

ALGUNAS MODALIDADES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LAS REFORMAS PENALES DE AMÉRICA LATINA: LECCIONES PRÁCTICAS PARA MÉXICO

Guillermo ZEPEDA LECUONA

...instituir reformas procesales es como el juego de palitos chinos: algunas instituciones ajenas pueden sustituirse sin producir efectos secundarios significativos, mientras que la sustitución de otras puede perturbar gravemente el sistema procesal importador. El mero análisis normativo no basta para entender estas ramificaciones: el destino de la mayoría de las innovaciones depende, menos de lo que les gusta pensar a los abogados, de la excelencia de las disposiciones jurídicas. Más que en otros ámbitos del derecho, los trasplantes normativos dependen, para su éxito, de su interacción con el contexto institucional general, en el cual la justicia es administrada en el país receptor. Por lo tanto, por ejemplo, las actitudes y los hábitos de trabajo de los participantes en el sistema procesal receptor deben ser considerados, así como la estructura de sus incentivos para la acción procesal.

Mirjan DAMASKA¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El fenómeno delictivo en Latinoamérica*. III. *La variable institucional, saturación e incapacidad de respuesta*. IV. *Los dilemas y desafíos institucionales de la justicia penal en Latinoamérica*. V. *Instrumentación y desafíos de medidas de descongestión en Latinoamérica y en*

¹ “Aspectos globales de la reforma del proceso penal”, *Conferencia sobre Reformas a la Justicia Penal en las Américas*, Fundación para el Debid Proceso Penal, noviembre de 1998, p. 5. Visible en: <http://www.dplf.org>.

Méjico. VI. Adopción de criterios de oportunidad durante la investigación. VII. Adopción de juicios abreviados y justicia consensual. VIII. Desafíos institucionales de la instrumentación de los criterios de oportunidad.

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo, y particularmente en América Latina, el incremento de los indicadores delictivos y la percepción ciudadana de inseguridad y de una insuficiente capacidad de respuesta de las instituciones ha llevado a poner en los primeros lugares de la agenda nacional la revisión de los sistemas de seguridad ciudadana y de justicia penal. Durante la última década, una docena de países de nuestra región han reformado profundamente sus sistemas penales. Entre las innovaciones institucionales se han abierto paso figuras como el principio de oportunidad, la justicia abreviada y la justicia consensuada, que implican una revolución en nuestra tradición jurídica. La adaptación de estas figuras significa un desafío institucional para nuestras sociedades. De la experiencia de otros países en la concepción, consenso, difusión, instrumentación y seguimiento de las reformas, México puede obtener valiosas lecciones.

II. EL FENÓMENO DELICTIVO EN LATINOAMÉRICA

El incremento de la delincuencia común y del crimen organizado no respeta fronteras. Aunque en diverso grado y con distinta composición, el fenómeno delictivo se incrementa tanto en países altamente industrializados como en las naciones pobres. Así, Alemania ha experimentado en la última década un incremento de 40% en sus indicadores delictivos, vinculados, principalmente, con las repercusiones sociales y económicas de su reunificación; en tanto que en Latinoamérica, entre 1986 y 1997, se experimentó un incremento del orden de 70%² en los delitos reportados, que suele explicarse como el resultado de la insuficiencia en el crecimiento económico de la región y las profundas disparidades sociales dentro de la misma.³

² “Encuesta Mundial sobre Crimen”, Organización de las Naciones Unidas, 2000.

³ Fajnzylber, Pablo *et al.*, “Crimen y victimización, una perspectiva económica”, en Fajnzylber, Pablo *et al.* (eds.), *Crimen y violencia en América Latina*, Bogotá, Banco Mundial y Alfaomega, 2001, pp. 1-62, 252 pp.

En la mayoría de los países de Latinoamérica, existe en la ciudadanía una intensa percepción de inseguridad y violencia, así como de impunidad e ineeficacia de la autoridad para enfrentar el problema. Lamentablemente, los indicadores avalan estas percepciones, pues muestran que la incidencia delictiva y la violencia se han disparado a partir de la segunda mitad de la década de los ochenta, así como un pobre desempeño de las corporaciones policiales y demás organismos públicos del sistema de seguridad ciudadana y justicia penal. La ciudadanía establece como prioridad de la agenda nacional el tema de la seguridad, y diversos sectores de la sociedad y la opinión pública exigen medidas para disminuir la incidencia delictiva y los niveles de violencia en la sociedad.

Durante la pasada década, después de Asia y Medio Oriente, Latinoamérica es la región del planeta en la que más ha aumentado la incidencia delictiva, creciendo a una tasa promedio anual de 5.2%.⁴ Tanto los delitos registrados como la proporción de ilícitos no denunciados a las autoridades en América Latina van en aumento.

CUADRO 1. TENDENCIAS RECIENTES DE LA INCIDENCIA DE DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD EN ALGUNOS PAÍSES DE LATINOAMÉRICA⁵

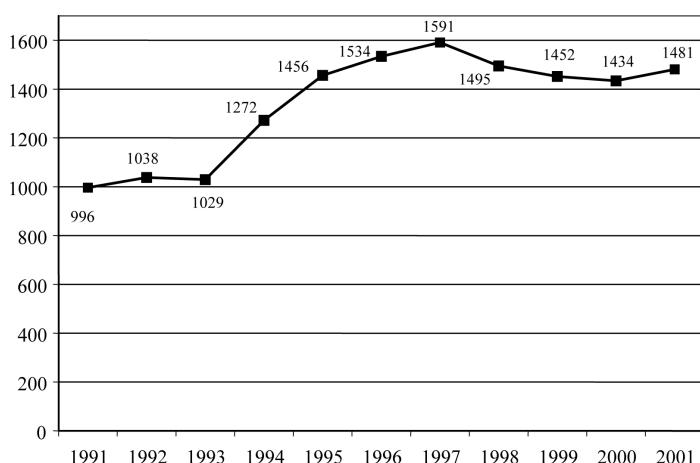
País	Periodo	Variación en delitos
Belice	1990-1994	17.50%
Costa Rica	1990-1994	25.00%
Honduras	1990-1994	18.44%
Chile	1986-1984	10.70%
Nicaragua	1986-1984	25.60%
Panamá	1986-1984	63.40%
El Salvador	1993-1997	21.00%
México	1991-2001	53.00%

⁴ “Encuesta Mundial sobre Crimen”, cit., nota 2.

⁵ Para Belice, Costa Rica, Honduras, Chile, Nicaragua y Panamá, véase Carranza, Elías, “Situación del delito y de la seguridad de los habitantes de América Latina”, *Delitos*,

En el cuadro 1 puede apreciarse la tendencia ascendente de los delitos contra la propiedad en algunos países de la región. En el caso particular de México (gráfica 1), a partir de 1994 se ha registrado un notable incremento en los delitos reportados. En 2001 la incidencia delictiva registrada, de 1,481 denuncias por cada 100 mil habitantes, estaba 50% por encima respecto de los indicadores de diez años atrás.

GRÁFICA 1. TENDENCIA EN LA INCIDENCIA DELICTIVA EN MÉXICO



Fuente: elaboración propia con datos del INEGI (1991-2002).

Sin embargo, aún más inquietantes resultan los indicadores de violencia de la región. Por ejemplo, en la incidencia del delito de homicidio, de acuerdo con indicadores reunidos por el Centro de Investigación para el Desarrollo para más de 100 países, entre los once con mayor número de homicidios, seis son países latinoamericanos (véase cuadro 2) y la tendencia promedio en la región es ascendente (véase cuadro 3).

to y seguridad de los habitantes, México, Siglo XXI, 1997 (versión tomada de página de Internet del ILANUD: <http://www.ilanud.or.cr/publicacion1997-03.htm>, 30 pp.). Para El Salvador: Rico, José María y Chinchilla, Laura, *Seguridad ciudadana en América Latina: hacia una política integral*, México, Siglo XXI, 2002, 187 pp. Respecto a México, la cifra se refiere únicamente al delito de robo (base de datos del Centro de Investigación para el Desarrollo con cifras del INEGI y procuradurías estatales).

CUADRO 2. COMPARATIVO INTERNACIONAL SOBRE EL DELITO
DE HOMICIDIO⁶

País	<i>Homicidos por cada 100 mil habitantes</i>	<i>Homicidios intencionales por cada 100 mil habitantes</i>
Santo Tomé y Príncipe	—	118.0
El Salvador	100.0	80.4
Swazilandia	—	68.0
Colombia	80.0	54.0
Venezuela	—	22.0
Nicaragua	—	21.3
Tailandia	—	21.0
Brasil	—	19.7
Estonia	26.0	15.8
Líbano	—	15.5
México	33.6	14.7
Rusia	23.0	11.9
Etiopía	—	10.1
Perú	—	8.0
Argentina	19.0	7.4
Suiza	12.0	4.1
Ucrania	10.0	5.2
Estados Unidos	9.9	8.3
Israel	—	4.8

⁶ *Fuentes particulares:* El Salvador: Cruz, José Miguel *et al.*, “Factores económicos y sociales asociados al crimen violento en El Salvador”, *Crimen y violencia en América Latina*, cit., nota 3, pp. 87-118. Colombia: Vélez, Luis F. y Banguero, Harold, “Victimización en Colombia; un análisis exploratorio del caso de la ciudad de Cali”, en *Crimen y violencia en América Latina*, cit. Venezuela: cifra correspondiente a 1996. Cfr. *La vio-*

CUADRO 2. COMPARATIVO INTERNACIONAL SOBRE EL DELITO
DE HOMICIDIO (CONTINUACIÓN)

País	<i>Homicidos por cada 100 mil habitantes</i>	<i>Homicidios intencionales por cada 100 mil habitantes</i>
Cuba	—	4.2
Italia	5.0	4.1
Portugal	4.2	4.1
Paraguay	—	4
Alemania	—	3.4
Francia	—	3.3
Canadá	5.2	2.3
España	2.6	1.95
Chile	3.0	1.7
Japón	—	1.5

lencia en Venezuela: dimensionamiento y políticas de control, documentos de trabajo de la Red de Centros R-373, IESA/LACSO, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, agosto de 1999, p. 6. Brasil: Ayres, Robert L., *Crime and Violence as Development Issues in Latin America and the Caribbean*, Washington, World Bank, Latin American and Caribbean Studies, 1998, col. Viewpoint. Perú: Eyzaguirre, Hugo y Puga, Yesenia, “La violencia criminal en Lima metropolitana: los factores de riesgo y las políticas de prevención y represión”, *Crimen y violencia en América Latina*, cit., pp. 119-166. Argentina: elaborado con información de Dammert, Lucía, *Violencia criminal y seguridad pública en América Latina: la situación en Argentina*, Santiago de Chile, Naciones Unidas-CEPAL-ECLAC-División de Desarrollo Social, noviembre de 2000, serie políticas sociales, núm. 43, 47 pp. (disponible en Internet: <http://www.cepal.org/publicaciones/DesarrolloSocial/9/lcl1439/lcl1439.pdf>). Chile: para homicidios internacionales en este país, López Regonesi, Eduardo, *Reflexiones acerca de la seguridad ciudadana en Chile: visiones y propuestas para el diseño de una política*, Santiago de Chile, Naciones Unidas-CEPAL-ECLAC-División de Desarrollo Social, noviembre de 2000, serie políticas sociales, núm. 44, 49 pp. Disponible en Internet: <http://www.cepal.org/publicaciones/DesarrolloSocial/1/LCL1451P/lcl1451.pdf>. El número de homicidios para el resto de los países procede de Kangaspunta, K. et al. (eds.), *Crime and Criminal Justice in Europe and North America*, Helsinki, Instituto Europeo para la Prevención y Control del Crimen, Organización de Naciones Unidas, 1998, 234 pp. Disponible en Internet: <http://www.heuni.fi/uploads/vbisps6l7joajo.pdf>.

CUADRO 3. TENDENCIAS RECENTES DE LA INCIDENCIA DE HOMICIDIO EN ALGUNOS PAÍSES DE LATINOAMÉRICA⁷

País	Periodo	Variación en delitos de homicidio
Argentina	1980-1990	23.1%
Chile	1986-1998	-38.0%
Perú	1990-1994	129.9%
Venezuela	1990-1996	35.0%

III. LA VARIABLE INSTITUCIONAL, SATURACIÓN E INCAPACIDAD DE RESPUESTA

Además de la percepción de inseguridad entre los latinoamericanos, se registra una baja confianza en las instituciones encargadas de la seguridad y de la justicia penal. Por ejemplo, en Centroamérica el 44.3% de la población manifiesta no tener ninguna confianza en la policía.⁸ En Perú, el 56.3% de los participantes en una encuesta señaló que no confía en la policía nacional.⁹ En México, la Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas 2001 de la Secretaría de Gobernación y la Fundación Este País,¹⁰ reveló que el 6.98% de los encuestados manifestó tener “mucha” confianza en la policía; en tanto que 15.62% señaló que tenía “algo” de confianza en dicha institución. Es decir, más de tres de cada cuatro mexicanos (77.4%) no confían en la policía. También en México, una encuesta publicada recientemente muestra que la policía es una

⁷ Fuentes: Argentina: Dammert, Lucía. Venezuela: *La violencia en Venezuela...* Perú: Eyzaguirre, Hugo y Puga, Yesenia. Chile: López Regonesi, todos citados en la nota anterior.

⁸ Cifra del PNUD citada por Rico, José María y Chinchilla, Laura, *Seguridad ciudadana en América Latina: hacia una política integral*, México, Siglo XXI Editores, 2002, p. 29.

⁹ Encuesta citada en Eyzaguirre, Hugo y Yesenia Puga, *op. cit.*, nota 6.

¹⁰ Cfr. *Este País: tendencias y opiniones*, núm. 137, agosto de 2002. Sólo estuvieron por debajo de la policía en nivel de confianza los legisladores (6.04% con mucha confianza y 20.07% con algo de confianza) y los partidos políticos (5.36% con mucha confianza y 18.81% con algo de confianza).

de las instituciones peor evaluadas, pues ante el planteamiento: “...en una escala de 0 a 10, donde 0 es no confío nada y 10 es confío mucho, ¿qué tanta confianza tiene usted en...?”, la calificación de las corporaciones policíacas fue de 4.48 (sólo por encima de los diputados: 4.46).¹¹

Otro indicador de desconfianza de las instituciones encargadas de la seguridad ciudadana y la justicia penal es la cifra negra, es decir, la proporción de delitos que no se denuncia. Los países de Latinoamérica presentan bajas proporciones de reporte, generalmente asociados con baja evaluación o desconfianza en las autoridades, pues de acuerdo con las encuestas de victimización de nuestra región, la principal causa por la que no se reportan los ilícitos es porque “no sirve de nada” o por que se desconfía de la autoridad.¹²

La percepción de inseguridad y de desconfianza en las instituciones del sistema de seguridad ciudadana y justicia penal de la mayoría de los países de la región se funda tanto en la elevada incidencia delictiva y de violencia, como en la insuficiente capacidad de respuesta de las instituciones.

En los últimos lustros, los sistemas penales se han visto desbordadas por la demanda de servicios, tanto por el ya referido incremento en el número de delitos reportados, como por la dinámica social contemporánea¹³ en la que los actores sociales entran en fricción y conflicto.

De igual forma, puede señalarse como causa de la creciente cantidad de asuntos ingresados al sistema, que muchos conflictos sociales que anteriormente se canalizaban por mecanismos informales de resolución de controversias se han “penalizado”, recurriendo como última instancia a las instituciones del sistema penal.

Esta creciente carga de trabajo ha generado disfunciones y crisis en la mayoría de los sistemas penales del mundo. Las organizaciones de justi-

¹¹ Concha, Hugo *et al.* (coords.), *Cultura de la Constitución en México: una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Comisión Federal de Mejora Regulatoria, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, 250 pp.

¹² En la encuesta realizada en México por el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad (ICESI), las principales causas por las que no se denunciaron los ilícitos a las autoridades son: “pérdida de tiempo y/o trámites largos y difíciles” (50%); “desconfianza en la autoridad” (19%); “delito de poca importancia” (9%); y “no tenía pruebas” (9%). *Cfr. Primera Encuesta Nacional sobre Inseguridad Pública en las Entidades Federativas: resultados finales*, México, ICESI, mayo de 2002, 40 pp. Disponible en Internet: <http://www.icesi.org.mx>.

¹³ Damaska, Mirjan, *op. cit.*, nota 1.

cia se han saturado, generando puntos críticos o un “efecto embudo”¹⁴ en el que un número muy significativo de casos queda sin atención. Esta imposibilidad de que el sistema dé atención, en los términos previstos por la ley, a todos los casos ha derivado en impunidad y atribuciones discrecionales *de facto* para las autoridades que tienen que “racionar” los servicios de investigación o impartición de justicia en materia penal. En la mayoría de los países de Latinoamérica el “cuello de botella” se registra durante la investigación de los hechos.

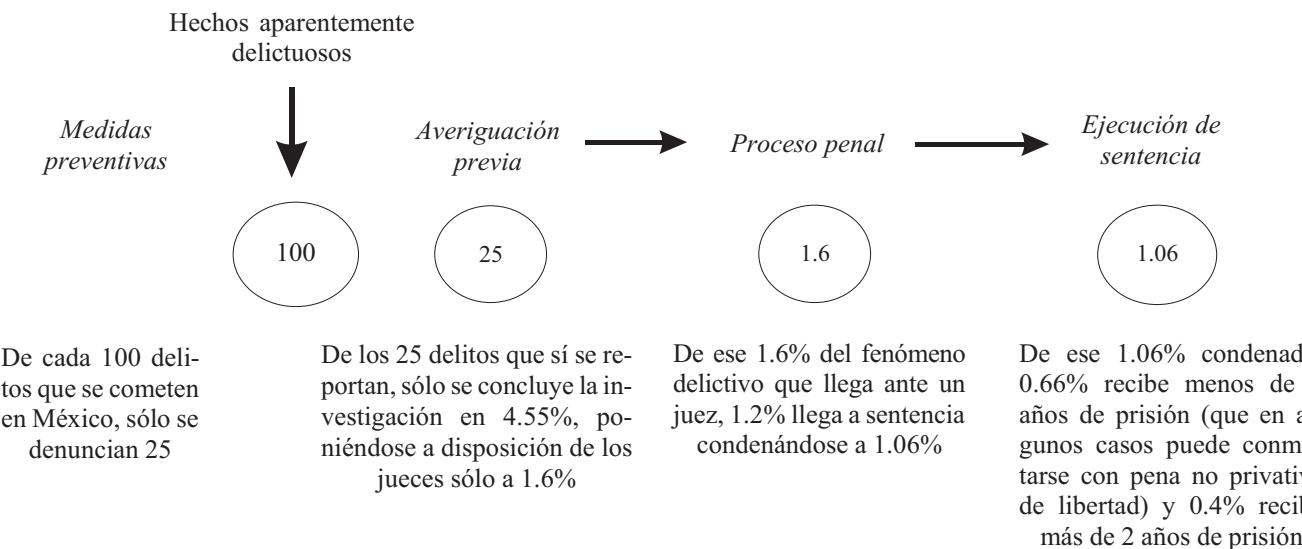
De manera muy panorámica, los diagramas 1 y 2 muestran el flujo de los casos en dos sistemas penales latinoamericanos. Como puede apreciarse, la investigación penal es el principal cuello de botella (y en menor medida la instrucción judicial). Desde luego, esto no implica que para considerar eficaz un sistema penal tenga que existir una sentencia condenatoria por cada denuncia presentada, pues existen muchas alternativas para dar por terminado un caso sin llegar a un proceso, y aun dentro del proceso no todos los casos tienen que llegar a sentencia. Existen el perdón de la víctima, la incompetencia, la determinación de que los hechos reportados no constituyen un delito o que no existe responsabilidad por parte del señalado, entre otras.

Por ello se deben buscar variables más precisas como “esclarecimiento” o desahogo de los expedientes. Esto implica disponer de información más desagregada y la realización de trabajo de campo. A continuación se expone alguna información disponible sobre este particular.

Por ejemplo, en el diagrama 3 se muestra el flujo de las averiguaciones previas en México durante 2000, que se desahogan en las agencias del Ministerio Público. Apenas una de cada cinco investigaciones (18.25%) llega a concluirse efectivamente, en tanto que en el 81.75% restante no se concluye satisfactoriamente la investigación, quedando defraudada la expectativa de justicia de los denunciantes. Una proporción muy significativa de las averiguaciones previas no se atiende (pendientes: 38.55%); se archivan porque no se pudieron obtener evidencias suficientes para esclarecer el caso (“archivadas con las reservas de ley”: 25.4%); no se captura al presunto responsable (consignados sin detenido: 5%); o terminaron archivadas definitivamente por prescripción (murieron jurídicamente porque el término legal para que se esclareciera el caso concluyó: 12.8%).

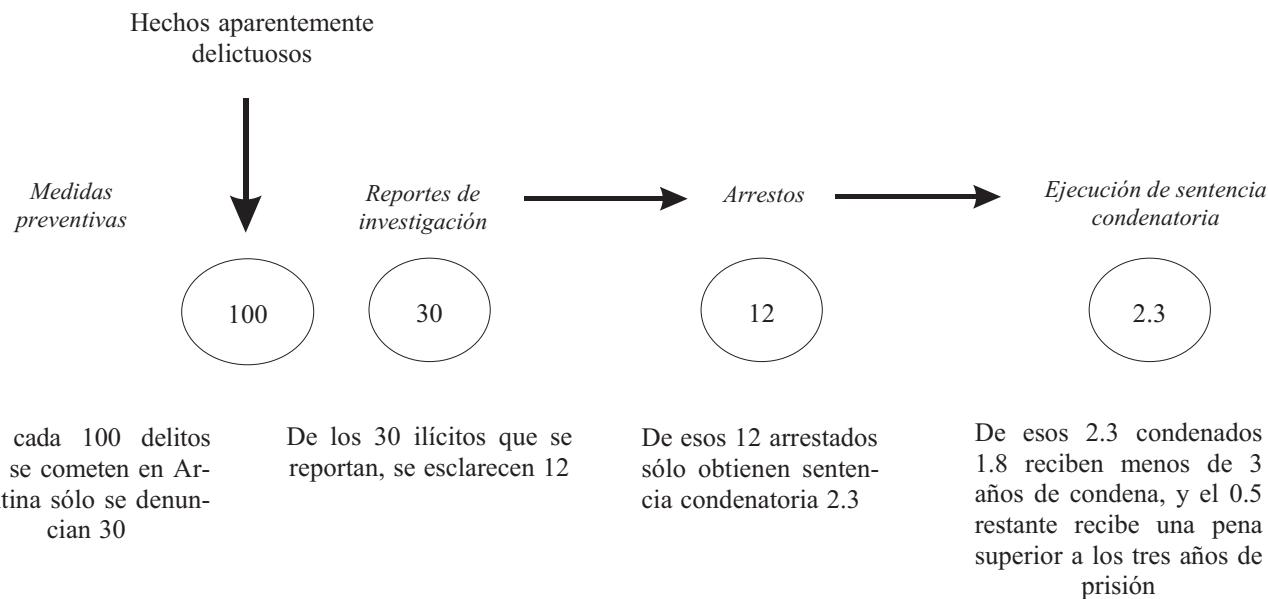
¹⁴ Carranza, Elías, *op. cit.*, nota 5, p. 21.

DIAGRAMA 1. FLUJO DE CASOS PENALES EN MÉXICO, 2001



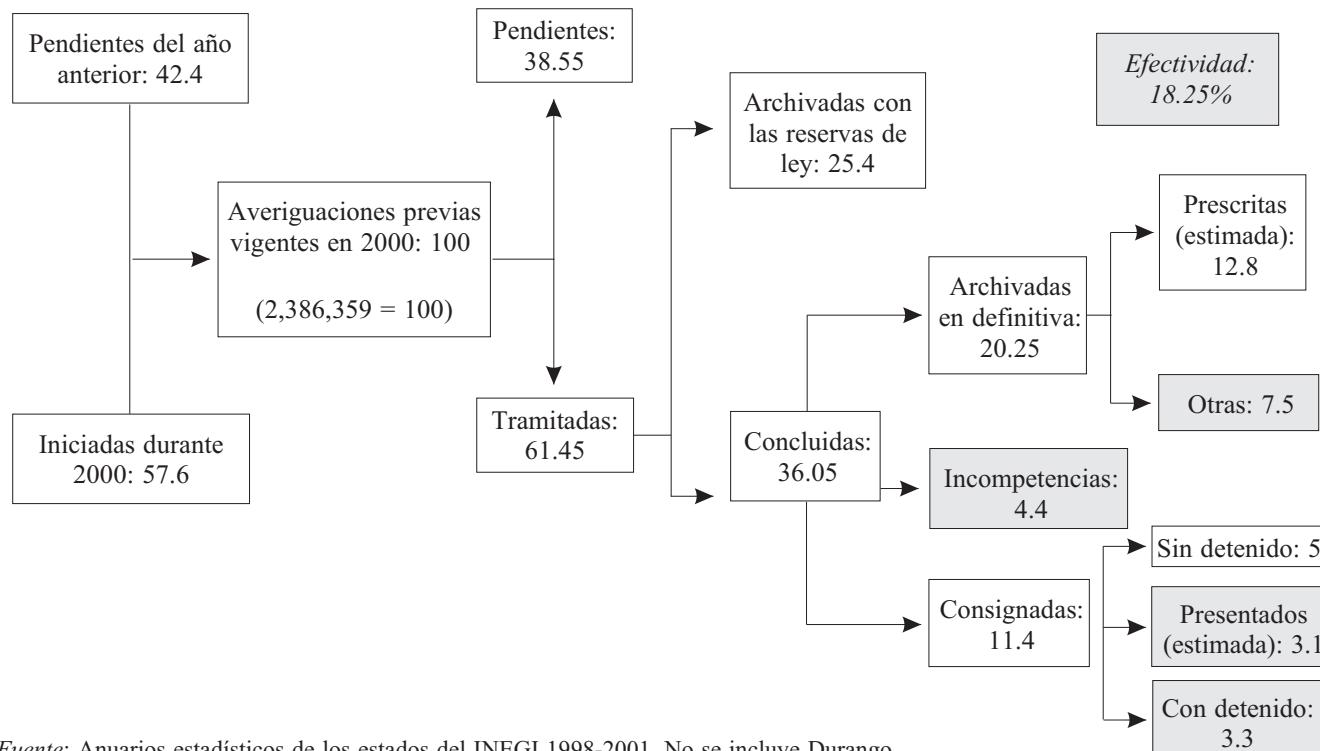
Fuente: estimación de la proporción de delitos denunciados de la Primera Encuesta de Victimización del ICESI; desahogo de las averiguaciones previas de anuarios estatales del INEGI, 2002, con información de las procuradurías locales; desahogo de expedientes judiciales y monto de las sanciones de acuerdo con el Cuaderno de Estadísticas Judiciales en Materia Penal núm. 10 del INEGI, con información de los tribunales locales.

DIAGRAMA 2. FLUJO DE CASOS PENALES EN ARGENTINA, 1997¹⁵



¹⁵ Elaborado con información de Dammert, Lucía, *op. cit.*, nota 6.

DIAGRAMA 3. AVERIGUACIONES PREVIAS EN MÉXICO DURANTE 2000



Fuente: Anuarios estadísticos de los estados del INEGI 1998-2001. No se incluye Durango.

Las averiguaciones que se consideran como concluidas satisfactoriamente (los cuadros sombreados en el diagrama 3) son aquellos asuntos en los que: *a)* se determina que hay un delito que perseguir (se consignó la averiguación), logrando, además, capturar al presunto responsable (con detenido: 3.3% o presentado: 3.1%, esto es, que puede seguir en libertad durante su proceso, por ejemplo mediante una fianza); *b)* no hubo competencia (casos que correspondían a la Procuraduría General de la República o al Consejo Tutelar para Menores: 4.4%), y *c)* se archivaron definitivamente porque se determinó que no hubo delito que perseguir o que, a pesar de que probablemente existía un delito, la ley permitió que (por perdón de la víctima, por ejemplo) pudiera cerrarse el caso: 7.4%.

Se dispone de poca información a este respecto para 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%.¹⁶ En Chile, durante 1990, en el delito de robo (que representa 40% de ingreso en el sistema) el 5% terminó en sentencia condenatoria, 0% en absolutoria, 1% sobreseído definitivamente y el 82% sobreseído en forma temporal; 12% terminaron por otros motivos.¹⁷ 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”.¹⁸

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. Así, por ejemplo, en Europa la efectividad promedio en algunos países europeos es de entre 45% y 55%.¹⁹ En

¹⁶ Cfr. *Violencia criminal: estudio en las ciudades de América Latina, el caso de Perú*, Informe Final, Instituto Apoyo, Washington, Banco Mundial, 1999, 59 pp.

¹⁷ Instituto Nacional de Estadísticas, citado por Duce, Mauricio y Rego, Cristina, “La reforma procesal penal en Chile”, en Schönbohm, Horst y Lösing, Norbert (eds.), *Sistema acusatorio, proceso penal, juicio oral en América Latina y Alemania*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer-Corporación de Promoción Universitaria, 1995, 190 pp., especialmente pp. 159 y 160.

¹⁸ Alvear Valenzuela, María Soledad, “Características del futuro sistema de enjuiciamiento criminal en Chile”, *Derecho penal y Estado democrático*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1999, pp. 79-100, cita de p. 90.

¹⁹ Cfr. Kangaspunta, K. et al. (eds.), *Crime and Criminal Justice in Europe...., cit.*, nota 6; Fionda, Julia, *Public Prosecutors and Discretion: a Comparative Study*, Oxford, Nueva York, Clarendon Press, 1995, 268 pp.

otros países, como sucede en el caso de Japón, los indicadores de efectividad llegan a 60%.²⁰

Otros países que disponen de información más desagregada pueden evaluar la capacidad de sus agencias investigadoras por clase de delito. Por ejemplo, en Finlandia —durante 1990— el 50% de los delitos contra la propiedad fueron esclarecidos, mientras que en los delitos violentos la proporción de esclarecimiento ascendió a 84%.²¹

Esta saturación e incapacidad de respuesta de las instituciones frente al fenómeno delictivo ha provocado que en el desempeño cotidiano de las instituciones encargadas de la seguridad ciudadana y la justicia penal, los principios que rigen y conforman al sistema penal no sólo no se cumplan, sino que, además, se subvientan, es decir, se presenten situaciones totalmente distintas o contrarias a lo esperado por el diseño institucional del sistema. En la práctica vemos que en los países que tradicionalmente consagraban el principio de legalidad se da el principio contrario, el de oportunidad. Aunque la ley señalara que debía darse atención equitativa y exhaustiva a los asuntos planteados ante la autoridad, *de facto* tenían que dejarse de lado casos, “apoderándose” los funcionarios de la atribución de jerarquizar y discriminar los asuntos que no recibirán atención. En México, un estudio del Centro de Investigación para el Desarrollo ha documentado prácticas de “racionamiento” ilegal en la atención de las autoridades a las denuncias penales.²²

IV. LOS DILEMAS Y DESAFÍOS INSTITUCIONALES DE LA JUSTICIA PENAL EN LATINOAMÉRICA

Ante este desafío de ineeficacia, durante las últimas dos décadas en nuestros países se comenzaron a gestar propuestas reformadoras nutritas por dos tendencias fundamentales. Por una parte, se ha impulsado un as-

²⁰ Intervención del doctor Rafael Ruiz Harrel sobre la pena de muerte, ITESM, campus Estado de México, abril de 2000.

²¹ Joutsen, Matti *et al.*, *Criminal Justice Systems in Europe and North America: Finland*, Helsinki, Instituto Europeo para la Prevención y Control del Crimen-ONU, 2001, 57 pp., cifras en p. 45. En Finlandia se dispone de indicadores desagregados desde la década de los cincuenta.

²² Cfr. *Crimen sin castigo: procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, Fondo de Cultura Económica-CIDAC, 2004, 462 pp., particularmente los capítulos tercero y séptimo.

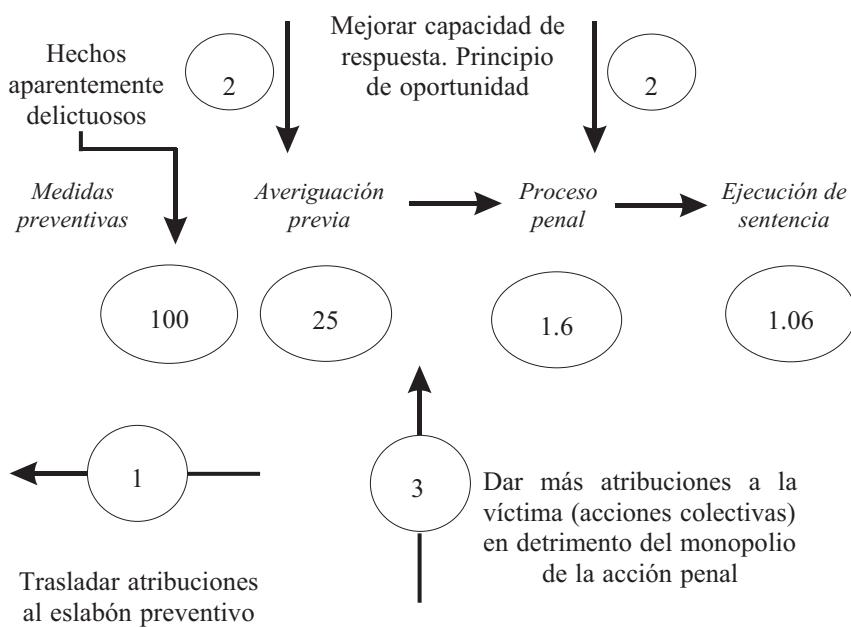
pecto garantista que impulsa el modelo adversarial, y que brinda a las víctimas, ofendidos por el delito y procesados las garantías legales, orgánicas y procesales para proteger sus derechos fundamentales (desarrollo institucional adversarial, juicio oral, etcétera). Otras líneas de reforma se han orientado a descongestionar el sistema e incrementar su eficacia. Sobre algunas de las principales propuestas de este tipo de reformas se ocupará la segunda parte del presente trabajo.

En el diagrama 4 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, el establecimiento de faltas de las que se pueden ocupar las corporaciones policíacas, 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, etcétera) y las mejoras de gestión (administración de expedientes, distribución de la carga de trabajo). En otros casos se propone 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 propuestas de economía procesal, como los juicios sumarios o abbreviados; 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 4).

También se ha propuesto 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 Ministerio Público, o si se archiva el caso por más de determinado tiempo) y para cierto tipo de delitos (algunos de los de querella o de naturaleza patrimonial), instruyendo figuras como la acción particular o privada, y la acción colectiva (para la protección de derechos difusos).

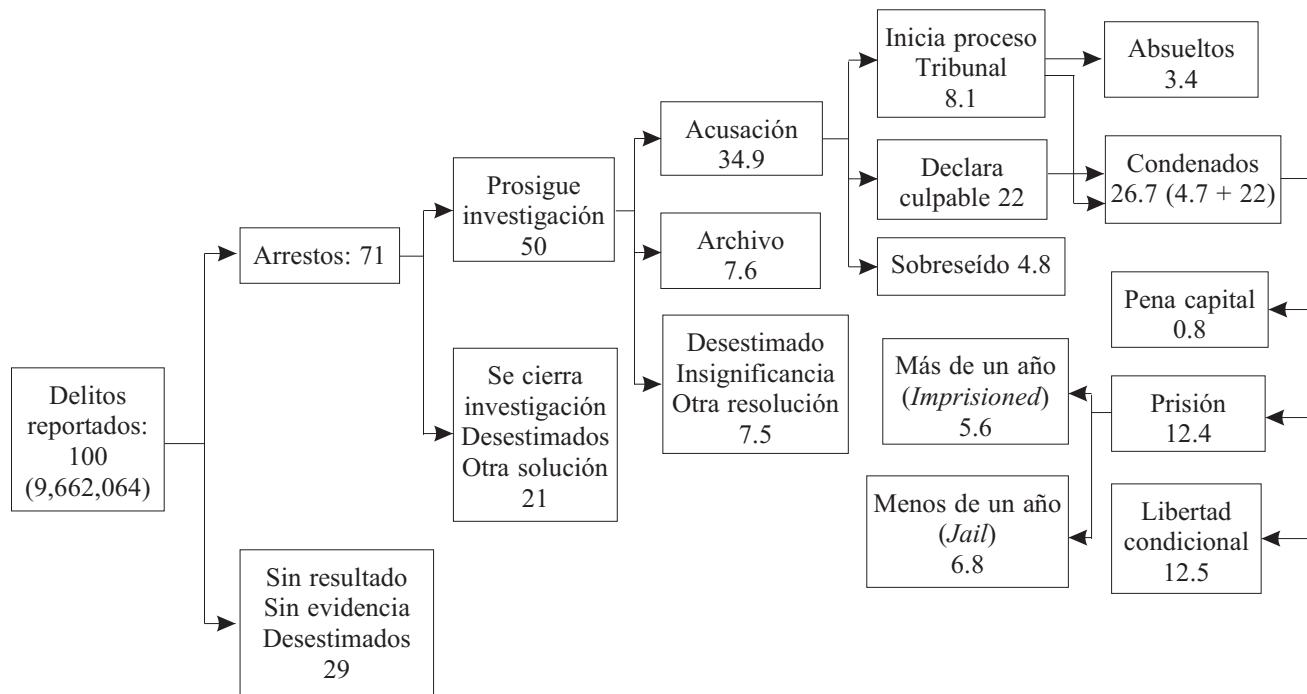
DIAGRAMA 4. LÍNEAS DE REFORMA ESGRIMIDAS



V. 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 de figuras que entonces operaban sólo en sistemas angloamericanos, como el *plea bargaining* estadounidense, por el que se concluye el 63% del total de acusaciones penales en los Estados Unidos (véase diagrama 5) 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 5. FLUJO DE CASOS EN ESTADOS UNIDOS (2001)



Fuente: Departamento de Justicia, Oficina de Estadísticas Judiciales.

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 compacación 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) y 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 posibilidad de conciliación durante la averiguación previa (Coahuila y Nuevo León) o modalidades de justicia consensuada, como son los denominados “vía de oblación” (Coahuila) y “procedimiento penal sumario” (Jalisco).

El seguimiento y la evaluación de las reformas en los países que han instrumentado este tipo de mecanismos son aún incipientes;²³ pero coin-

²³ El Centro de Estudios de Justicia de las Américas presentará los resultados de una evaluación de las doce reformas penales de Latinoamérica: www.cejamerica.org.

ciden en la trascendencia del proceso de instrumentación y administración del cambio, para que las reformas tengan éxito. El comparativista Mirjan Damaska ha señalado que algunas instituciones surgidas y desarrolladas en la tradición del derecho común (a la que pertenecen los sistemas angloamericanos) y 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 contrainterrogatorio, 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).²⁴

Precisamente considerando la advertencia de Damaska, así como de la literatura sobre reforma legal y judicial, se presenta 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 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.

VI. 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”),²⁵ y que si dichos criterios no se regulan, eventualmente pueden transformarse en mecanismos

²⁴ Damaska, Mirjan, *op. cit.*, nota 1, particularmente pp. 5 y ss.

²⁵ 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*

mos 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 boliviana,²⁶ por el entonces fiscal general de la República de Bolivia, Óscar Crespo-Solíz, 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 ocasionan congestionamiento y re-tardo en los tribunales; así como una arbitaria 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.²⁷

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.

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, San Juan de Puerto Rico, Centro Interamericano para la Administración de Justicia y Política Pública, agosto de 2001, 59 pp., cita de p. 55.

²⁶ El nuevo Código de Procedimiento Penal (ley núm. 1970) se publicó el 25 de marzo de 1999.

²⁷ Crespo-Solíz, Óscar, “Los núcleos conflictivos del Ministerio Público en Bolivia”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, nueva época, núm. 5, 1998, pp. 17-32, cita de la 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.

Los países europeos y latinoamericanos de tradición del derecho civil han respetado como regla el principio de legalidad, que, como señala el doctor 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”.²⁸ Ante esta regla se regulan algunas excepciones que implican criterios de oportunidad, lo 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”.²⁹ 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 que la fiscalía está obligada a intervenir en todos los hechos punibles perseguitables. 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% (véase diagrama 6).

Estos mecanismos para desestimar un caso o darle una salida alternativa sin necesidad de iniciar un proceso o, en caso de que se inicie el mismo, sin necesidad de llegar a una sentencia, suelen proceder en casos de delitos no graves. Por ejemplo, en Perú el artículo 2o. del Código Procesal Penal, al regular el “principio de oportunidad”, establece que “el Mi-

²⁸ Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I: *Fundamentos*, 2a. ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002, 918 pp., cita de p. 830.

²⁹ *Ibidem*, p. 836.

nisterio 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, artículo 2o., apartado 1).

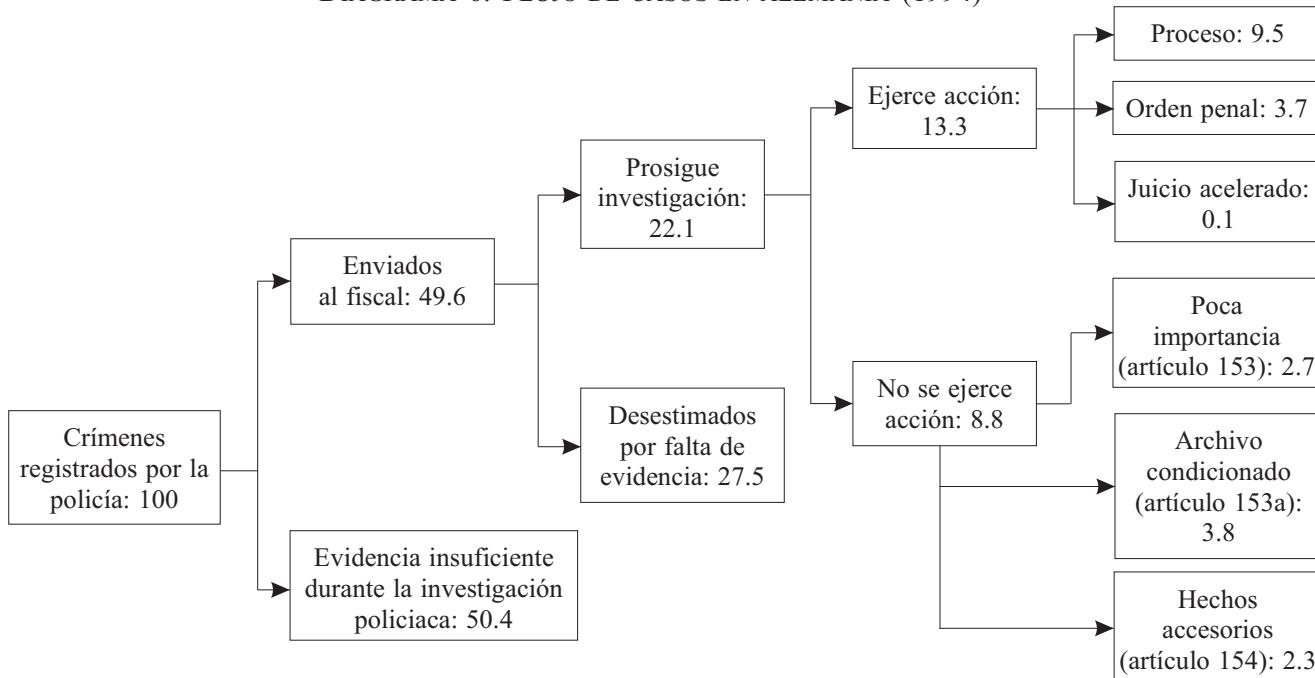
Estas condiciones resultan abstractas, configurándose como "conceptos jurídicos indeterminados".³⁰ Sin embargo, estos argumentos terminan por concretizarse en estos ordenamientos en consideración a la sanción impuesta a la conducta. Así, en Perú se aplica el principio de oportunidad cuando la pena mínima no supere los dos años (artículo 2o., apartado 2); en Chile se aplican criterios de oportunidad cuando la pena no excede los quinientos cuarenta 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 un "pago preventivo de la reparación del daño") procede cuando el mínimo de la pena no excede los tres años (artículo 265, Código de Procedimientos Penales) y pueden considerarse como delitos no graves los que no tengan como pena máxima 6 años de prisión (artículo 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 lo establecen, entre otros, Bolivia, Chile, Perú y el estado mexicano de Coahuila. Esto ilustra la reprobación del legislador al abuso de autoridad y a la desviación de poder, pero también muestra que es un supuesto de frecuente reactualización.

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.

³⁰ De acuerdo con la denominación adoptada por Eduardo García de Enterría en *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3a. ed., Madrid, Cuadernos Civitas, 1989, 99 pp.

DIAGRAMA 6. FLUJO DE CASOS EN ALEMANIA (1994)³¹



Nota: Esta información corresponde a la Baja Sajonia, por lo que este flujo de casos no puede extrapolarse para toda Alemania.

³¹ Fionda, Julia, *op. cit.*, nota 19.

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 contempla 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.

VII. 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 traslanan. 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 imputado.
- 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 abbreviar los procesos (suprimiendo o 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 con 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, artículo 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 (éste es el incentivo). Sin embargo, en la página de Internet del Ministerio Público chileno (<http://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 artículo 505 del Código Procesal de Coahuila establece: “La vía de oblación es un medio para auxiliar a la justicia y abbreviar el proceso a cambio de reducción de la pena”.

La mayoría de las legislaciones establece la procedencia de estas vías de acuerdo con el 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 (artículo 505) y Jalisco (artículo 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: artículos 373 y 374 del Código Procesal). 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 (artículo 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...” (artículo 505, fracción IV).³²

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 imputado. Así, se considera la procedencia de estos mecanismos si hay flagrancia (Venezuela: artículo 373, Jalisco: artículo 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”: artículo 505, fracción II).

La conformidad del imputado 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” (artículo 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 (artículo 406). En Venezuela se tiene el “procedimien-

³² 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 excede 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.

to por admisión de los hechos” (artículo 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 explica que procede esa vía si “el reo *[sic]* acepta su culpabilidad mediante confesión” (artículo 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 de 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...” (artículo 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 y el bien jurídico afectado. En delitos con violencia hacia las personas sólo se podrá reducir hasta en un tercio (artículo 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” (artículo 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 co-

rresponda”.³³ 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 (artículo 374).

Entre los ordenamientos que se han citado, sólo el de Chile contempla la oposición del querellante. 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...” (artículo 507, fracción IV).

VIII. 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 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.

³³ 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 (artículo 13 del Código Penal local).

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 conspiren 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 judicial,³⁴ 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: 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”.³⁵

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: artículo 64

³⁴ Una posibilidad inaceptable hasta hace poco en nuestra tradición legal, y aún prohibida en muchos ordenamientos de la región, como es el caso mexicano.

³⁵ Cfr. Diego Díez, Luis Alfredo de, *Justicia criminal consensuada: algunos modelos del derecho comparado en los Estados Unidos, Italia y Portugal*, Valencia, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, 1999, 207 pp., especialmente pp. 201 y ss.

del Código Penal). En muchas ocasiones, las figuras de autocomposición de dudosa constitucionalidad en los debates académicos tienen pocas probabilidades de ser planteadas 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 culpado 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, el 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 autómata al dar la sanción fija, tasada. En unos ordenamientos el legislador olvida al denunciante y al culpado, en otros se dan derechos de notificación y oposición y se hace énfasis en la decisión informada del culpado 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 culpado la trascendencia 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, etcétera.

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”.³⁶

También una nueva atribución implica nuevas capacidades. No por decreto una policía represora se puede transformar en una corporación

³⁶ Tomás Ramón Fernández Rodríguez en el prólogo al libro *La garantía en el Estado constitucional de derecho* de Antonio Manuel Peña Freire, Madrid, Trotta, 1997, 303 pp., cita de p. 14.

dedicada a la investigación criminal científica, ni un fiscal inquisidor puede devenir, espontáneamente, en 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 fue instrumentada la reforma costarricense que contempló que la investigación fuese transferida de la policía al fiscal, la inexperiencia de los nuevos fiscales propició 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 la 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 un respeto absoluto al principio de legalidad, se les había inculcado”.³⁷

Es decir, del 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 e 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 para 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

³⁷ Cuellar Cruz, Rigoberto y Cerrato, Celeste Aída, *La experiencia hondureña en el marco de la vigencia anticipada del nuevo Código Procesal Penal*, San Juan de Puerto Rico, Centro Interamericano para la Administración de Justicia y Política Pública, 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. Disponible en Internet: http://www.centrointeramericano.org/pdf/tut_04.pdf.

volvería a la actual doble victimización del denunciante, sólo que sería ahora sumarísima 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, estas demandas 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 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 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 Federal,³⁸ en la que se aplicó un cuestionario a internos de reclusorios del Distrito Federal, encontrando información reveladora. Por ejemplo, se señala que el 71% de los detenidos no tuvieron la asistencia de un abogado mientras estuvieron a disposición del Ministerio Público, y de aquellos que contaron con abogado no pudieron hablar a solas con él (70%), y en la mayo-

³⁸ 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, 23 de septiembre de 2002, 29 pp.

ría de los casos era abogado de oficio (63%).³⁹ Ya en el juzgado, en el 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 las 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 pueden compensarse a lo largo del tiempo con un uso eficiente de los recursos 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, dada su extensión. 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.

³⁹ 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 de maestría, México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 2003, 145 pp., cifra de p. 66.