

Horizontes

Publicación del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de Veracruz

No. 3

Abril 2010

Firma del Convenio de Colaboración
Suprema Corte de Justicia de la Nación
y el Poder Judicial de Veracruz



El camino hacia la
Justicia restaurativa

Confidencialidad:
Punto clave en la mediación

Entrevistas:
Dr. Zaffaroni y Dr. Manuel Miranda

Contenido www.pjeveracruz.gob.mx



4

Justicia Restaurativa

Mediación:
Eficaz en los Conflictos
Familiares

10

15

Entrevista:
Dr. Manuel Miranda
La pieza clave del sistema de justicia

Entrevista:
Dr. Zaffaroni
Restablecer la paz social

20



24

La eficacia de los
Medios Alternos
en México

La confidencialidad
en la Mediación



28

38

La Mediación en el
Nuevo Sistema Penal
Acusatorio

Horizontes

Abril 2010 / No. 3

CONSEJO DE LA JUDICATURA

PRESIDENTE

Magdo. Reynaldo Madruga Picazzo

Magdo. Alejandro Gabriel Hernández Viveros

Magdo. José Luis Ocampo López

Magdo. José Antonio López Villalba

Consejera Gladys de Lourdes Pérez Maldonado

Consejero Danilo Alvízar Guerrero

SECRETARIO

Lic. Luis González Gutiérrez

DIRECTORA EDITORIAL

Lic. Estela C. García Carvajal

CORRECTOR DE ESTILO

Lic. Manuel Antonio Santiago Escobar

COLABORADORES

Dr. Manuel Miranda Estrámpes

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Mtra. María del Pilar Chávez Franco

Mtra. María Esther Alvarado Zetina

Mtra. Rosa María Hernández Mora

Lic. Walter A. Wright

Lic. Alejandra Hernández Fernández

DISEÑO GRÁFICO

Ldg. Ana Cisneros Gómez

Abracadabra Xalapa / Comunicación Gráfica

“No hay caminos para la
paz; la paz es el camino.”

Gandhi



Para el Poder Judicial del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, el acceso general e irrestricto a la justicia es una prioridad; por ello, en el Plan de trabajo que estructuré al inicio de mi gestión como Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura, propuse impulsar los métodos alternos, de esta manera, la presente publicación tiene la finalidad de difundirlos entre la sociedad, posibilitándoles, de manera inicial, una solución efectiva y oportuna a sus conflictos, en un ámbito crecientemente complejo y ante una demanda social mas participativa.

Su implementación y esfuerzo no es ocioso, es el resultado corresponsable del Estado, auspiciado por sus Poderes, en respuesta de una demanda histórica y racional por parte de quienes argumentan en demérito, que la impartición de justicia incumple su propósito de universalidad y equidad; ejecutándose de forma lenta, compleja y costosa, poco accesible.

Esta situación ampara en los hechos los esfuerzos emprendidos por establecer y afianzar una cultura de conciliación y diálogo en la solución de controversias, tanto entre particulares, como entre particulares y autoridades, sin necesidad de acudir a una instancia jurisdiccional; generando como un elemento invaluable una mayor satisfacción de la población en la resolución de controversias a través de procedimientos sencillos, accesibles y ágiles. En este proceso, la conciliación, la mediación y el arbitraje constituyen mecanismos que permiten otorgar certidumbre a las partes.

Este compromiso, es hoy ejercicio vigente y actividad en proceso; es comunicación, difusión, recursos, acciones, personal formación y muy ciertamente resultados.

Editorial

Magdo. REYNALDO MADRUGA PICAZZO
Presidente del H. Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de
Veracruz de Ignacio de la Llave

Justicia Restaurativa

Por: Rosa María Hernández Mora

Proyectista de la Séptima Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz

Dentro de los conflictos que surgen en el contexto del Derecho Penal, el Estado como una forma de solución ha construido diversas medidas alternativas de justicia y modos simplificados de terminación de un proceso, esto en el caso específico de México; y precisamente para el diseño de este tipo de justicia alternativa se ha considerado las constituciones federal y estatal, los tratados internacionales y las leyes aplicables. Privilegiándose a la figura de la mediación entre otras formas alternativas para la solución de conflictos, su evolución histórica se ha acrecentado con el paso del tiempo.

Un antecedente interesante es el primer Programa de Reconciliación entre Víctima y Delincuente, el que empezó como un experimento en Kitchener, Ontario, Canadá, a principios de los años 70 (Peachey, 1989, en 14-16) cuando un funcionario de libertad condicional de menores convenció a un juez de que dos jóvenes condenados por vandalismo debían reunirse con las víctimas de sus delitos. Después de los encuentros, el juez ordenó a ambos jóvenes realizar una restitución a las víctimas como condición para la obtención de la libertad condicional. De tal suerte, que este tipo de programas de reconciliación, inicia como una sentencia alternativa posterior a la condena basada en la libertad condi-

cional, inspirada por la idea de un funcionario de libertad condicional de que los encuentros entre víctimas y delincuentes podrían ser útiles para ambas partes.

Como consecuencia de la conformación de tales programas de reconciliación entre víctima y delincuente, surge la figura del mediador capacitado, lo que permite el perfeccionamiento de este nuevo mecanismo para hacer justicia con respecto a ese delito en particular, lo que no quiere decir que sólo en este tipo de conductas delictivas se aplique este procedimiento, al margen de lo cual lo interesante es el procedimiento que se implementa, encaminado desde luego al logro de una mejor forma de hacer justicia, bajo una perspectiva de equidad, en donde se consigue satisfacer a la víctima del delito al encontrar la reconciliación con el sujeto que le causó un daño; y, por otra parte, este personaje etiquetado como delincuente inicia un camino hacia su rehabilitación y reincorporación social, todo lo cual permitirá en un futuro la prevención de los delitos.

Con el fin de lograr un resultado positivo, en el desarrollo de este procedimiento se efectúan diversas sesiones, en donde víctima y delincuente, con la asistencia de un mediador, celebran reuniones que concluyen en la mayoría de las



veces en un acuerdo sobre los pasos que dará el delincuente a fin de reparar el daño sufrido por la víctima y otros modos de “componer la situación”, dentro de lo cual los partícipes encuentran un estado de tranquilidad emocional, el que se traduce en una satisfacción cuando se da el cumplimiento debido a tal acuerdo de voluntades.

Este antecedente histórico, revela la existencia de una justicia restaurativa, ya que entendiendo a ésta como una respuesta sistemática frente al delito, que enfatiza la sanación de las heridas causadas o reveladas por el mismo en víctimas, delincuentes y comunidades, es que debemos entender que dentro de esta forma alternativa de solucionar un conflicto penal tal resultado se logrará con las prácticas siguientes:

- *Mediación entre víctima y delincuente*
- *Reuniones de restauración*
- *Círculos*
- *Asistencia a la víctima*
- *Asistencia a ex delincuentes*
- *Restitución*
- *Servicio a la comunidad*

Aspectos que implican que la justicia restaurativa ofrece una posibilidad de mayor alcance, ya que su aplicabilidad nace ya sea con el inicio de un asunto o bien una vez que se ha concluido un proceso penal, lo que quiere decir, en relación a este último caso, que ya establecida la existencia del hecho delictivo y la responsabilidad penal de una persona, mediante la sentencia correspondiente, se contempla este procedimiento de restauración cuya construcción se finca en bases firmes, como lo son:

- A) *Que se trabaje con el fin de volver a su estado original a aquéllos que se han visto perjudicados.*
- B) *Que de desearlo, aquéllos que se han visto más directamente involucrados o afectados por el delito, deben de tener la posibilidad de participar de lleno en la respuesta.*
- C) *En este caso, el rol del gobierno consiste en preservar el justo orden público; la comunidad debe construir y mantener una justa paz.*

Bajo tales lineamientos evoluciona la justicia restaurativa y si, bien, en nuestro país todavía no incursionamos en este procedimiento en forma plena, ello se debe a que la cultura adquirida por lo integrantes de una sociedad, así como de quienes se encargan de la administración y procuración



de justicia, en cuanto a la existencia de los delitos, nos enfoca a la imposición de castigos, privilegiándose la pena de prisión, ello como una respuesta al lus Puniendi de que goza el Estado. Sin embargo, bajo las líneas de pensamiento de diversos doctrinarios como Zaffaroni, Ferrajoli y Tenorio Tagle, el control legal de que goza el Estado no debe rebasar los derechos humanos de cada persona, aún cuando se trate de individuos que entren en conflicto con la ley penal, debe buscarse atender a un derecho penal mínimo, en el entendido de que la prisión no resuelve el problema de inseguridad que prevalece en las grandes ciudades, como en nuestro país.

“...encaminándonos a un proceso penal acusatorio adversarial, el que se rige por una serie de principios cuya aplicabilidad ofrece una esperanza ante el incremento de la delincuencia y a la poca credibilidad que la ciudadanía conserva en los sistemas de justicia...”

Por lo tanto, es de destacar que México camina actualmente con las ideas de una reforma penal, ello como consecuencia de una serie de Instrumentos Internacionales, lo que ha provocado una reforma a nuestra Carta Magna, encaminándonos a un proceso penal acusatorio adversarial, el que se rige por una serie de principios cuya aplicabilidad ofrece una esperanza ante el incremento de la delincuencia y a la poca credibilidad que la ciudadanía conserva en los sistemas de justicia; a la par con lo cual se vincula los medios alternos para la solución de los conflictos penales.

El procedimiento penal acusatorio incursiona bajo una gran polémica por parte de diversos doctrinarios, así como de quienes se encargan de la procuración y administración de justicia, al margen de lo cual debemos estar concientes del gran avance jurídico que se da con esta reforma; y más que criticar su contenido es indispensable que los estados de nuestro país tomen conciencia y caminen



con la idea de ir construyendo las condiciones adecuadas, reformando la ley penal y los reglamentos correspondientes, e implementado programas que permitan capacitar a los funcionarios y personal que quede a cargo de este nuevo sistema de justicia.

Sistema de justicia en el que se atiende en forma especial a los medios alternos para solucionar los conflictos penales; siendo la mejor opción para conciliar no sólo los resultados materiales ocasionados por la comisión de un delito sino también los daños morales y emocionales, enfatizando que la creación de nuevos delitos y el incremento de las penas no es la solución a los problemas de delincuencia, por lo que es importante que culturalmente nos preparemos, ya que, conociendo que mediante el perdón se puede brindar equidad y justicia, ello nos permitirá construir un mejor estado de derecho.

“...mediante el perdón se puede brindar equidad y justicia, ello nos permitirá construir un mejor estado de derecho.”

Bajo este panorama, nos surge la inquietud de la pregunta ¿Qué es la justicia restaurativa? Estimando que la forma más clara de entenderla es bajo la vertiente de qué es lo que realmente deseamos dentro del desarrollo de un conflicto penal, en el entendido de que se dé por parte de los involucrados responsabilidad, respeto y reparación en el daño ocasionado, debiendo regirse por ciertos valores y principios, como lo son determinar la naturaleza del crimen, el respeto por todas las personas, responsabilidad del ofensor, reparación del daño para la víctima, la comunidad, etcétera, y participación balanceada de los implicados.

Tal perspectiva nos conduce a entender que la justicia resarcitoria es simple e implica un fin de por sí. La idea y el sentido de la política restaurativa no sólo es



el resultado de un acuerdo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), sino que se trata de que, mediante el retorno al diálogo, se llegue a la paz social que no se ha podido lograr mediante la punición tradicional, puesto que ni la cárcel ni un tratamiento han permitido una real readaptación social de la persona que delinque.

Es importante tener presente que cuando el victimario está preso su víctima queda olvidada; bajo esta idea apreciamos que el victimario pasa a ser víctima del sistema penal al igual que su familia. En la mediación, frente al sufrimiento que causó o causa, probablemente se llegue a la readaptación, ya que obtendrá la conciliación, en cuyo caso el mediador tendrá que seguir un procedimiento en donde escuche a cada una de las partes por separado, iniciándose así un camino hacia la restauración del daño ocasionado pero bajo la idea de que el propio responsable al enfrentar sus temores y culpas esté en condiciones de responder por convicción propia del perjuicio provocado con su conducta.

Cuando las partes se conocen con anterioridad (matrimonio, amistad, convivencia, vecindad, etcétera) es común que repitan sus discordias y olviden que son víctimas y victimario, haciendo fluir sus sufrimientos y las mismas vivencias que dieron origen al conflicto. De ahí la necesidad de invitar a las partes a centros de ayuda a la víctima que permiten conocer la intimidad de sus sentimientos para verificar su contención.

Determinar el daño sufrido no es fácil, es preciso que la víctima indique sus necesidades y expectativas, sin olvidar que el acuerdo al que lleguen los involucrados debe ser voluntario, y el mediador será el encargado de establecer un equilibrio, alentando a las partes para que con sus propias decisiones resuelvan el conflicto que confrontan.

Por lo tanto, bajo esta nueva experiencia jurídica es claro que se logre una readaptación social de aquel individuo que entre en conflicto con la ley penal, ya que estará convencido, en el caso de que así culmine este procedimiento, del perdón otorgado por la víctima del delito o los familiares de la víctima; resultando, bajo tales lineamientos, que la justicia restaurativa es una opción en el Derecho Penal que beneficia no sólo a los involucrados sino a la sociedad y al Estado mismo, lo cual incluso permitiera regular la inseguridad que existe en diversos países como el nuestro, cuya problemática ante el incremento de la delincuencia ha generado una inestabilidad social. Por lo tanto, el adentrarnos en este nuevo modelo de justicia es una verdadera esperanza para solucionar tal problema, claro que ello requiere de una preparación especial que nace desde la educación a nuestro hijos.

Cabe destacar que, dentro de este contexto, cuando se logra un pago por concepto de reparación del daño ello amplía el camino a la readaptación social de quien delinque, máxime de que tal compensación económica es voluntaria. Precisamente cuando en el transcurso de una mediación o en cualquier momento del juicio se da esta forma de pago es que se establece una atenuante, a tal grado que existen códigos penales en los que incluso se suspende la imposición de la pena, como lo es en Alemania, Francia, Inglaterra, Gales, Países Bajos, Austria, Bélgica, Dinamarca y Holanda; lo que quiere decir que, en el caso de México, una vez que aprendamos a utilizar la justicia restaurativa como una forma de resolver diversos asuntos penales, probablemente podremos pensar que, al igual que en aquellos países, también lleguemos a reformar nuestras leyes penales favoreciendo a los enjuiciados.

“...El mediador tendrá que seguir un procedimiento en donde escuche a cada una de las partes por separado, iniciándose así un camino hacia la restauración del daño ocasionado pero bajo la idea de que el propio responsable al enfrentar sus temores y culpas, esté en condiciones de responder por convicción propia del perjuicio provocado con su conducta.”



“La familia se está dando una oportunidad de resolver por sí misma la controversia que le aqueja de una manera pacífica, que puede ayudar a resolver el verdadero problema de fondo y promover la sana convivencia entre sus miembros.”

La mediación: Eficaz en los **conflictos familiares**

Por: Mtra. María del Pilar Chávez Franco

Directora del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de Michoacán

Resulta claro que, tratándose de cuestiones de índole penal, el juez no dirime ningún conflicto. Su función se dirige a establecer si la conducta de un autor se encuadra en un tipo penal y si es así, y si es culpable, aplicará una pena. Pero el conflicto que originó el proceso no solamente no se ha resuelto sino que en ocasiones se acrecienta, por lo que se ha entendido que la víctima no sólo lo es del autor sino también de la dogmática y del proceso penal.

Si concebimos que la finalidad del sistema penal es en definitiva una sociedad pacífica, y que la pena debe lograr la repersonalización de quienes transitan por ella, es imprescindible en muchos casos revalorizar las situaciones interpersonales de los actores interesados y posteriores al delito.

Es aquí donde entra la mediación como una eficaz herramienta para solucionar conflictos, que cumple con los objetivos de asegurar la primacía de la víctima a través de la resolución de su conflicto y la reparación de su daño.

Debemos precisar que esta afirmación no pretende de ninguna manera soslayar el principio de legalidad penal, ni mucho menos la competencia constitucional atribuida por la Carta Magna a los jueces penales, sino que se debe tomar conciencia de que los ciudadanos deben de poder elegir entre diversos caminos para que sus derechos, que sienten afectados por su calidad de víctimas, encuentren una respuesta efectiva.

Establecido el preámbulo anterior, podemos comenzar por conceptualizar que la violencia en sí misma se sostiene en el interjuego de fuerzas, propio de cualquier tipo de vínculo. Convenimos en entender como violento cualquier acto que produzca una transformación en un proceso natural determinado. En este sentido, por violencia intrafamiliar entendemos todas las formas de abuso que tienen lugar en las relaciones entre los miembros de una familia, considerando como relaciones de abuso toda conducta que por acción u omisión ocasiona daño físico y/o psicológico a otros miembros de la familia.



Entre las diferentes modalidades que adopta la violencia intrafamiliar encontramos:

- Violencia conyugal: Abuso físico, abuso emocional, abuso sexual,
- Maltrato y abuso infantil: Abuso físico, abuso sexual, maltrato emocional, abandono o negligencia y niños testigos de violencia.

Por otra parte, existe otro fenómeno que sin estar claramente encuadrado dentro del fenómeno de la violencia, por no encontrar inclusión en ninguna de los supuestos anteriores, sí afecta seriamente el orden familiar, a tal extremo que, en muchos casos, bien puede derivar en actos violentos, desde luego nos referimos al incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar que tienen los deudores alimentistas respecto de sus acreedores.

Siendo así, para efectos del presente trabajo, la referencia a la violencia intrafamiliar comprenderá ambas conductas, tanto el incumplimiento como la violencia propiamente dicha; no porque la primera sea por si misma una conducta violenta sino porque si entendemos como violento cualquier acto que produzca una transformación en un proceso natural determinado, desde luego la desatención de las obligaciones de familia sí puede considerarse como una forma de violentar a la familia, ya que el proceso natural dentro de ésta es el cuidado y la atención.

...La familia es la célula de la sociedad y por lo mismo, se la debe proteger de manera muy especial, velando por la unidad y sana convivencia de sus integrantes.”

Incluso, debe advertirse que, en condiciones extremas, el incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar sí puede coadyuvar a que se produzcan materialmente los actos de violencia, por lo cual el oportuno y adecuado tratamiento a este tipo de conflictos, también resulta de vital importancia.

Frente al innegable fenómeno de la violencia intrafamiliar suelen darse diferentes respuestas de diferentes magnitudes, dentro de las cuales conviene distinguir entre aquellas de ámbito privado y las estatales.

Dentro de las primeras se encuentran todas aquellas medidas tendientes a detener los ataques y que tienen lugar dentro del propio seno de la familia; como, por ejemplo, el abandono o huida de un cónyuge del domicilio conyugal; la intervención de otros miembros de la familia, por ejemplo los padres del agraviado; alianzas de apoyo o solidaridad entre familiares, amistades o vecinos, tales como hijas con su madre, hijos con el padre, etcétera.

Por su parte, las respuestas estatales involucran propiamente las políticas empleadas por el Estado para contrarrestar este fenómeno, ya sea mediante la prevención o el castigo a través de la tipificación penal de las conductas violentas, para las cuales se prevé una sanción que puede ser incluso privativa de la libertad.

Siendo así, resulta claro que cualquier conducta que involucre alguna de estas actividades consideradas como delictuosas por acción u omisión -como sucede en el caso del incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar-, prevén, en el caso concreto de la legislación penal del Estado de Michoacán, una sanción que puede llegar a ser privativa de la libertad.

Además, también se pone de manifiesto el hecho de que algunas de estas conductas consideradas como delitos son perseguidas únicamente por querrela de parte ofendida; es decir, el interés en que la conducta sea sancionada compete únicamente al agraviado. No así en el caso de menores o incapaces, en donde por obvias razones el Estado tiene un interés especial en perseguir y castigar el delito.

Establecido lo anterior, resulta obvio que cualquier sujeto que se encuentre en los supuestos a que aluden las disposiciones penales anteriores tiene a su alcance el derecho de denunciar los hechos, con la finalidad de que el culpable sea castigado, pudiendo en todo caso tomar la decisión de denunciar o no los hechos, dado que en dichos delitos basta que no exista una querrela por parte del ofendido o que habiéndola se produzca su perdón, para que la acción no pueda ejercitarse o se extinga.

En tales condiciones, resulta cierto que la tipificación de estas conductas como delitos y la intervención del Estado en estos casos resulta necesaria, sobre todo si consideramos que la

“...Si lo que se quiere es resolver el conflicto familiar de fondo y salvaguardar la sana convivencia de sus miembros, la mediación puede resultar prácticamente mucho más eficaz que las sanciones previstas por las leyes criminales...”

familia es la célula de la sociedad y, por lo mismo, se le debe proteger de manera muy especial, velando por la unidad y sana convivencia de sus integrantes; sin embargo, también es verdad que tratándose de cuestiones de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar y violencia concebida como el causar perjuicio o menoscabo a la integridad física, psíquica o ambas, siempre que no se encuentren involucrados menores o incapaces, la mediación puede llegar a evitar el ejercicio de la acción penal o causar su extinción, actuando como una herramienta eficaz para salvaguardar los vínculos familiares más allá del conflicto.

Es indudable que cuando las antedichas conductas, consideradas como delictivas, son castigadas con pena privativa de la libertad o incluso sólo con una sanción económica, la situación familiar puede llegar a deteriorarse aún más, ya que los vínculos familiares, ya de por sí lesionados por la situación de crisis, van destruyéndose de manera definitiva durante la contienda judicial.

Aunque estamos de acuerdo en que los comportamientos antes citados son sumamente reprobables y que de ninguna manera debe el Estado permanecer ajeno ante ellas, tenemos conciencia de que dada la trascendencia en nuestra sociedad de los conflictos familiares, es de vital importancia evitar, en la medida de lo posible las contiendas judiciales, que puedan surgir en el seno familiar.

Siendo así, resulta urgente brindar a la sociedad, la opción de resolver sus diferencias de esta índole de una manera pacífica, para tratar de salvaguardar la sana convivencia más allá de la disputa y evitar la ruptura de los vínculos familiares, que como es bien sabido, quedan prácticamente destruidos después de un procedimiento judicial.

Resulta obvio que, cuando la conducta en contra del orden familiar es sancionada con pena privativa de la libertad y siendo el culpable el único sostén económico de su familia, el hecho de que éste se encuentre privado de su libertad sin realizar una actividad que le remunere puede derivar en un grave perjuicio para sus acreedores alimentistas.

Aún cuando el castigo está siendo legalmente aplicado y el victimario está siendo debidamente sancionado, los vínculos familiares quedan destruidos y la familia económicamente desprotegida.

Debemos puntualizar que, en el caso del delito de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, la mediación puede ser un gran aliado para lograr aquello que en nuestra opinión es más deseable que ver al incumplidor en la cárcel, lo que es que el negligente cumpla cabalmente con los deberes que ha quebrantado y evitar que los vínculos familiares sean dañados como consecuencia de la contienda judicial, ya que, como se ha dicho, el sólo sometimiento del conflicto ante una instancia judicial produce por sí mismo un gran resentimiento del ofensor frente a su querellante, lo que provoca la inevitable exacerbación del conflicto, ocasionando un daño irreparable a los vínculos familiares. Además, resulta obvio que aquél que ya de por sí ha llegado a incumplir con tales obligaciones definitivamente se vería liberado de ellas con motivo del castigo impuesto por la justicia penal.

Al intentarse un procedimiento de mediación como una alternativa a la resolución de un conflicto penal de esta naturaleza, la familia se está dando una oportunidad de resolver por sí misma la controversia que le aqueja de una manera pacífica, que puede ayudar a resolver el verdadero problema de fondo y promover la sana convivencia entre sus miembros.

Mediante el acuerdo de las partes, producto de una mediación, puede lograrse que aquél que incumple con sus obligaciones de asistencia familiar se comprometa con plena convicción a cumplir con aquéllos deberes que antes ha incumplido, con altas probabilidades de que respete el acuerdo al que ha arribado según nos enseña la propia experiencia, ya que el hecho de haber sido una determinación compuesta por ambos implicados en el problema produce que la propensión a cumplir el acuerdo sea mucho más alta que si se tratara de la decisión impuesta por un juez.

Lo que no puede negarse es que, si lo que se quiere es resolver el conflicto familiar de fondo y salvaguardar la sana convivencia de sus miembros, la mediación puede resultar prácticamente mucho más eficaz que las sanciones previstas por las leyes criminales, que, desde luego, no deben desaparecer sino que deben permanecer como una segunda alternativa, un reducto final reservado a aquellas cuestiones que por su naturaleza no admiten una mediación o bien a aquellas cuestiones respecto de las cuales se intentó una mediación pero las partes no pudieron llegar a un arreglo.

Los medios alternos son una pieza clave del sistema de justicia: Manuel Miranda



Doctor en derecho por la Universidad de Barcelona; y fiscal ante el Tribunal Constitucional de España, desde el 2007, entre otros importantes estudios y cargos: Ha sido profesor de la Escuela Judicial de España.

incorporación del modelo acusatorio de base garantista y el reconocimiento efectivo de los derechos del imputado, plasmados en los textos internacionales de derechos humanos escritos en la República Mexicana (Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), con el objetivo de dar transparencia al sistema, así como de ser un instrumento de legitimación democrática del mismo.

H ¿Este nuevo sistema penal acusatorio da agilidad y rapidez a los procedimientos penales?

MM Sí, pues el propio sistema prevé la creación de procedimientos penales simplificados con fundamento en el artículo 19 Constitucional, que tratan de dotar con mayor agilidad y claridad a estos procesos previstos especialmente para delitos no graves, en los que el imputado asume los hechos y se compromete a la reparación del daño causado, a cambio de la obtención de beneficios como la rebaja de la pena prevista en la ley. Los nuevos códigos acusatorios que se han aprobado en varios estados de la República incorporan el denominado procedimiento abreviado, con el objetivo de dar claridad y sobre la base de los acuerdos entre el Ministerio Público y el imputado, encaminados a la reparación del daño causado a la víctima, con ello el proceso penal se constituye en un instrumento de pacificación social y de gestión de los conflictos por parte de los propios protagonistas del mismo.

H ¿Cuál es el motivo de su visita a Xalapa?

MM Fui invitado como ponente en el Curso Internacional organizado por el Poder Judicial del Estado de Veracruz en coordinación con el FLASUD (Foro Latino Americano para la Seguridad Urbana y la Democracia A.C.), dirigido al personal judicial para hablar sobre el nuevo sistema penal acusatorio y los retos que plantea la última reforma constitucional.

H ¿Qué retos plantea dicha reforma constitucional?

MM Primero sería la superación del abandono del modelo inquisitivo imperante; la incorporación de México al proceso latinoamericano de reforma del sistema de justicia penal; la



H También dentro de éste sistema se prevén los mecanismos alternos de solución de conflictos ¿cuál es la opinión que tiene al respecto de éstos?

MM La reforma constitucional ha hecho una apuesta a la justicia restaurativa al elevarlo a rango constitucional en el artículo 19 y dentro de la justicia restaurativa la previsión de medios alternos que deben ser una pieza clave del sistema; aunque no hay que verlos únicamente desde una posición economista o utilitarista de descongestión del sistema sino como instrumentos funcionalmente adecuados para el logro de los objetivos antes mencionados de pacificación social. La mediación y la conciliación deben jugar un papel decisivo durante la implementación del nuevo sistema, acabando con la visión tradicional del proceso penal como instrumento de represión y de sanción de las conductas punibles mediante la imposición de la pena de prisión. Estos mecanismos se basan en la congestión tutorizada del conflicto por parte de sus protagonistas, con la intervención de un tercero imparcial que asume el rol de mediador.

H Mediante estos instrumentos, ¿qué beneficios obtiene la víctima?

MM En principio se da cumplimiento a lo que pretende la reforma constitucional de reconocimiento de derechos que la víctima y el reforzamiento de su rol en el proceso penal como uno de sus actores principales, tradicionalmente la víctima ha estado excluida del proceso penal y reducida su participación a la condición de testigo; por el contrario, mediante éstos instrumentos, lo que se pretende es dotarle de un protagonismo, ofreciéndole un espacio a derechos, para ser escuchada y obtener la satisfacción de sus legítimos intereses.



H ¿Cómo están funcionando a nivel europeo dichos mecanismos?

MM Tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea, a través de distintas resoluciones y recomendaciones, han instado a los diferentes estados a incorporar en sus legislaciones nacionales dichos mecanismos alternos y el balance general de su aplicación deben ser considerados altamente satisfactorios.

H ¿Cómo funcionan en España los mecanismos alternativos en los juicios de responsabilidad juvenil?

MM Tras la aprobación de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor del año 2000 tienen un papel protagónico, donde se prevé una amplia aplicación de dichos instrumentos y el balance tras nueve años de vigencia es muy positivo.

H ¿Quién considera que debe asumir el rol de mediador?

MM El mediador debe ser un profesional altamente capacitado, que asuma una posición de imparcialidad en el conflicto, por tanto no puede ser nunca uno de los actores del proceso. Esto es, ni el Juez ni el Ministerio Público pueden ser nunca mediadores, por lo que son necesarios centros o unidades de mediación integrados por personal calificado, que asuman esa función con exclusividad. Quiero comentarles que en España existe el GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación), que es un grupo integrado por magistrados, jueces, fiscales y otros profesionales del derecho, cuyo objetivo es la promoción de los medios alternativos para la solución de conflictos, tanto en el ámbito civil como el penal. Se constituyó en el 2007 y se han realizado diferentes actividades tanto en el ámbito nacional como en el europeo, encaminados al estudio, análisis y reflexión, así como la promoción de dichos mecanismos.



VERA

Actividades 2010

Como uno de los logros más significativos de este año se colocó la primera piedra del edificio que albergará al Palacio de Justicia en la zona sur del estado, en la ciudad de Cosamaloapan, Veracruz contando con la presencia del Señor Gobernador Fidel Herrera Beltrán.

Así mismo rindieron protesta los Jueces de Garantías y de Juicio, del Juzgado de Responsabilidad Juvenil, en el pasado mes de marzo, y por otro lado se llevaron a cabo como cada año, eventos y congresos de talla internacional como el Curso Internacional de Criminología y el inicio de la primer Maestría en Derecho Judicial, impartida por la Escuela Judicial.

Pode

acruz



La solución efectiva de los conflictos es lo que restablece **la paz social: Zaffaroni**

Con los mecanismos de exclusión no se logra

Derivado de la invitación que recientemente el Poder Judicial del Estado le hiciera al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni para que impartiese un curso de criminología, lo abordamos para solicitarle una entrevista, cuyo contenido a continuación se transcribe:

H ¿Doctor, nos puede decir su perfil académico?

Z Me gradué en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Luego hice un doctorado en la Universidad Nacional del Litoral. Estudié en México con una beca de la Organización de Estados Americanos, en la UNAM, con Quiróz Cuarón; ahí me vinculé también con Porte Petit y con grupos penalistas y criminólogos de la época. Luego volví un poco a la Argentina. Volví a la Universidad Veracruzana como profesor de tiempo completo. Luego regresé a la Argentina, me incorporé al Poder Judicial, empecé a dar clases en la Universidad Católica de la Plata; después en la Universidad de Buenos Aires y en la de El Salvador. Luego vinieron todas las alternativas de la dictadura, después de eso volví a la Universidad de Buenos Aires y de ahí me pasaron al Tribunal de Apelación de la capital; y me retiré de ahí.

H ¿Nos podría decir del curso que imparte en el Poder Judicial de Veracruz?

Z Las clases son sobre un curso muy breve de criminología, un pantallazo sobre la visión criminológica, mi visión criminológica, tiene una visión que la he vivido en tres aspectos: una que sería la palabra académica, o sea la perspectiva académica a lo largo de toda la historia, cómo se fue encarando teóricamente el problema del crimen; la segunda la de la criminología mediática, es decir, la información que tiene el público a través del crimen, que es una criminología que no coincide con la académica casi nunca; y, por último, lo que llamaría la apelación o el realismo que son las palabras de los muertos, es decir, algo que creo que la única realidad en la criminología son los cadáveres, es un poco torpe decirlo de ésta manera pero me parece que frente a la



confusión que reina y a la divergencia enorme que hay entre la criminología teórica y la terminología mediática y a ciertas carencias de realismo de alguna criminología teórica creo que hay que apelar al realismo de ver el daño.

H Doctor, como el gran penalista que es y que admiramos, nos puede decir ¿qué opiniones tiene sobre los métodos alternos de solución de conflictos?

Z Los métodos alternativos de solución de conflictos en realidad no son métodos alternativos de solución de conflictos, sino que son los métodos de solución de conflictos, porque el penal no soluciona el conflicto ni nunca lo solucionó porque la víctima se quedó afuera, en la medida en que incorporemos a la víctima a la solución al conflicto, entonces no va a haber una decisión sino va a haber una solución y eso va a estar fuera del sistema penal. El sistema penal se caracteriza

“

...en la medida en que incorporemos a la víctima a la solución al conflicto, entonces no va a haber una decisión sino va a haber una solución.”



por confiscar a la víctima, si sacamos del sistema penal el conflicto y le damos una solución reparadora, conciliatoria, terapéutica o cualquiera, esa es una solución no penal.

H Actualmente en México se está en el proceso de cambio del sistema penal acusatorio para entrar a los juicios orales, ¿Usted considera que los métodos alternos van estrechamente con los juicios orales?

Z Creo que a México le están vendiendo un modelo que se ha vendido por toda América Latina y ahora también se lo quieren vender a México y que personalmente no me gusta, es un falso juicio oral. Es un falso juicio oral porque nos venden el mismo modelo norteamericano donde en las películas vemos el jurado. En la realidad el 97% de los casos criminales en Estado Unidos se resuelve por negociación, que en América Latina, en esto que nos han vendido, se llama juicio abreviado, es una extorsión realmente, extorsión al sujeto que carece de defensor, está más vulnerable o que tiene un mal defensor o que no puede pagar un buen defensor; y se le dice, bueno, o negocias y aceptas una pena menor o te mandamos a un juicio oral donde te van a meter una pena más grave. Es eso, de modo que creo que lo que están vendiendo es una ilusión, es un sistema que se disfraza de

acusatorio pero en el fondo es más inquisitorio que el que tenemos.

H En los juicios de menores infractores se han utilizado precisamente estos mecanismos alternos, sobre todo en delitos de cuantía menor, en algunos casos ha dado resultado, ¿Usted tiene alguna experiencia sobre esto?

Z Bueno, yo creo que los procesos a niños o adolescentes tienen que tener características propias, pero antes que nada tienen que ser procesos; lo primero que hay que probarle al niño o al adolescente es que hizo lo que dicen que hizo, y con todas las garantías que se le da al adulto, no puede estar en peor situación que un adulto que hubiera hecho lo mismo, no puede tener menos garantías, y en cuanto a la reacción punitiva respecto de ellos hay que tener mucho cuidado con la institucionalización, porque la institucionalización es mucho más deteriorante en el niño en el adolescente y ser más condicionante de carreras que en el propio adulto.

H ¿Usted ha tenido algún contacto o experiencia con los métodos alternos?

Z Sí, contacto o experiencia con los mecanismos alternati-

vos en América Latina, creo que cualquiera que haya tenido algún contacto con nuestras culturas originarias los conoce, ellas lo practicaban de toda la vida ahora nos lo traen como gran novedad, nos lo traen los europeos, los canadienses y los norteamericanos, pero en realidad nosotros los conocíamos antes de que llegaran los españoles que fueron los que nos instruyeron.

H Sabemos que en Argentina se aplica mucho lo que son estos métodos y que hay grandes mediadores en su país, ¿Usted nos puede señalar cómo es la estructura en su país de los mecanismos?

Z Bueno, la mediación tiene un gran espacio en la Argentina para los juicios civiles, para los penales poco, está teniendo algo pero poco; en los juicios civiles creo que hay que tener un poco de cuidado en no generar una justicia selectiva, es decir, los mecanismos de mediación, cuando se establecen, hay que tener bastante cuidado de que no dejemos la justicia civil deteriorada y formal para los pobres y nos vayamos a la mediación para los juicios grandes.

H La justicia restaurativa va muy de la mano con los métodos alternos, ¿me puede decir al respecto sobre la justicia restaurativa?

Z Si un chico en la escuela le da una patada a un cristal y lo rompe se pueden tomar distintas medidas, se le puede echar la sanción penal; se le expulsa de la institución; se puede llamar al padre y decirle que pague el vidrio, que es una solución reparadora; se puede mandarlo al psicopedagogo y decir le pasa algo raro a este energúmeno, que es la solución terapéutica; o se puede pensar también decir, bueno, algo estamos haciendo nosotros equivocado para que reaccione así, y nos sentemos a conversar, que sería la solución conciliatoria. La justicia restaurativa aplica uno o varios de éstos otros métodos de solución de conflictos, simplemente, tiene una ventaja que, si lo expulsamos no podemos aplicar uno de los otros métodos, si no lo expulsamos podemos aplicar uno o varios los podemos combinar, tiene esa ventaja.

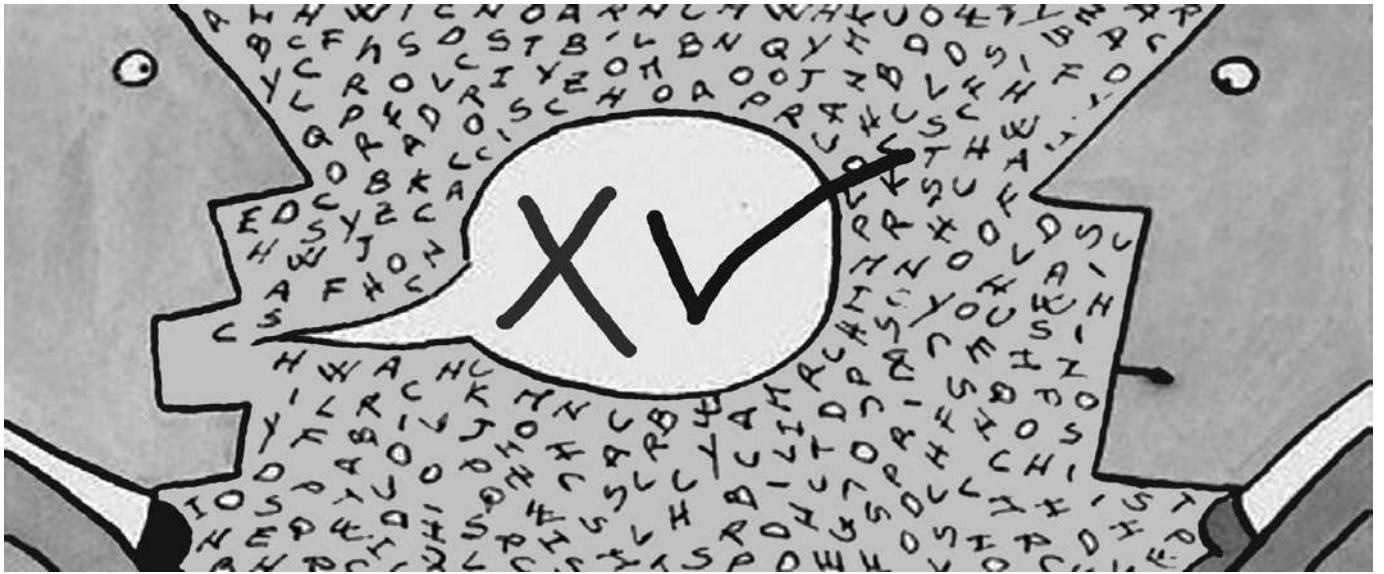
H ¿Usted que le recomendaría a la ciudadanía en general, de diversos países, que acuda a los mecanismos alternos?

Z Yo lo primero que le recomendaría es que no le haga caso a los medios masivos de comunicación social, que trate de ser realista, de ver qué pasa, de darse cuenta de que el mayor número de muertos que tenemos nosotros los tenemos por hecho de tránsito, tenemos una enorme cantidad de muertos por suicidio, que tenemos que cuidarnos al cruzar la calle, tenemos que cuidarnos de nosotros mismos de no deprimirnos y que después en los homicidios dolosos tengamos en cuenta que la mayor parte de los homicidios que tenemos son intrafamiliares o entre conocidos, de modo que cuidémonos de los parientes y de los amigos y, en última instancia, sí, también de que nos asalten y maten en la calle, pero eso es una probabilidad mucho menor que tenemos de ser victimizados; por supuesto, si uno abre la televisión o abre los diarios a ocho columnas o en la caja de idiotas que hay sangre a cada rato es el cadáver en la calle, el muerto asaltado, pero cuidado que unos son muertos y los otros se mueren para toda la vida igual.

H Entonces menos comunicaciones y mecanismos alternos, ¿acercarnos cuando sea necesario?

Z En la medida en que una sociedad encuentre mecanismos alternos son mecanismos de solución efectiva de los conflictos, y la solución efectiva de los conflictos es lo que restablece la paz social, en la medida en que tengamos mecanismos de exclusión, como es el mecanismo penal, no restablecemos la paz social.





La Eficacia de los Medios Alternos de Solución de Conflictos en México

Por: Mtra. María Esther Alvarado Zetina

Coordinadora del Centro de Conciliación Judicial del Poder Judicial del Estado de Tabasco

Tan pronto hubo dos seres humanos sobre el planeta surgieron diferencias y conflictos, por tal motivo podemos especular que tan pronto hubo un tercero los otros dos recurrieron a él en busca de ayuda para dirimir sus diferencias.

Carnelutti establece que el conflicto puede dar lugar a una actitud de la voluntad de uno de los sujetos, concretada en la existencia de la subordinación de interés ajeno al interés propio; esta exigencia se conoce como pretensión, la misma que se puede dar en dos planos: cuando el conflicto de intereses ha sido ya compuesto en una instancia judicial o fuera de éste en un medio alternativo de solución de conflicto.

Cuando se ha pensado crear organismos encargados de resolver conflictos dentro de organizaciones o instituciones se ha preferido que funcionen a través de mecanismos adversariales; es decir, aquéllos cuyo procedimiento consiste en un enfrentamiento continuo de las partes involucradas. Así han aparecido los tribunales civiles, penales, militares, administrativos, laborales, etcétera. Todos bajo la premisa de que las partes accionarán el sistema, los tribunales las conocerán, recibirán sus pruebas, y posteriormente resolverán de manera imparcial.

Los procesos de los poderes judiciales son adversariales y litigiosos. Las partes, abogados, ministerio público, según el caso, participan de manera natural en la confrontación, procurando la defensa de intereses, a fin de probar que los hechos sucedieron como ellos dicen, bajo la mirada expectante de los jueces.

El Poder Judicial no se da abasto para cumplir con la demanda de resolución de litigios que le exige la sociedad, ya que el sistema puede contener un número límite de causas, el cual ha sido superado con amplitud.

Cada uno busca que su verdad prevalezca sobre el otro, en un esquema donde yo gano y tú pierdes. A nadie escapa la crisis que padece el proceso como vía de resolución de conflictos entre hombres. Para ello concurren distintas circunstancias como la lentitud del proceso, que en ocasiones representa años de litigio; la onerosidad de iniciar y tramitar un proceso judicial, que generalmente se recrudece con la promoción de recursos e incluso el procedimiento constitucional de amparo; y, por último, la poca credibilidad de la sociedad en los miembros e instituciones que se encarguen de impartir justicia. Esto si lo apreciamos desde el punto de vista del particular.

La justicia está en crisis por la monopolización del control judicial por parte del juez, consecuencia de la soledad y crudeza por mantener un sistema social aceptable, misión que le otorgan las leyes y normas de nuestra sociedad.

Los tribunales también tienen que enfrentar el aumento geométrico de los procesos judiciales que deriva en la ampliación de recursos humanos y materiales; y el poco presupuesto que, en ocasiones, no permite el crecimiento tecnológico y profesional de las unidades jurisdiccionales.

El Poder Judicial no se da abasto para cumplir con la demanda de resolución de litigios que le exige la sociedad, ya que el sistema puede contener un número límite de causas, el cual ha sido superado con amplitud.

A nivel mundial los medios alternativos para resolver conflictos han decidido ir a la par de estas transformaciones y se han convertido en tribunales de opciones. Al ofrecerle éstas opciones los litigantes se ven en la posibilidad de escoger qué camino seguir, lo que no sucede con la justicia tradicional. También permite analizar cuál es la mejor manera de resolver sus conflictos tomando en consideración tiempos, costos, protagonismo en la solución de la disputa, ayuda de un tercero neutral, así como las bondades de un proceso no punitivo. Todo está valorado con el tipo de asunto de que se trate, porque es una verdad innegable que no todos los casos son susceptibles de llevarse a la mesa de negociación.

Esto nos hace pensar que la justicia es más equitativa cuando las partes resuelven sus diferencias con base a un procedimiento no adversarial y no cuando se someten a un proceso judicial que aplica estrictamente el derecho.





En general, en el medio hay una tendencia a limitarse a ser observadores, a desempeñarse como litigantes, como consultores jurídicos en el mejor de los casos, pensando solo en el beneficio económico, con lo que se deja a un lado el beneficio real de la sociedad. Se vive en el error de jugar con las mismas reglas que impone el Estado; se sigue bajo su rígida tutela de contexto y realidad. Ahora se tiene la oportunidad de cambiar, por lo que hay que salir del sistema adversarial y pensar en el universo de la solución de disputas, pensar en la solución de conflictos con una perspectiva distinta, un acercamiento diferente al análisis y solución de los problemas; la visión debe ser futura y realista.

Los medios alternos de solución de conflictos se plantean como un paso que dé respuestas y soluciones a algunos de los problemas derivados de la resolución judicial de los conflictos. No obstante se puede confundir su terminología técnica, pues no existe aún la cultura suficiente como para tener bien claro su procedimiento y su aplicación.

No hay que esperar una ayuda instantánea de parte del sistema judicial, sino ayudarlo y dejar en sus manos los casos verdaderamente difíciles, ya que la esencia de estos sistemas alternativos es que la sociedad encuentre la solución a sus propios problemas.

El sistema judicial es muy útil para la regulación de la vida en sociedad y para el logro de la paz social, pero la confrontación, la lucha, el resultado ganador-vencedor, no constituyen las únicas maneras de abordar los conflictos, sino que existen otras variantes amparadas por una justicia más restauradora que retributiva, con mecanismos que tienden no sólo a resolver el conflicto sino a que, luego de la adopción de la resolución, las relaciones no quedan interrumpidas. Las mismas partes aquejadas por el conflicto deben adoptar un papel activo para que participen y dialoguen sin perder el vínculo que las unía.

Los medios alternos de solución de conflictos son en la actualidad el paso importante para implementar una cultura diferente de justicia restauradora en nuestro país y para valorar la interpretación de dicho término.

Los medios alternativos de solución de conflictos pueden definirse en sentido amplio como en sentido restringido. En sentido amplio, son aquéllas atribuciones alternativas al sistema judicial oficial que permite la solución privada de los conflictos.



En sentido restringido, son aquéllos procedimientos que buscan la solución a los conflictos entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas (o con el nombramiento de agentes negociadores, como es el caso de la negociación) o mediante la intervención de un tercero imparcial (como son los casos de la mediación, la conciliación y el arbitraje).

Los medios alternativos de solución de conflictos son los procesos alternativos al proceso judicial, disponibles para la resolución de conflictos, en los cuales, más que imponer una solución, permite a las partes crear su propia solución.

Fernando Estavillo Castro define a los medios alternos de solución de conflictos como una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatarios de litigio y arbitraje para la resolución de controversias, que por lo general, aunque no necesariamente, involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución.

Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas pueden resolver sus controversias sin necesidad de una intervención jurisdiccional, encontramos entre ellos la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, en los que el poder de las partes puede ser mayor o menor en términos de la decisión.

La mediación no es un recurso nuevo para la resolución de conflictos, ha existido siempre, ha sido utilizada por casi todas las culturas del mundo: cristianos, hindúes, judíos, islámicos, entre otros. Normalmente la ejercían algunas personas de la comunidad como los líderes religiosos o personas con autoridad e influencia, que actuaban como instancia directa cuando se acudía a ellos en busca de la resolución de conflictos.

La mediación es un proceso distinto del de la negociación porque dispone de un tercero imparcial que: orienta a las partes hacia la cooperación, disminuyendo la dialéctica de la rivalidad; tiene en cuenta las necesidades e intereses de las partes, no haciendo caso de las posiciones; diseña un proceso para que las partes puedan dialogar; enseña habilidades para que éstas puedan intercambiar puntos de vista, en donde puedan llegar a un acuerdo, y deja a las partes que tomen sus decisiones, sin intervenir.

La confidencialidad en la mediación

Por: Dr. Walter A. Wright

Mediador e instructor en mediación en el Estado de Texas EE.UU.

La protección de la confidencialidad como un principio fundamental de la mediación.

La importancia de la confidencialidad en la mediación no puede ser subestimada. En la mediación, el mediador cuenta con la confidencialidad como una herramienta esencial. En la introducción, el mediador asegura a los participantes la confidencialidad del proceso para crear una “zona de tranquilidad” y ayudar a la expresión franca de sentimientos e intereses. Si tiene éxito, con frecuencia los participantes “confían hechos y sentimientos íntimos que quizá nunca pensaron compartir, ni aun con los más allegados...”

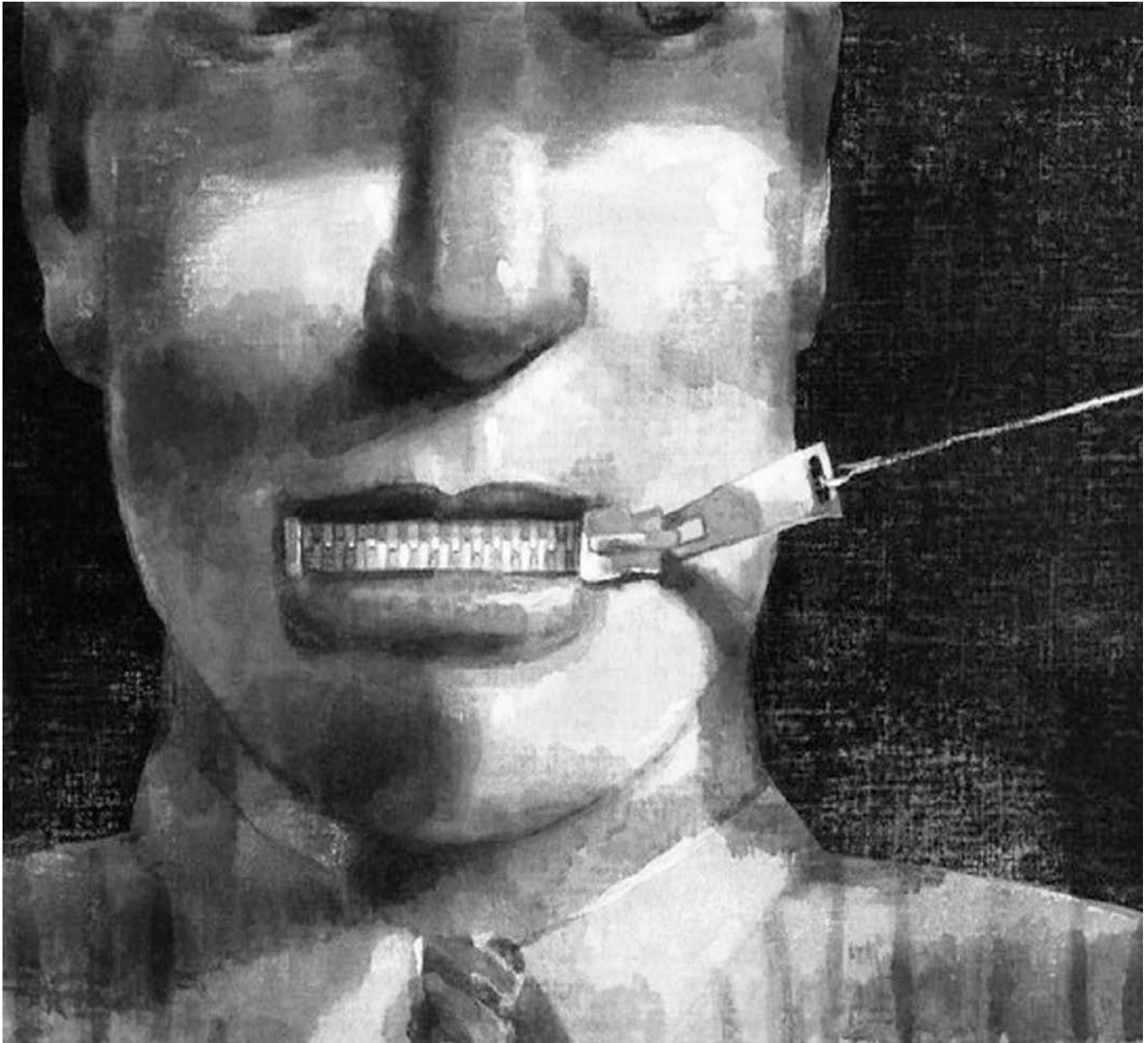
Más tarde en el proceso, el mediador alienta a los participantes a generar ideas y opciones para la solución del conflicto. Si los participantes están seguros que las ideas expresadas no serán reveladas, es posible que sugieran opciones que no mencionarían si dudaran de la confidencialidad. Del mismo modo, cuando el mediador sugiere que los participantes intercambien ofertas para la resolución del conflicto, la naturaleza confidencial de la mediación alienta ofertas creadoras y flexibles. Con frecuencia, el mediador recurre a reuniones separadas con los participantes para obtener información que ellos prefieren no discutir en una reunión conjunta. Cuando los participantes confían que sus conver-

saciones son privadas, le revelan al mediador información valiosa. Si los participantes logran un acuerdo, salen de la mediación con la seguridad de que el mediador no revelará a otros los términos de su acuerdo sin su permiso.

Sin duda, la confidencialidad es “uno de los pilares de la mediación,” sobre el cual pesa la confianza de los participantes en el proceso. Sin confianza, los participantes no participarían eficazmente en el proceso y se perderían muchas oportunidades para lograr un acuerdo. Por eso, la protección de la confidencialidad es un principio fundamental de la mediación.

Tres situaciones sobre la protección de la confidencialidad.

Asuntos sobre la protección de la confidencialidad surgen en tres contextos: primero, durante el proceso de la mediación; segundo, durante el proceso de litigio; y finalmente, con respecto al público en general. La obligación de proteger la confidencialidad varía según el contexto. Durante el proceso de la mediación, la obligación se encuentra principalmente con el mediador. En el proceso de litigio, es una obligación compartida entre el mediador, los participantes y los tribunales. Con respecto al público en general, es una obligación compartida entre el mediador y los participantes.



La protección de la confidencialidad durante el proceso de la mediación.

La obligación del mediador de proteger la información confidencial durante el proceso de la mediación está claramente reconocida. En los Estados Unidos, por ejemplo, la Ley de Procedimientos para la Resolución Alternativa de Conflictos del Estado de Texas estipula:

A menos que sea expresamente autorizada por la parte divulgadora, [el mediador] no puede dejar saber a ninguna de

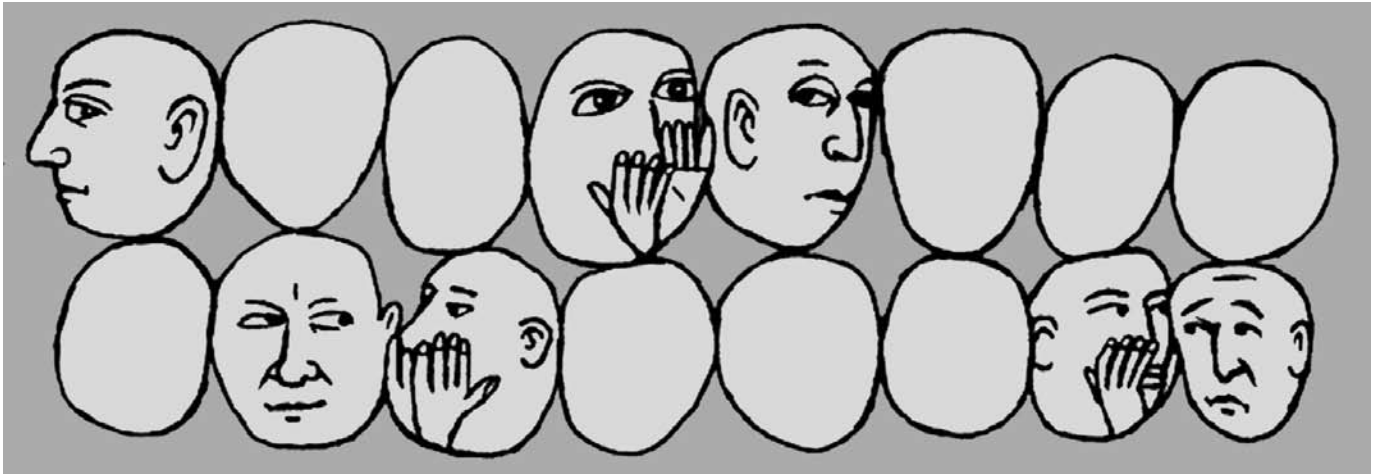
las partes la información que haya sido presentada en confianza por la otra, y en todo momento mantendrá la confidencialidad de las comunicaciones relacionadas con la materia objeto del conflicto. La Sección de Resolución Alternativa de Conflictos del Colegio de Abogados de Texas también ha promulgado guías éticas para mediadores que reconocen la obligación del mediador de no revelar los asuntos privados durante el proceso de la mediación.

De un modo parecido, la Sociedad de Profesionales en la Resolución de Conflictos, una organización internacional de



mediadores, árbitros y otros, que ejercen en el campo de la resolución alternativa de conflictos, ha adoptado guías éticas que exigen que el mediador mantenga la confidencialidad dentro de la mediación.

Un mediador emplea técnicas diversas para proteger la información confidencial durante el proceso de la mediación. Por ejemplo, durante una reunión privada entre el mediador y un participante, el mediador y el participante pueden conversar sobre varios asuntos. Al fin de la reunión privada, el mediador le pide al participante que le indique la información que puede ser compartida con los otros participantes y la que debe mantenerse privada. Sin el permiso del participante, el mediador no debe revelar a los otros participantes la información reservada. Además, el mediador siempre mantiene en su posesión las notas que toma durante la mediación y no permite que un participante vea las notas que ha tomado en una sesión privada con el otro. La mayoría de los mediadores también prohíben que los participantes hagan grabaciones o que transcriban lo que se dice durante la mediación.



La protección de la confidencialidad durante el proceso de litigio.

A) El privilegio de no revelar la información confidencial durante el litigio.

Dentro del contexto del litigio en los Estados Unidos, un “privilegio” es un derecho u obligación de no revelar la información confidencial. Si existe un privilegio con respecto a la información confidencial que surge durante la mediación, los participantes involucrados en una mediación pueden tener la seguridad de que el mediador y los participantes opuestos no tienen el derecho de divulgar los intereses, sentimientos, opciones y ofertas que se expresan durante la mediación. Además, el privilegio de no revelar la información confidencial mantiene la imparcialidad del mediador y lo protege de tener que responder a los jueces, jurados y participantes.

Varios estados norteamericanos han adoptado leyes que otorgan un privilegio a la información confidencial que surge durante la mediación. Por ejemplo, la Ley de Procedimientos para la Resolución Alternativa de Conflictos del Estado de Texas instruye al mediador de la manera siguiente:

A menos que las partes acuerden de otra manera, todos los asuntos, incluyendo la conducta y el comportamiento de las partes y sus asesores legales durante el proceso de arreglo, son confidenciales y nunca podrán ser divulgados... al tribunal...

La misma ley protege las comunicaciones que surgen durante la mediación de divulgación por el mediador y los participantes:

...[U]na comunicación relacionada con la materia objeto de

cualquier litigio civil o penal hecho por un participante de un procedimiento de resolución alternativa de conflictos, ya sea antes o después de instituir un procedimiento judicial formal, es confidencial, no está sujeta a divulgación, y no puede ser utilizada como evidencia contra el participante en ningún proceso judicial o administrativo”.

...[L]os participantes o [el mediador] no podrán ser obligados a testificar en ningún procedimiento relacionado o que surge de la materia en conflicto, o sujetos a un proceso que requiera la divulgación de datos o de información confidencial relacionada con la materia en conflicto.

En los Estados Unidos, en ausencia de un estatuto que otorga el privilegio a la información confidencial que surge durante una mediación, es posible que el privilegio se encuentre en el derecho consuetudinario (“common law”). Algunos tribunales, como política pública, han protegido de la divulgación obligatoria las comunicaciones entre ciertos profesionales (tales como abogados, médicos y psicólogos) y sus clientes. Para decidir cuestiones del privilegio de divulgación obligatoria, los tribunales con frecuencia utilizan el análisis de Wigmore que está compuesto de cuatro partes:

- 1.. Las comunicaciones deberán haberse impartidos con la confianza de que no se revelarían a otros.*
- 2.- La preservación del secreto debe ser esencial para el éxito de la relación.*
- 3.- La relación debe tener la característica de que la sociedad desea alentarla y protegerla.*
- 4.-Cualquier daño a la relación, ocasionado por la revelación, debe sobrepasar el beneficio esperado como resultado de la revelación obligatoria.*

Si el análisis de Wigmore se aplica a la relación entre un



mediador y los participantes involucrados en una mediación, algunas respuestas que apoyan el otorgamiento de un privilegio están disponibles en seguida para las tres primeras partes. En una mediación típica, el mediador asegura a los participantes que sus comunicaciones dentro del proceso son privadas. En esta forma ellos participan con la confianza de que sus comunicaciones continuarán privadas. Sin la preservación del secreto, los participantes no tienen confianza en el proceso y la relación entre el mediador y los participantes fracasa. La sociedad debe desear proteger la relación entre el mediador y los participantes porque la mediación alienta la cooperación y brinda posibles economías de tiempo y dinero en la resolución de conflictos. En cuanto a la cuarta parte del análisis, el tribunal debe balancear los beneficios de otorgar un privilegio contra las posibles razones para exigir la revelación de la información. Las excepciones a la política pública que favorece la confidencialidad en el ámbito de la mediación se discuten en la parte 6 de este artículo (“las limitaciones de la confidencialidad”).

“Cuando los participantes son enviados a la mediación, algunos jueces anotan una orden judicial que protege la confidencialidad. ...Los jueces tienen el derecho de otorgar un privilegio de confidencialidad al proceso de la mediación.”

Algunos jueces de los Estados Unidos han creado un privilegio para la información confidencial que surge durante la mediación de los casos pendientes en sus tribunales. Por ejemplo, la Regla de Procedimiento Local No. 20 del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito del Sur de Texas estipula que “todas las comunicaciones hechas durante los procedimientos de resolución alternativa de conflictos son confidenciales y son protegidas de la revelación y no constituyen una renuncia de ningunos privilegios e inmunidades existentes”. Cuando los participantes son enviados a la mediación, algunos jueces anotan una orden judicial que protege la confidencialidad. En estas situaciones, se supone que los jueces tienen el derecho de otorgar un privilegio de confidencialidad al proceso de la mediación porque las reglas que gobiernan sus actividades les otorgan el derecho de proteger la información confidencial en general.

Muchos mediadores, antes de comenzar una mediación, exigen que los participantes firmen un acuerdo que otorga un privilegio a los asuntos confidenciales que pueden surgir durante el proceso, aún cuando una ley u orden del tribunal protege los mismos asuntos. Si la ley no otorga tal privilegio, este acuerdo no sólo es prudente, sino esencial. Aunque el tribunal no tiene que hacer cumplir el acuerdo de confidencialidad, el mediador y los participantes pueden utilizarlo



para persuadir al tribunal que los participantes tienen una expectativa de confidencialidad y que la política pública exige que la confidencialidad sea protegida. Como ejemplo de un convenio que otorga un privilegio a la información confidencial que surge durante la mediación, ver el Apéndice.

B) La exclusión de evidencia de discusiones para lograr un acuerdo.

Otra teoría para la protección de la información confidencial que surge durante la mediación es la exclusión de evidencia sobre discusiones para lograr un acuerdo. Las reglas de evidencia federales y las reglas de evidencia estatales de la mayor parte de los Estados Unidos contienen una exclusión limitada de evidencia sobre discusiones para lograr un acuerdo. Por ejemplo, la regla 408 de las reglas de evidencia federales estipula que la evidencia de las discusiones para lograr un acuerdo es inadmisibles para probar la responsabilidad de una parte o la invalidez o valor de

una demanda. La conducta y las declaraciones hechas durante las discusiones para lograr un acuerdo también son inadmisibles. Sin embargo, la regla no exige la exclusión de la evidencia cuando se ofrece para probar otro asunto, como parcialidad o prejuicio. Las reglas de evidencia para asuntos civiles y penales del Estado de Texas contienen disposiciones idénticas a la regla federal. Debido a que las discusiones para lograr un acuerdo ocurren durante la mediación, mucha de la información que surge durante el proceso debe tener el derecho a la protección limitada de estas reglas de evidencia.

La información confidencial: protección del público.

El mediador tiene la obligación de proteger del público la información confidencial que surge en la mediación. Esta obligación se encuentra en los estatutos y las guías éticas de los mediadores. Por ejemplo, en Texas, la ley que gobierna



la conducta del mediador provee que “...todos los asuntos [que surgen en la mediación] son confidenciales y nunca podrán ser divulgados a nadie...” Las guías éticas de la Sección de Resolución Alternativa de Conflictos del Colegio de Abogados de Texas y de la Sociedad de Profesionales en la Resolución de Conflictos también reconocen que la obligación de mantener la confidencialidad de los asuntos que surgen en la mediación se aplica no solamente al proceso de litigio, sino también al público en general. Las guías éticas de Texas también proveen que la “...obligación del mediador de proteger... la confidencialidad del proceso de la mediación comienza con la primera comunicación al mediador y no termina al concluir la mediación”.

Para proteger la información confidencial del público en general, algunos mediadores recomiendan destruir las notas al concluir la mediación. Cualquier información sobre la mediación que queda en posesión del mediador entre las sesiones de mediación y después de concluir la mediación se preserva de una manera que protege la confidencialidad. El mediador no revela ni los nombres de los participantes ni los términos de su acuerdo al público. Si el mediador recurre a las experiencias reales con fines didácticos o científicos, no identifica a los participantes. Aunque las leyes y

guías éticas hacen hincapié en las obligaciones del mediador, la obligación de proteger la información confidencial del público también está en los participantes. Por ejemplo, en Texas, la sección de la ley que gobierna la confidencialidad de las comunicaciones en la mediación provee que las comunicaciones de los participantes en la mediación son confidenciales y no están sujetas a la divulgación. Esta sección de la ley es aplicable al mediador y a todos los participantes. Algunas veces, los participantes no saben que comparten la obligación de la confidencialidad. Por esta razón, antes de comenzar la mediación, el mediador exige que firmen un acuerdo de confidencialidad que afirma la obligación (ver el Apéndice). Además, si los participantes logran un acuerdo, incluyen una disposición del acuerdo que exige a los participantes mantener su confidencialidad.

Las limitaciones de la confidencialidad.

A) La renuncia.

Aunque la confidencialidad de la mediación es un principio importante, existen tres excepciones generales: la renuncia, las obligaciones de estatutos y la política pública. En general, el mediador puede revelar la información confidencial que surge durante la mediación si los participantes están de acuerdo.



También hay apoyo para la proposición que el participante renuncia a la confidencialidad si inicia una demanda de mala práctica profesional en contra del mediador. Un tema aún no clarificado es si el privilegio en contra de la revelación de la información confidencial también pertenece al mediador. Si el privilegio se comparte con el mediador, es posible que los participantes que quieran renunciar al privilegio no puedan revelar la información confidencial sin el permiso del mediador o la aplicación de otra excepción a la regla general que protege el privilegio.

B) Las obligaciones de estatutos.

Algunas veces, hay estatutos que exigen que el mediador divulgue la información confidencial que surge en la mediación. Por ejemplo, una ley puede exigir que el mediador divulgue el abuso o abandono de un joven o una persona incapacitada y también la mala práctica de un profesional como un abogado o médico. En estos casos, se otorga al mediador una excepción limitada para divulgar la información exigida por la ley.

C) La política pública.

Los intereses públicos pueden exigir la divulgación de cierta información que surge durante la mediación. Por ejemplo, el

mediador puede tener la obligación de dejar saber la amenaza de daño inminente a un participante en la mediación. El mediador también puede tener la obligación de informar sobre actividades criminales o fraudulentas en el presente o en el futuro. Además, algunos tribunales exigen que el mediador reporte el incumplimiento de la orden del tribunal que exige la asistencia a la mediación.

D) La revelación de las excepciones a la confidencialidad.

Debido a que la confidencialidad es un principio fundamental de la mediación, los participantes deben entender las excepciones antes de iniciar el proceso. Para lograr la comprensión de las reglas, el mediador explica las excepciones a la confidencialidad en la introducción y el acuerdo de confidencialidad que los participantes firman explica las mismas excepciones (ver el Apéndice).

Las consecuencias de violaciones a la confidencialidad.

Un mediador que infringe la obligación de la confidencialidad puede sufrir varias consecuencias. En algunos lugares, la ley provee consecuencias específicas. Por ejemplo, en la Capital Federal de la República Argentina, la reglamenta-

ción de la ley de mediación estipula que la violación al principio de confidencialidad es una causal de suspensión y separación del Registro de Mediadores. En los Estados Unidos, las consecuencias usualmente se encuentran en el derecho de daños y perjuicios de cada estado. En el Estado de Texas, por ejemplo, el mediador o participante que infringe la confidencialidad es responsable ante los participantes afectados por el daño. Además, en los casos enviados a la mediación por los tribunales, los jueces pueden sancionar a los mediadores y participantes que infringen la confidencialidad con sentencias de daños y perjuicios y por no acoger las regulaciones de los tribunales.

Conclusión

La confidencialidad es un tema primordial en la mediación. Antes de iniciar una mediación, el mediador y los participantes deben familiarizarse con las reglas de la confidencialidad de la jurisdicción en la cual la mediación se lleva a cabo. Si el conflicto de los participantes está pendiente en otra jurisdicción, las reglas de la última también son pertinentes. Estas deben ser explicadas tanto en un acuerdo de confidencialidad firmado por los participantes antes de comenzar la mediación como en la introducción del mediador. Si el tema de la confidencialidad es comprendido, los participantes confían en el proceso y aprovechan las numerosas ventajas que les brinda la mediación.

Apéndice

Nota del autor: El artículo 17 de la reglamentación (Decreto No. 1021/95) de la Ley de Mediación (No. 24.573) de la Capital Federal de la República Argentina estipula: "El mediador solicitará de los comparecientes, al momento de celebrarse la primera audiencia, la firma de un compromiso de confidencialidad respecto de las alternativas que ocurran durante las sesiones. Las partes de común acuerdo y ante el mediador, podrán eximirse mutuamente de este compromiso dejándose constancia de ello en el acta respectiva. Se la tendrá por no comparecida a la parte que no concurriese con asistencia letrada". Este es el compromiso de confidencialidad utilizado por el Equipo IMCA, una asociación civil sin fines de lucro de Buenos Aires:

Convenio de Confidencialidad

El presente convenio se celebra entre los abajo firmantes (requiriente, requerido y sus respectivos letrados) y el mediador.

Los que suscriben manifiestan conocer que las sesiones de mediación son de carácter confidencial y que el mediador no podrá ser citado a prestar declaración testimonial sobre los hechos que conozca con motivo de este proceso.

Si a pesar de ello fuera citado, el mediador se excusará de declarar, amparándose en el secreto profesional y el consiguiente deber de preservar la confidencialidad.

Ningún documento redactado durante el desarrollo del proceso de mediación podrá ser exigible en ningún procedimiento, salvo que todas las partes de la presente mediación y el propio mediador presten expreso consentimiento para ello.

Los abajo firmantes se comprometen a guardar absoluto sigilo sobre los hechos que se ventilen en el transcurso de la mediación, con excepción de aquellos casos en que se tomará conocimiento de un delito que pueda ocasionar la condena de un inocente, el perjuicio actual y continuado de un tercero, el abuso de un menor o incapaz o, en el supuesto que aún no se haya cometido y pueda ser evitado quebrantando la reserva.

Se firman _____ ejemplares del mismo tenor y a idénticos efectos, en Buenos Aires, a los __ días del mes de _____ de mil novecientos noventa y siete.

** Reimpreso con el permiso del Equipo IMCA, Buenos Aires, Argentina.*

DE CONVENIO DE COLABORACION EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION EL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE LA LLAVE DE IGNACIO DE LA LLAVE



Actividades **2010**

Como parte de nuestras actividades, comunicamos la reciente visita del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, con quien se firmó un convenio de colaboración en el cual se plasmaron las bases para que ambas partes realicen conjuntamente diversas actividades encaminadas al fortalecimiento de la administración de justicia. Fungieron como testigos de honor, la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos y nuestro Gobernador Lic. Fidel Herrera Beltrán.



La Mediación en el nuevo Sistema Penal Acusatorio

Por: Lic. Estela García Carvajal

Directora del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del estado de Veracruz

La correcta práctica de mecanismos como la mediación, podrían cambiar los paradigmas en la ciudadanía para resolver sus controversias y restaurar el daño causado a la víctima u ofendido por la comisión u omisión de un hecho punible, así como despresurizar el propio sistema.

Con la reforma que se hiciera al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece el fundamento para la implementación obligatoria de los Estados de la República de prever mecanismos alternativos de solución de controversias, fijándose dentro de los transitorios un plazo de ocho años para implementar el nuevo sistema penal acusatorio en el cual van inmersos dichos métodos.

En cuanto a quien lo ejerce, actualmente algunas legislaciones penales ya cuentan con la figura del ministerio público conciliador, sin embargo, con la reciente reforma constitucional deben instaurar los medios para que éstos trabajen lo que es justicia restaurativa, la negociación, la mediación y la conciliación, entre otras.

Los mecanismos alternos de solución de conflictos en el ámbito penal, concretamente la mediación y la conciliación, deben ser ejercidos por profesionales que cuenten con la debida capacitación, por ello la importancia y la necesidad de capacitar a los funcionarios o prestadores de servicio en los Centros o institutos de Justicia Alternativa, ya que requieren

ser profesionistas especializados en las técnicas de mediación y conciliación en primera instancia para después estar en condiciones de manejar lo que es justicia restaurativa, por tal motivo, debe saber manejar las teorías del conflicto, las escuelas de mediación, saber las herramientas que se utilizan, programación neurolingüística, negociación colaborativa, teoría de los sistemas, instituciones mediables y conciliables, entre otros puntos. Olivia Salazar (2004) refiere que “los nuevos paradigmas requieren de nuevos modelos de comunicación. Un docente capacitado en Mediación, además de enseñar la materia: contribuye a la democratización de la convivencia institucional y promueve el diseño de un sistema participativo de convivencia escolar.”

Con la entrada en vigor del nuevo sistema penal oral en nuestro país, deberán practicarse tales mecanismos con la intención de cambiar los paradigmas en la ciudadanía para resolver sus controversias, aunado a que otro de los objetivos es despresurizar el propio sistema, por ello la implementación de la justicia alternativa para lograr restaurar el daño causado a la víctima u ofendido por la comisión u omisión de un hecho punible.



El proyecto de que los mecanismos alternativos se inserten en el ámbito penal, es de gran importancia, debido a que serían una parte fundamental del nuevo sistema, pues es posible pensar que ningún procesado quiera llegar a la etapa de juicio oral, en la cual se desahogarán pruebas mismas que pueden ser contra o a su favor, concluyendo con la sentencia de mérito. Por ello, con los métodos alternos se pretende economizar tiempos, y el estado erogaría menos recursos con una descongestión procesal como consecuencia de la aplicación de los mismos, pues de lograrse un acuerdo reparatorio se da por terminada la controversia, ya que esto sería antes de que se decrete la apertura a juicio oral. En este orden de ideas, podemos observar que dicho sistema penal va encaminado a la justicia restaurativa, donde las partes del conflicto participan directamente en la resolución del mismo.

Cabe señalar que dentro de los acuerdos que se alcancen en estos mecanismos se debe salvaguardar la voluntariedad para apegarse a los métodos alternos, a la equidad, la confidencialidad y neutralidad entre las partes.

Actualmente el Centro de Medios Alternativos de Solución de Conflictos del Poder Judicial del Estado, está certificado para ello, por lo que este próximo junio se cumplirán cuatro años de venir ejerciendo los métodos alternativos.

Aprovechando este conducto de difusión para invitar a la ciudadanía a hacer uso del centro de mediación y conciliación para resolver sus controversias en una forma rápida, confidencial y gratuita.



“Voladores de Papantla” / Fotografía: Eduardo Murillo