

Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación, incluido el diseño de portada e interiores, no podrá ser reproducido total ni parcialmente, ni almacenarse en sistemas de reproducción, ni transmitirse en forma alguna, sin previa autorización por escrito de los autores.

Impreso en México / *Printed in Mexico*

**Centro de Investigación para
el Desarrollo, A.C.**

Jaime Balmes No. 11 Edif. D 2° Piso
Col. Los Morales Polanco
C.P. 11510 México, D.F.
Tel: (55) 5985-1010
Fax: (55) 5985-1030
www.cidac.org

**Fundación Friedrich Naumann (FFN)
Oficina Regional América Latina**

Cerrada de la Cerca No. 85
Col. San Ángel C.P. 01001 México, D.F.
Email: andrea.martinez@mexico.fnst.org
Tel: (+52-55) 5550-1039
Fax: (+52-55) 5550-6223
Página: www.fnst.org
www.ffn-al.org

PRESENTACIÓN

La inseguridad pública es un mal que lo erosiona todo, porque atenta contra lo más íntimo de cualquier individuo, su integridad física y patrimonial. La escalada delictiva en el país parece no tener freno y la capacidad de respuesta institucional se ve cada vez más disminuida ante la magnitud del reto por confrontar. Reformas a los códigos penales han ido y venido sin que se haya siquiera advertido una disminución en los índices delictivos. Aún peor, la cifra negra, la proporción de delitos que no son denunciados, tiende a incrementarse poniendo en términos crudos la realidad de la justicia penal en el país: la impunidad, la percepción, nunca tal real, de que el crimen queda sin castigo.

Desde 1997 CIDAC puso en marcha un proyecto de investigación que permitiera disponer de un diagnóstico empírico de la dimensión percibida y real del fenómeno delictivo, así como de la capacidad de respuesta de las instituciones encargadas de la seguridad ciudadana y la justicia penal. Desde las primeras etapas del estudio resultó evidente que un eslabón clave del sistema era el ministerio público, por lo que la investigación se centró en esta institución. Los principales resultados de este estudio se presentan en el libro *Crimen sin castigo: procuración de justicia penal y ministerio público en México*, FCE-CIDAC, 2004.

El documento que tiene en sus manos recoge las principales conclusiones de aquel estudio y las inserta en el debate actual sobre las reformas a nuestro sistema de justicia penal. El documento analiza los alcances y pertinencia de las reformas propuestas por el Ejecutivo, pero también recoge experiencias exitosas en otras latitudes que podrán servir de marco para el debate nacional que está teniendo lugar.

Estamos convencidos de que el tema no puede ser más actual y trascendente y esperamos aportar elementos de análisis al intenso debate que debe preceder a una profunda reforma de nuestras instituciones de seguridad ciudadana y de justicia penal.

Edna Jaime
Directora General
CIDAC

LOS DESAFÍOS DE LA REFORMA DE LA SEGURIDAD CIUDADANA Y LA JUSTICIA PENAL EN MÉXICO

Guillermo Zepeda Lecuona¹

1. La inseguridad ciudadana y la violencia en México

Una de las mayores preocupaciones ciudadanas en nuestro país, incluso por encima de temas como la desaceleración económica o el desempleo, es el tema de la seguridad. Por ejemplo, en el Distrito Federal una encuesta trimestral de victimización que realiza desde 1995 un periódico capitalino señalaba en su aplicación de febrero de 2000, que "55 por ciento de los entrevistados consideraba que la inseguridad pública era el principal problema de la ciudad", para febrero de 2001, 74 por ciento de los encuestados manifestó a la inseguridad como su principal preocupación².

Las encuestas muestran que una proporción muy significativa de los mexicanos nos sentimos vulnerables ante el crimen, que percibimos que nuestra integridad física y patrimonial se encuentran constantemente amenazadas por la delincuencia. En una encuesta realizada en agosto de 2002, se registro que 44% de los mexicanos se siente "algo o muy inseguro", y que casi en uno de cada diez hogares, por lo menos uno de sus miembros había sido víctima de al menos un delito (9% de los hogares)³

Aunque en ocasiones se refiere que la percepción subjetiva de inseguridad (derivada de la atención que los medios dan a las noticias delictivas) tiende a sobreestimar el riesgo real de ser víctima de un delito, las cifras señalan que los indicadores objetivos de la criminalidad se dispararon a partir de 1994 y a pesar de que el número de denuncias registró un leve descenso a partir de 1998, los reportes se han estabilizado alrededor de 50% arriba de los reportes per cápita de principios de la década de los noventa (ver gráfica 1). En 2002 se

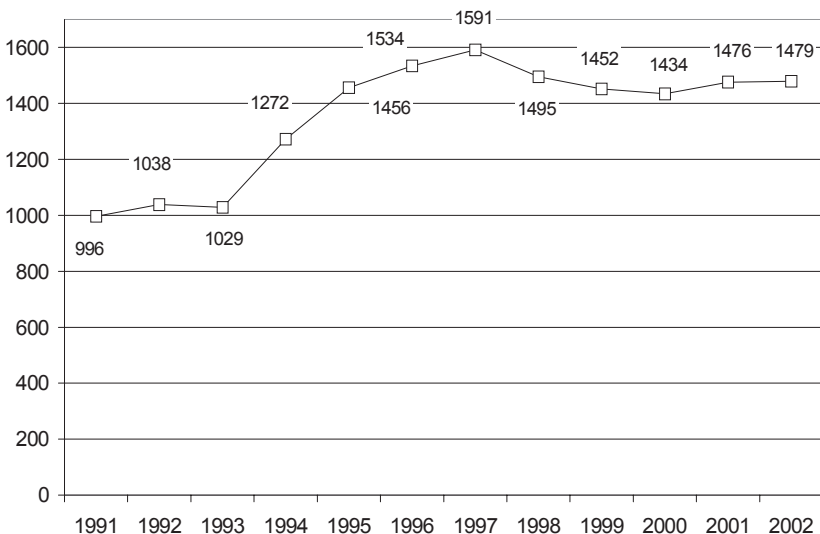
¹ Profesional Asociado del Centro de Investigación para el Desarrollo A. C., donde coordina el proyecto "Justicia, Crimen y Derechos Humanos en México", www.cidac.org gzepea@cidacgdl.com.mx.

² *Reforma*, México, Distrito Federal, miércoles 14 de febrero de 2001.

³ *Segunda Encuesta Nacional sobre Inseguridad en las Entidades Federativas: resultados finales*, Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad A.C. (ICESI), México, resultados correspondientes al primer semestre de 2002, México, 2003, 45 pp. Disponible en internet: www.icesi.org.mx; datos de pp. 29 y 36, respectivamente.

registraron 1'442,226 denuncias sobre posibles hechos delictuosos; en tanto que en 1991 se reportaron 809 mil probables ilícitos.

Gráfica 1.
Denuncias por cada cien mil habitantes en México
(competencia local)



FUENTE: Elaboración propia con datos del INEGI (1991-2002) y Anexo Estadístico del Tercer Informe de Gobierno de la Administración 2000-2006, México, 2003.

Además del incremento en el número de reportes, debe apuntarse que de acuerdo con encuestas de victimización, sólo se reporta uno de cada cuatro delitos que se cometen. La principal razón esgrimida en esas encuestas por quienes deciden no reportar el ilícito, es la desconfianza y la baja expectativa sobre el desempeño de las autoridades⁴.

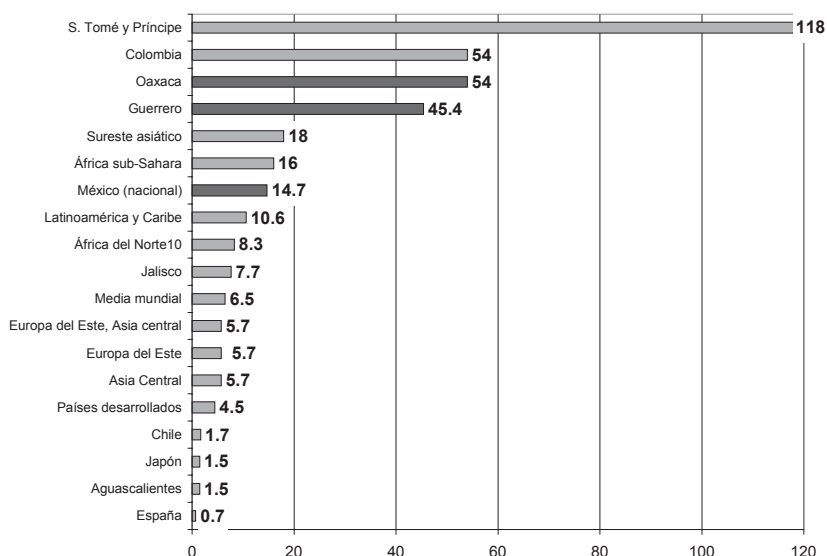
Además de este indicador agregado, las variables de violencia y delitos de alto impacto social se mantienen en niveles inquietantes. En el rubro de homicidios, México ocupa la décima posición entre

⁴ En el libro *Crimen sin Castigo* publicado por CIDAC se aborda con mayor detenimiento el fenómeno de la percepción de inseguridad, cifra negra y percepción de los usuarios del sistema. Cfr. *Zepeda Lecuona, Guillermo*, Crimen sin castigo: Procuración de Justicia Penal y ministerio público en México, *Fondo de Cultura Económica y Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC)*, México, 2004, 462 pp. Particularmente pp.42 y ss.; y pp. 316 y ss.

los países con más homicidios intencionales dentro de una base de 130 países que el CIDAC ha conformado para este indicador, con 14.7 asesinatos por cada 100 mil habitantes (gráfica 2). Algunos estados del país superan en forma alarmante esta de por sí elevada media nacional, acercándose a sociedades con elevados niveles de violencia que bordean la guerra civil. Así, como se puede apreciar en la gráfica 3, Oaxaca (54), Guerrero (45.4) y Chiapas (31) encabezan la lista de homicidios por cada 100 mil habitantes en México.

Gráfica 2.

Homicidios por cada 100 mil habitantes



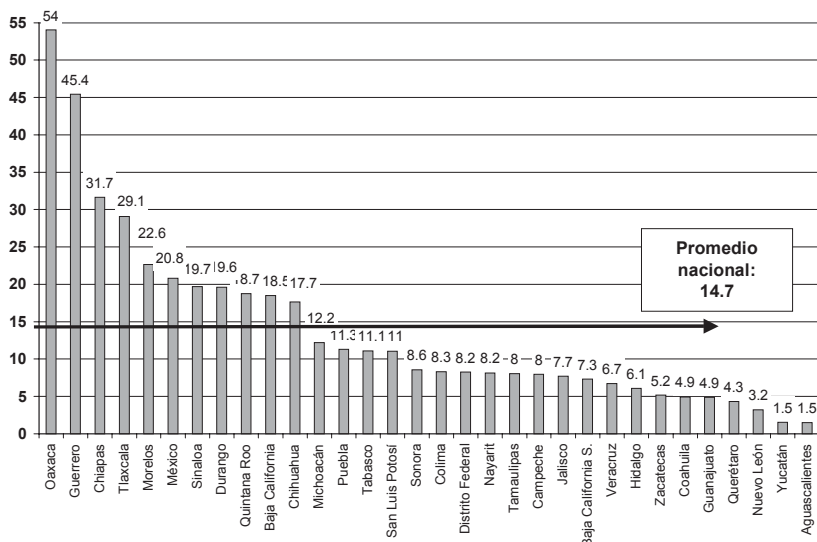
FUENTE: Con datos de la base de datos del CIDAC: información para México y sus estados del INEGI, Información del Análisis de UNICRIM, HEUNI y Robert L. Ayres⁵. Para homicidios intencionales en Chile, López Regonesi⁶

⁵ Ayres, Robert L., *Crime and Violence as Development Issues in Latin America and the Caribbean*, Col. Viewpoint, World Bank Latina American and Caribbean studies, Washington, 1998.

⁶ López Regonesi, Eduardo, *Reflexiones acerca de la seguridad ciudadana en Chile: visiones y propuestas para el diseño de una política*, Naciones Unidas, CEPAL, ECLAC, División de Desarrollo Social, Serie políticas sociales, N° 44, Santiago de Chile, noviembre de 2000, 49 pp. Disponible en internet: <http://www.cepal.org/publicaciones/DesarrolloSocial/1/LCL1451P/cl1451.pdf>

Gráfica 3.

Homicidios intencionales por cada 100 mil habitantes (2000)



FUENTE: Elaboración propia con datos del INEGI (1991-2002)

Por otra parte, un delito lacerante como el secuestro presenta indicadores alarmantes que ubican a nuestro país entre los de mayor incidencia en el mundo de este crimen (alrededor de 1,500 al año, de los que se reporta sólo una tercera parte). Ilícitos cometidos por el crimen organizado como el narcotráfico y el robo de vehículos (con significativo descenso en los últimos dos años) se mantienen en niveles preocupantes.

El nivel de inseguridad ciudadana y violencia de una sociedad está íntimamente ligado a sus condiciones sociales y económicas⁷. Esta afirmación parece acertada en el caso de México: Las denuncias comenzaron a incrementarse notablemente durante la crisis financiera de 1994-1995, en el que las tasas de interés se dispararon y la economía tuvo serios retrocesos que se reflejaron en el empleo y en el ingreso de millones de familias.

⁷ Fajnzylber, Pablo, Daniel Lederman y Norman Loayza, *What Causes Violent Crime?* Office of the Chief Economist Latin America and the Caribbean Region, The World Bank, sin lugar de publicación, marzo de 1998, 32 pp.

No obstante, llama la atención el que a pesar de que México presenta indicadores económicos menos desalentadores de los que predominaron entre 1994 y 1997, los niveles delictivos se mantienen altos. ¿Es que la delincuencia llegó para quedarse?

El análisis de las experiencias de otras sociedades que han experimentado incrementos en sus niveles delictivos a raíz de inestabilidad política y/o crisis económicas, muestra que se da una "inercia delictiva" que perdura a pesar de que las condiciones socioeconómicas mejoren. La permanencia de esta inercia delictiva se explica por una deficiente capacidad de respuesta de las instituciones, es decir, los mecanismos de disuasión del crimen no operan de manera efectiva impidiendo que los indicadores de inseguridad y violencia puedan ser revertidos, retornando a los niveles usuales antes de que se registrara la escalada delictiva⁸.

En el mismo sentido se ha demostrado que el crimen organizado se establece y prospera en un entorno de impunidad y de ineficiencia de las instituciones encargadas de combatir al crimen⁹. Por otra parte, estudios empíricos han encontrado que la corrupción "... es una precondition esencial para el crecimiento de grupos criminales organizados... donde la disuasión es débil, existe una oportunidad para que el crimen organizado se desarrolle"¹⁰.

Desde luego es fundamental que las sociedades atiendan las causas socioeconómicas y políticas de la inseguridad ciudadana. Pretender sólo concentrarse en las variables institucionales, equivaldría a privilegiar el castigo sobre la prevención y sobre el combate a las causas sociales de la delincuencia. El estudio de CIDAC se ha orientado al diagnóstico de las instituciones de seguridad ciudadana y de la justicia penal, en virtud de que es un ámbito que poco desarrollado y muy relevante para el diseño de políticas dirigidas a mejorar el nivel de seguridad objetiva y percibida en nuestra sociedad. Pero se insiste en que la presentación del análisis de las

⁸ Fajnzylber, Pablo, Daniel Lederman y Norman Loayza, "Crimen y victimización, una perspectiva económica", en *Crimen y violencia en América Latina*, editado por Pablo Fajnzylber, Daniel Lederman y Norman Loayza, pp.1-62, Banco Mundial y Alfaomega, Bogotá, 2001, 252 pp.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Buscaglia, Edgardo y María Dakolias, *An Analysis of the Causes of Corruption in the Judiciary*, Banco Mundial, 1999, 23 pp., traducción libre de la cita en p. 3.

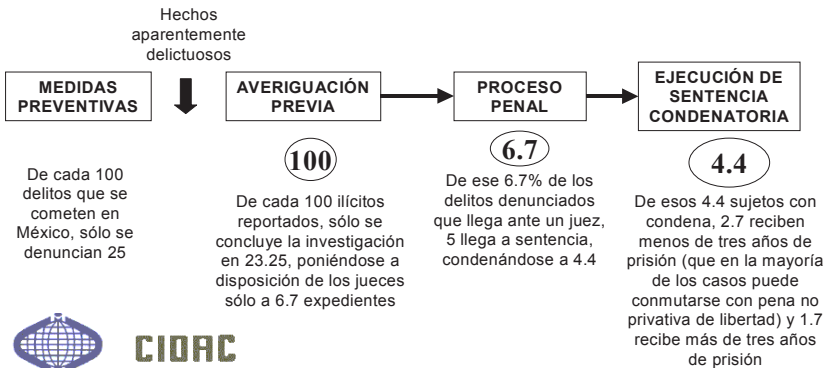
variables institucionales no implica que se margine la consideración, en el diagnóstico y la propuesta, del contexto socioeconómico en que se produce y combate el delito.

Desde una aproximación muy panorámica a la evidencia empírica en la que puede fundarse el análisis y diagnóstico del sistema de procuración e impartición de justicia penal destaca tanto la gran cantidad de asuntos que quedan sin una respuesta institucional cabal, como la trascendencia legal y preeminencia práctica del ministerio público, particularmente durante la fase de investigación de los ilícitos (especialmente durante la denominada "averiguación previa").

El estudio de CIDAC¹¹ expone la gran concentración de atribuciones sobre las procuradurías de justicia y, particularmente, como su principal funcionario, el ministerio público. El diseño institucional de las procuradurías y del ministerio público, no garantiza plenamente la autonomía de los funcionarios al desempeñar sus trascendentes atribuciones y no ofrece un sistema eficaz de controles que minimicen los espacios y oportunidades para la desviación de poder y para posibles actos de corrupción.

Diagrama 1.

Flujo de casos en la procuración e impartición de justicia penal en México durante 2001.



CIDAC

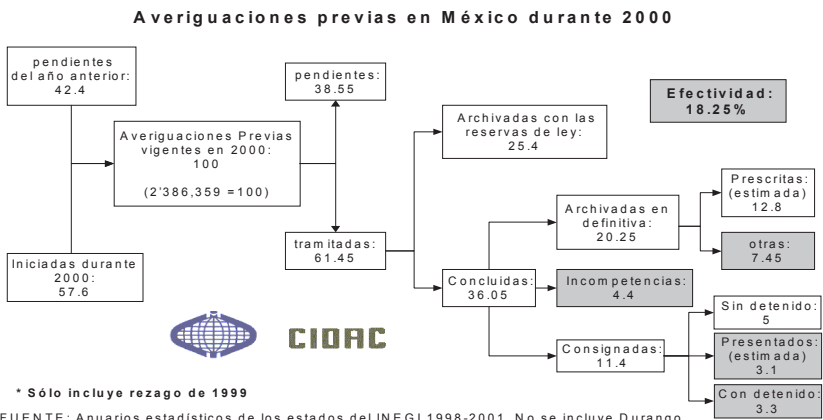
FUENTE: Base de datos del CIDAC integrada por información de las procuradurías estatales en los anuarios estadísticos de los estados, así como en el Cuaderno de Estadísticas Judiciales en Materia Penal, N° 10 del INEGI

¹¹ *Crimen sin castigo... Op. Cit.*

Ya en su desempeño cotidiano las procuradurías presentan, a grandes rasgos, una gran saturación con la resultante enorme carga de trabajo que reducen la capacidad de respuesta del ministerio público. Así la procuración de justicia penal se ha hecho "flagrantoadicta", es decir, su eficacia depende en gran medida de los casos en los que el presunto responsable es detenido al momento de cometer el delito o en su intento de fuga. Los ministerios públicos encargados de las averiguaciones previas tienen que integrar los expedientes apresuradamente durante las 48 horas establecidas en la Constitución. Si aún les queda algo de tiempo, atenderán los casos en los que hay suficientes señalamientos y evidencia, que permitan fundadamente solicitar la orden de aprehensión y si todavía quedan en el ministerio público, energía, disposición y tiempo, integrará los expedientes de aquellos asuntos en los que las víctimas o denunciantes lleven, hasta su escritorio las evidencias, documentos y testigos (el estudio muestra los altos costos de la víctima del delito en México).

Así, la investigación científico criminal es la excepción y no la regla. Apenas se concluye efectivamente (ya sea en el sentido de fundar una acusación o en para señalar que no hay delito que perseguir) una de cada cinco averiguaciones previas (18.25%, ver diagrama 2).

Diagrama 2.



Si bien la procuración de justicia es el "cuello de botella" de nuestro sistema y de la gravedad de sus problemas, no se pueden dejar de señalar los grandes desafíos y rezagos que enfrentan los tribunales penales en nuestro país, particularmente los que operan en el ámbito de competencia local. El más inquietante de los problemas que se pueden señalar es el de la gran proporción del denominado "error judicial", en materia penal esto quiere decir, la significativa cantidad de casos en los que la persona consignada y sujeta a proceso acaba por ser absuelta, en muchas ocasiones tras prolongados periodos de prisión preventiva.

En México cada año, 25% de quienes fueron presentados ante un juez, esto es, aproximadamente 40 mil personas en 2002, acabaron siendo absueltos después de ser investigados, y en muchas ocasiones privados de su libertad. De esos 40 mil, 23 mil fueron procesados por los jueces (es decir, inicialmente el juez consideró que el ministerio público tenía suficientes elementos en contra de los consignados). De esos 23 mil, 17,527 tuvieron que esperar hasta la sentencia para ser absueltos, sufriendo graves perjuicios, en muchas ocasiones irreversibles, como la pérdida de la libertad, del trabajo, de la familia o de la salud.

2. Los desafíos de la reforma del sistema penal

El sistema penal mexicano ha sido objeto de numerosas reformas, en los últimos años se han realizado numerosos cambios legales, que aunque han mantenido el sistema penal descrito anteriormente, si implican un régimen penal y procesal muy distinto al establecido en la Constitución de 1917 y en el Código penal de 1931. Por ejemplo el Código Penal de 1931 ha recibido más de 70 decretos de reforma¹². De éstos, se expidieron 33 entre 1981 y 2000¹³; como afirma un estudio de las transformaciones de nuestro sistema jurídico: "En materia penal, aunque no se haya expedido un nuevo Código Penal, el número e importancia de sus modificaciones, sumadas a otra

¹² García Ramírez, Sergio, "presentación", en *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)*, Sergio García Ramírez y Leticia A. Vargas Casillas, coordinadores, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 1-3.

¹³ *Ibidem*; y García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 2ª. edición, Editorial Porrúa, México, 1995, 468 pp., particularmente p. IX y ss.

legislación aplicable (entre otras, el procedimiento penal, la extradición internacional, la readaptación social de sentenciados, el tratamiento de menores infractores y la delincuencia organizada) configuran de hecho un nuevo régimen en la materia"¹⁴. El camino de estas reformas no es lineal, incluye muchos progresos y retrocesos, extravíos y callejones sin salida.

En la actualidad el presidente Vicente Fox ha planteado una profunda y ambiciosa reforma al sistema penal que abreva de diagnósticos y experiencias nacionales e internacionales. Los cambios planteados son numerosos e implican un cambio radical en las concepciones penales del sistema y, particularmente en la operación de las organizaciones y de los actores, tanto oficiales y particulares, que participan en la seguridad ciudadana y la justicia penal.

Uno de los principales motores de las iniciativas de reformas en México como en diversos países del mundo, son los desafíos del crimen organizado y la demanda ciudadana de mayor seguridad y mejor justicia, frente a sistemas saturados y rebasados. La percepción de inseguridad y los indicadores de ineficacia de las instituciones no sólo se registra en México, también es una realidad y una demanda ciudadana en países de Europa y de Latinoamérica.

Por ejemplo, de Perú, sólo se ha localizado información sobre la proporción de resolución de denuncias en la Ciudad de Lima, que es de 35.93%¹⁵. En Chile durante 1990 en el delito de robo (que representa 40% de ingreso en el sistema) 5% terminaron en sentencia condenatoria, 0% en absolutoria, 1% sobreseído definitivamente y un 82% sobreseído en forma temporal; 12% terminaron por otros motivos¹⁶. En el mismo sentido, María Soledad Alvear ha señalado que antes de las reformas en Chile sólo el 6% de los casos llegaba a sentencia, quedando el resto "... en el grado de incertidumbre que amparan los sobreseimientos"¹⁷.

¹⁴ López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1997, 470 pp. Cita de p. 185.

¹⁵ Cfr. *Violencia criminal: estudio en las ciudades de América Latina, el caso de Perú*, Informe Final, Instituto Apoyo, Banco Mundial, Washington D.C., 1999, 59 pp.

¹⁶ Instituto nacional de estadísticas, citado por Duce, Mauricio y Cristian Riego, "La Reforma Procesal Penal en Chile", en, *Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio Oral en América Latina y Alemania*, Horst Schönbohm y Norbert Lösing (editores), Fundación Konrad Adenauer y Corporación de Promoción Universitaria, Caracas, 1995, 190 pp. Datos en pp. 159-160.

¹⁷ Alvear Valenzuela, María Soledad, "Características del futuro sistema de enjuiciamiento criminal en Chile", *Derecho Penal y Estado Democrático*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1999, pp. 79-100., cita de p. 90.

Estos indicadores que aproximan la eficacia y efectividad de países de nuestra región están lejos de la efectividad registrada por los sistemas de otros países o regiones. Por ejemplo, en Europa la efectividad promedio es de entre 45% y 55%¹⁸ de algunos países europeos. En países como Japón los indicadores de efectividad llegan a 60%¹⁹.

Ante este desafío de ineficacia, durante las últimas dos décadas en nuestros países se comenzaron a gestar propuestas reformadoras. Estas transformaciones implican enormes desafíos para su adecuada instrumentación y la consecución de los fines que se proponen. De la experiencia internacional México puede obtener valiosas lecciones.

En el diagrama 3 se presentan las principales líneas de propuesta para dar mayor eficacia al sistema penal. La primera línea de propuesta busca descongestionar la investigación penal, estableciendo un "filtro" previo. Entre estas propuestas se puede referir la despenalización de ciertas conductas, establecimiento de faltas de las que se puede ocupar las corporaciones policiacas, jueces cívicos o procuradurías sociales, en estas instancias se pueden desahogar procedimientos poco formales ante autoridades accesibles (no necesariamente abogados), imposición de multas y otras sanciones menores, así como promover la conciliación entre las partes.

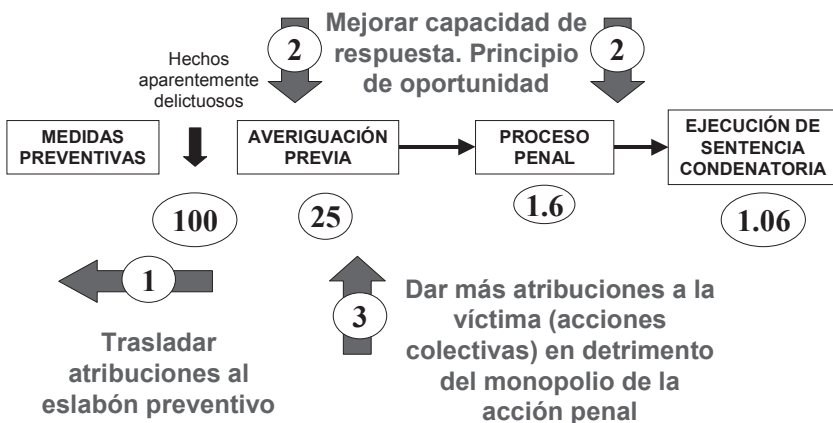
Una segunda línea de reformas se orienta hacia mejorar la capacidad de respuesta de las organizaciones públicas encargadas de investigar e impartir justicia frente a los asuntos ingresados al sistema. Un sector de estas propuestas impulsa la transformación orgánica (independencia externa e interna, calidad ISO2002 en reportes periciales, etc.) y mejoras de gestión (administración de expedientes, distribución de la carga de trabajo). En otros casos se propone que establecer y regular criterios de oportunidad que permitan desestimar algunos casos con poca evidencia, o que en delitos de poca gravedad se tengan salidas alternas tanto en la investigación como durante el proceso. De la misma forma se hacen

¹⁸ Cfr. *Crime and Criminal Justice in Europe... Op. Cit.*; y Fionda, Julia, *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study*, Clarendon Press, Oxford, New York, 1995, 268 pp.

¹⁹ Intervención del Dr. Rafael Ruiz Harrel sobre pena de muerte, ITESM, campus estado de México, abril de 2000.

propuestas de economía procesal como los juicios sumarios o abreviados; o bien, la posibilidad de negociar la culpa o admitir los hechos en modalidades de justicia consensual (flechas con el número 1 en el diagrama 3).

Diagrama 3.
Líneas de reforma esgrimidas



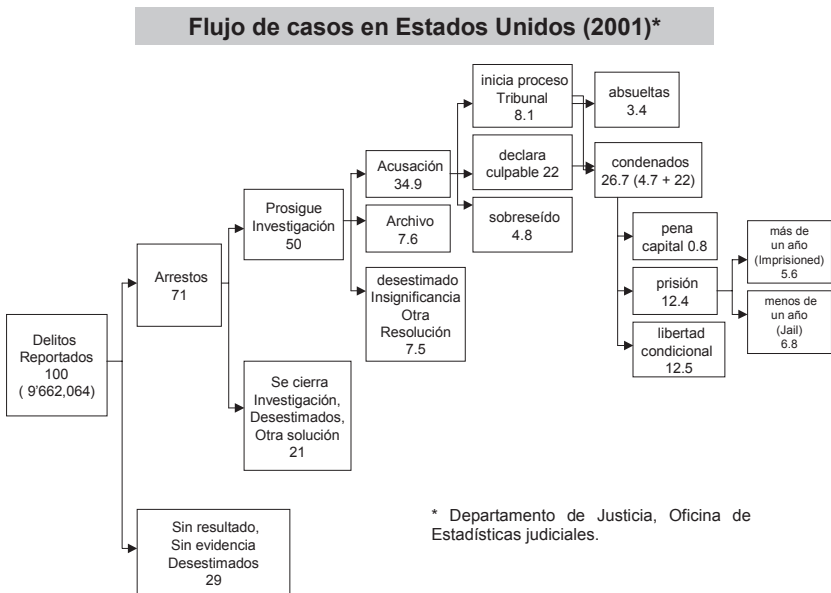
También se ha propuesta incrementar las atribuciones legales de los denunciantes, víctimas y ofendidos por el delito, al grado de darles el derecho a interponer recursos y ejercer acción supletoria en ciertas circunstancias (no ejercicio de la acción penal por el M.P. o si se archiva el caso por más de determinado tiempo) y para cierto tipo de delitos (algunos de los de querrela o a algunos de naturaleza patrimonial), instrumentando figuras como la acción particular o privada, acción colectiva (para la protección de derechos difusos).

2.1 Instrumentación y desafíos de medidas de descongestión en Latinoamérica y en México

En décadas anteriores, cuando se sugería establecer mecanismos de oportunidad o de justicia consensuada, estimulados por los resultados figuras que entonces operaban sólo en sistemas angloamericanos, como el *plea bargaining* norteamericano, por el que se concluye el 63% del total de acusaciones penales en los Estados Unidos (ver

diagrama 4) y el 90% de los casos por delitos graves (*felonies*), se enfrentaba gran resistencia porque, se argumentaba, dichos mecanismos contravenían los principios fundamentales del proceso penal de nuestra tradición jurídica, como el principio de la persecución penal oficial, la legalidad estricta, la verdad histórica y sus correspondientes reglas de amplia oportunidad probatoria, libre valoración de la prueba y cuidadosa individualización de las penas (considerada un momento cumbre del proceso penal).

Diagrama 4.



Sin embargo, Instituciones de justicia consensual y la aplicación de criterios de oportunidad comenzaron a ser adoptados en ordenamientos de la tradición del derecho civil. A finales de la década de los ochenta países como Portugal (1987) e Italia (1988); incorporaron en sus ordenamientos figuras de justicia consensual, criterios de oportunidad y compactación de procesos; en tanto que otros como Alemania (1987) y España (1988 y 1994) reformaron sus ordenamientos para fortalecer o ampliar el ámbito de aplicación de

instituciones de tal naturaleza ya existentes en sus normas penales. En muchos de estos países los criterios de oportunidad y la justicia consensuada se utilizan en una considerable proporción de los casos.

Durante la última década, países de Latinoamérica han seguido un rumbo similar. Así, países como Perú (1990), Chile (1997 y 2000), Venezuela (1998), Colombia (2002), Bolivia (1999), Ecuador (2001), Honduras (2000 y 2002), entre otros, con mayor o menor profundidad y con mayor o menor éxito han introducido criterios de oportunidad, justicia consensual y procesos abreviados. Si bien en la instauración de estas instituciones se han señalado argumentos como la mínima intervención penal y la economía procesal; el mayor peso en la fundamentación de la incorporación de estas figuras en ordenamientos identificados con la tradición del derecho civil, lo ha tenido el diagnóstico de sistemas de investigación criminal e impartición de justicia penal congestionados y saturados. De esta manera, frente a los principios tradicionales de nuestros sistemas, el discurso de reforma parece privilegiar criterios de eficacia y eficiencia del sistema penal que implican la posibilidad de disponer de la acción penal; debilitar la persecución oficial y darle preeminencia a la prevención general sobre la prevención particular.

Incluso en México en el ámbito de competencia de los estados, se han introducido algunas figuras de esta naturaleza, como la "vía de falta penal" (Coahuila); la "suspensión del procedimiento de preparación de la acción penal" (Nuevo León); la posibilidad de conciliación durante la averiguación previa (Coahuila y Nuevo León); "Suspensión del procedimiento a prueba" (Nuevo León) o modalidades de justicia consensuada, como son los denominados "vía de oblación" (Coahuila); "procedimiento penal sumario" (Jalisco) y recientemente el "proceso abreviado" en Nuevo León.

El seguimiento y evaluación de las reformas en los países que han instrumentado este tipo de mecanismos son aún incipientes²⁰; pero coinciden en la trascendencia del proceso de instrumentación y administración del cambio, para que las reformas tengan éxito. El

²⁰ El 14 de abril de 2004, el Centro de estudios de Justicia de las Américas presentará los resultados de una evaluación de las doce reformas penales de Latinoamérica: www.cejamericas.org.

comparativista Mirjan Damaska ha señalado que algunas instituciones surgidas y desarrolladas en la tradición del derecho común (a la que pertenecen los sistemas angloamericanos) en la tradición del derecho civil (a la que pertenecen Europa Continental y Latinoamérica), son inocuas o no implican mayores transformaciones en el sistema receptor (como la exclusión de pruebas obtenidas ilegítimamente, técnica de interrogatorio directo y conainterrogatorio, o demorar el momento procesal para el interrogatorio del acusado). Pero advierte que existe otro conjunto de instituciones cuya adopción puede generar efectos disruptivos, si no se toman en consideración durante su diseño e instrumentación, el entorno institucional y las prácticas jurídicas de la sociedad receptora (como la posibilidad de que los abogados defensores realicen sus propias pesquisas, que el juez no pueda acceder a la investigación oficial previa al juicio o el principio de oportunidad)²¹.

Precisamente considerando la advertencia de Damaska, así como de la literatura sobre reforma legal y judicial, se presentan a continuación de manera muy panorámica la descripción de la forma en que se ha adoptado el principio de oportunidad tanto durante la investigación, como ya en el proceso penal; así como los desafíos institucionales que implica su instrumentación. En estos momentos en que se presentan en México iniciativas de reforma al sistema penal, se pueden obtener valiosas lecciones del análisis de las reformas penales latinoamericanas.

2.2 Adopción de criterios de oportunidad durante la investigación

Como se ha referido, el principal argumento que justifica estas respuestas institucionales es la consideración fáctica de que en todo sistema penal se da una selección interna de los casos (también ha sido denominada "selectividad espontánea del sistema penal"²²), y

²¹ Mirjan Damaska, *Op. Cit.*, particularmente p. 5 y ss.

²² Exposición de motivos del Código Orgánico de Procedimiento Penal de Venezuela, citada por Resumil Ramírez, Olga Elena, Principios Fundamentales del Sistema Acusatorio Venezolano: ¿A la adopción de un modelo adversativo? Análisis Crítico Comparado del Sistema Acusatorio Venezolano a la luz del Código Orgánico de Procedimiento Penal y la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela de 1999 y el Sistema Acusatorio Puertorriqueño, Centro Interamericano para la Administración de Justicia y Política Pública, San Juan de Puerto Rico, Agosto de 2001, 59 pp., cita de p. 55.

que si dichos criterios no se regulan, eventualmente pueden transformarse en mecanismos informales sin control institucional, que implicarían inseguridad jurídica y áreas de inmunidad para el ejercicio del poder público. Esta posición puede ilustrarse con el argumento esgrimido durante la discusión de la reforma penal boliviana²³, por el entonces Fiscal General de la República de Bolivia, Oscar Crespo-Soliz, que aquí se cita:

“Incompleta es la regulación del principio de legalidad en cuanto siguiendo la tradición de irrenunciabilidad de la acción penal exige la iniciación de ésta hasta por causas insignificantes que ocasiona congestionamiento y retardo en los tribunales; así como una arbitraria selectividad, dado que es imposible investigar todo el quehacer delictivo.

“La situación debe enmendarse por el establecimiento de excepciones al aludido principio y consiguiente implantación de criterios de oportunidad reglados, que permitan el rechazo de procesos de escasa relevancia, con control jurisdiccional o la adopción de salidas procesales alternativas como la conciliación, suspensión del proceso a prueba, exención de la acción penal en los delitos de contenido patrimonial por el resarcimiento de daños, so pena de que la acumulación de causas y retardo judicial continúen siendo los que más contribuyen a la pérdida de la fe en la administración de justicia”²⁴.

Algunos Estados han optado por regular criterios de oportunidad, o establecer un procedimiento simplificado que permita la conciliación o imposición de multas y reparación del daño para los delitos de poca gravedad y, particularmente de delitos menores contra el patrimonio. Para una exposición muy general se desarrollarán brevemente los siguientes lineamientos de estos mecanismos:

- a) Se reconoce como regla general el principio de legalidad
- b) Se limitan a delitos no graves

²³ El nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley N°. 1970) se publicó el 25 de marzo de 1999.

²⁴ Crespo-Soliz, Oscar, “Los núcleos conflictivos del Ministerio Público en Bolivia”, en *Revista mexicana de justicia*, nueva época, número 5, Procuraduría General de la República, México, 1998, pp. 17-32, cita de p. 28.

- c) Establecen como condición para la conclusión o suspensión del caso la reparación del daño
- d) Presentan un diseño institucional muy diverso que muestra la amplia gama ideológica y normativa en la que se adoptan estas figuras

En los países europeos y latinoamericanos de tradición del derecho civil, han respetado como regla el principio de legalidad, que como señala el Dr. Julio Maier, implica que "frente a la noticia de un hecho, eventualmente punible, perseguible por acción pública, es obligatorio promover la persecución penal y, tras el trámite procesal pertinente, arribar a la decisión judicial que solucione el caso según las normas del derecho penal y ponga fin al proceso"²⁵. Ante esta regla se regulan algunas excepciones que implican criterios de oportunidad, que de acuerdo con el mismo tratadista argentino, significa "... la posibilidad de que órganos públicos a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales"²⁶. En no pocos casos, reformas posteriores a la operación de esos criterios suelen ampliar progresivamente el ámbito de su aplicación.

Así por ejemplo, el artículo 152 de la ordenanza penal alemana (que ha tenido gran influencia en las reformas latinoamericanas) establece el principio de legalidad, señalando la fiscalía está obligada a intervenir en todos los hechos punibles perseguibles. Sólo se establecen dos restricciones: alguna disposición legal en contrario y que no existan suficientes indicios fácticos. Sin embargo con estas dos excepciones se hace frente al 86.7% (ver diagrama 5).

Estos mecanismos para desestimar un caso o darle una salida alternativa sin necesidad de iniciar un proceso o, en caso de que se

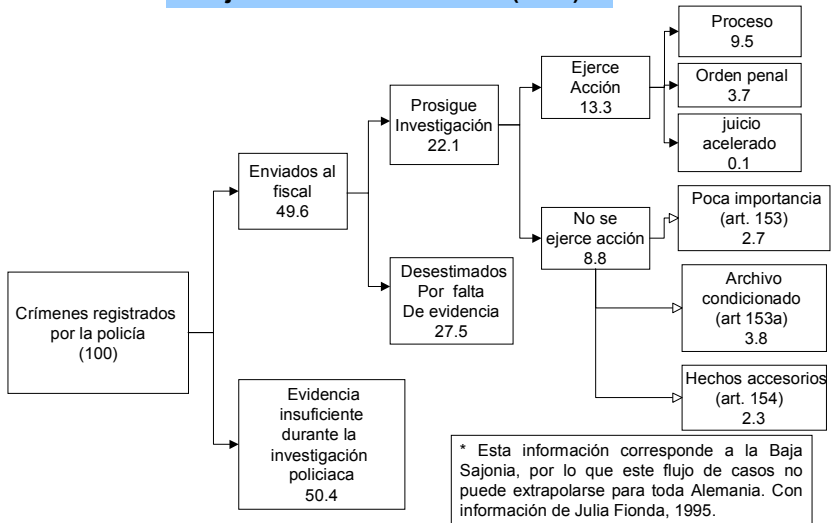
²⁵ Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, 2ª edición, 2ª. reimpresión, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2002, 918 pp., cita de p. 830.

²⁶ *Idem*, p. 836.

inicie el mismo, sin necesidad de llegar a una sentencia, suelen proceder en casos de delitos no graves. Por ejemplo en Perú el artículo 2° del Código Procesal Penal al regular el "principio de oportunidad" establece que "el ministerio público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercer la acción penal... cuando se tratara de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público... cuando la culpabilidad del agente... o su contribución a la preparación del mismo sean mínimos... ". Resulta peculiar la aplicación del principio de oportunidad en Perú cuando "... el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada" (Código Procesal Penal, art. 2, apartado 1).

Diagrama 5²⁷.

Flujo de casos en Alemania (1994)*



Estas condiciones resultan abstractas, configurándose como "conceptos jurídicos indeterminados"²⁸. Sin embargo estas consideraciones terminan por concretizarse en estos ordenamientos en consideración a la sanción impuesta a la conducta. Así en Perú se

²⁷ Fionda, Julia, *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study*, Clarendon Press, Oxford, New York, 1995, 268 pp.

²⁸ De acuerdo con la denominación adoptada por Eduardo García de Enterría en su obra *La lucha contra las inmunidades del poder*, reimpresión de la 3ª edición, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1989, 99 pp.

aplica el principio de oportunidad cuando la pena mínima no supere los dos años (art. 2, apartado 2); en Chile se aplican criterios de oportunidad cuando la pena no excede los 540 días de privación de la libertad. En el estado mexicano de Coahuila la "vía de falta penal" (mediante la que se determina no ejercer la acción penal o sobreseer el proceso imponiendo una multa y una "pago preventivo de la reparación del daño") procede cuando el mínimo de la pena no excede los tres años (art. 265, Código de Procedimientos Penales) y puede considerarse delitos no graves que no tengan pena máxima de 6 años de prisión (art. 29).

Resulta interesante referir que legislaciones latinoamericanas nieguen la aplicación de estos criterios cuando el probable ilícito lo haya cometido un funcionario público en ejercicio de su cargo. Así o establecen, entre otros, Bolivia, Chile, Perú y el estado mexicano de Coahuila. Esto ilustra la reprobación del legislador al abuso de autoridad y desviación de poder, pero también muestra que es un supuesto de frecuente realización.

Otra condicionante para que se deje de ejercer la acción penal o se dé cauce a una salida alternativa, es que se dé la reparación del daño. Incluso algunos ordenamientos contemplan que en caso de que se incumpla el convenio de reparación (o el acuerdo conciliatorio en algunas legislaciones como la de Coahuila), se "revoca" el no ejercicio de la acción penal o el sobreseimiento.

El diseño institucional con el que se instrumentan estos mecanismos distribuye atribuciones entre los actores del sistema penal e ilustra la concepción del legislador sobre la naturaleza y principios del sistema. Así algunos legisladores dejan en claro que el mecanismo opera con el objetivo principal de descongestionar el sistema; en otros casos no se hace referencia al consentimiento del indiciado o inculpado o no se hace referencia a que se le dé la debida orientación e información (Chile y Coahuila contemplan exhaustivamente el procedimiento por el que el indiciado es informado de las implicaciones del mecanismo. En Chile debe estar presente el defensor); en otros casos tampoco se abunda en los

derechos del denunciante ni contemplan la supervisión judicial.

La mayoría de los países contemplan el control judicial sobre la aplicación de los criterios de oportunidad o de una salida alternativa al caso (como la imposición de una multa), realizada por el ministerio público o fiscal (El Salvador, Honduras, Chile; Paraguay, Venezuela). En otros sistemas el ministerio público tiene la atribución de decidir por sí mismo la procedencia del criterio de oportunidad (como en Perú), imponer multas o sancionar acuerdos entre víctima e inculpado (Como en Coahuila, donde la procuraduría determina las multas correspondientes a los delitos en los que procede la vía de falta penal). En la mayoría de los sistemas, la víctima puede impugnar la procedencia de la aplicación del criterio de oportunidad, así como inconformarse por el monto de la reparación del daño.

2.3 Adopción de juicios abreviados y justicia consensual

Aunque de naturaleza distinta, pues la justicia abreviada obedece más al criterio de compactación y economía procesal, en tanto que la justicia consensuada implica una transacción entre la fiscalía y el procesado; estos mecanismos pueden provocar efectos disruptivos respecto de principios fundamentales de nuestra tradición jurídica, como el derecho a un debido proceso y la búsqueda de la verdad material, así como el principio de la no disposición de la acción penal ni del objeto del proceso. Además, algunos mecanismos de estas dos modalidades se traslapan. Por ejemplo, en algunos casos se ofrece en los juicios breves algún incentivo al procesado como una pena más baja, así como la posibilidad de no prolongar la prisión preventiva. En esta breve descripción se abordarán los siguientes rubros:

- a) Procedencia de acuerdo con la naturaleza del delito o el monto de la sanción
- b) Elementos con los que cuente la acusación
- c) Conformidad del inculpado
- d) Incentivo de una sanción limitada o reducida

- e) Derechos del denunciante o querellante
- f) Fundamentos de la sentencia

Ya durante el proceso penal se han introducido en la legislación algunas modalidades que permiten abreviar los procesos (suprimiendo acortando el periodo probatorio y de alegatos; en otros casos pasando directamente a la sentencia) sin agotar todas y cada una de las instancias legales del procedimiento ordinario. Generalmente se argumenta un principio de economía procesal, aunque generalmente se da un "incentivo" a través de una pena más corta o algún otro beneficio. Debido a que se hacen consideraciones de política criminal o de acuerdo a la naturaleza del delito o monto de la pena, estas medidas se consideran como modalidades del principio de oportunidad.

Algunas legislaciones, como la chilena, no presentan el procedimiento abreviado (Código de procedimiento penal, art. 406) como una transacción entre los actores del proceso penal, simplemente se enuncian los requisitos para que esta vía proceda, entre ellos, que se dé la aceptación de los hechos por parte del imputado. El fiscal solicita una pena no mayor a cinco años de presidio, que no podrá ser incrementada en el fallo del juez (este es el incentivo). Sin embargo en la página de internet del ministerio público chileno (www.ministeriopublico.cl) en el glosario del nuevo proceso penal, al describir el procedimiento abreviado señala: "... supone un acuerdo entre el imputado y el fiscal del ministerio público... ". Otras legislaciones son más explícitas sobre la transacción entre la parte acusadora y el presunto responsable. El art. 505 del código procesal de Coahuila establece: "La vía de oblación es un medio para auxiliar a la justicia y abreviar el proceso a cambio de reducción de la pena".

La mayoría de las legislaciones establece la procedencia de estas vías de acuerdo al monto de la pena. En Venezuela el Código Orgánico Procesal Penal establece en su artículo 373 que el procedimiento abreviado procede cuando se trate de un delito con pena privativa

de libertad no mayor de cuatro años. Los códigos procesales de los estados mexicanos de Coahuila (art. 505) y Jalisco (art. 307 Ter.) se establece que procede si no se trata de un delito grave. En otra legislación no se refiere alguna restricción por delito que pueda ser objeto de un proceso abreviado (como Bolivia: arts. 373 y 374 del código procesal y Nuevo León en México, art. 601 del Código de Procedimientos Penales). En algunos casos se hace extensivo a delitos de mayor gravedad: en Venezuela, si hay flagrancia se puede considerar cualquier delito independientemente de la pena asignada (art. 373). En Coahuila el ministerio público, previa autorización del procurador, puede considerar la vía de oblación cuando resulte "... necesaria para el auxilio de la procuración de justicia..." (art. 505, fr. IV)²⁹.

En otras modalidades de estos procedimientos se tienen en cuenta los elementos con los que cuente la parte acusadora o sus pruebas en contra del inculpado. Así se considera la procedencia de estos mecanismos si hay flagrancia (Venezuela: 373, Jalisco: 307 Bis). En otros casos proceden los procedimientos abreviados si se da colaboración con la autoridad en casos de delincuencia organizada (En México la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y en Coahuila la vía de oblación cuando brinde "auxilio a la justicia": art. 505, fr. II).

La conformidad del inculpado es lo que caracteriza a las modalidades de la justicia consensual (que implican una transacción). En Bolivia el imputado y su defensor deben estar de acuerdo con la solicitud de procedimiento abreviado. Este acuerdo "... deberá estar fundado en la admisión del hecho y su participación en él" (art. 373). En Chile el imputado debe aceptar expresamente los hechos y los antecedentes de la investigación, así como manifestar su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado (art. 406). En Venezuela se tiene el "Procedimiento por Admisión de los Hechos"

²⁹ En las dos modalidades de aplicación de criterios de oportunidad durante la averiguación previa y durante el proceso, salta a la vista la "inflación" penal, es decir las sanciones severas de los ordenamientos latinoamericanos, pues mientras en Europa se contemplan como criterios de procedencia sanciones cuyo mínimo no exceda de un año, como en Alemania o si no excede la sanción de dos años, como en la aplicación de la pena por solicitud de las partes en Italia; en Latinoamérica alcanzan estas modalidades alternativas a delitos con sanciones máximas de hasta de cuatro (Venezuela) o seis años (Coahuila). Y en algunos casos, cualquier ilícito, incluso los considerados graves pueden ser atendidos bajo criterios de oportunidad.

(art. 376) que se puede aplicar a solicitud del imputado. En los estados mexicanos de Coahuila y Jalisco se establece que procede la vía de oblación y el procedimiento penal sumario respectivamente, si existe confesión judicial (en Coahuila se admite la confesión ante el ministerio público, si se ratifica ante el juez). En Jalisco se presenta otra modalidad del procedimiento sumario donde se explicita que procede esa vía si "el reo (sic) acepta su culpabilidad mediante confesión" (art. 307 Ter.). Generalmente se puntualiza que la confesión o admisión debe ser expresa, libre y voluntaria.

El que en Venezuela el juicio abreviado no requiera algún tipo de confesión o admisión de hechos, ni oferta una sanción atenuada, lo hace más un instrumento de economía procesal; en tanto que su procedimiento por admisión de hechos, sí implica una transacción, pues se otorga el beneficio de la disminución de la sanción. El procedimiento abreviado en Venezuela opera de manera automática cuando se reúnan los requisitos: "... el ministerio público deberá proponer la aplicación del procedimiento abreviado... ". (art. 373); sólo en delitos menores se contempla que el ministerio público "podrá" solicitar el procedimiento. En este último caso el juez escuchará al imputado antes de decidir.

En cuanto al incentivo de una pena reducida, en Chile ya se mostró que el límite general es de no más de cinco años propuestos por el ministerio público. En Venezuela se establece que el juez deberá rebajar la pena desde un tercio a la mitad, de acuerdo con sus consideraciones de las circunstancias, el bien jurídico afectado. En delitos con violencia hacia las personas sólo se podrá reducir hasta en un tercio (art. 376). En Coahuila se da una "oferta" diferenciada: si se opta por la oblación durante la averiguación, la fijación de la sanción se hará dentro de un tercio del máximo y mínimo punibles; si se da ya dentro del proceso, la reducción de los límites de sanción será de una cuarta parte, es decir, hay incentivos a que se "reúnan los supuestos" de la oblación (entiéndase que se confiese o se auxilie a la procuraduría en sus investigaciones) lo más pronto posible. Si hay reparación del daño "la reducción será en un tercio del mínimo

y máximo que resulten de la primera reducción (art. 506).

Otras legislaciones no dejan margen de decisión judicial: en Jalisco cuando se da la aceptación de culpabilidad, se dictará la sentencia en tres días "... en la que impondrá la pena mínima aplicable al delito que corresponda"³⁰. En otros casos no se establecen máximos ni criterio de reducción: en Bolivia sólo se señala que la sanción impuesta por la condena no podrá exceder la requerida por el fiscal (art. 374).

Entre los ordenamientos que se han citado, sólo el de Chile contempla la oposición del querellante. En Nuevo León se señala que para que en proceso abreviado, la víctima debe estar de acuerdo con el monto de la reparación del daño. En los demás casos no se contempla medio de impugnación para la víctima o denunciante.

Respecto del fundamento requerido a las sentencias en estos procedimientos, para algunas legislaciones no basta la confesión, sino que ésta debe ser acompañada de evidencia que compruebe los hechos (Bolivia y Chile). En otros ordenamientos no se hace referencia a este requerimiento (Venezuela); en tanto que en Coahuila se señala que en la oblación "la confesión simple tendrá plena eficacia probatoria respecto de todos los elementos del tipo penal..." (art. 507, fr. IV).

2.4 Desafíos institucionales de la instrumentación de los criterios de oportunidad

Como se refirió, la adopción en países de tradición del derecho civil de instituciones desarrolladas en el seno de países pertenecientes a la tradición jurídica del derecho común, implica el desafío de considerar, durante su diseño e instrumentación el entorno institucional y cultural en el que intenta hacerse el trasplante. De algunas experiencias en países latinoamericanos y del diagnóstico del entorno institucional del sistema penal mexicano, pueden anticiparse algunos desafíos institucionales que es preciso tener en

³⁰ No se establecen matices para esta disposición, lo que podría generar situaciones inquietantes. Por ejemplo, el exceso en la legítima defensa contra un intruso en una casa, se puede sancionar con privación de libertad de entre 3 días a 8 años (art. 13 del código penal local).

consideración. Entre ellos se pueden enunciar:

- a) Diseño institucional y consistencia del sistema legal
- b) Diseño institucional, distribución de facultades en el sistema y desarrollo de nuevas capacidades y perfiles
- c) Asistencia legal a los particulares
- d) Disposición de recursos

Dado que las directrices constitucionales y los desarrollos legislativos y reglamentarios; así como el diseño de las organizaciones del sistema penal en nuestros países se han realizado para instrumentar principios como la persecución oficiosa, la verdad material, el principio de legalidad, entre otros, es factible que la normatividad no reformada y las inercias institucionales conspiran contra la consolidación y eficacia de las nuevas figuras.

La constitucionalidad y la contradicción normativa pueden surgir fácilmente. De hecho la denominación de algunas nuevas figuras resulta extraña y "sospechosa" al jurista y operador del derecho de un país de tradición de derecho civil. Por ejemplo, el referir una "conciliación" en materia penal (estados mexicanos de Nuevo León y Coahuila) frente a una entidad estatal que actúa como mero espectador y validador de la autocomposición; la "falta penal" (Coahuila), la "confesión sincera" (Perú); entre otras, generan extrañeza en nuestro medio.

En otros casos, además de la extrañeza se da la colisión en el sistema legal. Así, por ejemplo, cuando en Portugal el nuevo código procesal de 1987 para referirse a las penas pecuniarias y otras sanciones impuestas por una autoridad distinta de la judicial³¹, utilizó la denominación "sanción de índole especial no penal", motivó que ese mismo año en el Tribunal Constitucional lusitano se pronunciara un voto particular señalando que "... no obstante existir conformidad del imputado no desvirtúa en aquellas medidas el carácter de verdaderas penas... ", por lo que había un nuevo tipo de condenado:

³¹ Una posibilidad inaceptable hasta hace poco en nuestra tradición legal, y aún prohibida en muchos ordenamientos de la región, como es el caso mexicano.

el condenado por el ministerio fiscal, por lo que no se puede concebir "... cómo esta forma paccionada de enjuiciamiento y de condena... puede ser compatible con algunos de los más elevados principios constitucionales"³².

Las disposiciones de estas figuras "disruptivas", si no están bien apuntaladas y armonizadas en el sistema jurídico receptor, pueden estar expuestas a fricción permanente con el marco constitucional y legal. Esto también es posible para figuras como la "reiteración ficta" (se pierden beneficios en Coahuila, si no ha transcurrido el plazo de prescripción de un probable delito por el que se haya acudido a la vía penal: art. 64 del Código Penal). En muchas ocasiones las figuras de autocomposición de constitucionalidad dudosa en los debates académicos, tienen pocas probabilidades de ser planteados ante tribunales en virtud de que quienes intervienen no tienen demasiados incentivos a impugnar el mecanismo, pues el funcionario disminuye su carga de trabajo, el inculpado recibe una sanción menor y el denunciante, en muchas ocasiones recibe un monto por reparación del daño. Sin embargo, si la consistencia legal de las instituciones y los mecanismos están en duda, se pueden tener efectos corrosivos sobre la legitimidad del sistema penal.

En el segundo punto a desarrollar, e diseño institucional adoptado distribuye atribuciones entre los actores del sistema y plasma el sentido y orientación que informa la visión de los reformadores. En algunos casos se percibe que la prioridad es descongestionar el sistema y, como se ha visto en algunos casos, los mecanismos operan de oficio. En unos sistemas se deja margen para que el juez individualice la sanción; en otros el legislador usurpa el criterio judicial y le hace un autómatas al dar la sanción fija, tasada. En unos ordenamientos el legislador olvida al denunciante y al inculpado, en otros se dan derechos de notificación y oposición y se hace énfasis en la decisión informada del inculpado y la manifestación expresa de su consentimiento y el de su defensor (en Chile se prevé una audiencia en la que el juez le advierte al inculpado la trascendencia

³² Cfr. Diego Díez, Luis Alfredo de, *Justicia criminal consensuada: algunos modelos del derecho comparado en los EE. UU., Italia y Portugal*, Tirant monografías, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, Valencia, 1999, 207 pp., especialmente, pp. 201 y ss.

y alcances de su aceptación). En el diseño institucional el legislador nos dice su concepción de lo que debe ser el sistema penal, de la capacidad de la judicatura, de los derechos de la víctima, de su opinión de la división de poderes, etc.

En estas reformas, la redistribución de atribuciones brinda una nueva configuración de "fuerzas" entre los actores. El diseño institucional debe considerar contrapesos y garantías para el control de esas atribuciones, pues si no existen garantías, como diría Tomás Ramón Fernández, "... el poder simplemente se desplaza. Cambia de lugar y de detentadores pero conserva intacta la ilimitada capacidad de imposición en que consiste su esencia misma y con ella los riesgos inherentes a su eventual abuso" ³³.

También una nueva atribución implica nuevas capacidades. No por decreto una policía represora se puede transformar en una corporación dedicada a la investigación criminal científica, ni un fiscal inquisidor puede devenir, espontáneamente, un promotor de la conciliación equitativa. Las nuevas atribuciones requieren nuevas capacidades y nuevos perfiles que los reformadores deben considerar antes de la instrumentación de los cambios.

El legislador y los instrumentadores deben anticipar la preparación de la instrumentación con un régimen transitorio y la eficaz administración del cambio. Hay lecciones que deben tenerse en cuenta. Por ejemplo, cuando la reforma Costarricense que contempló que la investigación fuese transferida de la policía al fiscal fue instrumentada, la inexperiencia de los nuevos fiscales, propicio que *de facto*, actividades propias de la investigación retornaran a la policía. De la misma forma, cuando se estableció el criterio de oportunidad en Honduras, los fiscales no ejercían dicha figura cuando se presentaban supuestos que la hacían aplicable, debido a que estaba centralizada su autorización en el Director General de Fiscalía, así como por el "... constatable temor por parte del cuerpo de fiscales ante una figura hasta entonces para ellos desconocida y absolutamente contraria a la formación acusadora que, con apego a

³³ Tomás Ramón Fernández Rodríguez en el prólogo al libro *La garantía en el Estado constitucional de derecho* de Antonio Manuel Peña Freire, Editorial Trotta, Madrid, 1997, 303 pp. Cita de p. 14.

un respeto absoluto al principio de legalidad, se les había inculcado"³⁴.

Es decir el entorno institucional y de cultura y prácticas jurídicas resultan desafíos fundamentales que deben ser considerados durante la instrumentación. Por ello también es muy importante que durante el diagnóstico, diseño institucional y instrumentación se establezcan indicadores objetivos con los que pueda darse seguimiento al rumbo y efectos de la reforma. En estos procesos de administración del cambio suelen trastocarse las finalidades o principios que inspiraron los cambios, pudiendo prevalecer los objetivos informales o prácticos de los operadores. De esta forma, un fiscal, podría ver en la conciliación un mero instrumento de desahogar expedientes y las procuradurías podrían anunciar en sus informes la gran cantidad o porcentaje de asuntos conciliados, pero estos criterios podrían hacer de la conciliación un fin en sí mismo, descuidando el contenido de los arreglos y la equidad de los procesos. En este caso, se volvería a la actual doble victimización del denunciante, sólo que sería ahora sumarisima y dentro del marco legal.

Un tercer desafío es la cobertura y calidad de los servicios de asesoría jurídica, pues toda reforma implica novedades y retos para los profesionales y operadores del derecho. Las nuevas atribuciones de coadyuvancia y los recursos para las víctimas requieren de mayor dedicación y capacidad por parte de los abogados. Del mismo modo la reducción de los términos procesales demanda mayor pericia. Por otra parte, las nuevas modalidades procesales, negociación en la aplicación de criterios de oportunidad, así como los derechos y garantías para víctimas y procesados, demandan que éstos cuenten con la información suficiente y oportuna, así como la asesoría eficaz de los abogados. Necesariamente esta demanda de tiempo y habilidades inciden en los costos de los servicios jurídicos.

Ante esta perspectiva profesional debe plantearse si la forma en que se capacita a los profesionales del derecho y los mecanismos para garantizar la calidad de sus servicios profesionales son solventes

³⁴ Cuellar Cruz, Rigoberto y Celeste Aída Cerrato, *La experiencia hondureña en el marco de la vigencia anticipada del nuevo Código Procesal Penal*, Centro Interamericano para la Administración de Justicia y Política Pública, San Juan de Puerto Rico, 2001, 12 pp., cita de p. 5. El primer caso se registró a casi seis meses de entrar en vigencia y la frecuencia de aplicación de estos criterios era poco significativa en los siguientes meses. *Ibidem*. Disponible en internet: http://www.centrointeramericano.org/pdf/tut_04.pdf

frente a los nuevos desafíos. Las asimetrías en la calidad de los servicios jurídicos son abismales en nuestros países.

En México no se cuenta con la colegiación obligatoria de los abogados y en materia penal todavía pueden patrocinar causas personas sin título de abogado (subsiste en la Constitución la figura de "persona de confianza" del indiciado). Por otra parte, ante el encarecimiento de los servicios legales, debe de evaluarse la cobertura y calidad de los servicios jurídicos para los sectores más desfavorecidos de la población. Entre valiosa información empírica de México en esta materia está una investigación reciente del Centro de Investigación y Docencia Económicas con el auspicio del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal³⁵, en la que se aplicó un cuestionario a internos de reclusorios del Distrito Federal encontrando información reveladora. Por ejemplo, se señala que 71% de los detenidos no tuvieron la asistencia de un abogado mientras estuvo a disposición del ministerio público y de aquellos que contaron con abogado no pudieron hablar a solas con él (70%) y era, en la mayoría de los casos, abogado de oficio (63%)³⁶. Ya en el juzgado en 60% de los casos no se les informó que tenían derecho a no declarar, 51% de las veces no pudo hablar con su abogado antes de rendir su declaración, y en una de cada cuatro ocasiones el abogado defensor estuvo ausente durante la declaración preparatoria. Instrumentar reformas sin atender el problema de la baja calidad y asimetrías de la asesoría legal, tendría graves efectos sociales y minaría la justicia y legitimidad en el sistema penal.

Por último, la instrumentación de una reforma penal de gran escala implica una intensa demanda de recursos materiales y humanos, deben crearse áreas nuevas, debe de invertirse en capacitación, infraestructura y tecnología. Si bien los costos de entrada pueden compensarse a lo largo del tiempo con un uso eficiente de los recursos

³⁵ Cfr. *Justicia y Seguridad Ciudadana*, documento de la presentación de resultados de proyectos de investigación realizados por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (coordinadoras: Ana Laura Magaloni y Layda Negrete) y por el Tribunal superior de Justicia del Distrito Federal, México, D.F., 23 de septiembre de 2002, 29 pp.

³⁶ En un trabajo de campo reciente, realizado también entre internos de reclusorios de Jalisco, 57% de la muestra había sido defendido por defensores de oficio. Este estudio documenta la asimetría en la calidad de servicios entre abogados privados y defensores de oficio. Cfr. Moreno Ochoa y Loza, Bernardo, *Barreras que impiden el acceso a la justicia en materia penal en los juzgados de primera instancia del primer partido judicial de Jalisco*, Tesis para obtener el grado de Maestro en Política y Gestión Pública, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Guadalajara, 2003, 145 pp, cifra de p.66.

en un nuevo sistema más eficaz, deben tenerse previsiones sobre el aspecto presupuestal de los cambios y planear la viabilidad financiera de la operación del sistema en sus primeras etapas.

La descripción de las instituciones vinculadas con el principio de oportunidad y de los desafíos institucionales de su instrumentación ha sido muy panorámica, dado el espacio disponible para esta exposición. Se ha buscado destacar las previsiones y desafíos que deben tenerse en consideración durante la discusión y el diseño de las reformas que actualmente se están discutiendo en México. Tener en cuenta las experiencias de las reformas realizadas en países con sistemas legales similares al nuestro, y conocer el entorno institucional y la cultura jurídica de nuestro país, será fundamental para poder potencializar los efectos positivos de las reformas, así como anticipar y minimizar sus posibles impactos disruptivos.