

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo gira en torno a un presupuesto básico y fin último de los medios alternos de solución de controversias: la reparación del daño resultante del cumplimiento efectivo de un convenio de mediación y/o conciliación, haciendo efectivos los fines de la justicia restaurativa, como resultado de un proceso exitoso de mediación y/o conciliación y a su vez, el Estado como garante de los derechos y obligaciones contenidos en el cuerpo del acuerdo.

En el primer apartado de la investigación abordaremos el precedente que sustenta el desarrollo de la Justicia Restaurativa en nuestra legislación, y su manifestación más clara en los denominados medios alternos de solución de controversias, mediación y/o conciliación que superan los rasgos inquisitivos hacia la resolución del conflicto penal bajo los principios de la Justicia Restauradora.

El segundo apartado se refiere al concepto al que alude la reparación integral de la víctima como medida exitosa frente a la insatisfacción derivada únicamente de la reparación patrimonial. El tercer apartado se centra en el sustento legal de nuestra legislación local en materia de medios alternos de solución de controversias, específicamente como una actualización de la justicia alternativa, aclarándose que ésta participa de los principios y valores que integran la justicia restaurativa.

En un cuarto punto analizaremos si nuestra legislación especializada en materia de medios alternos de solución de controversias cumple con los imperativos de seguridad jurídica respecto a la víctima, en cuanto al cumplimiento del convenio de mediación y/o conciliación, que procure la solución del conflicto penal social que crea el delito mediante una reposición del lugar de la víctima, la restitución de sus derechos conculcados y la garantía —a ésta y a la comunidad en general— de no repetición de los hechos.

Finalmente se analizarán diversas cuestiones que surgen de la interpretación de los artículos 64 sesenta y cuatro y 66 sesenta y seis de la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, que definen los efectos jurídicos del convenio de mediación en materia penal y su exigibilidad en caso de incumplimiento, desde y para la actualización de los fines de la justicia restaurativa, diferenciando su exigibilidad de aquellos asuntos que pertenecen estrictamente a la naturaleza civil, así como las hipótesis a aplicar en aquellos casos de vacuidad legal, que no permite desde una óptica de los derechos humanos hacer efectivo el derecho de las víctimas a obtener de manera eficaz una reparación en los términos apuntados, tarea nada fácil para el Estado que nunca debe quedar en manos de la improvisación, sino en la responsabilidad de poner a punto un modelo de justicia, dinámico, práctico y operacional capaz de proveer de legitimidad los acuerdos formalizados en un convenio de mediación, así como las decisiones judiciales para hacer efectivo su cumplimiento, ante todo, con el debido e irrestricto respeto a las formalidades del procedimiento.

No es ocioso lo anterior, toda vez que al día la legislación especializada en materia de medios alternos de solución de controversias no encuentra debido engarce con el Código Penal del Estado de Yucatán, acorde con las nuevas exigencias de un estado democrático de derecho, siendo precisamente en este contexto en donde se debe reorientar la atención a la legislación especial, esto es, a una nueva forma de hacer justicia, la que emana de darle a cada quien lo suyo, ante todo, porque el Poder Judicial del Estado ha acumulado recientemente, funciones sociales significativamente distintas a las que le eran tradicionales, a fin de proveer mejores alternativas a los justiciables, a darle una relevancia al papel que juega la sociedad, su protagonismo en la toma de decisiones para la solución de conflictos o dilemas valorativos sociales producto de la existencia de códigos morales diversos propios de una sociedad multiétnica, pluricultural y con un sin número de desigualdades sociales.

En estrecha relación con lo anterior, queda de manifiesto la intensa implicación de la ciudadanía para incidir directamente en los debates sobre la configuración de sus propios acuerdos en aras de resolver su conflicto,

privilegiando una respuesta autocompositiva a tiempo que compensará a las partes, únicamente si sus acuerdos se encuentran apuntalados jurídicamente y su cumplimiento esté garantizado por la legislación bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad que permitan a la Institución Judicial ser capaz de prever supuestos generales en caso de incumplimiento de los convenios de mediación, en aras de proveer seguridad jurídica a los gobernados a fin de salvaguardar sus derechos, actualizándose con ello la tutela judicial efectiva como un derecho humano inalienable.

La conclusión de todo ello debiera ser el desarrollo, o eventualmente, la profundización en el estudio del ordenamiento jurídico en materia de medios alternos de solución de conflictos en el ámbito penal para evitar la suspicacia de la sociedad ante la falta de certeza jurídica en el cumplimiento de los convenios que arriba un procedimiento exitoso de mediación o conciliación, reforzando con ello la confianza de la opinión pública en los cuerpos expertos de la justicia condiciones que, el Poder Judicial del Estado, ha tutelado debidamente en su actuar.

BREVE RESEÑA DEL CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

La moderación del sistema inquisitivo se ha consagrado por vía constitucional y por la recepción de la normativa internacional de derechos humanos en la legislación de segundo rango y la jurisprudencia, mismas que han abierto la puerta a instituciones de la denominada justicia penal negociada, bajo la ecuación mediación ofensor – víctima, impensable en un esquema inquisitivo, influenciados también por el movimiento victimológico de justicia restauradora que pretende recuperar el control de la resolución del conflicto penal para los actores primigenios del mismo.

Con la recepción de instituciones propias del modelo acusatorio, enriquecido por los desarrollos victimológicos y los derechos humanos, se produce un cambio de visión del delito y se busca ir al conflicto subyacente en el mismo, reposicionando a los sujetos materiales del drama penal, con lo que, el imputado y la víctima recobran su posición originaria en el conflicto social, antes absolutamente monopolizada por el Estado, para dar paso a una Restaurativa, donde se colmen las expectativas de la sociedad y de la víctima.

Frente a ese modelo se proponen esquemas de Justicia Restaurativa que consiste en un proceso por el cual todas las partes que tienen interés en un determinado conflicto se reúnen para resolverlo colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro. En esta definición, se recogen sus tres notas esenciales. La idea de proceso, la noción de partes y la existencia de acuerdos restauradores. Esto constituye un camino de apertura de la Justicia que pone el énfasis en la reparación de las consecuencias del conflicto. El crimen es entendido como una violación de la comunidad, de las relaciones y una destrucción de la paz social. Las bondades de esta justicia alterna se caracterizan por ser integradoras e inclusivas, generan y suponen la participación de la víctima, del victimario y de la comunidad afectada por el hecho, buscando una solución que se encamine a la reparación del daño y de la armonía rota. El principal propósito de la intervención es restaurar la paz social, remediar el daño causado, arreglar la puesta en peligro

de los bienes jurídicos, evitar la re-victimización, bajo un paradigma de Justicia construido sobre los elementos de la mediación, reconciliación, restitución y compensación.

Es entonces que la justicia restaurativa se estructura como un instrumento de resolución de conflictos que se generan en el seno de la sociedad, adoptando así una concepción de resolución definitiva de los conflictos sociales, restableciendo la paz social, quebrantada por la conducta contraria a la norma. Este proceso de negociación, debe ser analizado como una forma de que ambos actores intervinientes en ese conflicto, tanto el victimario como la víctima, lleguen a través de un entendimiento a una superación de ese conflicto, haciendo posible una reparación concreta del daño, guiados por el rol del mediador como garante del acuerdo que lleguen ambas partes.

En mérito a lo anterior, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la última reforma al artículo 17 diecisiete de fecha 29 veintinueve de julio del año 2010 dos mil diez, en su tercer párrafo alude precisamente a la implementación de un sistema de justicia restaurador al establecer:

“Artículo 17.- ...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...”

La reforma anterior desde luego responde a imperativos internacionales producto del compromiso del Estado mexicano de maximizar los derechos humanos mediante la implementación de un sistema de justicia que actualice los fines de la justicia restaurativa, que aunque no lo menciona expresamente, se infiere con claridad al mencionar el aseguramiento de la reparación del daño, la supervisión judicial, y los medios alternativos de solución de controversias.

Asimismo, la Ley de Mecanismos Alternativos de solución de Controversias para el Estado de Yucatán, incorporó dicho esquema de justicia al señalar en el párrafo primero del artículo 1 uno y artículo 6 párrafo segundo lo siguiente:

“Artículo 1.- Esta ley es de orden público y de interés social en el Estado y tiene por objeto:...I.- Regular los mecanismos alternativos de solución de controversias, como formas de autocomposición asistida en la solución de conflictos surgidos entre particulares..”

“Artículo 6.-...Entre los mecanismos alternativos se encuentran la mediación y la conciliación y todos aquellos que sean adecuados para la solución pacífica de las controversias entre las partes y de conformidad con lo establecido en la presente ley y demás disposiciones aplicables.”

Lo que se traduce que la ley especializada en la materia, privilegia el diálogo a efecto de que los particulares puedan resolver pacíficamente sus controversias mediante la aplicación de la mediación, conciliación y cualquier otro que resulte adecuado a fin de garantizar la reparación del daño según se desprende del mandato constitucional, y es aquí, de donde parte el presente estudio, en la determinación del concepto de reparación del daño a que alude nuestra ordenamiento Constitucional, a fin de hacer efectiva la justicia restaurativa como conditio sine qua non de un enfoque dirigido a la víctima, a la gran olvidada en el conflicto penal.

CRITERIOS DE REPARACIÓN DEL DAÑO EN MATERIA PENAL

Los actuales esquemas de reparación del daño a la víctima que reafirman las decisiones supranacionales en materia de justicia penal influyen en el restablecimiento de la situación anterior de la lesión, la reparación de las consecuencias producidas con el acto ilícito y la compensación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, que distan mucho de los esquemas civilistas de reparación de daños por responsabilidad civil extracontractual, criterios que sin duda sirven para el ámbito civil pero que consideramos inadecuados en el ámbito penal, donde son otros los bienes jurídicos, intereses y necesidades en juego. Así, los nuevos paradigmas de procuración y administración de justicia penal deben apuntar necesariamente con la participación e intervención de la víctimas como un elemento constitutivo del sistema, así como de privilegiar el derecho del afectado incorporado como un bien jurídicamente protegido por la norma penal, en mérito que es un derecho del ofendido obtener la aplicación de la pena prevista en la ley

para el caso de la vulneración de aquel bien jurídico abstracto, derecho que se reconoce sólo a él por su condición víctima, es decir, por haber quedado lesionado en su interés o en su derecho concreto.

De lo aquí expuesto se infiere que la reparación de la víctima consistirá en restablecer en la medida de lo posible la situación en la que se encontraba al momento anterior al hecho u omisión ilícitos. Esta restitución a las condiciones anteriores implica subsanar de algún modo las consecuencias inmediatas del hecho, en todo aquello que sea factible y en indemnizar –a título compensatorio– los perjuicios causados, es decir, proveyéndole a la persona de acuerdos obtenidos posibles en un proceso de mediación y/o conciliación a fin de hacer que la justicia restaurativa cumpla su cometido.

ANTECEDENTES DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Es importante hacer énfasis en la génesis del proceso de mediación en sede institucional, la cual se encuentra referida en el artículo 57 cincuenta y siete de la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, LMASC al señalar:

“En los conflictos de orden penal y de justicia para adolescentes que puedan someterse a algún mecanismo alternativo, el Ministerio Público durante la Averiguación Previa y el Juez del conocimiento en el auto de sujeción o vinculación a proceso, o formal prisión, deberán citar al indiciado o procesado según corresponda, y al ofendido a una audiencia en la que se les expondrá la posibilidad de someter su conflicto a algún mecanismo alternativo, exhortando a las partes a avenirse de común acuerdo, concurriendo al Centro Estatal, a las agencias de la Procuraduría General de Justicia del Estado o al Centro Privado de Solución de Controversias, si así o desean.”

Del mencionado artículo podemos inferir diversos supuestos básicos a saber: 1. La existencia de un conflicto de naturaleza penal, entendiéndose por conflicto una situación en que dos o más individuos con intereses contrapuestos entran en confrontación, oposición o emprenden acciones mutuamente antagonistas, y tratándose de que éste sea penal, alude a la vulneración de un

bien jurídicamente protegido por la legislación penal, que compele a una de ellas a instar la persecución penal por medio del ministerio público en la etapa de investigación y su continuación en un proceso ante un Juez penal. 2. Que el conflicto se someta al conocimiento de la autoridad investigadora en la etapa de averiguación previa, siendo en la misma, en donde dicha institución deberá ajustar su actuación a las formalidades que rigen el proceso de mediación antes de ejercer acción penal. 3. Que habiéndose instaurado contienda judicial, el Juez de la causa al momento de resolver la situación jurídica del imputado, deberá informar a las partes intervinientes de la posibilidad de someter su conflicto a algún mecanismo alternativo. 4. Que de ser voluntad de los protagonistas del drama penal optar por una vía alterna, ésta se hará en el Centro Estatal si existe un procedimiento penal en curso, en las agencias de la Procuraduría si aún se encuentra en etapa de investigación o, en su defecto, en algún Centro Privado de Solución de controversias si así lo desean.

Seguidamente el párrafo segundo del artículo en cita menciona:

“En caso de que acepten dirimir su conflicto mediante un mecanismo alternativo, se suspenderá la integración de la averiguación previa o el proceso, según corresponda, por el plazo de 30 treinta días hábiles, prorrogables por 15 quince días, a solicitud de las partes y notificarán al Centro de Solución de Controversias que haya sido elegido por las partes, para que cite a los interesados a una audiencia informativa y aplique el mecanismo alternativo que las partes prefieran...”

De aquí se deriva entonces que las partes, al manifestar su anuencia en someterse a un mecanismo alternativo para dirimir su controversia, el Juez de la causa o el Ministerio Público en su caso, deberán suspender el proceso a su cargo y notificar este hecho al centro de mediación elegido por las partes a fin de citarlos a iniciar el proceso de mecanismos alternativos aplicable al caso, delimitado en tiempo por treinta días, prorrogables por quince días más, lo anterior en la inteligencia de que un proceso de mediación no puede ni debe extenderse indefinidamente, resultando razonable la temporalidad señalada y su prórroga si fuere necesaria para su conclusión. Lo anterior infiere que las bondades de la justicia alternativa pretenden que se resuelva el conflicto

satisfactoriamente en un lapso breve aplicando el principio de economía procesal, en contraste con el actual sistema tradicional inquisitivo, lento y burocrático.

Es importante mencionar que lo anterior legitima a las autoridades a suspender el procedimiento y a operar la mediación penal, haciendo factible la confrontación respetuosa y tolerante de víctima-victimario a fin de llevar a cabo la reparación del daño y restaurar las relaciones humanas y sociales afectadas por el delito; es por ello, que sin importar el momento procesal en donde se lleven los MASC éstos deben de concluir con un acuerdo reparatorio, que es el pacto entre la víctima u ofendido y el imputado, mediante el cual solucionan su conflicto, es decir, que la finalidad del proceso de mediación apuntará a la satisfacción de la víctima en aras de hacer efectiva la justicia restaurativa, entendida ésta como una respuesta sistemática frente al delito (conflicto) que enfatiza la sanación de las heridas causadas, la reparación de los daños ocasionados y la responsabilización de los hechos por parte del infractor, presupuestos básicos insoslayables que la aplicación de los MASC deben tener por agotados al momento de arribar al convenio resultante de los acuerdos adoptados, brindando con ello, no sólo seguridad jurídica con el instrumento en cita, sino que también, se materializa la política pública que apunta directamente a restablecer el tejido social resultado de una filosofía restauradora señalada en líneas precedentes.

FORMALIDADES DEL CONVENIO DE MEDIACIÓN Y SUS EFECTOS JURÍDICOS.

Habiendo establecido que la finalidad del proceso de mecanismos alternativos en materia penal es hacer efectiva la justicia restaurativa, y que los esfuerzos por parte de los operadores del sistema de justicia alternativa apuntarán hacia esa dirección, ahora resta concretar cuales son las formalidades y requisitos que debiera contar el acuerdo resultante de dichas gestiones, y para ello es preciso definir en primera instancia la naturaleza jurídica del convenio de mediación, del cual podemos decir que convenio “proviene de los vocablos *cum* y *viniere* que significa venir, concurrir, unirse, llegar a un acuerdo, venir en compañía, ir juntos. En el derecho moderno el convenio tiene un amplio

significado: es todo acuerdo de voluntades independientemente de su contenido patrimonial¹.”

De lo anterior se colige que la naturaleza del convenio de mediación es “un acuerdo de voluntades donde concurren las intenciones con las necesidades y al igual que en el contrato, el consentimiento se manifiesta como elemento existencial. El convenio de mediación, comparte la naturaleza del contrato de transacción cuando los mediados haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia o previenen una futura, declarando o reconociendo los derechos que son objeto de sus diferencias, pero nada impide que el convenio de marras sea una carta de intención, un proyecto de vida, un código particular, un mapa, una brújula o un timón, que ayude a recuperar el futuro y a construir la historia de cada quien en concordancia con los valores. Universales.”

En este orden de ideas y partiendo de que el convenio de es el acto formalmente jurídico que corona todo proceso exitoso de mecanismos alternativos, en cuyo contenido se traza la solución, la prevención o la minimización de las secuelas de un determinado conflicto, cuyos efectos habrán de ser tutelados por el derecho dada su fuerza vinculante, puesto que el convenio de mediación, representa el conjunto de normas de conducta establecidas por quienes lo celebran, mismas que requieren de un sustento jurídico y un fundamento axiológico.

En este mismo tenor, la legislación especializada en la materia (LMASC), en su artículo 49 cuarenta y nueve fracción V quinta prescribe:

“Artículo 49.- Una vez estando de acuerdo los interesados en la sujeción al mecanismo alternativo, se abrirá la sesión inicial, que se desarrollará en los términos siguientes: I, II, II, IV, V.- De común acuerdo con las partes se levantará el convenio en el que se asentarán los compromisos adquiridos...”

¹ Sallard López, Silvia, 2007, “Mediación, Supervisión y Contensión: Una Visión Tridimensional”. Pag. 99

A su vez el diverso numeral 52 cincuenta y dos de la codificación aludida establece como conclusión del procedimiento de mecanismos alternativos “*el convenio que establezca la solución total del conflicto*”.

Con independencia de los requisitos de forma que debe contener el convenio de mediación contenidos en el artículo 53 cincuenta y tres de la ley en cita, es la fracción V quinta la que especifica con meridiana claridad los puntos torales que deberá contener el clausulado del convenio y son, según se desprende de su simple lectura:

“Artículo 53.- ... V.- Las cláusulas contendrán la descripción precisa ordenada y clara de los acuerdos alcanzados por las partes, y las obligaciones de dar, hacer o tolerar, así como las condiciones, términos y lugar de cumplimiento, incluyendo cualquier compromiso moral a cargo de cualquiera de los interesados que no esté prohibido por la ley...”

En atención al marco teórico y jurídico preestablecido podemos entonces señalar que tanto la doctrina como la Ley de Mecanismos Alternativos son coincidentes en cuanto a las formalidades que debe contener el acuerdo de mediación plasmado en un instrumento denominado convenio de mediación, y que, habiéndose entonces satisfecho los fines de la justicia restaurativa (asunción de responsabilidad, reparación, sanación, etc), sólo resta la verificación de todas y cada una de las formalidades en su elaboración, así como la diligente verificación de que el mismo, no contravenga las disposiciones de orden público, ni se vulneran los derechos de terceros, velando por la legalidad en su contenido y alcances, a fin de salvaguardar los derechos de las partes implicadas.

EFFECTOS JURÍDICOS Y PROCESALES DEL CONVENIO DE MEDIACIÓN

Es momento de entrar a la valoración de los efectos jurídicos que al convenio de mediación penal confieren el artículos 64 sesenta y cuatro de la Ley MASC, pues este numeral es el punto medular sobre el cual está ligada la eficacia del convenio mismo, ya que advierte consecuencias de hecho y de derecho que trascienden la esfera jurídica de las partes, los cuales muy probablemente tengan

el paradójico inconveniente de encontrarse ante otro conflicto al momento de intentar hacer efectivo o válido el cumplimiento de los acuerdos pactados, cuando la legislación actual en la materia no sólo escapa al simple entendimiento del profano, sino a un criterio rector definitivo y definitorio por parte de los juzgadores, quienes deberán efectuar una exégesis armónica, sistemática y gramatical del articulado en comento para poder brindar al justiciable la seguridad jurídica que anhelan y que el Estado debe garantizar al momento de la suscripción de su convenio.

Aquí parte el tema central del presente estudio, la determinación de “*lo que quiso decir*” el legislador en el artículo 64 sesenta y cuatro de la LMASC con respecto al carácter y efectos del convenio de mediación y, más aún, de *lo que no debió decir* en el diverso numeral 66 sesenta y seis del mismo cuerpo de leyes, por lo que refiere a la ejecución del mismo en caso de incumplimiento. Veamos su contenido y alcances legales:

“Artículo 64.- *Los convenios que resuelvan conflictos en materia penal y de justicia para adolescentes producirán los siguientes efectos, según la etapa procesal en la que se encuentren. En la de averiguación previa producirán efectos de perdón o se calificará como una anuencia del ofendido para que el ministerio público niegue el ejercicio de la acción penal aplicado el principio de oportunidad, archivándose provisionalmente el expediente, en tanto se cumpla lo acordado en el convenio respectivo.*

En la etapa de procedimiento judicial producirán efectos de perdón o de una manifestación de desinterés jurídico por la víctima en cuanto a la prosecución de un procedimiento, archivándose provisionalmente el expediente en tanto se cumpla lo acordado en el convenio respectivo.”

Debemos analizar el artículo en comento gramaticalmente, partiendo de la premisa de que los efectos de los convenios de mediación penal y de justicia para adolescentes, se supeditan al hecho de que el conflicto se haya resuelto, a eso apunta la expresión “*los convenios que resuelvan conflictos...*” ¿y cuando se resuelve un conflicto? La respuesta es simple y no requiere abundamiento: cuando se satisfagan las obligaciones de hacer, dar o recibir pactadas en el cuerpo del convenio de mediación, pues sería absurdo considerar que la víctima con la sola

signatura del convenio se considera reparada, satisfecha y sanada en su totalidad, si aún existen compromisos por parte del ofensor que debe cumplir en un lapso de tiempo determinado, antes bien, si lo que subyace en un conflicto penal es precisamente la afectación de un bien protegido por el ordenamiento punitivo, y que la finalidad del proceso restaurativo tiende en la medida de lo posible a restituir las cosas en el estado que se encontraban antes de la afectación o a reparar las secuelas de los daños producidos, es obvio que hasta que dichos extremos no se actualicen no se tendrá por resuelto el conflicto, quedando latente el mismo hasta el total cumplimiento del convenio. Es por ello que el citado artículo en la parte final del primer párrafo manda el archivo provisional del expediente (de averiguación previa) *“hasta en tanto se cumpla lo acordado en el convenio respectivo”*. En este punto resulta indispensable hacer una pausa y aclarar el concepto de archivo provisional que se menciona, entendido éste como la suspensión de la investigación por el Agente del Ministerio Público, y de los plazos de la prescripción de la acción penal, esto de conformidad con el artículo 58 cincuenta y ocho de la LMASC en su segundo párrafo que a la letra dice:

“Artículo 58.-...Durante el trámite de los procedimientos alternativos previstos en esta Ley, no correrán los plazos para la prescripción de las acciones y sanciones o la ejecución de la sentencia relativa a los asuntos sometidos a los mecanismos alternativos según corresponda en la materia.”

Superado el archivo provisional por virtud del cumplimiento del convenio de mediación, emerge la obligación de que éste se homologue a un perdón de la víctima o a su anuencia a que la autoridad investigadora niegue el ejercicio de la acción penal aplicando un criterio de oportunidad, la pregunta radica en determinar cuando aplica una o la otra, la respuesta no la encontramos en ningún lado, no obstante, creemos acertado por el momento, que por cuanto los criterios de oportunidad no se encuentran regulados en el sistema tradicional, sino que son propios de un sistema de corte acusatorio, el ministerio público en ejercicio de sus atribuciones aplique obligatoriamente la figura del perdón (en tanto entra en funcionamiento el nuevo sistema de justicia penal) pues finalmente lo que se pretende con dicha figura procesal es el sobreseimiento, lo cual, como se sabe, es

una formal anormal de terminación del proceso, a través de una resolución judicial interlocutoria, escrita y fundada, apelable, archivándose las actuaciones provisoria o definitivamente. Asimismo y de manera enunciativa, cabe recordar que los criterios de oportunidad son una facultad discrecional del ministerio público de prescindir del ejercicio de la acción penal ante determinados supuestos, no obstante, consideramos que por virtud del cumplimiento del convenio de mediación, tal criterio (de oportunidad) debe desestimarse, puesto que si se satisfizo lo contenido en el acuerdo reparatorio ínsito al convenio de mediación, no hay nada más que decir.

En consonancia con lo anterior, el segundo párrafo del artículo 64 sesenta y cuatro en cita, establece un criterio análogo cuando el asunto deriva de un procedimiento judicial, la diferencia estriba en que la anuencia de la víctima para la aplicación de un criterio de oportunidad, se transforma en manifestación de desinterés jurídico en cuanto a la prosecución del procedimiento, lo cual en el sistema tradicional no extingue la acción penal, como sí sucede en el sistema penal acusatorio, sino que se tendrá como una circunstancia a considerar para continuar ejercitando la acción penal en el caso del ministerio público o, por el Juez, al momento de dictar una sentencia acerca de la individualización de la pena a imponer o prescindir de ella si fuera el caso.

De lo hasta aquí planteado coincide en que el legislador si bien es cierto fue omiso al no puntualizar en algunas cuestiones relativas a los efectos de carácter procesal que produciría el cumplimiento del convenio de mediación, implementó términos como el de archivo provisional, principio de oportunidad y manifestación de desinterés jurídico, propios de un sistema de corte acusatorio, colma las finalidades de seguridad jurídica para el ofensor, al introducir un medio de extinción de la acción penal, al agotar todos los extremos contenidos en el acuerdo de mediación, cerrando la posibilidad de aperturar una nueva investigación o, en caso de proceso judicial, su reactivación. No obstante lo anterior, la víctima no participa de dicha certeza legal en caso de incumplimiento del convenio por parte del mismo ofensor como veremos a continuación.

INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO DE MEDIACIÓN

En el capítulo anterior se menciona que se satisface la seguridad jurídica para el ofensor cuando cumpla los términos pactados en el convenio de mediación, entrando en juego la figura procesal del perdón, se dejó en claro que los efectos del mismo recaerán en la extinción de la pretensión punitiva con el consecuente sobreseimiento, aún cuando la víctima decida ya no respetar los términos de los acuerdos pactados, puesto que los actores adquieren derechos y contraen obligaciones, y conforme al principio *pacta sun servanda*, desde que se perfeccionan los contratos, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a las consecuencias que según su naturaleza son conforme a la buena fe, a la voluntad y a la ley. No obstante lo anterior, a la víctima no le asiste la misma seguridad jurídica en caso contrario, ya que el estatuto en la materia no previó ese supuesto, sin embargo, consideramos prudente la adición de un artículo en donde se definan las consecuencias del incumplimiento en cada una de las etapas mencionadas (averiguación previa y contienda judicial), el cual debería contener con simpleza, claridad y concisión el extremo invocado, pudiendo quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 65.- El incumplimiento del convenio de mediación penal, dará lugar a la reanudación de la investigación o del proceso, según fuere la etapa en la que se encuentre, previa vista que de la omisión se dé al incoado o imputado, a fin de que manifieste lo que a su derecho corresponda, pudiendo utilizar la autoridad correspondiente la vía de apremio que señale la ley en la materia.

Esta adición a la LMASC garantizaría la tutela judicial efectiva, al proveer un dispositivo jurídico coactivo para someter a la ley a aquellas personas que en abuso de la buena fe y la confianza de la parte agraviada, suscriban convenios con la única finalidad de librarse de la persecución penal, sin afrontar

verdaderamente las consecuencias de su conducta y sin responsabilizarse por los efectos nocivos que conlleva el desprecio a las normas que rigen una sociedad. De no salvaguardarse lo anterior, se sometería a la parte agraviada a una revictimización, al sentirse vulnerada en sus derechos, reforzando en su fuero interno la concepción de impunidad, en donde ella hizo todo lo que tenía que hacer, el ofensor no hizo lo que debía y la autoridad hizo únicamente lo que pudo..., trinomio insalvable si no se da una reforma como la planteada en el presente caso. ¡Nadie por encima de la ley!

Ahora bien, es preciso apuntar que si bien es cierto lo ideal sería esta claridad legislativa, no debemos pasar por alto la responsabilidad de los tribunales al momento de interpretar las normas bajo criterios de razonabilidad, lo cual nos lleva a la interrogante de si ¿pueden los jueces y ministerio público arribar a la anterior conclusión sin necesidad de una reforma como la planteada en este apartado a efecto de que suspendan un procedimiento para el cumplimiento de un convenio de mediación penal y lo reactiven con posterioridad por su incumplimiento? A nuestro parecer sí. No sólo se puede, ¡sino que se debe! máxime que la administración de justicia debe ser garante de los derechos y obligaciones de aquellos asuntos sometidos a su aprobación y reconocimiento, esa es una de las razones por las cuales una vez firmado el convenio, ratificado por el titular del Centro que conozca o el notario, es devuelto a la autoridad remitora, no para darle “el visto bueno”, sino para velar por su legalidad y su debido cumplimiento, esto con independencia que el diverso artículo 66 sesenta y seis de la LMASC incurra en un dislate legislativo al establecer erróneamente la forma de hacer efectivo el cumplimiento del convenio de mediación, pues contiene un lenguaje oscuro y contradictorio al señalar:

“Artículo 66.- *Los derechos, deberes u obligaciones ciertas y exigibles que consten en los convenios, ratificados ante la autoridad del centro que corresponda o ante notario, son ejecutables en caso de incumplimiento, por el Juez que conoció de la causa, utilizando de la vía de apremio, cuando éstos hayan sido elevados a la categoría de cosa juzgada. En cualquier otro caso, su cumplimiento se exigirá por la vía ejecutiva.”*

El contenido del numeral en cita implica varios yerros de fondo: El primero radica en conferirle el carácter de cosa juzgada a un convenio de mediación penal al usar el término “*Juez que conoció de la causa.*” En líneas precedentes hemos dicho que el carácter de cosa juzgada tiene el efecto impeditivo que, en un proceso judicial, ocasiona la preexistencia de una sentencia judicial firme dictada sobre el mismo objeto, sin que pueda establecerse nueva controversia por los mismos hechos, efectos que distan mucho del perdón, que en materia penal se traduce como la manifestación de la parte agraviada a favor del ofensor que extingue la acción penal, y por ende, decreta el sobreseimiento de la causa, que no es otra cosa que desistir o cesar. ¿Qué es lo que cesa? La actividad procesal penal, a través de una resolución judicial interlocutoria, escrita y fundada, apelable, archivándose las actuaciones provisoria o definitivamente. En el presente caso es claro que el legislador utilizó de manera errónea el concepto de la cosa juzgada cuando lo que debió sostener era el efecto del perdón, por un fin diametralmente opuesto como ya se apuntó, que por el contrario sí encuentra compatibilidad con aquellas cuestiones de carácter civil, pues también se ha dilucidado que son precisamente esos asuntos los que tendrán tal condición (de sentencia con efectos de cosa juzgada) por exclusión de los casos de naturaleza penal.

Siendo más exhaustivos y por si lo hasta aquí señalado no fuera suficiente para invalidar el mencionado artículo, la última parte de su contenido menciona que “*En cualquier otro caso, su cumplimiento se exigirá por la vía ejecutiva*”. Lo anterior nos llevará a una aberración jurídica bipartita: 1). En materia civil se ha precisado que según se haya planteado contienda judicial o no tendrán efectos diversos, en un caso de carácter ejecutivo (que se pueda ejecutar, cumplir, verificar instando a un Juez para tal efecto) por traer aparejada ejecución según la naturaleza de los títulos ejecutivos, para finalmente arribar a una sentencia para definir el derecho que le asiste; en el otro caso (contienda judicial) toda vez que ya se ha instaurado la litis, al mismo convenio se le ha reconocido el carácter de cosa Juzgada, es decir que ya no hay materia (objeto) de disputa judicial, ya que se ha decidido inobjetablemente el derecho, por lo que entonces sólo corresponde el

cumplimiento de esa sentencia, vamos, del convenio de mediación de manera inmediata, situación que desde luego no acontece en materia penal como ya se ha dicho, y que se reitera en la expresión “...ejecutables, en caso de incumplimiento, por el Juez que conoció de la causa...cuando hayan sido elevados a la categoría de cosa juzgada...”. 2. El otro problema se presenta en aquellos casos que deriven de una averiguación previa ¿su cumplimiento se exigirá por la vía ejecutiva? Podemos entender que la naturaleza del convenio es de carácter civil pero regulando una problemática de carácter penal, que a su vez no participa de las reglas del derecho civil, sino que busca la tutela de bienes jurídicamente protegidos por el ordenamiento penal, por ello es inaceptable pensar que las obligaciones pactadas en el convenio de mediación en la etapa de averiguación previa se tengan que hacer valer por la vía ejecutiva (civil), si la finalidad del sistema como ya hemos visto no tiende a ello y cabría preguntarnos ¿Qué pasó con aquellos valores fundamentales de la sociedad dañados por el hecho delictivo? ¿Se presenta una re victimización cuando se incumple un convenio en la etapa de averiguación previa y el ministerio público alega que lo que procede efectuar a la parte agraviada u ofendida es la vía civil? ¿Habrá después de ello una sensación generalizada de impunidad?

Es por todo lo anterior que propugnamos la eliminación y no reforma del referido artículo 66 sesenta y seis de la LMASC, ya que el mismo no regula de manera efectiva el cumplimiento de los convenios de mediación, confunde instituciones de carácter civil con presupuestos penales trascendentes, genera impunidad y conflictos de normas. No olvidemos que existe antinomia cuando dos o más normas, que pertenecen al mismo ordenamiento imputan al mismo caso soluciones incompatibles entre sí, y que dan lugar a que la aplicación simultánea de las normas produzca resultados incompatibles e imposibles. De ahí que se tenga que elegir entre unas y otras. Lo anterior culminaría en un sustento normativo al servicio del justiciable y no viceversa en donde el justiciable quede al servicio del derecho.

RESUMEN

¿Realmente se garantiza la seguridad jurídica de la víctima con los acuerdos resultantes plasmados en un convenio de mediación y/o conciliación en el sistema mixto en materia penal?

Queda claro que después de la aplicación de un proceso de mecanismos alternativos de solución de controversias debiera satisfacerse la seguridad jurídica tanto de la víctima como para el ofensor, lo anterior siempre y cuando se cumpla en los términos pactados el convenio de mediación y/o conciliación. Ahora bien, partiendo del supuesto actual esto no sucede así, actualmente en materia de convenios penales con el presupuesto anterior únicamente se ve beneficiado el ofensor pues para él entra en juego la figura procesal del perdón, o en su defecto, la extinción de la pretensión punitiva, según sea el caso. Esto es así, ya que aún cuando la víctima decida respetar los términos de los acuerdos pactados, pues desde que se perfeccionan los contratos obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a las consecuencias que según su naturaleza son conforme a la buena fe, a la voluntad y a la ley, de conformidad con el principio *pacta sun servanda*, ya que las partes al momento de suscribir el convenio, adquieren derechos y contraen obligaciones, el juzgador no cuenta con los medios legales para exigirle al ofensor el debido cumplimiento, en mérito que la legislación aplicable vigente no contempla un dispositivo jurídico coactivo para someter a la ley a aquellas personas que en abuso de la buena fe y la confianza de la parte agraviada, después de participar en un mecanismo alternativo de solución de controversias, suscriban convenios con la única finalidad de librarse de la persecución penal, sin afrontar verdaderamente las consecuencias de su conducta y sin responsabilizarse por los efectos nocivos que conlleva el desprecio a las normas que rigen una sociedad, entonces, con ello se percibe que a la víctima no le asiste la misma seguridad jurídica. El supuesto invocado requiere una atención inmediata por parte del sistema de justicia penal, ya que de no salvaguardarse lo anterior, se sometería a la parte agraviada a una re victimización, al sentirse vulnerada en sus derechos, reforzando en su fuero interno la concepción de impunidad, en donde ella hizo todo lo que tenía que

hacer, el ofensor no hizo lo que debía y la autoridad hizo únicamente lo que pudo, trinomio insalvable si no se efectúa una reforma al artículo 66 sesenta y seis de la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en el Estado de Yucatán (LMASC), ya que incurre en un dislate legislativo al establecer erróneamente la forma de hacer efectivo el cumplimiento del convenio de mediación penal, pues contiene un lenguaje oscuro y contradictorio.

El contenido del numeral en cita implica varios yerros de fondo: El primero radica en conferirle el carácter de cosa juzgada a un convenio de mediación penal al usar el término “*Juez que conoció de la causa.*” No olvidemos que el carácter de cosa juzgada tiene el efecto impeditivo que, en un proceso judicial, ocasiona la preexistencia de una sentencia judicial firme dictada sobre el mismo objeto, sin que pueda establecerse nueva controversia por los mismos hechos, efectos que distan mucho del perdón, que en materia penal se traduce como la manifestación de la parte agraviada a favor del ofensor que extingue la acción penal, y por ende, decreta el sobreseimiento de la causa, que no es otra cosa que desistir o cesar. ¿Qué es lo que cesa? La actividad procesal penal, a través de una resolución judicial interlocutoria, escrita y fundada, apelable, archivándose las actuaciones provisoria o definitivamente. En el presente caso es claro que el legislador utilizó de manera errónea el concepto de la cosa juzgada cuando lo que debió sostener era el efecto del perdón, por un fin diametralmente opuesto, que por el contrario sí encuentra compatibilidad con aquellas cuestiones de carácter civil, pues son precisamente esos asuntos los que tendrán tal condición (de sentencia con efectos de cosa juzgada) por exclusión de los casos de naturaleza penal. Siendo más exhaustivos, la última parte del numeral en cita menciona que “*En cualquier otro caso, su cumplimiento se exigirá por la vía ejecutiva*”. Lo anterior nos llevará a una aberración jurídica bipartita: en materia civil el convenio de mediación precisa que según se haya planteado contienda judicial o no, los convenios de mediación y/o conciliación tendrán efectos diversos, en un caso de carácter ejecutivo (que se pueda ejecutar, cumplir, verificar instando a un Juez para tal efecto) por traer aparejada ejecución según la naturaleza de los títulos ejecutivos, para finalmente arribar a una sentencia para definir el derecho que le asiste; en el otro caso

(contienda judicial) toda vez que ya se ha instaurado la litis, al mismo convenio se le ha reconocido el carácter de cosa Juzgada, es decir que ya no hay materia (objeto) de disputa judicial, ya que se ha decidido inobjetablemente el derecho, por lo que entonces sólo corresponde el cumplimiento de esa sentencia, vamos, del convenio de mediación de manera inmediata, situación que desde luego no acontece en materia penal como ya se ha dicho, y que se reitera en la expresión “...ejecutables, en caso de incumplimiento, por el Juez que conoció de la causa...cuando hayan sido elevados a la categoría de cosa juzgada...”. El otro problema se muestra en aquellos casos que deriven de una averiguación previa ¿su cumplimiento se exigirá por la vía ejecutiva? Podemos entender que la naturaleza del convenio es de carácter civil pero regulando una problemática de carácter penal, que a su vez no participa de las reglas del derecho civil, sino que busca la tutela de bienes jurídicamente protegidos por el ordenamiento penal, por ello es inaceptable pensar que las obligaciones pactadas en el convenio de mediación en la etapa de averiguación previa se tengan que hacer valer por la vía ejecutiva (civil), si la finalidad del sistema como ya hemos visto no tiende a ello y cabría preguntarnos ¿Qué pasó con aquellos valores fundamentales de la sociedad dañados por el hecho delictivo? ¿Se presenta una re victimización cuando se incumple un convenio en la etapa de averiguación previa y el ministerio público alega que lo que procede efectuar a la parte agraviada u ofendida es la vía civil? ¿Habrá después de ello una sensación generalizada de impunidad?

Recordemos que una vez firmado por las partes el convenio de mediación y/o conciliación penal, ratificado por el titular del Centro que conozca o el notario, es devuelto a la autoridad remitora, no para darle “el visto bueno”, sino para velar por su legalidad y su debido cumplimiento, lo cual quiere decir que tienen el imperativo categórico de suspender el procedimiento en tanto se cumplan las obligaciones pactadas en el convenio respectivo y, en caso contrario, reactivarlo desde el último acto procesal llevado a cabo, esto es así ya que no debemos pasar por alto la responsabilidad de los tribunales al momento de interpretar las normas bajo criterios de razonabilidad. ¿Pueden los jueces y ministerio público arribar a la anterior conclusión? y afirmar que no sólo pueden, ¡sino que deben

hacerlo! máxime que la administración de justicia debe ser garante de los derechos y obligaciones de aquellos asuntos sometidos a su aprobación y reconocimiento.

CONCLUSIONES

La Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Estado de Yucatán urge de reformas a diversos artículos que conforman su estructura funcional y operativa, a fin de salvaguardar los intereses de las partes intervinientes en los procesos de mediación y/o conciliación, desde la óptica de una justicia restaurativa entendida como todo proceso en donde participa la víctima y el ofensor así como todas las partes que tienen interés en un determinado conflicto que se reúnen para resolverlo colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro, privilegiándose la reparación de la víctima, buscando restablecerla en la medida de lo posible en la situación en la que se encontraba al momento anterior al hecho u omisión ilícitos. Esta restitución a las condiciones anteriores implica subsanar de algún modo las consecuencias inmediatas del hecho, en todo aquello que sea factible y en indemnizar –a título compensatorio– los perjuicios causados. Precisamente a eso apuntará el ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias señalados por nuestro ordenamiento especializado en la materia y que se garantiza con el llamado convenio de mediación y/o conciliación, que no es otra cosa que el acto formalmente jurídico y de naturaleza moral y ética, que corona todo proceso exitoso de mediación y/o conciliación, en cuyo contenido se traza la solución, la prevención o la minimización de las secuelas de un determinado conflicto, cuyos efectos habrán de ser tutelados por el derecho dada su fuerza vinculante, puesto que el convenio de mediación y/o conciliación, representa el conjunto de normas de conducta establecidas por quienes lo celebran, mismas que requieren de un fundamento jurídico y una justificación axiológica. Sin embargo nuestra legislación en la materia adolece de antinomias que dificultan su interpretación y generan un estado inseguridad jurídica para la víctima, al no establecer supuestos en el caso del incumplimiento del convenio de mediación y/o conciliación por parte del ofensor, pudiendo resultar en el aprovechamiento por parte de éste último de la buena fe de la parte agraviada, y de la burla al sistema de justicia, con la única finalidad de librarse de la persecución persecución penal, con el consecuente resultado negativo que se traduce no sólo en la percepción de impunidad, sino en

la trascendencia moral y ética de la que se verían privados los actos llevados a cabo por la autoridad. No obstante, el presente estudio es un buen comienzo para poder establecer directrices válidas para ir colmando aquellas lagunas, contradicciones y desaciertos legislativos de una Ley que no termina de engarzar con el sistema tradicional de justicia penal, por ello, los esfuerzos del Poder Judicial del Estado, hacia la protección de los valores fundamentales de la sociedad, mediante la salvaguarda de los bienes jurídicamente protegidos, tendrán que ser continuos y exhaustivos en aras de velar por la paz social y la permanencia de un sistema que implica un cambio de paradigma por el bien de las relaciones sociales que fundamente la existencia de nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Bardales Lazcano, Erika. (2011). "Medios Alternativos de Solución de Conflictos y Justicia Restaurativa. Flores Editor y Distribuidor.

Hernández Tirado, Héctor. (2007). "El Convenio de Mediación". Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Centro de Estudios.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (2011). Editorial Porrúa.

Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Estado de Yucatan. (2009). Poder Judicial del Estado de Yucatán.

Orielson León Parada, Víctor. (2005). "El ABC del Nuevo Sistema Acusatorio Penal". Ecoe Ediciones.

Peña Gonsález, Oscar. (2010). "Mediación y Conciliación Extrajudicial". Flores Editor y Distribuidor.

Pesqueira Leal, Jorge. (2005). "Mediación: Menores en riesgo e infractores". Instituto de Mediación de México.

Sallard López, Silvia. (2007). "Mediación, Supervisión y Contención: Una Visión Tridimensional". Instituto de Mediación de México.