

La reforma constitucional en materia penal de junio de 2008. Claroscuros de una oportunidad histórica para transformar el sistema penal mexicano

Guillermo Zepeda Lecuona*

El sistema penal es un complejo diseño institucional de pesos y contrapesos que busca mantener la convivencia pacífica entre los miembros de una sociedad, haciendo de la amenaza penal el último argumento del poder del Estado. En este delicado equilibrio se desarrollan mecanismos para controlar el derecho de sancionar del Estado, y se rodean de garantías los derechos fundamentales de las personas que se ven amenazadas por el proceso penal, como el patrimonio y la misma libertad de la persona.

El diseño de las instituciones procesales y de sanción refleja mucho de la constitución política y ética de una sociedad. Parafraseando a Gustav Radbruch, para conocer mejor a una sociedad hay que analizar sus códigos penales y hay que visitar sus cárceles.

El 19 de junio de 2008 se publicó una extensa reforma penal en materia de seguridad pública, justicia penal y delincuencia organizada. Quizá sea la reforma penal de mayor alcance desde 1917. En algunos rubros representa un salto cuántico para mejorar el sistema de justicia; en otros sectores se registran francos retrocesos. Un desafío mayúsculo será la instrumentación de las mejoras al sistema, enfrentando baja profesionalización de los operadores del sistema, inercias centenarias e intereses creados.

1). “Sistema de Juicios Orales”

Lo que se ha dado en llamar “Sistema de Juicios Orales” consiste en un conjunto de instituciones que pretenden lograr una mejora cualitativa y cuantitativa del sistema penal. En lo cualitativo se construye un sistema acusatorio (equilibrio entre atribuciones del ministerio público y el juez, dando la mayor relevancia al proceso penal y no a la averiguación previa como en la actualidad) y adversarial (equidad entre el ministerio público y la defensa del imputado), con oralidad, publicidad y equilibrio entre atribuciones oficiales y garantías ciudadanas (Art. 20).

Algunos puntos relevantes de este aspecto de la reforma son los siguientes:

- El eje del sistema penal pasa a ser el juez, que rige el proceso y controla la actividad de la policía y el ministerio público.

* Profesional Asociado del Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. gzepeda@cidac.org; www.cidac.org. El desarrollo de nuestras investigaciones sobre Seguridad Ciudadana, Justicia Penal y Derechos Humanos en México ha sido posible gracias a los generosos apoyos de las fundaciones William y Flora Hewlett, y John D. y Catherine T. MacArthur. Mil gracias.

- Todas las audiencias serán orales y grabadas, terminando con el anacrónico, ineficiente, bromoso y poco transparente sistema de expedientes escritos.
- Se establece un proceso con un juez imparcial con igualdad entre las partes (ministerio público que acusa y el abogado defensor que asesora al acusado)
- La audiencia pública da transparencia al proceso y le dejará claro a la sociedad los hechos y la forma en que están siendo juzgados
- **Sistema de salidas alternas**

SISTEMA DE SALIDAS ALTERNAS. La contraparte del juicio oral son las salidas alternas, de ahí la importancia de abordar, aunque sea brevemente este conjunto de mecanismos. El juicio oral: un conjunto de procedimientos penales con equidad, transparencia, con una defensa adecuada y con una investigación moderna, es el referente de todo el sistema. Toda persona que sea señalada como probable responsable de la comisión de un delito debe tener la certeza de que tiene derecho a un juicio oral con todas sus garantías.

Sin embargo, si los 200 mil procesos penales (sumando tanto los de competencia federal, como los de la local) que se presentan ante los jueces mexicanos cada año, se canalizaran hacia el juicio oral, el sistema simplemente se colapsaría, pues sería imposible contar con la infraestructura y el personal suficiente para desahogar las audiencias preparatorias y las propias de los juicios orales. Para que un sistema pueda instrumentar eficaz y eficientemente este modelo procesal, se requiere que no más del 7% o 10% de los casos llegue a juicio oral. En Chile hay regiones en las que apenas un 3% de los casos derivan en juicio oral. En Chihuahua, donde ya opera este sistema, durante 2007 en el Distrito Judicial de la capital del estado, de 7 mil casos ingresados sólo 700 llegaron a audiencias preparatorias hacia un juicio oral, de los cuales la gran mayoría se resolvieron por otras vías. Sólo ocho se desahogaron en juicio oral y una decena más está en proceso de llegar a esta instancia.

El resto de los casos se canaliza a las “salidas alternas”, que son: principio de oportunidad (en casos de delitos menores y no violentos, el ministerio público, por escrito, y sujeto a impugnación del denunciante, envíe al archivo algún caso, por considerar que no hay suficientes elementos para realizar una investigación); justicia alternativa (en los casos de conflictos incipientes como injurias, golpes que no implican lesión, algunas modalidades menores de conflictos familiares); acuerdos reparatorios (particularmente en casos de accidentes de tránsito, que actualmente representan una cuarta parte de los procesos penales); para delitos no violentos o para casos de personas acusadas por primera vez de cometer un ilícito se puede optar por la suspensión del procedimiento a prueba: si la persona repara el daño, paga una multa, se compromete a prestar servicios a la comunidad, a asistir a pláticas de orientación o terapia o a cumplir cualquier otra condición (como no acercarse a la víctima), su caso se archiva provisionalmente. Si la persona cumple las condiciones y no vuelve a tener acusaciones penales durante cierto tiempo, el caso se archiva en definitiva (en algunos casos si vuelve a ser acusado se reactiva el procedimiento anterior, además de que no puede suspenderse el nuevo caso). Así mismo, el “juicio abreviado”, consistente en que

la persona imputada libre e informadamente y siempre y cuando exista evidencia suficiente, a consideración del juez, sobre su responsabilidad, acepte su participación en los hechos o su responsabilidad, renunciando a presentar pruebas y alegatos, a cambio de recibir una sanción menos gravosa. Estos mecanismos se aplicaran por mecanismos simplificados, accesibles y orales.

En la mayoría de los sistemas reformados entre 60% y 90% de los casos se resuelve por estos mecanismos, quedando entre 10% y 20% de rezago por estar en proceso nuevas investigaciones, por estar pendiente una orden de captura, entre otros. Dada la importancia cuantitativa y cualitativa de los mecanismos alternativos al juicio oral es del mayor interés vigilar la instrumentación legal y práctica de estos mecanismos, pues de la información, asesoría y apoyo a la víctima en defensa de sus intereses, así como de la transparencia, imparcialidad y equidad del procedimiento (en un país con tantas desigualdades como el nuestro, en la que los más pobres son los usuarios del sistema más numerosos), dependen la eficacia y efectividad de las salidas alternas (restaurar el orden social, reparar el daño de la víctima y sancionar las conductas ilícitas) y la legitimidad de todo el sistema penal.

El sistema de descongestión de las salidas alternas se contemplan en el nuevo texto del artículo 17 constitucional, párrafo tercero: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”. A estos mecanismos se suma la posibilidad de que el ministerio público justifique el cese de la investigación: “El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley” (art. 21, párrafo 7°).

2) La reforma modifica la situación de todos los participantes en el proceso penal

Las dimensiones, expectativas y alcances de la reforma impactan a todos los actores del sistema:

- Como ya se refirió el juez pasa a ser el actor clave, al restaurarse su condición de rector del proceso y siendo éste el momento procedimental fundamental, que antes compartía con los alcances legales de la averiguación previa
- El ministerio público recibe el desafío de reinventarse como un servidor público que desarrolle una investigación con procedimientos modernos, que permitan perseguir el delito de manera efectiva y con respeto a los Derechos Humanos; las actuaciones que el misniterio público realizaba por sí y sin ningún contrapeso durante la averiguación previa, pierden la trascendencia legal que anteriormente tenían (como el valor probatorio); el ministerio público ahora comparte las atribuciones de investigación con la policía(Art. 21 pfo. 1°).; y pierde el monopolio de la acción penal, pues en esta área las víctimas reciben más atribuciones. A cambio gana la posibilidad de desestimar la investigación de delitos menores en los que no haya suficiente evidencia (principio de oportunidad) y gana un rol

estratégico en la utilización de salidas alternas, que, como se ha dicho, serían la vía más frecuente por la cual se concluirían los asuntos.

-Se dan más derechos a las víctimas (Art. 20, apartado C), entre ellos, la posibilidad de que en ciertos casos, especificados por la ley puedan ejercer la acción penal ante la autoridad judicial (Art. 21 pfo. 2°).

- Un sistema como el que se plantea demanda mayor profesionalismo y pericia de los abogados que intervienen en el sistema penal, por lo que se exige que los defensores sean abogados (en la actualidad cualquier persona puede llevar una defensa). Se señala que deberá desarrollarse un adecuado sistema de defensores públicos de buena calidad, para evitar que las personas pobres enfrenten el proceso con desventajas (Art. 17, pfo. 6°).

- Por lo que se refiere a la policía se le reconoce participación en la investigación de los delitos (Art. 21 pfo. 1°), cuya operación tendrá como características fundamentales ser Civil, disciplinado, profesional y coordinado (Art. 21 pfo. 10°). Por lo que se refiere a las policías municipales se vincula su actuación a directrices establecidas por la legislatura estatal y se introduce la posibilidad de que esta policía municipal reciba órdenes del gobernador de la entidad federativa: Art. 115, fr. VII, “La policía preventiva estará al mando del presidente municipal en los términos de la Ley de Seguridad Pública del Estado. Aquélla acatará las órdenes que el Gobernador del Estado le transmita en aquellos casos que éste juzgue como de fuerza mayor o alteración grave del orden público”.

3) Un desequilibrio inquietante

Como se apuntó al inicio de este texto, el sistema penal es un delicado sistema de pesos y contrapesos entre la potestad estatal de prohibir, procesar y castigar; el debido proceso; y los Derechos Fundamentales de las personas.

El sistema acusatorio comulga con trasladar las decisiones fundamentales al proceso, por lo que las actuaciones de investigación, no son si no una serie de indicios que brindarán las líneas de argumentación que tendrán que traducirse en hipótesis a probar durante las audiencias del proceso. Por ello, se “desformaliza” la investigación, es decir, la investigación del ministerio público y la policía ya no serán “actuaciones” transcritas, certificadas con firmas de los funcionarios y en hojas foliadas y cocidas. Ahora será una carpeta con los datos que vaya arrojando la investigación. Los testimonios y declaraciones que sean considerados como prueba serán los que se desarrollen ante el juez.

En consistencia con esta visión, al ministerio público ya no se le exige que acredite o “pruebe” ante el juez los indicios que tiene contra cierta persona señalada para que se le pueda capturar (Art. 16, pfo. 2°) o iniciar un proceso (Art. 19, pfo1°) en su contra. Ahora sólo se le pide que existan datos que “...establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión” (Art. 19, pfo1°).

Es decir, el “estándar” para sujetar a un proceso penal a una persona se reduce considerablemente. En el texto anterior se establecía que para capturar o sujetar a

proceso penal a una persona deberían existir "...datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado". De acuerdo con los artículos transitorios del decreto de reforma (ver apartado seis de este texto) esta reducción entraría en vigencia a más tardar en ocho años.

Esta reducción en los "requisitos" para sujetar a las personas a la molestia que implica un proceso penal obedece a un nuevo modelo y a unas nuevas instituciones (que deberán generarse, como veremos en algunos años) que, por el principio de legalidad y profesionalismo de los funcionarios, hagan poco probable que una autoridad de investigación como el ministerio público solicite capturar o procesar a una persona partiendo de meras sospechas o señalamientos sin fundamento.

El modelo aludido asume que si bien es indiscutible que someter a un proceso penal a una persona es una molestia mayor, se confía en que habrá un sistema profesional de investigación y acusación y un poder judicial imparcial y defensor del debido proceso, que reduzcan a su menor expresión la probabilidad de cometer un error judicial: someter a proceso a una persona inocente. En la actualidad, anualmente, aproximadamente 36 mil personas en el país fueron puestas a disposición de un juez y el ministerio público no fue capaz de demostrar su responsabilidad (en muchos casos estas personas fueron privadas de su libertad durante el proceso): 12 mil no son sometidas a proceso por que el juez consideró que no había elementos suficientes; 9 mil no llegan a sentencia porque antes los argumentos de la acusación se debilitaron o se mostraron insuficientes y 15 mil personas reciben sentencias absolutorias.

Aún en el extremo de que se pueda dar, como en cualquier sistema ocurre, la posibilidad de someter a proceso a un inocente, un sistema acusatorio debe extremar las precauciones (estableciendo garantías y exigiendo la argumentación exhaustiva del ministerio público y la defensa del procesado) para cometer la mayor injusticia y acto de molestia que se le puede cometer a una persona sometida a proceso: privarlo de su libertad.

Y aquí es donde existe un desequilibrio inquietante: El "estándar" de procesamiento se reduce, conforme con el nuevo modelo; pero el régimen de prisión preventiva mantiene muchos de los rasgos del sistema anterior. Efectivamente, aunque el texto señala que la prisión preventiva sería la última medida a considerar se persiste en establecer delitos inexcusablees, esto es, basta que el proceso se inicie por esos delitos para que la persona procesada permanezca en prisión hasta la sentencia. Se inaugura la práctica de establecer en la propia Constitución delitos inexcusablees: "...en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos" (Art. 19, pfo 2°). La reforma no se atrevió a renunciar a los catálogos de delitos inexcusablees establecidos por las legislaturas de los estados, siempre en constante expansión y que han llegado a incluir más de un centenar de modalidades delictivas. Habrá que ver el uso de qué "armas" (podrían ser navajas u objetos contundentes) son sancionadas por el

legislador (como lo autoriza la Constitución) para que se aplique, sin argumentación o defensa alguna, la prisión a los procesados. Además, se establece que la ley también podrá considerar prisión preventiva para delitos "...en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud" (Idem).

Establecer catálogos de delitos inexcusables es contrario a las directrices del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las que México, en ejercicio de su soberanía, ha aceptado ceñirse. En este caso, se violenta significativamente la lógica de un sistema acusatorio y protector de los Derechos Humanos.

Un sistema que baje el "estándar" para procesar, manteniendo criterios severos de aplicación de la prisión preventiva puede afectar al sistema penal naciente en dos frentes principales. Por una parte, cabe la posibilidad de que se mantenga la práctica actual de aplicación excesiva de prisión preventiva. El otro sesgo que podría derivarse de este régimen de prisión preventiva que no se atrevió a desmontar la reforma, es que, con tal de huir de la sanción anticipada de prisión preventiva, los acusados de un número muy importante de delitos (por ejemplo de robo con arma, según el alcance que le dé el legislador) preferirían irse a una salida alterna (que en algunos casos implica reconocer la participación en el ilícito y la reparación del daño, quedando con antecedentes penales), frente a la opción de quedar en prisión mientras defiende su inocencia. Sería una paradoja mayúscula y una injusticia palpable que minaría la legitimidad del nuevo sistema.

4) Régimen especial para la delincuencia organizada

Esta es la parte que más críticas ha recibido, pues implica un régimen de excepción. Es decir, el nuevo modelo acusatorio o sistema de juicios orales, apuesta por una investigación profesional y un control judicial a favor de las garantías de los procesados y las víctimas. Sin embargo, en casos en los que la autoridad acuse a una persona por delitos de delincuencia organizada, se acepta preservar un proceso con muchos de los vicios del sistema anterior, en aras de "facilitar" a la autoridad el procesamiento de los acusados por estos delitos.

Esto es, se reducen las garantías que la reforma da al resto de las personas en el nuevo sistema y se mantienen "subsidios" a las investigaciones deficientes, concediendo ventajas al ministerio público. Las personas acusadas de delincuencia organizada sufrirán en todos los casos, por disposición constitucional, prisión preventiva; podrán estar en centros especiales de reclusión (aunque estén lejos del lugar donde vive su familia y abogados); se le podrá dar valor probatorio a diligencias realizadas por el ministerio público durante la investigación y se pueden introducir al proceso pruebas no sancionadas en una audiencia de juicio oral; así mismo, los inculcados podrán estar sin acusación formal, arraigados hasta por 80 días, se les puede ocultar la identidad de sus acusadores, así como prohibir careos con sus denunciantes o testigos.

Las autoridades plantean la posibilidad de un sistema penal moderno y acorde con una sociedad democrática y el Estado de derecho, pero se reserva ventajas y rasgos inquisitivos y premodernos para procesar a las personas señaladas como probables responsables de delitos considerados de delincuencia organizada. Algunos partidarios de éste régimen argumentan a su favor el que se establece la federalización de esa materia, es decir, al aparecer la nueva legislación federal, las legislaciones de delincuencia organizada de los estados dejarían de estar vigentes (Art. 73, fr. XXI, pfo. 1° y décimo primer artículo transitorio de la reforma).

5) Disposiciones sobre Seguridad Pública

Se le dan facultades de investigación a la policía (Art. 21, pfo. 1°). Se introduce una descripción de la seguridad pública: "... es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala" (Art. 21, pfo. 9°).

Se agregan a los principios que rigen la actuación las instituciones de seguridad pública (principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez) los principios de objetividad y de respeto a los Derechos Humanos (Art. 21, pfo. 9°).

Se enfatizan las disposiciones sobre los lineamientos profesionalizantes y de coordinación que deben orientar a los tres niveles de gobierno en el sistema nacional de seguridad pública. Sin embargo, es contradictorio decir que se pretende profesionalizar y establecer una carrera para los miembros de los cuerpos de seguridad; en tanto que en la misma reforma, por cambios al art. 123 se limita su estabilidad laboral.

6) Los tiempos de entrada en vigencia de la reforma

Parte de la complejidad de la reforma es que algunos de sus preceptos ya establecidos en la Constitución entrarán en vigencia en diversos términos. Por ejemplo, las reformas orientadas a la restauración del sistema acusatorio y los juicios orales, salidas alternas reducción del "estándar" para procesar, entrarían en vigencia, de acuerdo con las reformas legislativas y el proceso de desarrollo institucional y capacitación en las diversas entidades federativas, en no más de ocho años (segundo artículo transitorio de la reforma).

Lo referido al ámbito de la seguridad pública entraría en vigencia en seis meses y los ajustes a la legislación local en materia de seguridad pública se deberán emitir en el término de un año (séptimo artículo transitorio de la reforma). Las reformas en materia penitenciaria (cambio de "readaptación" por el de "reinserción" y el establecimiento del juez de control de sentencias) entrarían en vigencia en tres años (quinto artículo transitorio de la reforma). Las disposiciones en materia de delincuencia organizada entran en vigencia de inmediato, quedando supeditado solamente a la transformación en la legislación de la materia. En tanto, seguirán

en vigencia la legislación federal y las locales en dicho régimen (sexto artículo transitorio de la reforma).

7) Desafíos para la implementación

La transformación normativa es apenas uno de los componentes de un proceso de reforma penal. Además de la instrumentación a través de los ajustes a la legislación (como los códigos de procedimientos penales, leyes de seguridad pública, leyes de justicia alternativa, ley de defensoría pública, entre otras), debe invertirse en infraestructura, desarrollo de las instituciones, capacitación, transformación de los procedimientos al interior de las organizaciones, así mismo, influye de manera fundamental en el proceso de administración del cambio, el contexto social, político, económico y, particularmente, delictivo del país y sus regiones (No será lo mismo la reforma en Aguascalientes que en Sinaloa o Michoacán).

Se puede decir que el 80% del éxito de una reforma penal está en su instrumentación. Reformas legales poco significativas, pueden desarrollar todo su potencial si son adecuadamente instrumentadas; en tanto que, reformas de gran alcance y con gran desarrollo normativo pueden resultar en fracasos, si no son implementadas de manera adecuada.

La experiencia comparada muestra desafíos y precauciones fundamentales:

- * Además del cambio legal e institucional implica un cambio cultural
- * Que el desarrollo normativo de la reforma (cambios legales y nuevos códigos), respete y amplíe la tendencia de la reforma y no la sabotee
- * Fortalecimiento de las instituciones que instrumentaran el nuevo sistema (mejor policía, mejores abogados, defensores de oficio efectivos)
- * Proceso de instrumentación adecuado y gradual que permita arraigar el nuevo sistema y enfrente con éxito inercias que en algunos casos tienen siglos.

En lo que se refiere a la reforma mexicana de junio de 2008 se pueden señalar algunos puntos críticos a considerar para su implementación:

Debe realizarse la instrumentación del modelo en las leyes secundarias con mucho cuidado, pues es normal que en los procesos de reforma los litigantes y los funcionarios del anterior sistema aprovechen cualquier laguna legal, para reproducir prácticas del modelo anterior.

Así mismo, muchos avances constitucionales tendrán que ser defendidos en los tribunales, que al interpretar los casos más controvertidos, deberían fallar en el sentido de un sistema acusatorio moderno y no con base en criterios anteriores que fortalecían los rasgos inquisitivos del sistema anterior.

Ya se mencionó que en la instrumentación de las salidas alternas, deben establecerse audiencias que garanticen que las partes conozcan sus derechos y

que los acuerdos y soluciones propuestas se resuelvan ante una instancia imparcial (como podría ser un juez), pues de otra forma (por ejemplo si se concilian ante el ministerio público o se llega a un acuerdo reparatorio en la procuraduría), más que buscar llegar a una solución que restaure el orden y la convivencia, la autoridad tendría incentivos para forzar un acuerdo con tal de quitarse un caso de encima, “resolviendo” el asunto.

En cuanto a la delincuencia organizada, mucho dependerá de cómo se instrumenten en la legislación los alcances de la noción delincuencia organizada. Podría generar incentivos a que los ministerios públicos planteen el caso como de delincuencia organizada (pues es el que les ofrece mayores plazos y más ventajas procesales). Además de que sería más fácil obtener una condena. Incluso en el caso de que al final del proceso se diera una absolución o se rectificara que los hechos no correspondían al delito de delincuencia organizada, ya se habrían tenido más instrumentos para investigar, así como la amenaza velada de someter al procesado a prisión preventiva.

También podría generar un “efecto contagio” en la medida que algunos funcionarios perciban que los instrumentos procesales premodernos son más eficaces para sus objetivos, que los del nuevo sistema penal acusatorio.

De esta forma, estamos ante una reforma de claroscuros, que si bien representa un salto cualitativo en cuanto al sistema acusatorio y sistema de juicios orales, presenta el desafío de aprender lecciones de los procesos de reforma de otros países, para desarrollar a plenitud los objetivos del nuevo sistema: un proceso más justo, equitativo, transparente y con pleno respeto a los Derechos Humanos. Por otra parte, la sombra de un régimen de excepción en materia de delincuencia organizada, significa un grave retroceso en los Derechos Humanos en el país.

Los tiempos para preparar el nuevo sistema son breves y los desafíos mayúsculos. Para lograr el mayor progreso y la mejor instrumentación de las transformaciones, es necesario un proceso gradual y estratégico, que permita capitalizar la oportunidad de mejorar nuestro sistema penal, una asignatura que no puede permanecer pendiente.