sociales de las partes pero también de las posibilidades que para lograr fines de prevención general y especial tendrá la promoción del acuerdo. Con ello se destaca que si bien algunos de los efectos del uso de estos mecanismos es la reducción de asuntos en el ámbito de la justicia y el ahorro de recursos, estos de ninguna manera representan el objetivo principal de la utilización de estos mecanismos.

## **7. Delitos excluidos de la posibilidad de acuerdos**

Lo primero que hay que decir es que están excluidos de la posibilidad de ser tramitados a través de mecanismos alternativos los delitos que no están considerados en el catálogo de procedencia. La normatividad procesal

declara las conductas sobre las cuales es procedente el acuerdo. Esto es importante decirlo ya que pudo haber sido de otra forma, por ejemplo, señalando, al contrario, los delitos no conciliables, pero los legisladores estatales eligieron establecer una lista de delitos con el objeto de que mediante la limitación de la procedencia se dejara establecida la importancia de la vía judicial para la tramitación de casos penales.

Sin embargo, algunos códigos excluyen expresamente algunos tipos delictivos de ser objeto de mecanismos alternativos y, por lo tanto, siempre se perseguirán y sancionarán penalmente. La pregunta sería: ¿por qué se hace una lista de estos delitos si la estrategia procesal fue la contraria? Por lo menos hay dos razones poderosas: primero, porque el legislador consideró que era precisa la exclusión expresa para subrayar la importancia que le otorga a ciertos bienes jurídicos y reafirmar la protección que el ordenamiento penal ofrece a determinados sujetos víctimas (como los niños o las mujeres), y, segundo, para dejar aclaradas, en virtud de lo anterior, ciertas situaciones que pudieran presentar problemas de interpretación al momento de su aplicación.

Entre los delitos o tipos delictivos expresamente excluidos de la posibilidad de ser sometidos a acuerdos están los siguientes:

#### *A. Los homicidios culposos*

Al respecto, en los Estados hay algunas variantes. En Oaxaca no puede ser objeto de acuerdo ningún homicidio culposo (artículo 191 segundo párrafo). El Estado siempre perseguirá y castigará penalmente este delito. Aquí el criterio de exclusión está determinado por la gravedad del resultado del mismo. En los demás estados que analizamos si procede el acuerdo en estos casos salvo en algunas situaciones excepcionales. Es decir, la regla es la procedencia del acuerdo salvo que el delito se cometa bajo ciertas circunstancias. En Chihuahua (artículo 197) sólo se excluye cuando es perpetrado en accidentes de tránsito y el activo conduzca en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares (artículo 139 del Código Penal). En Zacatecas, están excluidos de la posibilidad de pactar, “los homicidios culposos producidos en accidentes de tránsito bajo el influjo de sustancias

que alteren la capacidad de conducir vehículos” (artículo 100, segundo párrafo). En Baja California (artículo 196 segundo párrafo) y Durango (artículo 212), de la misma forma, se excluyen aquellos 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, psicotrópicos u otras sustancias que impidan o perturben su adecuada conducción”. En estos casos se prohíbe el acuerdo como una forma de castigar la irresponsabilidad y negligencia del sujeto activo.

En el Estado de México se introduce un requisito que amplía la procedencia del acuerdo: no solo debe tratarse de un homicidio producido “en accidentes de tránsito bajo el influjo de sustancias que alteren la capacidad de conducir vehículos o con motivo de la conducción de vehículo de motor de transporte público” sino que debe haberse causado la muerte de dos o más personas (artículo 117, segundo párrafo). Únicamente en estos casos no proceden los acuerdos. En Durango, estos se efectuarán en los casos de homicidios culposos, sin importar su modo de comisión o la situación personal de inculpado (mencionada arriba), pero siempre que lo solicite “en forma expresa la víctima u ofendido o su representante legal” (artículo 212). La misma regulación propone el Código Modelo (artículo 122.4).

### *B. Los delitos cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas*

En los códigos procesales penales de todos los Estados que estamos revisando (Oaxaca, artículo 191; Chihuahua, artículo 197; Zacatecas, artículo 100, Morelos, artículo 205, segundo párrafo; Baja California, artículo 196 segundo párrafo) salvo el del Estado de México, expresamente se excluye la procedencia de los mecanismos alternativos cuando el imputado sea un servidor público que presuntamente comete el delito en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas. Los legisladores han decidido ineludiblemente llevar a proceso a los funcionarios públicos que faltando a su deber son acusados de cometer delitos. Es una exclusión derivada de la calidad del sujeto que comete la conducta ilícita.

La omisión de regulación en el Código del Estado de México debe ser interpretada como una forma de hacer procedentes los acuerdos en estos casos (aunque el Ministerio Público podrá oponerse a los mismos si justifica que llevar a cabo un acuerdo en este supuesto afecta el interés público, como veremos adelante). Solución diferente es la que propone el Código Modelo que hace procedentes los mecanismos alternativos en este supuesto pero para ello la víctima u ofendido o su representante legal, deben solicitarlo en forma expresa al juez (artículo 122.4).

### *C. Delitos en contra de la libertad y seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual*

En algunos Estados, terminantemente se declara no procedente cualquier tipo de acuerdo en este tipo de delitos, por considerárseles especialmente graves. Así, en Chihuahua (artículo 197), Zacatecas, y Baja California. Aunque no se excluyen expresamente, podemos asegurar que en el Estado de México también está prohibido llegar a acuerdos en este tipo de delitos, debido, precisamente, a que no se regula su procedencia.

En otros estados (Oaxaca y Zacatecas) la solución es diferente. Inicialmente, como los delitos sexuales no están enlistados entre aquellos por los cuales pueden proceder los acuerdos (salvo en el Código Modelo) debemos entender que está prohibida la utilización de un mecanismo alternativo. Sin embargo, la prohibición no es absoluta, puede ceder, como prescriben los mismos códigos, ante la solicitud de la víctima y de los representantes legales de resolver el conflicto por esta vía (Oaxaca, artículo 193 penúltimo párrafo; Zacatecas, artículo 102; Código Modelo, artículo 122.4). En otras palabras, los delitos de carácter sexual no pueden ser objeto de conciliación, salvo cuando la propia víctima o sus representantes legales soliciten al juez expresamente llegar a un acuerdo (como hemos dicho antes, en estos ilícitos el juez tiene prohibido promover la conciliación) ¿Por qué se requiere la solicitud expresa? Porque en estos casos la norma penal trata de proteger la libertad sexual de las personas, el crecimiento de los niños y a la familia, y cuando las partes deciden llegar a un acuerdo a pesar del daño producido a tan importante bien jurídico, no debe quedar duda del consentimiento de quien sufrió el delito. La exigencia de solicitud por escrito debe considerarse una manifestación reforzada de la voluntad



de la víctima de llegar a un acuerdo a pesar de la gravedad del daño que le fue ocasionado con el delito.

#### *D. Delitos cometidos en perjuicio de menores de edad*

En el caso de Oaxaca (artículo 193 penúltimo párrafo) y Morelos (artículo 207, segundo párrafo) se excluyen los acuerdos en los delitos cometidos en perjuicio de menores de edad salvo cuando lo soliciten expresamente la víctima o sus representantes legales. En estos casos me parece que la prohibición debería ser absoluta con el objeto de proteger a los niños de cualquier lesión que les pudiera ser ocasionada por un adulto.<sup>33</sup> Además, en caso de emplearse algún mecanismo alternativo, no se cumple el requisito de igualdad entre los participantes que, como dijimos antes, está en la base de los mismos. La situación de desigualdad entre las partes no puede generar acuerdos que cumplan el requisito de voluntariedad.

#### *E. Delitos de violencia familiar*

La procedencia de los acuerdos en estos casos está excluida en Chihuahua (artículo 197), Durango (artículo 212), Zacatecas y Baja California. En Oaxaca y Morelos se prohíbe su procedencia salvo cuando la víctima o su representante lo soliciten expresamente al juez. Lo mismo se regula en el Código Modelo.

#### *F. Los delitos patrimoniales cometidos con violencia contra las personas*

En todos los códigos se excluye la posibilidad de tramitar un mecanismo alternativo cuando se trate de delitos patrimoniales cometidos con violen-

<sup>33</sup> En el ámbito de los derechos de la infancia la protección a estos debe ser reforzada. El Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras, en su artículo 90 dice: “No se permitirá ningún perdón, expreso o tácito, de parte del agraviado o de sus padres o representantes legales, para los transgresores de los derechos de un niño”. El artículo 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica señala: “No podrán ser objeto de mediación ni conciliación los asuntos en los que existan derechos irrenunciables de las partes, los relacionados con la violencia doméstica, los de suspensión o pérdida de la autoridad parental ni los que puedan constituir delitos”.

cia contra las personas, lo que permite apreciar que los legisladores han considerado que el modo de comisión de los ilícitos es determinante para decidir si una conducta va a perseguirse penalmente o si su solución puede dejarse a otros medios diversos al proceso judicial.

### G. *Los delitos cometidos en asociación delictuosa*

Esta clase de delitos se excluyen expresamente en Oaxaca (artículo 191); Chihuahua (artículo 197); Zacatecas (artículo 100) y Morelos (artículo 205). Lo mismo que en el caso anterior, la exclusión responde a la consideración sobre la forma de comisión del delito y a la peligrosidad del mismo.

En el caso del Estado de Morelos, la lista de delitos expresamente excluidos de la posibilidad de acuerdos es larga y muestra la intención del legislador de eliminar desde el propio código las dudas que pudieran generarse al momento de determinar la procedencia de los acuerdos ante ciertas conductas. El artículo 205 segundo párrafo del Código Procesal Penal enumera los siguientes:

- a) Homicidios culposos en los supuestos a que se refiere el artículo 128;
- b) El delito de aborto previsto en la fracción II del artículo 115;
- c) Delito de privación ilegal de la libertad previsto en el artículo 138;
- d) Delito de secuestro previsto en el artículo 141 párrafo primero;
- e) Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual;
- f) Delitos de robo cuando concurren las circunstancias a que se refieren las fracciones I, II, III, IV, V, VI, XI del inciso a y el inciso b del artículo 176, los previstos en el artículo 176bis;
- g) Equiparable al abigeato previsto en el artículo 180, el abigeato y su equiparable cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 181;
- h) Despojo cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 185;
- i) Fraudes previstos en el artículo 189, fracciones I y V, cuando se simule un acto judicial;

- j) Delitos cometidos por fraccionadores previsto en el artículo 192;
- k) Daños cuando se cometan por medio de inundación, incendio o explosivos en términos del artículo 194;
- l) Delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 198;
- m) Delitos de tráfico de menores previsto en el artículo 204, párrafo segundo, el de corrupción de menores previsto en el artículo 212;
- n) Delito de peligro de devastación, previsto en el artículo 243.

## 8. Otros límites a la promoción de mecanismos alternativos

Algunos códigos han establecido otros límites a la procedencia de los acuerdos reparatorios fundándolos en los fines que con los mismos pretende alcanzar el sistema penal. Son normas de gran importancia, que podemos llamar límites sustantivos para diferenciarlos de los formales que hemos analizado antes, que muestran rasgos de la orientación de la política criminal impulsada por el Estado. Entre ellos están la reincidencia y el interés público:

*A. Cuando el imputado ya haya celebrado otro acuerdo reparatorio, por hechos de la misma naturaleza*

Algunos códigos eliminan la posibilidad de resolver casos a través de mecanismos alternativos cuando anteriormente el imputado ya hubiera celebrado otros por hechos de la misma naturaleza (Baja California, artículo 196 segundo párrafo; Chihuahua, artículo 197; Zacatecas, artículo 100; Morelos, artículo 205 último párrafo; Durango, artículo 212, y el Código Modelo, artículo 122.5). Se limita la procedencia de los acuerdos cuando el imputado con su conducta reincide en la comisión de hechos ilícitos y demuestra con ello que no se cumplieron sus fines castigándose su comportamiento; en estos casos el sistema considera que lo más conveniente es eliminar la posibilidad de una resolución alternativa, llevar a proceso al imputado y dictar una sentencia sancionando la habitualidad en la comi-

sión de delitos y evitando que se abuse de la utilización de estos mecanismos. Con ello se impone desde la ley una clara decisión de política criminal: no conceder estos beneficios a los reincidentes de ciertos delitos.

Hay que subrayar que los códigos limitan la procedencia de los acuerdos a aquellos casos en que el imputado ya hubiere efectuado un pacto y los nuevos hechos sean de la misma naturaleza. Esto significa, por un lado, que por hechos de diversa naturaleza si proceden los acuerdos aunque ya hubiere un pacto previo y, por otro lado, que no se castiga la reincidencia por los mismos hechos o por el mismo delito, sino por la lesión a bienes jurídicos similares protegidos por la legislación penal. En Baja California, en un intento de abrir más la procedencia de los acuerdos, se consagró que para que no se puedan efectuar no solo deben tratarse de hechos de la misma naturaleza sino también que estos sean cometidos dolosamente. En Morelos, por el contrario, sólo procede el acuerdo en el caso de que el nuevo delito sea culposo, por lo que en los demás casos está terminantemente prohibido.

Hay algunos estados, como Oaxaca y el Estado de México, en que no se regula nada relacionado con el tema que abordamos por lo que no existe este límite en torno a la procedencia de los acuerdos. Aún en los casos de reincidencia se puede efectuar un acuerdo.

Para hacer efectiva esta norma es importante que todos los acuerdos reparatorios que se realicen sean debidamente registrados. Al respecto es muy interesante la siguiente norma establecida en el Código Procesal Penal del Estado de Morelos:

Artículo 217 Bis. Verificación del cumplimiento de condiciones y acuerdos anteriores, previo a la concesión de los beneficios. La Procuraduría General de Justicia del Estado, contará con una base de datos para dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos reparatorios, de la suspensión condicional del proceso y de los procedimientos simplificados y abreviados, la cual deberá ser consultada por el Ministerio Público y la autoridad judicial antes de conceder alguna de estas formas de terminación anticipada del proceso, para efectos de evitar que el imputado goce de este beneficio en causas simultáneas o subsecuentes.

### B. *Cuando exista un interés público en la continuación del proceso*

El Código Procesal Penal del Estado de Morelos señala que no procederán los acuerdos: “si existiere un interés público prevaleciente en la continuación de la persecución penal” (Morelos, artículo 205, último párrafo). De forma similar se legisló en Baja California (artículo 197). En Durango no procede el uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias, “cuando se afecte un interés público prevalente y así lo solicite el Ministerio Público, en su caso, ante el Juez de Control” (artículo 212).

Esta norma es de gran importancia para entender el lugar que ocupan los mecanismos alternativos dentro del sistema penal y comprender su regulación ya que indica que habrá casos que aun estando en presencia de un delito por el que procede el acuerdo como vía de solución del conflicto, otras consideraciones, derivadas del interés público, pueden hacer que se decida llevar a cabo el proceso. En otras palabras, en los casos en que haya un interés público para la persecución de cualquier delito este es “prevalente” al interés privado de las partes. Me parece que con esta norma sucumbe la idea de que el nuevo sistema considera a los delitos solo como conflictos entre particulares. Las reglas actuales no dan margen a pensar que el delito sea únicamente un conflicto entre el autor y la víctima. En todos los casos en que se justifique la presencia de un interés social público, el Estado se puede sobreponer al interés privado y proceder a perseguir los delitos. Éste es el titular de la persecución penal y en base a los principios que rigen a esta también detenta la facultad de disponer la forma en que se resuelven los conflictos de que conoce. Las reglas sobre la procedencia de los mecanismos alternativos no determinan los casos en que se desplaza definitivamente al Estado para hacer privilegiar los intereses privados de las partes, más bien fijan los casos en que el Estado se hace a un lado por considerar que, por estar en conflicto un problema entre partes, es preferible que ellas lo solucionen, pero si en dicho conflicto aparece un interés público relevante este vuelve a ocupar el lugar que le corresponde dentro del sistema. Al tiempo que el Estado fija cuales son los delitos por los que procede el acuerdo entre las partes así también establece que aun en estos casos este podrá retenerlos. No hay, en este sentido, privatización del derecho penal.

Hay que advertir que el sujeto facultado y autorizado para valorar la existencia del interés público solo es el Ministerio Público en su calidad de representante social. Esto es muy claro en el caso de Durango, cuyo Código exige que la no procedencia del acuerdo sea solicitada por el Ministerio Público. Están excluidos de efectuar dicha valoración otros sujetos, como por ejemplo, los jueces. Esto es importante decirlo porque en otras legislaciones, como la chilena, el juez, de oficio, puede rechazar un acuerdo cuando considere que hay un interés público prevalente para perseguirlo y sancionarlo.<sup>34</sup> En México esta facultad está reservada al Ministerio Público, atribución que refuerza la responsabilidad y obligación que tiene de estudiar con detenimiento caso por caso para decidir al efecto.

Ahora bien, que esta norma esté expresamente consagrada en algunos códigos como límite a la procedencia de los acuerdos no quiere decir que no opere para los estados que no la han plasmado en su normatividad. En otras palabras, no es necesario que expresamente en los códigos procesales se diga que no proceden los acuerdos reparatorios cuando exista un interés público en la continuación del proceso ya que el Ministerio Público debe realizar dicha valoración en todos los casos puesto que es parte de su obligación como representante social (esta facultad se expresa en algunos códigos de otra manera, por ejemplo, señalándose que el límite para la procedencia es la trascendencia social o que “no se afecte un bien jurídico o interés público”).

La cuestión más importante es señalar cuando una conducta afecta un interés público y se puede considerar éste superior al interés de las partes, sobre todo si tomamos en cuenta que, como hemos dicho antes, su aplicación como forma de resolver conflictos, es prioritaria. Es difícil contestar esta pregunta. El Código de Morelos otorga una respuesta: concurre este interés, dice, “si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigan en el caso particular” (Morelos, artículo 205, último párrafo).<sup>35</sup> Esto es, habrá interés público en llevar a proceso a las

---

<sup>34</sup> El artículo 241 tercer párrafo del Código Procesal Penal chileno dice: “En consecuencia, de oficio o a petición del Ministerio Público, el juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal”.

<sup>35</sup> Es notoria la influencia del Código chileno. Dice la última parte del tercer párrafo del

personas que reiteradamente están inmersas en hechos ilícitos de la misma naturaleza. El interés público no deriva del tipo de delito cometido o de las circunstancias en que se realizó el mismo o la calidad del sujeto activo, sino de la conducta anterior del imputado que ha sido reiterante en la comisión de hechos similares. Éste es un supuesto objetivado, por tanto, de consideración obligatoria, en el que el legislador ha decidido que existe interés público en la persecución penal. Pero no podemos considerar que sea el único. Como hemos dicho antes, la definición de cuando hay un interés público queda a cargo del Ministerio Público como representante del interés social por lo que este debe valorar caso por caso o bien apoyar la afirmación de su existencia en los criterios generales que guíen las políticas de persecución penal de la institución ministerial. Araya señala, tratando de poner alguna luz sobre este tema, que el análisis del interés público en la procedencia de fondo de los acuerdos puede estar en relación con los siguientes aspectos: a) la reacción social que produce el hecho; b) el número de afectados; c) la gravedad de los hechos; d) la recurrencia por parte del imputado; e) la incidencia de este tipo de hechos en el área geográfica, y f) la afectación a la credibilidad del sistema por parte de los ciudadanos.<sup>36</sup>

Con el objeto de dar seguridad jurídica a quienes participan en los procesos y a toda la sociedad, el Ministerio Público chileno ha definido cuando hay un interés público en la persecución de los delitos y establecido algunos supuestos en los que el fiscal siempre debe considerar que existe un interés público prevalente.<sup>37</sup> Con respecto a lo primero, ha señalado que:

alegar la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal para negar la aprobación de un acuerdo reparatorio implica estimar que el conflicto provocado por un delito de mediana gravedad debe enfrentarse mediante la imposición de una pena y no a través de un acuerdo libre e informado de los sujetos concretamente

---

artículo 241 de éste: "...Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular".

<sup>36</sup> Araya Matarrita, Saúl, "Actividad mínima del fiscal en la aplicación de salidas alternas", *op. cit.*, p. 63.

<sup>37</sup> Instructivo general núm. 34 sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios emitida por el Fiscal Nacional del Ministerio Público.

afectados en sus intereses particulares. Por tanto, los fiscales justificarán el ejercicio de esta facultad a la luz de los fines preventivos de la pena, esto es, la prevención general o la especial, según sea el caso.

Con respecto a los casos en que los fiscales podrán estimar que concurre un interés público prevalente y, por lo tanto, deben oponerse a la celebración de acuerdos, el Ministerio Público chileno ha fijado los siguientes supuestos:

- a) La existencia de otro bien jurídico afectado de mayor entidad que el principalmente vulnerado por el delito objeto de acuerdo reparatorio.
- b) La constancia de haber llegado a acuerdo reparatorio por el mismo delito al menos en dos veces anteriores al proceso penal.
- c) La concurrencia de agravantes objetivas.

La obligatoria consideración por parte del Ministerio Público del interés público y su deber de salvaguardar los derechos de imputados y víctimas lo obligan a establecer políticas de persecución en torno a los acuerdos restaurativos. Asimismo, como lo vamos a analizar más adelante, si bien aquel puede manifestarse contrario a la procedencia de algún acuerdo en base a razones de interés público, su opinión no vincula al juez, éste puede, aún con la oposición de aquel, declarar procedente el acuerdo debido a que, en su opinión, se satisface el interés de la víctima sin afectarse dicho interés público.

## **9. Momento procesal en que se pueden promover los mecanismos alternativos**

Los códigos procesales penales han abierto la posibilidad de que los acuerdos se promuevan en cualquier etapa del proceso. La oportunidad surge desde el momento mismo en que el imputado o el asunto, es puesto a disposición o hecho del conocimiento del Ministerio Público. Que se permita presentar la solicitud lo más cerca en el tiempo de la comisión del ilícito está en relación con la intención de hacer que el imputado salga lo más rápido posible del sistema de justicia, lograr que la víctima ten-



ga pronta reparación al daño que sufrió y evitar que el conflicto entre las partes vaya en aumento. Es más, en el Código Modelo se propone que el acuerdo proceda aún antes de que el Ministerio Público inicie sus actividades de investigación, casos en los que será el centro especializado en mecanismos alternativos de solución de controversias reconocido legalmente quien los realizaría y aprobaría (artículo 126.1). Mientras más pronto se utilicen estos mecanismos más se contribuirá al logro de sus fines dentro del sistema penal, sobre todo con mayor celeridad se satisfará el derecho de la víctima a obtener reparación al daño que le fue causado, para ello es determinante la forma en que se recabe la información del caso, desde la denuncia, por la policía y el Ministerio Público.

La posibilidad de promover los medios alternativos termina hasta antes de dictarse el auto de apertura a juicio (Estado de México, artículo 118; Oaxaca, artículo 191; Chihuahua, artículo 198; Zacatecas, artículo 102; Morelos, artículo 206; Baja California, artículo 197; Durango, artículo 213). Esto quiere decir que se puede solicitar la realización de un acuerdo reparatorio:

- a) Antes de la promoción de la acción penal, ante el Ministerio Público.
- b) En la audiencia de formalización de la investigación.
- c) En una audiencia realizada al efecto durante la etapa de investigación.
- d) En la audiencia de preparación del juicio oral.

Pudo haberse establecido mayor oportunidad procesal para promover el acuerdo. Por ejemplo, hasta la clausura de los debates en el juicio oral<sup>38</sup>, antes de dictarse resolución definitiva, previo a la comunicación de la sentencia de primera instancia, o bien, hasta el momento en que la sentencia haya causado ejecutoria. Seguro que habrá casos en que la reparación del daño pueda acordarse y efectuarse hasta este momento. ¿Por qué no permitir la posibilidad de un acuerdo entonces, es decir, durante el juicio o antes del dictado de la sentencia? Tampoco se consagró en los códigos la posibilidad de que los acuerdos se realicen ya cuando el sujeto respon-

<sup>38</sup> Así, por ejemplo, el artículo 32 del CPP de El Salvador señala que la conciliación puede producirse: “en cualquier momento del proceso, pero antes de que se clausuren los debates en la vista pública, la víctima comunicará el acuerdo al tribunal”.

sable esté cumpliendo la condena, es decir, en la fase de ejecución de la pena. El acuerdo aquí sería requisito necesario para modificar el tipo de pena impuesta o bien para darla por cumplida.

## **10. Datos que hagan probable la participación del imputado en la comisión del delito y el reconocimiento de haber realizado la conducta**

“Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente”, según lo establece la regla 7 de los Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal. Este es un principio que debe ser cumplido de forma estricta por Ministerio Público y jueces. Deben existir elementos o indicios suficientes para considerar que el imputado es responsable del delito cometido, de otra manera no puede efectuarse un procedimiento alternativo, ni ningún otro procedimiento. “Si no existen los fundamentos de una meridiana «causa probable», de una individualización del presunto autor, y de un presunto delito, no puede haber acuerdo reparatorio alguno que constriña al tenido por indiciado, pues nadie está autorizado para hacer un uso indebido y exorbitante de una institución como el acuerdo”.<sup>39</sup>

Si no hubiera elemento de prueba alguno que atribuyera responsabilidad al imputado en los hechos o no se tuvieran los indicios suficientes para atribuirle la conducta, lo que procede es simplemente darle la libertad o esperar a que dichos elementos se obtengan continuando el trámite del proceso. Para promover y realizar el procedimiento alternativo deben estar reunidos los elementos suficientes que permitan afirmar que el imputado es responsable de la comisión del delito que se le imputa. La reunión de esta información es obligación de los sujetos facultados para plantear la posibilidad de realizar acuerdos restaurativos, principalmente, claro está, del Ministerio Público, y el objetivo de tenerlo presente y reiterarlo es evitar que personas que no cometieron delitos acepten participar en un procedimiento de este tipo por temor de ser llevados a juicio. Esta cuestión es de gran importancia, puesto que muestra que el Ministerio

---

<sup>39</sup> Hurtado Poma, Juan Rolando, *Precisiones a los acuerdos reparatorios en el NCPP*, [www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/.../descargar.php?id=2486](http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/.../descargar.php?id=2486).

Público debe hacer un previo estudio y valoración del caso y saber con precisión con que elementos de prueba cuenta para impulsar dicha salida previendo la posibilidad de que no se realice o bien de que llevándose a cabo no sea exitosa y tenga que efectuarse el juicio. Asimismo, esa exigencia es una forma de evitar que el Ministerio Público mande o canalice por esta vía los casos automáticamente obligándolo a tener datos suficientes para resolver el caso de la forma en que lo propone.

Además, los Principios Básicos (2002) exigen que la víctima y el ofensor coincidan en los hechos básicos del caso para participar en un proceso restaurativo (Principio 8). Esto implica que el imputado acepte responsabilidad en los hechos que se le atribuyen, lo que no significa aceptar que es culpable de los mismos. En sentido contrario, si el imputado niega la comisión de la conducta no puede llevarse a cabo un acuerdo restaurativo. Esta regla es una forma de hacer patente la existencia de una víctima de los hechos y constituye una salvaguarda para evitar que el imputado, que sabe que si no hay acuerdo continuará el proceso judicial, entre al procedimiento alternativo en posición desventajosa que lo obligue a aceptar cualquier pacto.<sup>40</sup>

Si la inclusión del imputado en un mecanismo alternativo no implica que reconozca su culpabilidad en los hechos que se le atribuyen, tampoco esa participación puede utilizarse “como prueba de admisión de responsabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores”. En cualquier caso,

la conformidad para participar en un proceso de conciliación o de reparación del daño no debe equivaler a la confesión formal de la comisión del delito, en los mismos términos en que se recoge en la acusación, sino que habrá de interpretarse como manifestación de una voluntad de entendimiento con la víctima, a fin de aclarar los términos en que se produce su participación en los hechos.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Para Neuman, lo ideal “resulta del hecho de que a nadie se obligue a declarar su inocencia y, si lo hace, la mediación debería terminar allí mismo y pasarse al juicio penal”. Neuman, Elías, *La mediación penal y la justicia restaurativa*, Porrúa, México, 2005, p.139.

<sup>41</sup> Cruz Márquez, Beatriz, *La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño*, en [www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc).

El principio de presunción de inocencia debe permanecer incólume a favor del imputado y la regulación y puesta en práctica de todo procedimiento alternativo debe respetarlo.<sup>42</sup> De la misma forma, la negativa a participar en dichos mecanismos tampoco puede calificarse como indicio de responsabilidad ni influir o condicionar la posterior resolución judicial.

Es importante cuidar que no ocurra que alguien acepte participar en un acuerdo para evitar ser llevado a juicio, aún cuando no tenga responsabilidad alguna en los hechos que lo motivan. El deber de cuidado está a cargo del defensor, pero también del Ministerio Público y del juez. Para ello hay que garantizar que todos los imputados que entren a un proceso restaurativo estén asesorados por un abogado y que este les haga saber las consecuencias del mismo. Como escribe Alejandra Mera, con ello se asegurará “que una persona inocente no se declare culpable por temor a lo que deberá enfrentar en el futuro proceso penal”.<sup>43</sup> El abogado debe permanecer atento al desarrollo del procedimiento (sin afectar el objetivo de este que, como hemos dicho antes, es promover un encuentro entre los propios afectados para que discutan la mejor forma de resolver el conflicto) y conocer el acuerdo para comprobar que su contenido no sea desproporcional en detrimento de los intereses de su cliente.

## 11. Algunos aspectos del procedimiento

Sólo algunos comentarios sobre los principios y normas que rigen el procedimiento para llegar a acuerdos reparatorios.

a) Es muy importante insistir en que el imputado goza durante el procedimiento alternativo de todos los derechos que consagra la Constitución y la legislación procesal como parte del debido proceso. Entre otras consecuencias, esto produce que aquel considere el procedimiento restaurativo y sus resultados como justos. “La importancia de sentir que se ha sido tratado de forma justa es trascendente, pues de acuerdo con los recientes

---

<sup>42</sup> Como advierte Lamarca respecto a la utilización de estos medios alternativos, “existe un riesgo evidente para la garantía procesal de la presunción de inocencia, ya que el sistema de conciliación requiere que el delincuente admita inicialmente la realización del hecho delictivo”. Lamarca Pérez, Carmen, “Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal”, *La Ley Penal*, Argentina, núm. 44, diciembre de 2007, p. 3.

<sup>43</sup> Mera González-Ballesteros, Alejandra, *op. cit.*

estudios de justicia procedimental se defiende que éste es un factor relevante que contribuye a que la gente respete el derecho<sup>44</sup>. Si se eluden los principios del proceso no habrá soluciones justas. Por ello no se pueden disminuir los derechos bajo el argumento de que la aplicación de los mecanismos alternativos significa recorrer una vía distinta al proceso judicial y obtener otra forma de sanción.

b) Hay que considerar, también, que en estos procedimientos no se busca probar los hechos acaecidos. Como dice Mera, los procesos restaurativos no son un proceso de averiguación de los hechos, se orientan, al contrario,

a determinar qué pasa luego de que una persona ha admitido que ha cometido una ofensa criminal, o no ha negado su responsabilidad, según sea el caso. El proceso no busca establecer si los hechos ocurrieron o no. Se ocupa, en cambio, en determinar qué debe hacerse luego de que la persona ha admitido algún grado de responsabilidad.<sup>45</sup>

c) Las partes durante todo el procedimiento deben estar asistidas legalmente. El imputado, por su defensor, y la víctima u ofendido, por el Ministerio Público, como hemos dicho antes. Además, se conservan todos los derechos señalados en las leyes, como la asistencia de intérprete o traductor cuando se requiera.

d) Se debe otorgar a imputado y víctima amplia participación durante el procedimiento, precedida de toda la información sobre éste y sus consecuencias. Ambos deben participar, cara a cara, de forma activa, en un ambiente informal, en la resolución del conflicto del que son protagonistas. Los mecanismos alternativos son, sobre todo, espacios para que ambos se reencuentren, hablen, dialoguen, aclaren, expliquen, propongan y cooperando logren una solución al conflicto. Debe crearse un espacio donde las partes, imputado y víctima, puedan expresarse ampliamente. La comunicación entre el autor del delito y la víctima, percatándose de sus necesidades e intereses, es un vehículo hacia la reconciliación.

e) Los participantes deben estar en condiciones de igualdad para negociar y exentos de coacciones o amenazas. Las partes deben haber dado

<sup>44</sup> Larrauri Pijoan, Elena, "Tendencias actuales de la justicia restauradora", *op. cit.*, p. 62.

<sup>45</sup> Mera González-Ballesteros, Alejandra, *op. cit.*

su consentimiento libre para participar en el procedimiento. El sujeto que realiza la conciliación o mediación o cualquier acuerdo restaurativo debe cuidar que se cumpla esta condición y, después, el Ministerio Público o el juez, quien apruebe el acuerdo, debe verificarlo. Éste es un requisito de validez del acuerdo.

## 12. Plazo para llevar a cabo el acuerdo

En algunos estados se fija un plazo de duración del procedimiento restaurativo. En Oaxaca (artículo 194) y Durango (artículo 218), 30 días naturales; en Zacatecas, 30 días hábiles (artículo 102); en Chihuahua, Estado de México y Baja California, 30 días (en los tres no se dice si son naturales o hábiles).

El establecimiento de un plazo responde a la consideración de que la brevedad y celeridad del procedimiento redundan positivamente en el cumplimiento de sus objetivos. Pero esta intención de hacer rápido el procedimiento no puede llevar a desvirtuarlo en sus contenidos. Es muy importante que se conceda un tiempo suficiente para llegar a un acuerdo y en el transcurso se realicen las pautas de diálogo que conllevan los mecanismos alternativos.

Durante estos días se suspenden el proceso y la prescripción de la acción penal. Las leyes toman precauciones para el caso de que no se logre acuerdo alguno y por ello establecen que se pueden efectuar dentro de este plazo las actuaciones que el juez o el Ministerio Público consideren urgentes e inaplazables con la condición de que “no impliquen un acto de molestia relevante para el imputado”. Es decir, se fijan resguardos para evitar que por el paso del tiempo se pierda la prueba idónea si tiene que continuar el proceso. Este resguardo opera no solo cuando se suspende el proceso para llegar a un acuerdo sino también cuando llegado a éste se establece un plazo para su cumplimiento. Además, aquella norma consagra una facultad del Ministerio Público pero también una obligación ya que será responsable de las consecuencias de no tomar las precauciones debidas durante este plazo para no perder la prueba.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> Araya Matarrita, Saúl, “Actividad mínima del Fiscal en la aplicación de salidas alternas”, *op. cit.*, p. 62.

Esto nos vuelve a indicar el cuidado que debe tener el Ministerio Público cuando decide tramitar los casos mediante mecanismos alternativos, ya que antes de hacerlo debe conocerlos con detalle y saber los elementos de prueba con los que cuenta, de otra manera no podrá determinar cuáles diligencias por ser urgentes e inaplazables debe efectuar durante el periodo de suspensión y por ese desconocimiento no las asegurará corriendo el riesgo de perderlas y sufrir las consecuencias derivadas de su irresponsabilidad.

### 13. El acuerdo

Como prescribe la Constitución, todos los medios alternativos “asegurarán la reparación del daño” a favor de la víctima. Ésta puede ser: material o pecuniaria, moral o simbólica,<sup>47</sup> efectuarse mediante una promesa o disculpa, a través de un servicio a favor de la propia víctima o de la comunidad, incluso, mediante la asunción de compromisos personales como, por ejemplo, asistir a cursos obligatorios, a programas de tratamiento, etcétera. Lo importante es que la forma que adopte la reparación beneficie o satisfaga a la víctima.<sup>48</sup> Por ello tampoco la reparación tiene que ser inmediata, puede sujetarse su cumplimiento a plazos, ni ser idéntica al daño causado. Como escribe Maier: “a la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original”.

Al respecto, el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación propone una serie de formas o contenidos que puede tomar la reparación del daño. Dice: “Los mecanismos alternativos de solución de controversias podrán referirse a la reparación, restitución

<sup>47</sup> La reparación simbólica, dice Kemelmajer, siguiendo a Retzinger y Scheff, se manifiesta en que el ofensor expresa una vergüenza genuina por el hecho y remordimiento por sus acciones. “En respuesta, la víctima da, como mínimo, un primer paso hacia el perdón”. Kemelmajer, Aída, *op. cit.*, p. 305.

<sup>48</sup> “Debe realizarse la importancia de que la víctima se sienta reparada por las disculpas o por la efectividad del acuerdo reparador, pues un objetivo de la justicia restauradora, a diferencia del sistema penal tradicional, es precisamente conseguir la satisfacción de las víctimas. En consecuencia, subsiste un problema para los ideales de la justicia restauradora cuando la víctima, a pesar de las disculpas o de la reparación, permanece insatisfecha”. Larrauri Pijuan, Elena, “Tendencias actuales de la justicia restauradora”, *op. cit.*, p. 66.

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” (artículo 122.2). Esta norma establece orientaciones importantes sobre el contenido del acuerdo al que pueden llegar las partes.<sup>49</sup> Incluso destaca que la forma de reparación que se adopte puede estar dirigida a la víctima y/o a la comunidad. Es decir, si bien la reparación debe beneficiar directamente a la víctima, pudiera suceder que esta estuviera de acuerdo con que el imputado realizara un servicio a la comunidad y considerar que se ha satisfecho el daño que le fue causado.

Un límite al acuerdo es su viabilidad. Su contenido tiene que ser posible de cumplir por parte del imputado, no se puede acordar algo que este no pueda cumplir por su condición personal o porque no existan los instrumentos para ello. Además, la forma de reparación acordada tiene que ser concreta, razonable y proporcional con el daño ocasionado por el delito.

Es importante no confundir el acuerdo obtenido mediante un mecanismo alternativo con una sentencia dictada por un juez. Las medidas acordadas no son sanciones ni representan formas punitivas de resolver el conflicto planteado, su imposición está mediada, como requisito obligatorio, por el consentimiento del imputado. Como escribe Kemelmejer, “el imputado no *sufre* la sanción sino que la consiente y a la vez la reparación no resulta de su sola adhesión, sino que requiere la voluntad de otro”.<sup>50</sup> Hay que subrayar, por ello, que las medidas acordadas en un proceso alternativo no son sanciones o penas ya que estas se imponen como consecuencia de la comisión de delitos. El imputado debe dar su consentimiento sobre la forma en que se acuerda reparar el daño causado. Al respecto, recuérdese las reglas de Tokio: “3.4. Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, requerirán su consentimiento”.

Hay que insistir en que el objetivo del acuerdo al que se llegue es la armonía entre las partes y dentro de la comunidad. Es decir, como se trata de un mecanismo de composición de conflictos, sus resultados deben

---

<sup>49</sup> Para una explicación sobre el contenido que pueden tener los acuerdos véase Roldán Barbero, Horacio, “La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar”, *op. cit.*, pp. 119-123.

<sup>50</sup> Kemelmejer, Aída, *op. cit.*, p. 308.



fomentar la paz. El imputado podrá volver a *ver face a face* a la víctima. Esta, por su parte, “debe poder sentir que gana nuevamente el control sobre su propia vida y sobre sus propias emociones, superando gradualmente los sentimientos de venganza, rencor y desconfianza hacia la autoridad que debió tutelarla”.<sup>51</sup> Ambos, imputado y víctima, podrán evitar el crecimiento del conflicto inicial y generar entre ellos nuevos vínculos.

El acuerdo al que lleguen las partes debe asentarse en un acta que tendrá efecto vinculante y en el que se señalarán “las obligaciones de dar, hacer o no hacer que hubieren acordado las partes”, es decir, la forma en que se reparará el daño a la víctima, el plazo acordado y las condiciones de su cumplimiento, el deber de informar al Ministerio Público o al juez sobre la observancia de lo pactado y cualquier otra circunstancia que se considere apropiado establecer. En dicha acta, si bien pueden plasmarse antecedentes, datos del caso y referencias generales de los intervinientes, no constará la información que se vertió durante el procedimiento para asegurar que esta no sea utilizada en caso de que, por cualquier motivo, se reinicie el proceso judicial.

#### A. Aprobación de los acuerdos

Dependiendo del momento procesal en que se efectúen los acuerdos, estos serán aprobados por el Ministerio Público o el juez.

El Ministerio Público puede aprobar los acuerdos si ellos se efectúan durante la etapa preliminar, cuando todavía el juez no conoce del caso. Pero, ¿cómo es posible concederle esta facultad que implica la conclusión del proceso? Galain Palermo se pregunta porqué la ley otorga al Ministerio Público:

el señorío de poner fin a un conflicto penal (que previamente se ha desformalizado y devuelto a las partes), cuando es el juez el único funcionario de la administración de justicia que tiene la potestad de dictar una sentencia (así se trate de una disposición de homologar un acuerdo entre las partes enfrentadas por un delito) y cuando es el juez quien tie-

---

<sup>51</sup> *Idem.*

ne la obligación de ponderar que cualquier consecuencia jurídico-penal cumpla con el principio de proporcionalidad y con los fines de la pena.<sup>52</sup>

Los nuevos códigos autorizan al Ministerio Público a no ejercer la acción penal o renunciar a ella en supuestos concretos. De esta forma, se establecen excepciones al principio de legalidad procesal que ordena que el Ministerio Público siempre acuse cuando está frente a un delito consagrándose, al mismo tiempo, una retracción parcial de la “garantía jurisdiccional del Derecho penal”, que impone que la valoración de posibles conductas ilícitas y sus consecuencias penales, ya sea en forma de delito o de falta, sea única y exclusivamente efectuada por juzgados y tribunales integrados en el Poder Judicial.<sup>53</sup> Con esta facultad se ha vuelto al Ministerio Público un agente de resolución de conflictos. A su función de investigación de delitos se le ha sumado la de buscar soluciones a los casos mediante la utilización de diversos medios distintos al proceso judicial. Su deber es promover la paz social privilegiando la persecución de los hechos punibles que afecten gravemente el interés público procurando que los delitos menores los resuelvan sus protagonistas. Lo mismo sucede con los jueces quienes, como hemos dicho antes, también están obligados a promover la realización de acuerdos. Con ello queda claro que los operadores del sistema penal tienen como parte de sus responsabilidades, como enseña Daniel González, dar soluciones adecuadas a los conflictos penales y evitar agravarlos.

En caso de que el acuerdo se efectúe cuando en el proceso ya hubiere intervenido el juez, es este quien debe aprobarlo. Es la forma de concretar la disposición constitucional que ordena la supervisión judicial.<sup>54</sup> El juez revisará varios extremos, relacionados todos con los requisitos de proce-

---

<sup>52</sup> Galain Palermo, Pablo, *Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces*, en <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/401/391>.

<sup>53</sup> Al respecto, Martín Diz, Fernando, *Reflexiones sobre violencia de género y mediación penal: ¿es una alternativa viable?*, en [www.fldm.edu.mx/documentos/revista3/articulo7.pdf](http://www.fldm.edu.mx/documentos/revista3/articulo7.pdf).

<sup>54</sup> Dice Carbonell: “El término “supervisión” que emplea el artículo 17 es un tanto ambiguo, y el legislador deberá precisarlo. ¿Supervisar quiere decir revisar lo hecho por otras autoridades?, ¿la facultad de supervisión alcanza para proponer medidas distintas o hacer que las partes tomen en cuenta X o Y elementos, o los jueces deben solamente dar una especie de visto bueno?”. Carbonell, Miguel, *El artículo 17 constitucional y la reforma penal*, en [http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero10\(4aepoca\)/1001.pdf](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/Numero10(4aepoca)/1001.pdf).

dencia de aquellos: si el delito por el que se inició el procedimiento hace procedente el instrumento restaurativo; si a los intervinientes se le dieron a conocer sus derechos; y si el mecanismo que se empleó para llegar al acuerdo cumplió con los principios y garantías que las leyes imponen para su aplicación. Además, analizará si ambas partes dieron su consentimiento libremente, sin coacciones, engaños o amenazas, y si no influyó en el acuerdo el dinero, el temor o un mal asesoramiento. Si no es procedente el acuerdo, no hay consentimiento libre, o bien, hay un interés público en la persecución penal, el juez no aprobará el acuerdo. Esto es lo que significa la obligación de no autorizar un acuerdo que sea contrario a derecho que, como fórmula, está consagrada en diversos códigos (la aprobación judicial parece todavía más acertada en aquellos casos en que se deja abierto el tipo de mecanismos que se pueden emplear para llegar a soluciones, ya que aquí será necesario vigilar el tipo de procedimiento a través del cual se arribó a las mismas, el sujeto o sujetos que actuaron como facilitadores, etcétera). Como se aprecia, la función de los jueces en estos casos será, como corresponde a su posición institucional, de control de garantías.

Con la necesaria aprobación del acuerdo por parte de los jueces se manifiesta la intención de que el Estado, a través de sus órganos, siga estando presente vigilando la forma en que se resuelven los conflictos sociales, ejerciendo su función de velar por los derechos de los intervinientes cuidando que estos, cuando acepten los convenios, no estén en posición de inequidad con respecto a su contraparte o en desiguales condiciones de negociar o bajo coacción o amenaza. Con ello también se elimina la idea de que estos acuerdos significan la privatización del sistema de justicia. Todas las decisiones vinculantes se adoptan por los órganos estatales, incluso, en el caso de que sean entes privados de resolución de conflictos los que conozcan de los casos, desarrollen los procedimientos y efectúen los acuerdos, el sistema exige que estos sean avalados por los jueces. Sólo la autorización de estos hace que exista el acuerdo. Y serán los jueces, no instancias administrativas (en caso de centros de resolución de conflictos ubicados, por ejemplo, en las procuradurías) o instancias privadas (en el caso, por ejemplo, de centros de mediación privado) quienes emitirán la resolución definitiva. Como escriben Duce y Riego: “la interven-

ción judicial opera como garantía, para las partes y para la sociedad en su conjunto, de que los acuerdos reparatorios no operarán como una forma de abuso de poder por parte de quienes se encuentren en una posición privilegiada respecto de su contraparte”.<sup>55</sup> Incluso, en el Código Procesal Penal de Baja California se estableció que en el caso de que el acuerdo sea aprobado en la etapa preparatoria por el Ministerio Público, la víctima u ofendido y el imputado pueden solicitar al juez, dentro de los cinco días siguientes a su celebración, “verificar que el acuerdo se haya celebrado en condiciones de igualdad para negociar y sin coacción y amenaza para las partes” (artículo 198, tercer párrafo). Lo mismo se estableció en Durango, donde las partes pueden impugnar, ante el juez de control, la validez del convenio en los casos en que consideren que no estuvieron en condiciones de igualdad para negociar o actuaron bajo coacción o amenaza.

Cuestión importante es señalar los límites que tienen los jueces al momento de aprobar los acuerdos. Estos no pueden negarse a aprobar un acuerdo restaurativo por considerar no adecuada la obligación asumida por el imputado o valorar como inconveniente el beneficio aceptado por la víctima. Los juzgadores no pueden controlar la conveniencia o mérito del acuerdo. Tampoco pueden alterar su contenido por no considerarlo justo. Los jueces solo desautorizarán los acuerdos cuando estos no cumplan los requisitos de procedencia o tengan fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no estuvo en condiciones de igualdad durante el procedimiento o actuó bajo coacción o amenaza. Como escriben Duce y Riego, el juez al aprobar o no el acuerdo, debe considerar únicamente los requisitos de procedencia y no el mérito del mismo.

Si se entendiera esto de otra forma, la conclusión sería que el juez se encontraría facultado para rechazar acuerdos reparatorios en contra de la voluntad de la víctima, haciendo primar el supuesto interés público en la persecución penal por sobre la satisfacción concreta de ésta en el respectivo caso, con lo cual esta institución sería completamente incoherente con los fundamentos declarados para su consagración.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Duce J., Mauricio y Riego R., Cristián, *op. cit.*, p. 345.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 348 y 349.

Los jueces deben vigilar que no se violen los derechos de las partes con los acuerdos pero no pueden, de ninguna forma, condicionar el contenido del convenio pactado, es decir, decidir la forma de reparación en un caso determinado, así como tampoco pueden elegir, sustituyendo a las partes, el procedimiento que consideran adecuado para solucionar el conflicto.

### *B. Determinación del plazo para el cumplimiento del acuerdo*

El plazo para el cumplimiento del acuerdo pactado es decisión de los intervinientes. La obligación puede ser cumplida de forma inmediata o consistir en una prestación futura, por este motivo, y con el objeto de que la víctima sea resarcida en sus derechos de forma oportuna y rápida, algunos códigos señalan que cuando no se establezca un plazo se entenderá que este se cumplirá en un año (Oaxaca, artículo 195; Morelos, artículo 208; Baja California, artículo 199; Durango, artículo 216; Estado de México, artículo 120), seis meses (Chihuahua, artículo 200), o noventa días hábiles en Zacatecas (artículo 104) contados desde el día siguiente en que se ratificó el convenio.

### *C. Incumplimiento del acuerdo*

Es muy importante asegurar que los acuerdos sean cumplidos y que cuando ello no ocurra haya una respuesta del sistema. Por ello, si el imputado no cumple con las obligaciones pactadas sin causa justa, la víctima o el Ministerio Público pueden informarlo al juez y este llevará a cabo una audiencia para constatarlo y si considera, después de escuchar a ambas partes, que hay incumplimiento injustificado, puede declarar la continuación del proceso a partir de la última actuación que conste en el registro. Con esta fórmula se establece un principio de la máxima importancia: el efectivo cumplimiento de los compromisos contraídos. En todo momento el Ministerio Público debe estar atento analizando si el imputado ha cumplido con las obligaciones pactadas y si no es así tendrá que oponerse al sobreseimiento de la causa y solicitar la continuación del proceso.

#### *D. Efectos del cumplimiento del acuerdo*

El juez debe avalar el cumplimiento del acuerdo y la satisfacción de la víctima en una audiencia convocada al efecto en la que podrán estar presentes ambas partes y manifestarse en torno al mismo.

Cuando el imputado cumple las obligaciones del acuerdo, el juez debe ordenar su archivo definitivo o sobreseimiento y declarar extinguida la acción penal. Estos efectos se producen con el cumplimiento de lo acordado, no cuando se produce el acuerdo, se levanta el acta del mismo o vence el plazo fijado.

Es importante decir que en el Código Modelo se propone hacer procedente el acuerdo, para algunos delitos, no para extinguir la acción penal sino con el objeto de producir otros efectos. Dice el artículo 122, a inciso 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”.

Este artículo debe ser interpretado entendiendo que en todos los delitos procede un acuerdo entre la víctima y el imputado o sentenciado que versará sobre la forma en que se reparará el daño, y si esta se efectúa tendrá efectos positivos sobre el imputado mismos que pueden recaer, según el momento procesal en que se lleva a cabo, en las medidas cautelares (por ejemplo, la prisión preventiva), la pena que se le puede imponer (funcionando como atenuante) o bien las condiciones en que la misma se ejecutará (sustitución, concesión de algún beneficio). Se pretende que el sistema abra amplias posibilidades de reparar el daño ante cualquier delito mediante un mecanismo alternativo y una vez efectuada atenuar los efectos procesales, sin eliminar la controversia judicial, ya sea que esté siendo juzgado o cumpliendo una sentencia. Se introduce, de esta forma, la posibilidad de acuerdos para alcanzar beneficios procesales, incluida la etapa de ejecución de la pena. Es una fórmula que tiende a valorar la acción del imputado después de cometido el delito y su disposición a reparar el daño que ocasionó con su conducta mediante la atenuación de los efectos de la responsabilidad penal.

## 14. Últimas palabras

La reforma penal constitucional y, concretamente, la modificación del artículo 17, ha hecho que, como escribe Vargas, el sistema de justicia se conciba construido en tres niveles<sup>57</sup> en el que cada peldaño señala una determinada posición del Estado respecto a los diversos conflictos sociales: a) casos en que el Estado no interviene porque las conductas se limitan a cuestiones subjetivas o no perjudican bienes sociales útiles; b) conflictos de relevancia jurídica que pueden ser resueltos directamente por los afectados manteniéndose como subsidiaria la intervención del Estado, y c) conflictos que afectan el orden público y quebrantan gravemente el orden jurídico exigiendo la intervención decidida del Estado.

Esto representa para el sistema de justicia penal un replanteamiento de sus fundamentos. Se pasa, como se ha dicho reiteradamente, de una justicia retributiva que contempla el castigo como la respuesta principal, a un sistema donde lo importante ante un conflicto es llegar a soluciones oportunas y apropiadas. En el centro de esta concepción está la idea de que el proceso penal no puede ser la única vía para resolver los conflictos sociales, que es preciso racionalizar la administración de justicia y desterrar cualquier forma de panjudicialismo diseñando y ejecutando, “políticas de gestión de la conflictividad”. Este cambio de paradigma conlleva, indefectiblemente, la necesidad de andar por las vías de una nueva cultura jurídico penal que tenga entre sus objetivos y medidas principales la búsqueda de acuerdos y la asunción de responsabilidades por parte de todos los que intervengan en los procesos. La realización de éste paradigma implica una visión de la justicia a largo plazo y la formulación de políticas que tiendan a desarrollarlo pero sobre todo operadores jurídicos que asumiendo aquellos fines actúen decididos a llevarlos a la práctica.

<sup>57</sup> Vargas, Juan Enrique, *La modernización de la justicia criminal chilena*, en <http://www.dii.uchile.cl/~revista/ArticulosVol2-N1/Art-JEVargas.PDF>.