

Nova Iustitia

Revista Digital de la Reforma Penal

ISSN: En trámite

Publicación trimestral

Noviembre 2012, Año. I, Número 1



Hacia un modelo de oralidad en la justicia penal mexicana. El significado del símbolo de la UNESIRP

Justicia restaurativa - nacimiento de una Era

La reforma procesal penal. Variables asociadas a la planificación técnica y política del cambio

¿Se han cumplido los objetivos que justificaron la reforma penal en Colombia? Seis objetivos en siete años del sistema acusatorio

México, el modelo indicado para México

El proceso penal guatemalteco

La implementación del modelo acusatorio con tendencia a lo adversarial en el sistema de justicia penal del Perú

Nova Iustitia

Revista digital de la Reforma Penal

Año I, No. 1, Noviembre 2012



Nova Iustitia

Revista digital de la Reforma Penal

Director General

Israel Alvarado Martínez

Directora Editorial

Paola Arízaga Castro

Comité Editorial

Dra. Beatriz Eugenia Ramírez Saavedra

Mtro. Gabriel Calvillo Díaz

Dr. Gerardo García Silva

Dr. Germán Guillén López

Dr. Israel Alvarado Martínez

Dr. Raúl Guillén López

Mtro. Ricardo López Ruíz

Directora de Diseño

Rosa Estela Gómez Huerta

Corrección

Adziri Olinca Fernández Bustos

Colaboradores

Israel Alvarado Martínez

Paola Arízaga Castro

César Barros Leal

Hesbert Benavente Chorres

Rafael Blanco Suárez

Adziri Olinca Fernández Bustos

Carlos Andrés Guzmán Díaz

José Daniel Hidalgo Murillo

Reina Lucy Salazar Estrada

Administración de Contenidos de Página WEB

Francisco Javier Aguilar Salas

Revista NOVA IUSTITIA, Año 1. No. 1, Noviembre 2012, es una publicación trimestral editada, por la Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal, Poder Judicial del Distrito Federal, Tels: 5130 4903 y 5130 4922, correo electrónico: unesirp.revista@gmail.com. Reserva de derechos al uso exclusivo No.En trámite. ISSN: En trámite. Certificado de Licitud de Título y Contenido: En trámite; ambos otorgados por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del editor.

CONTENIDO

	Página
Editorial.....	5
 Hacia un modelo de oralidad en la justicia penal mexicana. El significado del símbolo de la UNESIRP.....	 7
Israel Alvarado Martínez, Paola Arízaga Castro y Adziri Olinca Fernández Bustos	
 Justicia restaurativa. El nacimiento de una Era	 35
César Barros Leal	
 La reforma procesal penal. Variables asociadas a la planificación técnica y política del cambio	 63
Rafael Blanco Suárez	
 ¿Se han cumplido los objetivos que justificaron la reforma penal en Colombia? Seis objetivos en siete años del sistema acusatorio	 81
Carlos Andrés Guzmán Díaz	
 México, el modelo indicado para México	 97
José Daniel Hidalgo Murillo	
 El proceso penal guatemalteco	 109
Reina Lucy Salazar Estrada	
 La implementación del modelo acusatorio con tendencia adversarial en el Sistema de Justicia Penal del Perú	 115
Hesbert Benavente Chorres	

EDITORIAL

Mensaje de Bienvenida

Con la publicación del Decreto mediante el cual se modifican los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de nuestra Constitución, se crea un nuevo sistema de justicia penal de corte preponderantemente acusatorio y oral, que busca un cambio radical desde el proceso de investigación de los delitos, hasta la modificación de las penas.

A partir de la publicación de este decreto —el 18 de junio de 2008—, los estados de la República, el Distrito Federal y la Federación cuentan con un plazo de ocho años para realizar las adecuaciones pertinentes y transitar hacia un nuevo Sistema Penal Acusatorio (SPA), que implica un cambio de leyes, la introducción de mecanismos alternativos de solución de controversias, la creación de nuevas figuras jurisdiccionales, así como la transformación de las instituciones en los tres Órganos de Gobierno.

El Tribunal Superior de Justicia, la Consejería Jurídica y de Servicios Legales, la Procuraduría General de Justicia, la Secretaría de Gobierno y la Asamblea Legislativa, todos ellos del Distrito Federal, han trabajado conjuntamente con la finalidad de diseñar, promover y ejecutar las reformas legales, así como los cambios organizacionales que requiere la Ciudad de México para cumplir a cabalidad con lo establecido en la reforma constitucional.

El reto que implica la implementación de la reforma constitucional del sistema mexicano de seguridad y justicia va más allá de meras adecuaciones normativas, es una transformación que requiere cambios sustanciales en áreas como: capacitación, infraestructura, informática y justicia alternativa, entre otras. Es un cambio que

responde a las exigencias de una ciudad de vanguardia que busca hacer respetar todas las decisiones de vida en el marco de la ley.

En ese sentido, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, a través de la Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal (UNESIRP), ha venido realizando diversas actividades de difusión, con la finalidad de dar a conocer a quienes integran los tres órdenes de gobierno del Distrito Federal y a la sociedad en general, los alcances de la reforma y su impacto en la impartición de justicia.

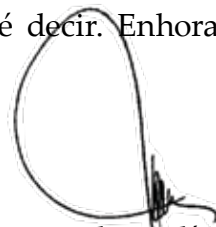
Es así como nace *Nova Iustitia*, un espacio dedicado a investigadores, expertos, académicos, divulgadores y, todos aquellos interesados en plasmar sus reflexiones y no pasar por alto las exigencias que nos merece un cambio de tales dimensiones.

Es de gran importancia que tanto las instituciones involucradas, como la sociedad, caminemos de la mano hacia una implementación gradual y sistemática, que se caracterice por resultados concretos que atiendan con la mayor eficacia a una justicia de primer orden.

El Poder Judicial del Distrito Federal tiene el gran compromiso de ir al frente en los cambios nacionales y a colaborar con su experiencia en la formulación del marco normativo, así como de acatarlo puntualmente. Seremos centinelas de los valores más importantes de la sociedad.

No dudo que *Nova Iustitia* será un medio que sabrá transmitir a sus lectores quiénes somos y qué estamos haciendo para dar cumplimiento al mandato constitucional.

La justicia tiene voz, y tiene mucho qué decir. Enhorabuena *Nova Iustitia*.



Dr. Edgar Elías Azar
Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal

HACIA UN MODELO DE ORALIDAD EN LA JUSTICIA PENAL MEXICANA. EL SIGNIFICADO DEL SÍMBOLO DE LA UNESIRP

Israel ALVARADO MARTÍNEZ ¹

Paola ARÍZAGA CASTRO²

Adziri Olinca FERNÁNDEZ BUSTOS³

«¡Triste época la nuestra! Es más fácil desintegrar
un átomo que un prejuicio»
Albert Einstein (1879-1955)

SUMARIO: Introducción; 1. Hacia un modelo de oralidad. Un cambio de paradigma constitucional; 2. El desarrollo del *juicio oral* o *audiencia de debate*; 3. La tradición oral en México; a. México Prehispánico,

¹ Doctor en *Ciencias Penales y Política Criminal* por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). Consejero de la Judicatura del Distrito Federal; Titular de la Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (UNESIRP); miembro del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal en el Distrito Federal; Profesor Investigador Invitado del INACIPE; Investigador Nacional Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). israel.alvarado@inacipe.gob.mx

² Licenciada en *Ciencias de la Comunicación* y Especialista en *Habilidades Directivas* por la Universidad Mexicana, Maestra en *Comunicación Organizacional* por la Université de Montréal, Quebec, Canadá. Secretaria Técnica del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal con funciones de asesora de Comunicación y Difusión en la Implementación de la Reforma Penal de la UNESIRP; Directora Editorial de la Revista *Nova Iustitia*, Órgano de difusión de la UNESIRP. Cuenta con un Diplomado en *Litigación Oral Internacional* por la Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile.

³ Licenciada en *Ciencias de la Comunicación y Periodismo* por la Universidad Nacional Autónoma de México. Subdirectora de información de comunicación social del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, adscrita a la UNESIRP.

b. El Virreinato, **c.** Siglos XIX y XX. El jurado popular, **d.** La oralidad en la historia reciente de México; **4.** Formas antiguas de escritura; **5.** El uso de símbolos en la cultura mexicana; **6.** Los códigos; **7.** La *vírgula* o *voluta*; **8.** El significado del símbolo de la UNESIRP; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Resumen

Oralidad en el proceso no es sinónimo —necesariamente— de respeto de garantías, un modelo oral se basa en una herramienta —y no un principio— denominado oralidad, que no es más que una forma alternativa al modelo de escrituración que sirven —ambos— para sustanciar un proceso, sea este inquisitivo, acusatorio. Esa herramienta consiste en «tomar parte», a fin de hacer preguntas y obtener respuestas, no solo de ser oído en una audiencia, por más que esta sea pública, continua y el juez esté presente.

Ante la necesidad de adoptar modelos procedimentales basados en la lógica de la oralidad y el respectivo abandono de los modelos de escrituración de nuestra costumbre «reciente», el Poder Judicial del Distrito Federal adoptó un símbolo, que refleja la adopción de la oralidad mediante el uso de volutas, las que representan la palabra oral como vehículo de comunicación que une a los hombres en un mismo acontecimiento, una interacción de los participantes dentro de lo que se dice y se hace, mediante un discurso de índole sagrada, pues acaso pretende que ese diálogo se eleve a una de las deidades más escurridizas: Iustitia, pues esta, como toda divinidad, solo se presenta a quien cree en ella.

Abstract

Verbal expression in the process is not necessarily synonymous of warranties of respect; an oral model is based on a tool and it is not based on a principle called verbal process, which is simply an alternative way to the model of writing that both work for substantiating a process, if it is inquisitive, accusatory. That tool is to «take part» in order to ask questions and get answers, not only to be heard in a hearing, even though this hearing is public, continue and the judge is present.

Given the need for procedural models based on the logic of verbal expression and the respective abandonment of the writing models of our «recent» custom, the Federal District Judiciary adopted a symbol reflecting the adoption of verbal expression using volutas which represents the oral word as a communication vehicle that brings men together in one similar event, an interaction of the participants in what it is said and it is done, through a sacredness speech, perhaps it is intended that this dialogue rises to one of the most elusive deities: Iustitia, as all divinity, it only comes to those who believe in it.

Introducción

Este documento parte de una premisa: en México existe la obligación constitucional de adoptar un modelo procesal penal de corte acusatorio que adopte la lógica de las audiencias orales.

Pero adoptar la oralidad puede resultar confuso en algunas ocasiones, confundiendo la mera «lectura de constancias»

—de viva voz de los intervinientes— con esta herramienta.

Pretendemos dar una somera introducción de lo que es la oralidad y cómo se inserta en un modelo procesal acusatorio y damos un muy superficial recorrido de algunas etapas de México en el que ha existido la oralidad como forma de sustanciación del proceso, para contrastar como oralidad no es sinónimo de garantismo o de un sistema penal acusatorio.

Hacia el final del documento, explicamos la evolución de las formas antiguas de escritura en general y enfatizamos en el uso de símbolos en la cultura mexicana, en particular la relevancia del uso de los códigos como expresión de la idiosincrasia mexicana y la gran relevancia de la figura de la vírgula o voluta, como iconografía central de la identidad de la *Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, UNESIRP.

1. Hacia un modelo de oralidad.

Un cambio de paradigma constitucional

Oralidad en el proceso no es sinónimo —necesariamente— de respeto de garantías, ni de igualdad de armas, intermediación, concentración, oportunidad, continuidad o cualquier otro principio de los que informan al Sistema Penal Acusatorio⁴ (SPA) que ahora parecen estar en la mira de todos.

⁴ Vale la pena señalar desde este momento que respecto de la denominación del «modelo procesal» adoptado en virtud de la reforma constitucional contenida en el decreto de 2008-06-18, el propio Constituyente fue inconsistente en su regulación, pues de la lectura de los artículos transitorios correspondientes se puede observar que de

La reforma procesal penal es un proceso complejo que, en buena medida, se explica como una evolución necesaria, incluso una reacción frente a los sistemas de procuración e impartición de justicia actuales. La modificación al sistema penal surge como respuesta a la frustración por la justicia y el interés por perfeccionar los sistemas jurídicos⁵.

manera indistinta se refiere a dicho modelo procesal como *sistema procesal penal acusatorio*, *sistema penal acusatorio*, *sistema procesal acusatorio* y *sistema de justicia penal*, prefiriendo nosotros la utilización del término arriba referido.

⁵ El modelo de enjuiciamiento criminal que practicamos ha generado una serie de críticas y quejas, entre ellas: a) El proceso es lento y burocrático; b) El juzgador resuelve tomando como base únicamente al expediente; c) No se presentan las condiciones necesarias para el ejercicio adecuado del derecho de defensa; d) Existe poca transparencia en el desarrollo de algunas etapas del proceso, lo que facilita la aparición de irregularidades y corrupción; e) Se presenta un gran rezago durante el trámite de averiguaciones previas y resolución de juicios penales; f) Por privilegiar a la legalidad, se recurre al sistema de enjuiciamiento criminal para solucionar conflictos jurídicos que podrían haberse solucionado por otras vías más rápidas, menos costosas y con mayores grados de satisfacción para el ofendido, y g) Trato poco digno tanto a la víctima como al imputado. *Vid.* GUILLÉN LÓPEZ, Germán y ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, «La formación jurídica de los abogados frente al sistema penal acusatorio», *Defensa penal. Interpretación y análisis jurídico*, marzo 2011, pp. 13 y 14, así como ARÍZAGA CASTRO, Paola y ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, «El papel de la comunicación organizacional frente al cambio», *Revista El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, no. 8, abril 2011.

En este modelo de escrituración, como señala DUCE⁶ «...en varios países de la región, el principal medio a través del cual se toman decisiones... es el del intercambio de escritos entre las partes, que le permiten luego al juez contar con la información básica para resolver el asunto controvertido, lo que también hace por escrito, por vía de una resolución judicial que se adjunta al expediente».

Dicho cambio, a nivel de *cisma jurídico*, implicó una expresión constitucional diferenciada y reflejada en la adopción de una política criminal de «tres velocidades, una primera que aplica como generalidad, una segunda de excepción y una tercera todavía más restringida y especializada. Como *primera velocidad*, se contempla la regulación de un proceso penal acusatorio y oral que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación para todas las figuras delictivas (art. 20 constitucional)»⁷.

Pero vale la pena hacer algunas acotaciones relativas a la figura de la oralidad y la mitificación que la rodea.

Orales eran los procesos que se instauraban ante el Tribunal de la Santa Inquisición y no por ello se pensaría que era un mecanismo *ad hoc* para garantizar el debido proceso. También son orales actualmente los procedimientos llevados ante los Tribunales Laborales (Tribunales,

Juntas o la denominación que hayan adoptado) y lo que menos existe es la igualdad de armas ni la posibilidad de que se presente el principio de contradicción.

Un modelo oral se basa en una herramienta —y no un principio— denominada oralidad, que no es más que una forma alternativa al modelo de escrituración que sirven —ambos— para sustanciar un proceso, sea este inquisitivo, acusatorio o los estadios intermedios o transicionales que se presenten entre estos extremos.

Refiere SFERLAZZA que «Al término “oralidad” se le puede atribuir el significado de “comunicación del pensamiento mediante la pronunciación de palabras destinadas a ser oídas”»⁸, pero de lo que se trata, es de «tomar parte», a fin de hacer preguntas y obtener respuestas, no solo de ser oído en una audiencia, por más que esta sea pública, continua y el juez esté presente.

Para HIDALGO MURILLO⁹, para construir un «juicio oral pleno» es necesaria la vigencia amplia del principio acusatorio, necesitándose para ello la separación absoluta entre la figura del juez y la del acusador *responsable*, que haya preparado él mismo la acusación, se haga cargo de ella y la construya de un modo que permita un verdadero contradictorio, en tanto que SENTÍES sostiene que:

⁶ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile 2007, p. 125.

⁷ ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México 2012.

⁸ SFERLAZZA, Ottavio, *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*, Fontamara/CEPOLCRIM/Aquesta terra, Colección doctrina jurídica contemporánea, núm. 31, México 2011, p. 73.

⁹ HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal*, Porrúa, Universidad Panamericana, México 2009, p. 154.

"...la oralidad
no debe
entenderse
como una mera
verbalidad..."

...la oralidad es sólo una técnica que no puede por sí misma convertirse en el eje rector de una reforma integral¹⁰.

Se buscó como característica la oralidad frente al procedimiento escrito, atendiendo a la protección de garantías en el proceso como una tutela a los derechos Humanos, siendo considerado ello, como el aspecto total en la práctica de las diligencias, pues el desarrollo de éstas será mediante un debate oral; por ende, es una de las características más importante en la forma en que se debe llevar a la práctica el sistema, en la medida que garantiza una relación directa, entre los sujetos procesales y el Órgano Jurisdiccional.¹¹

Insistimos, la oralidad no debe entenderse como una mera *verbalidad*, al estilo del proyecto de reforma impulsada por el entonces presidente de la República Vicente Fox Quezada, como «el predominio de la palabra hablada en la audiencia pública»¹², pues se cometen errores al grado de desnaturalizar la figura, convirtiendo las *salas de juicio* en auténticas «salas de lectura» de los escritos que se siguen elaborando —por todos los intervinientes (fiscales, defensa y juzgadores)— para ser leídos en dicho local.

Bajo estas premisas, la Constitución Federal prevé desde mediados de 2008 un nuevo paradigma procesal que abandona al modelo de escrituración para darle vida *nuevamente* al modelo oral que le dará mayor transparencia al sistema de enjuiciamiento actual.

Esta transparencia se ve reflejada en la absoluta publicidad de las audiencias, a las que pueden acudir todos los ciudadanos, y así observar la manera en que trabajan y toman sus decisiones los jueces, los razonamientos empleados por las partes, y las solicitudes y planteamientos que realizan fiscales, defensores y abogados querellantes.

El juicio oral es por excelencia la sede en la cual se despliegan los relatos en competencia, sobre la base de un conjunto de reglas que delimitan las atribuciones, derechos y deberes de las partes del juicio. Sin embargo, en cada audiencia de la fase de investigación se propende

¹⁰ SENTÍES CARRILES, Alejandro, Tesis para obtener el grado de Doctor en Ciencias Penales y Política Criminal en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, *im.*

¹¹ *Ibidem.*

¹² Proyecto de Reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, 29 de marzo del 2004.

el mismo estilo de debate oral donde las partes —sobre la base de argumentaciones y antecedentes— intentan persuadir a un tercero imparcial sobre sus pretensiones, en pos de una decisión favorable.¹³

La oralidad se vincula con la forma de organizar el debate entre partes, con la forma de organizar el acceso al juez y con la forma de instalar el debate entre intervinientes.¹⁴ El método para resolver las cuestiones principales que se sometan a debate será la realización de audiencias a las que deberán comparecer los intervinientes en el proceso, en ellas las partes deben presentar oralmente sus peticiones y argumentos, los cuales, a la vez, deben ser resueltos de la misma forma por parte del juez¹⁵. Arribar al juicio oral supone por parte del órgano acusador contar con un relato acompañado de antecedentes que lo respaldan; tales como, declaraciones de testigos o peritos, documentos en los cuales se basa, funda y sostiene el relato de los hechos que alega el acusador, pruebas materiales, etc.¹⁶

La lógica de la oralidad consiste en que «los intervinientes de una audiencia logren expresar y fundamentar verbalmente las peticiones que realizan a los jueces, debiendo para ello saber no solo expresarse correctamente, sino agrupar la información, desarrollar líneas de argumentación consistentes, verosímiles, respaldables y simples» que satisfagan los «estándares, normas y criterios existentes sobre el punto en debate, y al mismo tiempo aportar elementos útiles para el rol de decisión del juzgador».¹⁷

«El nuevo sistema resulta más entendible para el ciudadano, a lo cual contribuye la publicidad de las audiencias, la lógica de juicios orales y el nivel de atención que los actores deben dispensar a víctimas y victimarios, explicándoles sus derechos, las acciones que se desarrollarán, las decisiones que se tomarán, entre otros aspectos».

Adoptar modelos procedimentales con la lógica de la oralidad, permite eficientar la transparencia que permite al cliente controlar de un modo más efectivo el trabajo de los abogados que los representan en estrados, al tiempo que genera condiciones favorables

«un proceso
completamente
oral es una
utopía que se
podría llevar
a cabo solo a
un costo social
altísimo»

¹³ BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Legal Publishing/Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile 2008, p. 17.

¹⁴ ALVEAR, Soledad y BLANCO SUÁREZ, Rafael, *Diálogos sobre la reforma procesal penal, gestación de una política pública*. Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile 2010, p. 37.

¹⁵ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *op. cit.*, p. 125.

¹⁶ BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al.*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁷ ALVEAR, Soledad y BLANCO SUÁREZ, Rafael, *op. cit.*, p. 37.

para inhibir a todos los actores de conductas indebidas.

Sin embargo, al momento de diseñar el modelo normativo que debe ser aplicable, debe tenerse en cuenta esto, a fin de no caer en el error de regular principios a ultranza que no tengan eficacia al momento de su aplicación, «un proceso completamente oral es una utopía que se podría llevar a cabo solo a un costo social altísimo»¹⁸, por lo que el sistema inquisitorio al aplicar métodos menos garantistas «es capaz de contrarrestar y erradicar las más peligrosas y agueridas organizaciones criminales», debiendo tener muy presente «las desventajas que pueden derivar del sistema acusatorio, principalmente en los países con una alta tasa de criminalidad y, en particular, en aquellos en los cuales es mayor la presencia de fuertes organizaciones criminales»¹⁹, como México.

¹⁸ SFERLAZZA, Ottavio, *op. cit.*, p. 77

¹⁹ El inconveniente está en el hecho de que el sistema inquisitivo «no garantiza suficientemente el riesgo de que sea condenado un inocente; pero sobre todo permite al poder político utilizar el proceso penal como “instrumento” para limitar la libertad de los ciudadanos y condicionarlos a la aceptación. (...) Bajo este perfil, el sistema acusatorio es más respetuoso de los derechos fundamentales, pero, sobre todo, le dificulta en mayor grado al poder político el manipular los hechos y construir la verdad de Estado». SFERLAZZA, Ottavio, *Proceso acusatorio...*, *op. cit.*, p. 65.

2. El desarrollo del juicio oral o audiencia de debate²⁰

Por disposición constitucional²¹ la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se presentarán de manera pública, contradictoria y *oral* en todas las audiencias, tanto la de juicio, como las preliminares al juicio.

Grosso modo, la forma en que se desahoga la audiencia de debate —que es la paradigmática en lo que a la oralidad se refiere— es la siguiente:

1) El órgano técnico de acusación fija su postura de acusar mediante un discurso breve denominado «discurso de apertura», en el que plantea una estrategia lógica a manera de «idea central que se adopta para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica»²², denominada teoría del caso.

²⁰ Respecto de este apartado, véase ARÍZAGA CASTRO, Paola y ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, «Procesos de comunicación en el juicio, en el marco del SPA», *Defensa Penal Interpretación y Análisis Jurídico*, enero 2012.

²¹ Art. 20, apartado A, fracciones IV y X.

²² Al respecto, ver BLANCO SUÁREZ, Rafael et al., *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Legal Publishing/Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile 2008, p. 18. No obstante que es hasta la audiencia de juicio oral, los autores sostienen que «...en cada audiencia de la fase de investigación se propende el mismo estilo de debate oral donde las partes —sobre la base de argumentación y antecedentes— intentan persuadir a un tercero imparcial sobre sus pretensiones, en pos de una decisión favorable.

«Arribar al juicio oral supone por parte del órgano acusador contar con un relato acompañado

2) El órgano técnico de defensa, a su turno, «desplegará un relato paralelo que, apoyado igualmente en los antecedentes recopilados durante su investigación o por el propio Ministerio Público, intentará desdibujar el relato de la fiscalía, explicando los hechos desde una óptica diferente»²³. Esto lo hará en su respectivo «discurso de apertura».

3) Ambas partes tendrán derecho a presentar a los testigos que sostienen el relato de los hechos en los que se basan sus teorías de los hechos. La finalidad es someter la prueba a controles horizontales entre las partes mediante las figuras de los exámenes directos²⁴ o interrogatorios y los exámenes indirectos o contrainterrogatorios²⁵.

de antecedentes que lo respaldan; tales como, declaraciones de testigos o peritos, documentos en los cuales se basa, funda y sostiene el relato de los hechos que alega el acusador, pruebas materiales, etc.», véase p. 17.

²³ *Ídem*. «El defensor tendrá que optar por la construcción de un relato alternativo (defensa positiva) o basado en la concentración puntual sobre problemas, inexactitudes o contradicciones de las pruebas de la fiscalía (defensa negativa), o combinar ambas modalidades de un modo coherente y verosímil».

²⁴ El examen directo es la «revisión de los testigos propios durante el desarrollo del juicio oral, a través de las preguntas formuladas por el litigante que los presenta». Véase BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Legal Publishing/Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile 2008, p. 168.

²⁵ También llamado contraexamen, implica «confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio», según lo preceptuado en el art. 330, párrafo segundo del Código Procesal Penal de Chile. Blanco nos da una aproximación a esta figura al

4) Al finalizar las intervenciones, los litigantes tendrán derecho a presentar una exposición o argumentación final «con la finalidad de poder exponerle al tribunal las conclusiones que han de extraerse de la prueba rendida»²⁶, a lo que se denomina *discurso de cierre o alegato de clausura*.

5) Ya para finalizar, se otorgará a los litigantes la posibilidad de replicar, siempre que los argumentos se refieran a las conclusiones planteadas por la contraparte²⁷.

6) Por último y dentro de la generalidad de la intervención de los litigantes, se otorgará al acusado la palabra, para que manifieste lo que estime conveniente, con lo que se declarará cerrado el debate. A esto la doctrina le denomina «alegato de clemencia»²⁸.

7) En todo momento el imputado tiene derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, con el fin de aclarar o complementar sus dichos, excepto

decir que se trata de un «examen que fiscal o defensor efectúan al testigo o perito que presenta la contraparte, una vez que han sido interrogadas por quien las ha llevado al juicio», «ponerlo (*scil.* al testigo) en presencia de otras lecturas, visiones, versiones, miradas, acerca de lo que realmente aconteció, aquello que a través del juicio se ha ido representando como la(s) historia(s) de los hechos ocurridos, de manera tal que producto de esa confrontación se examine la veracidad de esas declaraciones», *op. cit.* p. 205.

²⁶ *Ibidem*. pp. 243 y 244.

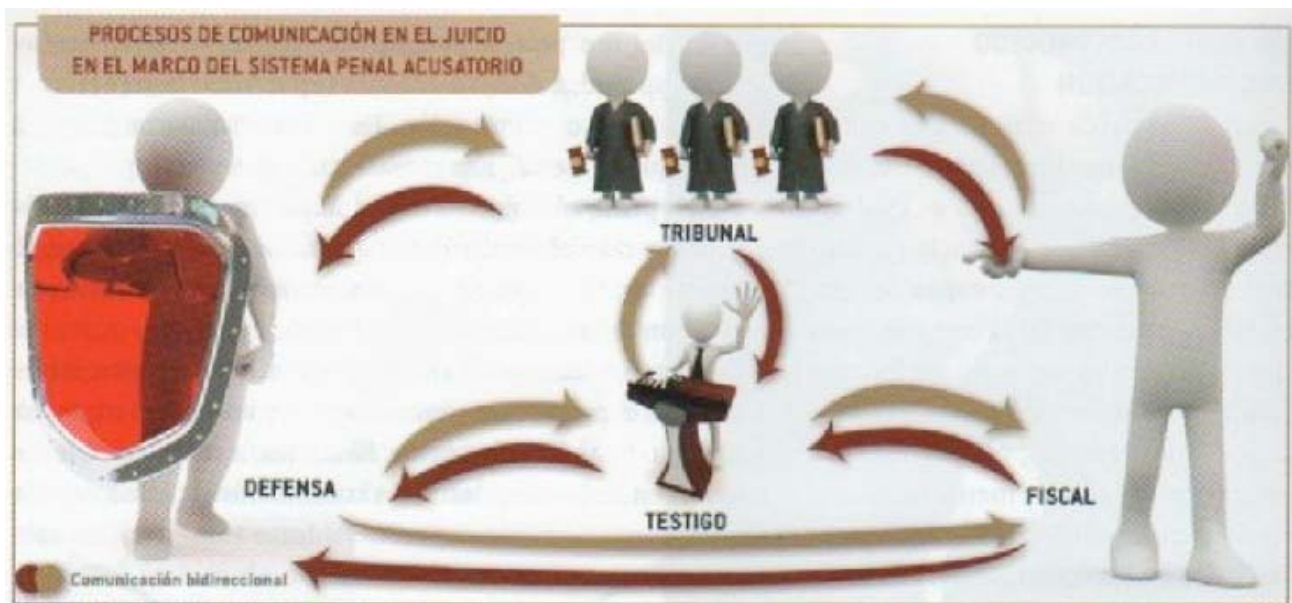
²⁷ Según lo preceptuado por el art. 338, párrafo segundo del Código Procesal Penal de Chile.

²⁸ De acuerdo al art. 326, párrafo tercero del Código Procesal Penal de Chile.

en los casos expresamente previstos por la normatividad²⁹.

8) Excepcionalmente, cuando el imputado presta declaración al final de la audiencia de debate, manifestando libremente lo que considere conveniente respecto de las acusaciones formuladas, no solo los litigantes tendrán la posibilidad de interrogarlo, sino que el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos³⁰.

- 1) Fiscalía – Tribunal – Fiscalía;
- 2) Defensa – Tribunal – Defensa;
- 3) Fiscalía – Defensa – Fiscalía;
- 4) Fiscalía – Testigo – Fiscalía;
- 5) Defensa – Testigo – Defensa, y
- 6) Tribunal – Testigo – Tribunal.



En síntesis, existen seis procesos comunicacionales bidireccionales en una audiencia de juicio oral, siendo estos los siguientes:

²⁹ De conformidad con lo establecido por los art. 8º, párrafo segundo y 326, párrafo cuarto del Código Procesal Penal de Chile.

³⁰ Según el art. 326, párrafo tercero del Código Procesal Penal de Chile.

3. La tradición oral en México

La adopción de la oralidad en cierto modo, se trata de un *regreso a nuestras raíces*³¹, pues

³¹ La propia exposición de motivos de la reforma constitucional y el respectivo dictamen señalan que «...desde sus orígenes, nuestra tradición constitucional reconoció avanzados principios para contener la potestad punitiva del Estado. Sin embargo, éstos nunca tuvieron una aplicación plena. El derecho de toda persona acusada penalmente de ser escuchada en audiencia públi-

la justicia que se impartió en la época precolombina, así como la que tuvo lugar en la época de la Conquista y el Virreinato, fueron eminentemente orales; aunque no adversariales o contradictorias.

ca, de manera expedita y por un juez imparcial, que se contempla en nuestra Constitución desde hace noventa años, nunca se instrumentó. Por el contrario, este derecho se fue desdibujando frente a hábitos que lo debilitaron por completo. El más nocivo de éstos fue la práctica de escriturar el proceso en gruesos expedientes, práctica que terminó por asumirse como si fuera una exigencia legal, lo cual no es garantista, pues ni para las víctimas ni los acusados es una manera justa de proceder.... Proponen volver a un sistema acusatorio y oral, volviendo así a los orígenes constitucionales, pues a pesar de que la Constitución de 1917 concebía al proceso como un sistema de juicios orales y audiencias públicas, las prácticas que prevalecieron en los años subsiguientes al triunfo de la Revolución consolidaron en la legislación ordinaria un proceso de carácter mixto, de corte inquisitivo. En el proceso netamente inquisitivo, la persecución penal la iniciaba un inquisidor oficioso y unilateralmente, mediante la «construcción» de un caso a través de registros escritos, incluyendo su «solución», sin intervención de un defensor.... El énfasis añadido es nuestro. «Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos», *Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados*, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007. Disponible en [<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071211-VIII.html>], consultada en 2012-09-09. Se refiere el dictamen en este punto a la exposición de motivos contenida en la «Iniciativa presentada por los diputados Javier González Garza, Raymundo Cárdenas Hernández, Ricardo Cantú Garza, Jaime Cervantes Rivera, Alejandro Chanona Burguete y Layda Sansores San Román».

Refiere SENTÍES incluso que:

...las fuentes históricas, los primeros bocetos de los que hoy se conoce como *proceso* fueron *orales*. En el siglo II a.C. en Roma, las propias raíces de las palabras *judicare* y *vindicare* dan cuenta de un sistema de las *legis actionis* predominantemente oral y lo mismo ocurrió durante el procedimiento formulario, de la época citada hasta el siglo III d. C.³²

Y que fue

...en la época imperial —siglo III d. C. hasta la codificación Justiniano en 527 d.C.— cuando sobreviene el apogeo de la escritura y se toma preferencia por la prueba documental sobre la testimonial y se tiene conocimiento de las sentencias escritas.³³

Sin embargo, no es nuestra intención referirnos a antecedentes tan remotos, solo realizar un boceto muy superficial de los antecedentes mexicanos de la oralidad, independientemente de si haya tenido verificativo en sistemas acusatorios o inquisitivos.

a. México Prehispánico

Entre los aztecas los debates tenían lugar en la sala de audiencias que se encontraba en el palacio real y eran orales³⁴ tanto en la primera instancia como en la segunda, siendo ambos tribunales colegiados: «El tribu-

³² SENTÍES, *op. cit.*

³³ *Ibidem.*

³⁴ KHOLER, Joseph, *El derecho de los aztecas*, Anales de Jurisprudencia/Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2010, p. 142, así como ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, T. I, Porrúa/Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2009, p. 188.

nal de primera instancia era colegiado, resolviendo en la sala de tres o cuatro jueces».³⁵

Sobre el tribunal de primera instancia estaba el tribunal superior, *tlacxitlán*, bajo la presidencia del canciller de justicia, *cihuacoátl*. Las decisiones de este tribunal eran inapelables; podía apelarse ante él de las decisiones de los jueces de primera instancia. El tribunal superior era al mismo tiempo el tribunal de la nobleza y el que conocía de las contiendas sobre límites. Funcionaba con cuatro jueces.³⁶

La sentencia se pronunciaba en nombre del presidente *tlacatécatl*. La decisión se llamaba *tylacontequiztli* y debía ser pregonada por el *tecpóyotl* y ya desde entonces la figura de la ejecución de las penas estaba a cargo de las autoridades de los tribunales³⁷, en una suerte de jueces de ejecución:

Los tribunales tenían sus jueces subordinados (*achcautli*, plural *achcahtin*), que hacían las citaciones, y sus ejecutores, que se encargaba de cumplir los fallos, que ejecutaban las sentencias de muerte y arrestaban a los delincuentes. Tenían vestidos especiales.³⁸

Como antecedente del enjuiciamiento oral por jurado, en Tlaxcala, las controversias eran expuestas ante un consejo de ancianos, y decididas por este.³⁹

Entre los nahoas, aun cuando el debate era oral, existían escribanos (*amatlacuilo*) que eran quienes llevaban sus protocolos en lenguaje azteca de signos y los jueces

hacían sus anotaciones en lenguaje geroglífico.⁴⁰ A manera de actas finales, «los protocolos contenían la querrela y las declaraciones de los testigos; también los fallos eran asentados por escrito»⁴¹.

Como muestra de que el procedimiento, aun siendo oral era inquisitivo, «la persecución por delitos, principalmente por adulterio, podía seguirse aun sin acusación, por sólo el rumor público»⁴², en tanto que «los testigos eran interrogados por el juez bajo juramento que prestaban usualmente poniendo el dedo sobre la tierra y llevándoselo a la boca»⁴³, sin que pudiera intervenir ningún patrono, tan solo la relación de las partes y la rendición de las pruebas; podían aquellas ser confrontadas para una explicación mutua⁴⁴, «los delitos graves eran sentenciados inmediatamente des-

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 142.

⁴¹ *Ibidem.*, p. 143. MACEDO señala que «El juicio, como puede conjeturarse, era siempre oral; pero en los casos importantes y en los que se referían a inmuebles se tomaba razón de los litigantes, la materia del litigio, las pruebas y la resolución. Tales constancias eran archivadas y conservadas», ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *op. cit.*, pp. 188 y 189. Véase también TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, *El largo camino de la justicia. Historia y orígenes del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2003, p. 28.

⁴² *Ibidem.*, p. 144.

⁴³ *Ibidem.*, p. 146.

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 144. En este sentido, refiere MACEDO que: «En lo criminal el *topilli* se encargaba de aprehender al acusado. No se sabe si las partes eran asistidas por un perito en derecho; lo más probable es que no existiera éste, ni podía existir en un procedimiento de mera equidad, en que no tenían que interpretarse textos legales, y en que aun las mismas costumbres no tenían fuerza obli-

³⁵ KHOLER, Joseph, *op. cit.*, p. 141.

³⁶ *Ibidem.*, p. 137.

³⁷ *Ídem.*

³⁸ *Ibidem.*, p. 141.

³⁹ *Ibidem.*, p. 140.

pués de la rendición de pruebas, no permitiéndose ningún discurso de defensa»⁴⁵.

Gran parte de estas prácticas se presentan en el Código Mendocino⁴⁶, «como los tribunales y manera (*sic.*) de administrar justicia... los delitos y las penas con que se les castigaba»⁴⁷.

b. El Virreinato

En México, desde el año 1571 se estableció *Tribunal de la Fe* por el doctor Moya de Contreras, inquisidor mayor de la Nueva España en México, como expresión del Tribunal del Santo Oficio⁴⁸.

Las audiencias eran orales, pero secretas, no públicas y como expresión viva del modelo «inquisitivo» el secreto de los testigos era inviolable, se adoptó el tormento y la confiscación de bienes.

Existieron también «las audiencias, que para la Nueva España eran dos, la de México y la de Guadalajara, tenían a su cargo principalmente la administración de justicia en su grado superior, como tribunales supremos», «la audiencia de México, presidida por el virrey, se componía de

gatoria para los jueces», ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *op. cit.*, p. 188.

⁴⁵ KHOLER, Joseph, *op. cit.*, p. 145.

⁴⁶ Llamado así en recuerdo del primer virrey, Antonio de Mendoza, quien ordeno su manufactura.

⁴⁷ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁸ A pesar de que desde el año 1535 el inquisidor general de España y arzobispo de Toledo, Alfonso Manrique, expidió el título de inquisidor apostólico al primer obispo de México, Juan de Zumárraga y de que por disposición del *Concilio de Tolosa* el Tribunal del Santo Oficio —junto con sus «inquisidores de la fe»— se creara en 1229.

ocho oidores, cuatro alcaldes del crimen y dos fiscales»⁴⁹ que juzgaban verbalmente.

c. Siglos XIX y XX. El jurado popular

Respecto a la figura del jurado refiere Raúl GUILLÉN que:

Durante las primeras décadas del siglo XIX —en la aún Nueva España—, se aprecian las primeras normas constitucionales inherentes al establecimiento del jurado en las causas criminales.

En la Constitución de Cádiz de 1812, se da a las Cortes la facultad para establecer, si así lo estimasen oportuno, tribunales de hecho y de derecho: «Si con el tiempo creyeren las Cortes que conviene haya distinción entre los jueces de hecho y de derecho, la establecerán en la forma que juzguen conducente».⁵⁰

En México fue hasta 1820 cuando se implementó el jurado, siendo este exclusivo para los delitos de imprenta. Años más tarde se discutiría el tema de la introducción del juicio mediante jurados durante los debates del constituyente de 1824.

El mismo GUILLÉN señala que:

En el Congreso constituyente de 1857, los miembros de la comisión encargados de elaborar el proyecto de Constitución presentaron un dictamen en el cual incluían la figura del jurado como una innovación importante dentro de las causas criminales y fijaban

⁴⁹ MACEDO, Miguel S., *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*. Colección clásicos de las Ciencias Penales, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal/INACIPE, primera edición facsimilar, México 2010, p. 165.

⁵⁰ GUILLÉN LÓPEZ, Raúl, «Jurado popular», en *Procedimientos penales especiales*, Israel Alvarado Martínez (coord.), Porrúa, México 2006, p. 156.

como derecho constitucional a favor de todo acusado, que fuere juzgado breve y públicamente por medio de un jurado imparcial.

Más adelante, señalaban que la soberanía del pueblo no podía concebirse sin la institución del jurado y en vano se repetía que la ignorancia de un pueblo era el obstáculo para el establecimiento de los mismos. Por último, hicieron en el dictamen una fuerte crítica sobre las múltiples deficiencias del sistema de administración de justicia de la época.

[...]

En la vigésimo séptima sesión ordinaria del Congreso constituyente de 1916, se leyó el dictamen elaborado por la Comisión de Constitución en relación al artículo 20 del proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza.

El jurado popular en el Congreso constituyente de 1916 fue aprobado por unanimidad de 154 votos y se estableció en la fracción VI del artículo 20 constitucional como una garantía individual para el acusado en los procesos penales, aunque se dejó abierta la posibilidad a éste último de ser juzgado en audiencia pública por un Juez.

Está claro que la aprobación por unanimidad del artículo 20 constitucional sin discusión alguna, con excepción de la segunda parte de la fracción VI y la aprobación de ésta última por mayoría simple, demuestra la urgencia y necesidad en aquella época de encontrar un procedimiento penal más transparente, justo y menos arbitrario, para ello se pensó como una alternativa, precisamente, el jurado de ciudadanos.⁵¹

En las primeras décadas del siglo XX fue frecuente el funcionamiento del jurado popular en las llamadas *causas criminales*.⁵²

d. La oralidad en la historia reciente de México

MÉXICO ES UN PAÍS MULTIÉTNICO, EN EL CUAL EXISTEN «CUANDO MENOS, 62 PUEBLOS INDÍGENAS»⁵³ QUE ALCANZA LOS 10 MILLONES DE HABITANTES Y REPRESENTA EL 9.8% DE LA POBLACIÓN NACIONAL.⁵⁴

⁵² En la concepción de Raúl GUILLÉN «Ello se debía, sin duda, a que en aquella época los jueces de derecho estaban completamente desprestigiados, porque muchos de ellos habían cometido abusos e irregularidades durante el porfiriato, además se habían prestado a ser utilizados por el dictador Díaz para reprimir la libertad de imprenta. Es precisamente en la quinta época del Semanario Judicial de la Federación donde encontramos la gran mayoría de tesis sobre el jurado popular que dejó de funcionar en 1929 y se utilizó posteriormente sólo para casos de empleados de gobierno, pero de manera poco frecuente». *Ibidem.*, p. 173.

⁵³ Según el Decreto por el que se aprueba el Programa para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas 2009-2012, publicado en el Diario Oficial de la Federación el viernes 4 de diciembre de 2009 en la Segunda Sección.

⁵⁴ Esta población se localiza mayoritariamente en cinco entidades federativas del sur y sureste del país. Oaxaca es la entidad que concentra mayor número de indígenas, 1.5 millones; le siguen Chiapas con 1.2 millones y Veracruz, Yucatán y Puebla con más de 900 mil cada uno. Estos datos corresponden a un estudio realizado por la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *vid.*, CDI-PNUD. Sistema de Indicadores sobre la Población Indígena de México, con base en INEGI, XII Censo General de Población y Vivienda 2000 y II Censo de Población y Vivienda 2005.

⁵¹ *Ibidem.*, p. 157 *et seq.*

Como consecuencia de esta composición, en la actualidad —como expresión continua de la idiosincrasia indígena precolombina— existen *Tribunales indígenas* que llevan a cabo procedimientos eminentemente orales⁵⁵ que además adoptan sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos⁵⁶ —reconocidos constitucionalmente⁵⁷—, a

⁵⁵ «Los sistemas jurídicos indígenas son orales y se aplican casuísticamente, caso por caso, por ello no están sistematizados ni construyen normas universales que deban aplicarse siempre. Es importante recordar esto porque en la actualidad muchas comunidades están en proceso de poner por escrito sus normas y leyes tradicionales; existen miembros de las mismas, así como antropólogos, preocupados de que esto provoque una rigidez parecida a la del sistema legal nacional, a diferencia de los sistemas indígenas, caracterizados por su flexibilidad y su capacidad para adaptarse a las nuevas circunstancias. Particularmente, las organizaciones de mujeres en varias comunidades indígenas temen poner por escrito normas y prácticas que las discriminan y violan sus derechos, ya que eso puede darle a tales prácticas mayor fuerza y provocar que sea más difícil cambiarlas». Véase NAVARRETE LINARES, Federico, *Los pueblos indígenas de México. Pueblos Indígenas del México Contemporáneo*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, México 2008. Disponible en «monografía_nacional_pueblos_indigenas_mexico[2].pdf», consultado en 2012-09-07, p. 65.

⁵⁶ «Los sistemas de justicia indígena, o sistemas consuetudinarios, les permiten resolver los diferendos y conflictos entre sus miembros, basados en principios, procedimientos y castigos distintos al nacional; ven la transgresión a la ley como un peligro para la comunidad y el equilibrio del cosmos mismo, por ello suele importar más reparar la falta que castigar al culpable». *Ibidem.*, p. 63.

⁵⁷ Art. 2º, apartado A, fracción II.

manera de mecanismos alternativos de solución de controversias previstos para el SPA⁵⁸.

Estos sistemas jurídico-procesales indígenas además de aplicar la oralidad se basan en un sistema normativo no escrito al que se denomina de *usos y costumbres* y, «como han sido contruidos gradualmente por medio de la resolución de casos particulares, se les conoce como sistemas “consuetudinarios”. Estas características los contraponen al derecho escrito, basado en principios generales que rige al resto de la sociedad mexicana y conocido como “derecho positivo”»⁵⁹. En este modelo procedimental, «las autoridades principales de la comunidad suelen cumplir con la función de jueces y a veces, como en el caso de los tarahumaras, se apoyan en la asamblea comunitaria, que avala sus decisiones», como en los modelos de enjuiciamiento del *common law*.

En estos sistemas, la figura del juez no funciona como una autoridad que plasma su resolución en una sentencia y que por ello deba ser acatada por las partes, funge más como un conciliador entre las partes en disputa para buscar un acuerdo, conduciendo y a veces presionando a las partes. Incluso llegan a «meter en prisión a una o ambas partes», para «forzarla a tranquilizarse y reconsiderar su posición»⁶⁰.

⁵⁸ Art. 17, párrafo cuarto y 18 párrafo sexto.

⁵⁹ NAVARRETE LINARES, Federico, *op. cit.*, p. 63.

⁶⁰ SIERRA, María Teresa, «Derecho indígena: herencias, construcciones y rupturas», en *La antropología sociocultural en el México del milenio. Búsquedas, encuentros y transiciones*, Guillermo de la Peña y Luis Vázquez León (coords.), México 2002, pp. 247-294.

El sistema procesal permite que «los indígenas del pueblo o la comunidad (pueden hacer acuerdos intercomunitarios o puede darse entre indígenas y no indígenas cuando la parte no indígena acepta la jurisdicción indígena)»⁶¹

No obstante, en la actualidad el ejercicio del derecho de las comunidades indígenas a sustanciar sus procedimientos implica la condición de respetar⁶²:

- 1) Los principios generales de la Constitución,
- 2) Las garantías individuales;
- 3) Los derechos humanos;
- 4) La dignidad e integridad de las mujeres;
- 5) El pacto federal, y
- 6) La soberanía de los estados.

Finalmente debe ponerse en relieve que el *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*⁶³ considera que tienen derecho a:

- 1) Conservar sus costumbres e instituciones propias cuando no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y

⁶¹ COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, La vigencia de los derechos indígenas en México. Análisis de las repercusiones jurídicas de la reforma constitucional federal sobre derechos y cultura indígena, en la estructura del Estado, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México 2007. Disponible en [http://www.cdi.gob.mx/derechos/vigencia_libro/vigencia_derechos_indigenas_diciembre_2007.pdf], consultado en 2012-09-07, p. 19.

⁶² *Ibidem.*, pp. 19 y 20.

⁶³ Ratificado por México en 1990-07-11.

- 2) Que se respeten los métodos a los que recurren tradicionalmente por la comisión de los delitos cometidos por sus miembros.

4. Formas antiguas de escritura

La escritura surge como una forma de perfeccionar los signos convencionales, buscando evolucionar las formas de comunicación escritas haciéndolas más claras y precisas. El primer estadio de la escritura se remite al IV milenio — aproximadamente cinco mil o seis mil años antes de Cristo —, en el que la pictografía, utilizada por los sumerios, era una forma de expresión ideográfica para hacer una representación gráfica de la realidad y de los objetos a través de figuras, signos o símbolos, los cuales hacían referencia a palabras concretas⁶⁴. Los primeros indicios de la escritura también conocidos como protoescrituras o pictogramas surgen como un medio para ayudar al hombre a contar mercancías, las ganancias obtenidas por las ventas, los días de la semana, los ciclos lunares y el diseño de calendarios.⁶⁵

Las primeras manifestaciones que se tienen de las protoescrituras provienen de la *Era Glacial*, en la cual el hombre se servía de huesos y otros materiales para contabilizar los ciclos lunares.

Así por ejemplo, diversas teorías sobre la cultura Inca, han revelado que esta no pudo haberse desarrollado sin la escritura. BURNS GLYNN en su investigación sobre la escritura del Perú, descubrió que en la

⁶⁴ ROBINSON, Andrew, *Historia de la escritura. Alfabetos, jeroglíficos y pictogramas*, Ediciones Destino, Barcelona 1996, p. 87.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 91.

antigüedad hubo tres formas de escritura: los *tocapus*, los *quipus* y los tabloncillos con pinturas almacenadas.⁶⁶

1) Los *tocapus*; basados en el diseño de figuras geométricas;

2) Los *quipus*; adoptados principalmente como sistema de contabilidad y de almacenaje de información por medio de cuerdas conectadas por nudos, y

3) Los tabloncillos con pinturas almacenadas; que daban muestra de la escritura pictográfica incásica para contar de esta manera la historia de la cultura peruana antigua y la de los incas.

La evolución de los pictogramas llevó al hombre a la utilización de los ideogramas, o escrituras ideográficas, es decir, signos empleados para representar objetos, ideas, conocimientos, pensamientos del hombre e incluso palabras concretas.⁶⁷ Sin embargo, el primer empleo de la escritura y la forma más antigua de expresión escrita aceptada es la *escritura cuneiforme*, que posteriormente sería la base para los alfabetos del antiguo persa y el ugarítico, que ulteriormente evolucionaría para dar origen a los órdenes alfabéticos del amárico, griego, hebreo y latín.

Los signos cuneiformes tienen su origen en Mesopotamia, y eran escritos elaborados por los escribas sumerios en tablillas de arcilla húmeda y una cuña vegetal

⁶⁶ JARA, Victoria de la, *Introducción al estudio de la escritura de los Incas*, Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo de la Educación, Lima 1975, p. 57.

⁶⁷ FRUTIGER, Adrian, *Símbolos, signos, marcas y señales; elementos, morfología, representación, significación*, Gustavo Gili, Barcelona 1981, p. 144.

—de ahí su nombre— para reproducir los dibujos de los objetos que querían representar por medio de trazos que imitaban la forma original de los objetos. Hacia el año 3200-3300 a.C. y casi de manera paralela, los egipcios crearon el sistema de escritura jeroglífico, basado en el grabado de símbolos en piedra o madera para traducir la relación signo-palabra para representar ideas asociadas, y la escritura hierática, empleada principalmente para simplificar los jeroglíficos que se plasaban en los papiros. En el sistema jeroglífico, la escritura era al mismo tiempo figurativa, fonética y simbólica⁶⁸; figurativa porque representaba algo tangible, fonética porque representaba sonidos y simbólica porque codificaba elementos por medio de un lenguaje propio. El origen de esta escritura se relaciona en principio con actividades comerciales y más tarde sería empleada en el contexto religioso.

Más tarde entre 2600 y 1200 a.C. las civilizaciones minoica y micénica —cuyo lugar de origen fue la Isla de Creta, ubicada al sureste de Grecia— desarrollarían también sus propias formas de escritura. En un principio, la escritura empleada por la civilización minoica consistió en la utilización de jeroglíficos y posteriormente evolucionaría hacia el desarrollo de una escritura fonética, la cual sería denominada como «silábica lineal A» que combinaba consonantes y vocales. Los signos eran grabados en tabillas de barro, papiros o pergaminos, de forma horizontal y de izquier-

⁶⁸ COLLIER, Mark *et al.*, *Introducción a los jeroglíficos egipcios*, Alianza Editorial, España 2000, p. 152.

da a derecha, y se asume que este sistema de escritura era utilizado principalmente para la administración y el comercio.

Casi de manera paralela, surge la «escritura lineal B», que retoma aspectos de la escritura lineal A. Se trata de una escritura silábica, en la que cada símbolo representa dos sonidos, generalmente una consonante seguida de una vocal. La evolución hacia este tipo de escritura surge ante la necesidad de grabar en tablillas de barro cocido los registros de administración de los palacios, de ésta manera, se inventaban todas las actividades comerciales realizadas.⁶⁹ La escritura lineal B incluía además logogramas e ideogramas, para representar palabras, objetos y medidas por medio de signos. Los trazos de escritura se realizaban de forma horizontal con sentido de izquierda a derecha.

Posteriormente, hacia el año de 1350 a.C. surge en Fenicia una de las mayores contribuciones a la escritura: el alfabeto fenicio, considerado también la base para los alfabetos árabe, cirílico, griego y latino. Este alfabeto en principio se limitó a la utilización de ideogramas para representar figuras como objetos y animales a los que se les atribuyó un valor fonético que correspondiera al nombre del objeto representado conforme al idioma fenicio. Este alfabeto se originó como un sistema que permitía a los fenicios el registro de información relativa a las actividades comerciales; estaba conformado por un total de veintidós caracteres, los cuales se escri-

bían de derecha a izquierda, característica que aún guarda el alfabeto árabe.⁷⁰ Los escribas fenicios no incluyeron vocales en el alfabeto e introdujeron la escritura continua, es decir, sin división entre las palabras. Esta escritura después sería retomada por los hebreos quienes preservaron la antigua práctica de separar las palabras por medio de puntos y por los arameos, quienes colocaron espacios para separar las palabras.

El alfabeto fenicio es ulteriormente adoptado y modificado por los griegos, quienes agregaron símbolos para representar vocales y aquellos sonidos inexistentes en el fenicio; de esta manera se compensaron las diferencias lingüísticas existentes entre estos idiomas: el fenicio y el griego.⁷¹

La escritura fenicia también fue adoptada por los latinos o romanos, quienes a partir del contacto con los etruscos crearon su propio alfabeto, que años después, daría origen al alfabeto latín conformado entonces por veintiuna letras. El alfabeto romano o latino, es en la actualidad el sistema de escritura más usado en el mundo y se compone de veintiseis letras.

5. El uso de símbolos en la cultura mexicana

La utilización de la escritura en la cultura mexicana tiene sus orígenes en la civilización mexica o azteca de los períodos *epiclásico* y *posclásico*. El sistema de escritura

⁶⁹ BERNABÉ, Alberto *et al.*, *Introducción al griego micénico*, Prensas Universitarias, Zaragoza 2006, p. 230.

⁷⁰ VÁZQUEZ DE FERNÁNDEZ, Silvia, *La humanidad: desde sus orígenes hasta fines del medioevo*, Kapelusz, Buenos Aires 1998, p. 184.

⁷¹ *Ibidem*, p. 193.

entonces empleado, estaba constituido de símbolos, representados en un primer momento por pictogramas y posteriormente por ideogramas, los cuales guardaban cierta relación con la oralidad y particularmente con la lengua.

El uso de la escritura estaba reservado exclusivamente al círculo que conformaba el gobierno y a los sacerdotes mexicas, quienes empleaban el papel amate y la piel de venado como soporte para la elaboración de los *amoxtli*, (libros), dando así forma y color a todo aquello existente.⁷²

En el México precolombino, las tradiciones y el acervo cultural se conservaban en la memoria de los sabios por medio de «libros de pinturas», clasificados en géneros y subgéneros específicos, que incluían las tradiciones orales tales como ritos, mitos, leyendas, conquistas, genealogías, relatos y cantos, y las consignaciones gráficas propias de las culturas indígenas como la genealogía, organización política, mapas, cantidades tributadas, calendarios adivinatorios, relatos míticos, etc.⁷³

Se considera que los topónimos⁷⁴ y los antropónimos⁷⁵ son probablemente los pictogramas o ideogramas en las que el significante hace referencia a la articulación fonética para su lectura.

⁷² MOHAR, Luz María, *La escritura en el antiguo México*, Plaza y Valdés, México 1990, p. 63.

⁷³ JOHANSSON, Patrick, «Análisis semiológico del nacimiento de los mexicas en la variante pictográfica del Códice Boturini», *Revista del Centro de Ciencias del Lenguaje*, no. 19-20, enero-diciembre 1999, p. 7.

⁷⁴ Nombre propio de los lugares geográficamente localizados.

⁷⁵ Nombre propio de las personas.

A partir del momento en que se entrecruzan los fonemas⁷⁶ y los grafemas⁷⁷, se fija la oralidad discursiva cambiante en una modalidad discursiva determinada, o sea, solidifica lo dicho.

Los relatos pictográficos y su lectura, establecieron una triangulación entre el mito probable, la manifestación verbal y su imagen. Sin embargo, el análisis estructural y semiológico ha concluido que es muy probable que en las imágenes que trataban de reconstruir la historia existan significantes pictóricos que difieren del significado real.

Por otra parte, cabe mencionar que una característica principal de la escritura es atribuible a la codificación de ideas, palabras y secuencias narrativas que varían de acuerdo a la región en donde se elaboraron las inscripciones. Es decir, que las representaciones contenidas en los documentos, constituyen representaciones de un sistema de escritura particular, con una lógica y sentido propios.⁷⁸

Existen ciertos criterios de codificación que fueron empleados por los indígenas en el registro de sus reseñas, como son los glifos, el espacio, y la producción del

⁷⁶ Cada una de las unidades fonológicas mínimas que en el sistema de una lengua pueden oponerse a otras en contraste significativo. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed. Disponible en <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fonema>, consultado en 2011-05-05.

⁷⁷ Unidad mínima e indivisible de la escritura de una lengua. *Ibidem*, <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=grafema>, consultado en 2011-05-05.

⁷⁸ MOHAR, Luz María; *op. cit.* p. 20.

sentido⁷⁹, de ahí que la escritura prehispánica surge como un medio de expresión social, cultural y de pensamiento de los pueblos que las produjeron. Sin embargo, el sistema de escritura no es considerado como un sistema de manifestación cultural aislado, sino como un sistema mediante el cual se logra guardar y preservar todas aquellas experiencias aceptadas y compartidas por la sociedad mexicana.

Cabe destacar, que el tipo de escritura en la cultura mexicana y particularmente todos aquellos documentos escritos en lengua náhuatl, fueron elaborados por escribanos indígenas para responder a múltiples objetivos. Esta documentación, constituye el testimonio de la cultura de civilizaciones antiguas y que quedó grabado en material pictográfico, el cual fue clasificado en los grandes archivos y bibliotecas tales como los códices, que constituían todo aquello que debía asentarse por medios adicionales a la tradición oral. Según MOHAR, la escritura constituye un sistema de convención indígena en donde el dibujo es el reflejo de esta convención.⁸⁰

De manera general, puede decirse que los gráficos plasmados en los códices, hacen referencia a topónimos y tributos. A su vez, las láminas contenidas en los códices están constituidas de tres elementos:

- 1) Glifos toponímicos;
- 2) Glifos de tributo, y
- 3) Anotaciones en náhuatl.

Los grifos toponímicos corresponden a nombres de lugares del poderío mexica y en consecuencia, tributarios de Tenochtitlán. A través de los glifos topónimos, es posible hacer una localización geográfica y delimitar territorios, a nivel de provincia topográfica así como de un área total. La escritura de los topónimos comienza en la esquina superior izquierda y continúa hacia la derecha.⁸¹

Los glifos de tributo, fueron empleados para representar los bienes entregados por tributación; gráficamente, son los glifos que ocupan mayor tamaño e indican por medio de numerales gráficos las cantidades a pagar así como las medidas.⁸²

Por su parte, las anotaciones en náhuatl hacen referencia tanto a la cantidad como al tributo que está plasmado, sirven para dar nombre a textiles, maderas, alimentos, etc. Se piensa, que por el tipo de letra encontrado en las inscripciones de la cultura mixteca, las anotaciones en náhuatl, podrían corresponder al siglo XVI.⁸³

Por lo que hace al diseño, puede concluirse que las láminas que integran los códices no fueron pintadas por un solo *tlacuilo*,⁸⁴ ya que las escrituras presentan diferencias tanto en las proporciones como en el estilo; en algunas inscripciones los dibujos se encuentran concentrados mientras que en otras ocupan todo el espacio disponible.

⁸¹ *Ibidem.* p. 29.

⁸² *Ídem.*

⁸³ *Ídem.*

⁸⁴ Los *tlacuilos* fueron artistas indígenas dedicados a la pintura de murales y de códices antes de la Conquista.

⁷⁹ JOHANSSON, Patrick; Análisis semiológico... *op. cit.* p. 8.

⁸⁰ MOHAR, Luz María; *op. cit.* p. 28.

6. Los códices⁸⁵

Civilizaciones de Mesoamérica como los mayas, aztecas y mixtecos, en menor número zapotecas, tarascos y otomíes, registraron mapas, genealogías, ritos, registros de tributos, anales y relatos míticos en códices, por lo que la información que éstos proporcionaron permitió apreciar los diversos aspectos culturales, sociales, económicos y científicos desarrollados por los pueblos antiguos.⁸⁶

En el caso de los aztecas, toda la sabiduría ancestral de su cultura estaba depositada en los sabios o *tlamatinime* y en los libros de pinturas: *amoxtli*.⁸⁷ Ellos no utilizaron palabras escritas para representar sonidos del idioma, en su lugar utilizaron dibujos o jeroglíficos que plasmaron en los códices.

En los documentos pictográficos, la imagen mantenía con la oralidad —y más específicamente con la lengua— lazos es-

trechos, pero no constituía una consignación grafo-lingüística de lo dicho. Entonces la lectura de un códice no podrá prescindir del relato que entraña, así como de un microcontexto narrativo y de un macrocontexto más generalmente cultural.⁸⁸

Es decir, un relato indígena de inspiración precolombina, contenido potencialmente en la memoria de los *tlamatinime*, se expresaba oralmente mediante una enunciación espectacular, en la que se entretejían gestos, sonidos, colores, ritmos, compases dancísticos, jeroglíficos indumentarios y otros elementos expresivos no lingüísticos, que constituían, con el registro verbal, el texto manifiesto de dicho relato.⁸⁹

Los encargados de elaborar los manuscritos debían poseer aptitudes para el dibujo y la pintura, así como profundos conocimientos de su lengua. Se les llamaba *tlahcuilos*, término que procede del náhuatl *tlacuiloa*, los que pintan.

Sus escritos eran anónimos porque no firmaban sus documentos ni indicaban sus nombres, su producción pertenecía a la colectividad. El papel de los *tlacuilos* era muy importante, ya que tenían la función de perpetuar el saber. De acuerdo con su especialidad, se les destinaba a los centros religiosos, económicos o civiles que necesitaban sus servicios, como templos, tribunales, casas de tributo, mercados y palacios, entre otros.⁹⁰

⁸⁵ El significado original del vocablo *codex* —del que proviene códice— fue el de *tronco*, del cual se derivó otra acepción: la de «tablillas donde se escribe». En ellas, en la antigüedad clásica, los escribanos registraban una variedad de textos. De esta forma, aplicar el vocablo *codex* y códice a los libros manuscritos guarda estrecha relación con el concepto original de «tablillas donde se escribe». En la Edad Media, *codex* significó «libro manuscrito». Hasta hoy los estudiosos de antiguos documentos griegos, latinos, hebraicos, árabes y en otras lenguas emplean el vocablo *codex* o su derivado códice para referirse a tal género de escritos. Véase LEÓN PORTILLA, Miguel, *Códices, los antiguos libros del Nuevo Mundo*, Aguilar, México 2003, p. 11.

⁸⁶ STEN, María, *Los códices de México*, Joaquín Mortiz, México 1999, p. 11.

⁸⁷ JOHANSSON, Patrick, *La palabra, la imagen y el manuscrito*, UNAM, México, p. 28.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 11.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 23.

⁹⁰ GALARZA, Joaquín, *Códices Mexicanos*, ENAH, México 2000.

A la variedad genérica de los libros correspondían, según lo asevera IXTLIXÓCHITL, diversas especialidades y se requerían habilidades distintas de los pintores. Tenían para cada género sus escritores, unos que trataban de los anales, poniendo por su orden las cosas que acaecían en cada año, con día, mes y hora. Otros tenían a su cargo las genealogías y descendencias de los reyes y señores y personas de linaje, asentando por cuenta y razón los que nacían y borraban los que morían, con la misma cuenta.⁹¹

Los códices son clasificados de acuerdo con sus orígenes, época, soporte, formato y contenido temático.

Por sus orígenes se les agrupa con el nombre de la civilización a la que pertenecen: maya, mixteca, azteca, etc. Según su época, tomando en cuenta la Conquista, son prehispánicos o coloniales, y en algunos se menciona el siglo en el que se produjeron.

Varios son los materiales sobre los que están pintados estos códices. No pocos tienen como soporte papel hecho de la corteza interior del árbol conocido genéricamente como amate (varias especies de ficus). Esto explica que en náhuatl se emplee la palabra «amatl» para designar al papel. De ella se deriva a su vez el vocablo «amoxtlí» que significa libro o códice⁹².

Otros de estos manuscritos se pintaron o escribieron sobre soportes, a modo de papel, hechos de fibra del maguey. Asimismo, se valieron de pieles de mamífe-

ros, especialmente de venados, preparadas a manera de pergaminos. En la mayoría de los casos se formaban largas tiras unidas sus partes con un pegamento. Para escribir los signos glíficos y pintar en tales soportes se preparaban con una imprimatura que hacía posibles trazos firmes y la aplicación de los colores a partir de pigmentos minerales y orgánicos.⁹³

Existían varios formatos: la tira de piel o papel de amate en composición horizontal, que se denomina banda cuando es vertical, y se llama rollo o biombo según la manera de guardarlo.

En cuanto al contenido, se han agrupado según el tema más importante de cada manuscrito, porque casi siempre abordan varios:

- 1) Calendáricos-rituales (almanaques y ruedas);
- 2) Históricos;
- 3) Genealógicos;
- 4) Cartográficos (lienzos, mapas y planos);
- 5) Económicos (catastros, censos, registros financieros, planos de propiedades, tributos);
- 6) Etnográficos;
- 7) Misceláneos, de litigios, de historia natural, y
- 8) Catecismos indígenas.

En los códices prehispánicos hay un sentido gráfico arbitrario, a diferencia de lo que ocurre en la escritura alfabética, convencionalmente establecida, en la que se lee de izquierda a derecha y de arriba hacia abajo. En la pictografía indígena el

⁹¹ JOHANSSON, Patrick, *La palabra...*, op. cit., p. 135.

⁹² LEÓN PORTILLA, Miguel, op. cit., p. 13.

⁹³ *Ibidem.*, p. 15.

sentido de lectura lo determina el sentido de lo que se pinta, depende de distintos factores, algunos de los cuales pertenecen al contenido de lo expresado pictóricamente. «Se sigue generalmente el avance cronológico del tiempo cualquiera que sea su orientación en el espacio gráfico»⁹⁴.

El número de códices prehispánicos que se conserva es muy reducido, de los procedentes de los siglos XIV al XVI solo existen quince códices. Proviene de ellos de los ámbitos mixteco, maya y del Altiplano Central.⁹⁵

Durante la Conquista muchos de ellos fueron destruidos en forma masiva, primero en la toma de los edificios en donde se guardaban, llamados «*amoxcalli*», «casas de libros» y posteriormente en «autos de fe» que organizaban los frailes durante la evangelización.⁹⁶

El mundo de los códices mesoamericanos no terminó con la Conquista. Otros muchos se continuaron produciendo en el periodo colonial cuando se introduce el papel europeo, la tela industrial o lienzos de algodón y el pergamino. Más de quinientos son los que de éstos se conservan.⁹⁷

Sin embargo, cuando surge a mediados del siglo XVI, la necesidad de reproducir algunos códices prehispánicos, al comprender que la conversión de los indígenas al cristianismo solo podía lograrse si los misioneros conocían con precisión la cultura y el pensamiento autóctonos, los recopiladores o «tlahcuiloque», vuelven a

pintar sus historias en un estilo generalmente ya influenciado por la iconografía española que prevalecía.⁹⁸

7. La *vírgula*⁹⁹ o *voluta*¹⁰⁰

«En un contexto oral prehispánico, la conciencia se especializa mediante la presencia física del orador y de sus referentes: sus gestos, la dinámica de la danza, la dramatización de la voz, etc. y no solo con la palabra».¹⁰¹

Además de ser la sustancia sonora del lenguaje y del canto, la voz constituye un vínculo entre el hombre y el universo. Está relacionada con el dinamismo fisiológico elemental: gritos del recién nacido, de guerra, de dolor o de alegría.¹⁰²

La palabra oral es parte integrante de la circunstancia de enunciación, tanto por las connotaciones expresivas de la voz que la profiere, como por su valor semántico. Su consignación alfabética sobre los manuscritos acentuará su función instrumental en la búsqueda de un sentido que la trasciende. Como vehículo de comunicación o lugar de expresión estética, la voz náhuatl une a los hombres en una misma instancia, un mismo acontecimiento, una

⁹⁴ JOHANSSON, Patrick, *La palabra...*, op. cit., p. 146

⁹⁵ LEÓN PORTILLA, Miguel, op. cit., p. 16.

⁹⁶ *Ibidem.*, p. 21.

⁹⁷ *Ibidem.*, p. 16.

⁹⁸ STEN, María, op. cit., p. 26.

⁹⁹ Vírgula, (Del lat. *virgŭla*, dim. de *virga*, vara). 2. f. Raya o línea muy delgada.

¹⁰⁰ Voluta. (Del lat. *volŭta*). 1. f. Figura en forma de espiral. En la naturaleza, voluta es un género de molusco gastrópodo prosobranquios, perteneciente a la familia *Volutidae*, cuyas conchas, de gran tamaño y belleza.

¹⁰¹ JOHANSSON, Patrick, *La palabra...*, op. cit., p. 37.

¹⁰² *Ibidem.*, p. 68.

interacción de los participantes dentro de lo que se dice o se hace.¹⁰³

El vínculo entre la expresión verbal y la imagen comienza con la formalización gráfica del espíritu que emana del ser: la *voluta*.



«En prácticamente todos los libros en imágenes de Mesoamérica el espíritu, “*ihiyotl*”, y más específicamente la palabra, “*tlahtolli*”, serán representados por la voluta, producto formal de la penetración de un caracol femenino por un aliento masculino»¹⁰⁴.

Según la mitología náhuatl, la explicación de este signo ideográfico, que representa la palabra y la comunicación, y que vemos en los códices colocado en su mayoría frente a la boca de las personas, es la siguiente:

El soplo masculino de Ehécatl Quetzalcóatl penetra, en el sentido sexual de la palabra, en el caracol femenino y lo fecunda. Nace el sonido culturalmente configurado cuya representación será precisamente la forma que

tomó el soplo del dios al pasar por la espiral del caracol.¹⁰⁵

Así pues, esta espiral llamada *voluta* o *vírgula* tiene diferentes modalidades que determinan algún sentido en específico.

Cuando los personajes no hablan náhuatl, la voluta se representa con puntos en su interior para señalar que hablan «arenoso», toda vez que hablar náhuatl es ante todo hablar «claro», es dar a luz ideas que se encuentran potencialmente contenidas en la mente.¹⁰⁶

En caso de que el canto o discurso sea de índole sagrada, se alternan volutas orientadas respectivamente hacia la derecha y hacia la izquierda.

Otra manera de expresar pictográficamente que el canto es un canto sagrado lo constituye el hecho de pintar una flor, «*xochitl*», sobre la voluta.¹⁰⁷

«La relación entre el canto y la imagen aparece también en la voluta florida que sale de la boca de un cantor en una lámina del Códice Borbónico: se observa en el cuerpo mismo de la voluta el ideograma correspondiente a la pictografía: esto también podría indicar que los cantos se transcribían pictográficamente o que se cantaba la imagen».¹⁰⁸

El desdoblamiento de la voluta del habla parece tener un carácter «reflexivo», tanto en el sentido cognitivo de la palabra como en su acepción gráfica, en este caso

¹⁰³ *Ibidem.*, p. 38.

¹⁰⁴ *Ibidem.*, p. 118.

¹⁰⁵ *Ibidem.*, p. 117.

¹⁰⁶ *Ibidem.*, p. 118.

¹⁰⁷ *Ibidem.*, p. 119.

¹⁰⁸ *Ibidem.*, p. 120.

el libro es el espejo en el cual se refleja la palabra y el pensamiento indígena.¹⁰⁹

8. El significado del símbolo de la UNESIRP

En este orden de ideas, ante la necesidad de adoptar modelos procedimentales basados en la lógica de la oralidad y el respectivo abandono de los modelos de escrituración de nuestra costumbre «reciente», el Poder Judicial del Distrito Federal adoptó este símbolo, que refleja la adopción de la oralidad mediante el uso de *volutas* que se alternan, orientadas respectivamente hacia la derecha y hacia la izquierda.

Quisimos retomar una tradición que perdura desde la época prehispánica hasta nuestros días, pues los códices prehispánicos, los elaborados durante los primeros años del virreinato, incluso algunos pictogramas actuales, utilizan a la voluta como elemento central.



109 *Ídem*.



El oidor doctor Puga explica a los indígenas la forma de aplicar la justicia. Lámina 8 del Códice de Yanhuillán.





Conferencia Nacional de Gobernadores

Este signo ideográfico representa la palabra oral como vehículo de comunicación que une a los hombres en un mismo acontecimiento, una interacción de los participantes dentro de lo que se dice y se hace, mediante un discurso índole sagrada, pues acaso pretende que ese diálogo se eleve a una de las deidades más escurridizas: *Iustitia*, pues esta, como toda divinidad, solo se presenta a quien cree en ella.¹¹⁰



¹¹⁰ Una frase similar se le atribuye a Piero Calamandrei, y al parecer se encuentra inspirada en una frase bíblica: «Dios da y manifiesta su justicia entre los hombres que creen (Rom: 1,17; 3,21-22.).

Fuentes Consultadas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Ratificado por México en 1990-07-11.

Código Procesal Penal de Chile

CÁMARA DE DIPUTADOS, «Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos», *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007. Disponible en [<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071211-VIII.html>], consultada en 2012-09-09.

Decreto por el que se aprueba el Programa para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas 2009-2012, publicado en el Diario Oficial de la Federación el viernes 4 de diciembre de 2009 en la Segunda Sección.

Proyecto de Reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, 29 de marzo del 2004.

ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México 2012, *mim*.

ALVEAR, Soledad y BLANCO SUÁREZ, Rafael, *Diálogos sobre la reforma procesal penal*,

- gestación de una política pública*. Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile 2010.
- ARÍZAGA CASTRO, Paola y ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, «El papel de la comunicación organizacional frente al cambio», *Revista El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, no. 8, abril 2011.
- ARÍZAGA CASTRO, Paola y ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, «Procesos de comunicación en el juicio, en el marco del SPA», *Defensa Penal Interpretación y Análisis Jurídico*, enero 2012.
- BERNABÉ, Alberto *et al.*, *Introducción al griego micénico*, Prensas Universitarias, Zaragoza 2006.
- BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Legal Publishing/Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile 2008.
- CDI-PNUD. Sistema de Indicadores sobre la Población Indígena de México, con base en INEGI, XII Censo General de Población y Vivienda 2000 y II Censo de Población y Vivienda 2005.
- COLLIER, Mark *et al.*, *Introducción a los jeroglíficos egipcios*, Alianza Editorial, España 2000.
- COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, *La vigencia de los derechos indígenas en México. Análisis de las repercusiones jurídicas de la reforma constitucional federal sobre derechos y cultura indígena, en la estructura del Estado*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México 2007. Disponible en [http://www.cdi.gob.mx/derechos/vigencia_libro/vigencia_derechos_indigenas_diciembre_2007.pdf], consultado en 2012-09-07.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile 2007.
- ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, T. I, Porrúa/Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2009.
- FRUTIGER, Adrian, *Símbolos, signos, marcas y señales; elementos, morfología, representación, significación*, Gustavo Gili, Barcelona 1981.
- GALARZA, Joaquín, *Códices Mexicanos*, ENAH, México 2000.
- GUILLÉN LÓPEZ, Germán y ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, «La formación jurídica de los abogados frente al sistema penal acusatorio», *Defensa penal. Interpretación y análisis jurídico*, marzo 2011.
- GUILLÉN LÓPEZ, Raúl, «Jurado popular», en *Procedimientos penales especiales*, Israel Alvarado Martínez (coord.), Porrúa, México 2006.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal*, Porrúa/Universidad Panamericana, México 2009.
- JARA, Victoria de la, *Introducción al estudio de la escritura de los Incas*, Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo de la Educación, Lima 1975.
- JOHANSSON, Patrick, «Análisis semiológico del nacimiento de los mexicas en la variante pictográfica del Códice Boturini», *Revista del Centro de Ciencias del Lenguaje*, no. 19-20, enero-diciembre 1999.

- JOHANSSON, Patrick, *La palabra, la imagen y el manuscrito*, UNAM, México.
- KHOLER, Joseph, *El derecho de los aztecas*, Anales de Jurisprudencia/Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2010.
- LEÓN PORTILLA, Miguel, *Códices, los antiguos libros del Nuevo Mundo*, Aguilar, México 2003.
- MACEDO, Miguel S., *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*. Colección clásicos de las Ciencias Penales, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal/INACIPE, primera edición facsimilar, México 2010.
- MOHAR, Luz María, *La escritura en el antiguo México*, Plaza y Valdés, México 1990.
- NAVARRETE LINARES, Federico, *Los pueblos indígenas de México. Pueblos Indígenas del México Contemporáneo*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, México 2008. Disponible en «monografía_nacional_pueblos_indigenas_mexico[2].pdf», consultado en 2012-09-07.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed. Disponible en «http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fonema», consultado en 2011-05-05.
- ROBINSON, Andrew, *Historia de la escritura. Alfabetos, jeroglíficos y pictogramas*, Ediciones Destino, Barcelona 1996.
- SENTÍES CARRILES, Alejandro, Tesis para obtener el grado de Doctor en Ciencias Penales y Política Criminal en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, *mim.*.
- SFERLAZZA, Ottavio, *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*, Fontamara/CEPOLCRIM/Aquesta terra, Colección doctrina jurídica contemporánea, núm. 31, México 2011.
- SIERRA, María Teresa, «Derecho indígena: herencias, construcciones y rupturas», en *La antropología sociocultural en el México del milenio. Búsquedas, encuentros y transiciones*, Guillermo de la Peña y Luis Vázquez León (coords.), México 2002.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, *El largo camino de la justicia. Historia y orígenes del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2003.
- VÁZQUEZ DE FERNÁNDEZ, Silvia, *La humanidad: desde sus orígenes hasta fines del medioevo*, Kapelusz, Buenos Aires 1998.

JUSTICIA RESTAURATIVA: NACIMIENTO DE UNA ERA

César Barros Leal¹

Resumen

El texto muestra, desde una perspectiva de derecho comparado, la dimensión e importancia de la Justicia Restaurativa, que se ha revelado como una propuesta innovadora y representa un cambio de mentalidad, de paradigmas, en la justicia criminal, al adoptar nuevos conceptos, así como estrategias más humanas, legítimas y eficaces, entre las cuales la resolución de conflictos a través de la mediación y la conciliación. El autor señala sus puntos esenciales: el encuentro pacificador del ofensor con la víctima y otras personas con el apoyo de un agente facilitador; la reparación del agravio, la reintegración; la participación o inclusión; y la transformación. Se presenta al lector la teoría conceptual de Paul MacCold y Ted Wachtel, con sus tres estructuras: la ventana de la disciplina social; el rol de las partes interesadas; y la tipología de las prácticas restaurativas. Se destaca el empleo de la Justicia Restaurativa en las unidades penales, con una mención especial al Proyecto *Árbol Sicómoro*, que consiste en el encuentro entre víctimas y ofensores, pero no del mismo delito. De igual forma sobresale su empleo en los centros de internación de menores, una experiencia desarrollada en varios países latinoamericanos, con elevado grado de satisfacción.

1. Introducción

Permítanme que les cuente una anécdota, narrada por Daniel W. Van Ness sobre Steven Williams, un joven de 18 años detenido en flagrancia por allanamiento de morada en su ciudad natal. Mientras

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Posdoctor en Estudios Latinoamericanos por la UNAM; Posdoctorando en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina; Procurador del Estado de Ceará (Brasil).

esperaba su juicio, fue llevado a una cárcel del distrito, sobrepoblada. Tan pronto como traspuso sus umbrales, pendiente de un juicio *sine die*, le advirtieron que debería pagar por la celda que compartiría con otros cinco prisioneros. En un testimonio impactante, Steven narró que era violado a diario y llegó a ser vendido, como si fuera una mercancía, para los reclusos de las habitaciones vecinas. Nunca recibió ninguna asistencia médica y las visitas de sus familiares, su mayor fuente de aliento, que en las primeras semanas eran frecuentes, se volvieron escasas y después simplemente dejaron de ocurrir. Sus padres jamás aceptaron el hecho de que su hijo era un criminal. Steven se volvió homosexual, consumidor de drogas pesadas. Contrajo el SIDA y lo transmitió a su esposa en una visita íntima. Al poco tiempo de ser condenado a una pena leve se involucró en un motín que causó la muerte de un custodio, un crimen que agregó un par de años a su pena anterior. Hoy es miembro de una de las pandillas que actúan en el interior de la prisión y se convirtió en uno de sus más violentos habitantes.

No, definitivamente ésta no es la historia real de Steven Williams, relatada por Daniel W. Van Ness en su libro *Crime and its Victims*, publicado en 1985. La historia es por completo distinta. Él realmente tenía 18 años cuando fue arrestado bajo la acusación de allanamiento de morada que ocasionaron un perjuicio de 150,000 dólares. Asustados, muchos habitantes de su ciudad instalaron equipos de seguridad en sus casas. Poco tiempo después, Steven fue descubierto y declaró a las auto-

ridades que había sido impulsado por el deseo de comprar un coche y mantener un nivel elevado de vida. La comunidad hizo entonces mucha presión sobre el juez para que su sentencia fuera rigurosa. Éste, con todo, al examinar el caso, tomó en cuenta que el joven era primerizo y decidió aplicarle una pena dividida en tres partes: Primero: haría, en los fines de semana, servicios comunitarios como pintura de edificios y limpieza de parques. Segundo: debería reparar los daños causados a las víctimas, es decir, les pagaría a precio de mercado lo que había hurtado y vendido. El juez le comunicó que debería vender su coche y todo lo demás que poseía, excepto sus ropas y su cama, a fin de garantizar las restituciones. Tercero: tendría que sentarse con las víctimas y hablar con ellas, cara a cara, sobre los crímenes. Steven dijo después que el diálogo con dichas personas fue la parte más difícil de la sentencia, porque muchas estaban demasiado enojadas aún. Una pareja tenía una colección de muebles orientales antiguos y el que había sido hurtado por Steven, recuerdo de un viaje a Europa, diez años antes, era uno de los más valiosos. Para ellos, mucho más que el valor económico, el objeto tenía un valor afectivo y, por eso, sugirieron que él comprara en una tienda de antigüedades algo que, a su ver, podría agradarles. Steven fue a varias tiendas y finalmente encontró una mesa de café oriental con delicados dibujos de flores. Se las mostró, y ellos asintieron. Estaban sorprendidos con la sensibilidad del muchacho. Él pasó a cuidar de su jardín, como parte de la pena, y siempre que se veían

aprovechaban para platicar. El joven muchacho llevaría mucho tiempo en cumplir a cabalidad su pena pero estaba contento, mientras las víctimas superaron su miedo, su repulsa, su furia; y las pérdidas sufridas, sobre todo económicas, fueron poco a poco reparadas. Cuando los visitantes llegaban a la casa de la pareja y se admiraban de la pequeña mesa oriental, ellos decían que había una historia interesante sobre aquella mesa. Al fin y al cabo, dijo Daniel W. Van Ness, el muchacho se hizo responsable de sus acciones, las víctimas fueron restauradas financiera y emocionalmente y la comunidad ganó con la reconciliación.

Sobra decir que la lectura de esa obra me abrió las puertas al conocimiento de la trascendencia y la diversidad de las experiencias restaurativas, más rápidas y menos costosas que los juicios contradictorios y en las que todos asumen su papel y toman parte de modo activo e informal en la solución consensuada del conflicto; éste no ha de ser personificado en la imagen del agresor, cuyo acto se debe considerar una violación en contra de la comunidad y no solamente de la víctima, y a quien cabe pedir disculpas, rendir cuentas por su comportamiento desviado y eventualmente señalarles un (una perspectiva de) cambio de conducta a futuro.

En ese entonces conocí la historia de los dos jóvenes de Elmira, Ontario, en Canadá, acusados de vandalismo contra veintidós propiedades, en el distante año de 1974, cuya conciliación en encuentros presenciales con sus víctimas, y la restitución de lo que fue dañado, como condición impuesta por el juez (quien acató la suge-

rencia de un grupo de menonitas) para que obtuvieran la libertad condicional, se volvió un hito legendario, un parteaguas, visto que (re)inauguró en la contemporaneidad, con el ulterior beneplácito de las Naciones Unidas, esta modalidad antigua, existente desde hace siglos, adoptada antaño en grupos tribales,² y bastante singular de justicia: rápida, expedita, desburocratizada, sensible, reparadora, que involucra a las personas afectadas directa o indirectamente por el hecho nocivo, objetivando corregir la injusticia, estimular la responsabilidad (sobre todo activa, concerniente a un acto que se pretende enmendar en el porvenir, diversamente de la responsabilidad pasiva, que versa sobre un tiempo pasado), asegurar el reconocimiento y la

² Por ello se llamaba justicia tribal. Véase el comentario siguiente: "La justicia restaurativa no es creación de la modernidad o postmodernidad, ya que la restauración es un proceso existente en las más antiguas sociedades y todavía vigente en diversos sistemas sociales y comunitarios. En la modernidad, el Estado, dentro de la estructura actual, fue concebido, echando sus raíces en Hobbes, Rousseau y Locke, y la concentración de la resolución de los conflictos, con la razón iluminista, sepultó cualquier forma de resolución de litigio por método no científico. La justicia restaurativa fue casi olvidada, con raras excepciones. Jaccoud aclara que el alejamiento de la justicia restaurativa se dio con los procesos de colonización, pero las reivindicaciones de los colonizadores restablecieron, en determinadas situaciones, ese procedimiento, e impidieron su extinción..." (GONÇALVES SALIVA, Marcelo, *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*, Editorial Juruá, Curitiba, 2009, pp. 146-147) Algunos aprovechan para decir, en tono de reprimenda, que la Justicia Restaurativa sería un retroceso, un retorno a formas primitivas que no tendrían sentido en nuestro tiempo.

remediación del daño resultante, material, moral o simbólico, y de esta manera aménorar el impacto y las consecuencias del crimen.

Una de las mejores definiciones de la Justicia Restaurativa nos fue ofrecida por el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, Brasil (Coordinación de la Infancia y la Juventud):

“un proceso de resolución de conflicto participativo por medio del cual personas afectadas directa o indirectamente por el conflicto (intersubjetivo, disciplinario, correspondiente a un acto infraccional o un crimen), se reúnen voluntariamente y de modo previamente ordenado para establecer juntas, mediante el diálogo (generalmente con la ayuda de un facilitador), un plan de acción que atienda a las necesidades y garantice el derecho de todos los afectados, con aclaración y atribución de responsabilidades.”³

Otras definiciones y reflexiones críticas sobre el tema que nos ocupa hacen acto de presencia en las páginas subsiguientes, que dan noticia de un amplio esfuerzo de renovación, de vanguardia, con el propósito de estimular la implantación — incluso en establecimientos penales y centros de internación de adolescentes infractores— de este revolucionario modo de impartir justicia, sin duda un nuevo tratamiento criminológico, fundamentado en el respeto a los derechos del sujeto pasi-

vo de la infracción (históricamente secuestrado de los conflictos por el Estado que de él se enseñoreó, preterido en el proceso penal,⁴ visto casi siempre en un plano inferior, y aquí y ahora tenido en cuenta como referencia civilizatoria⁵), del agresor (el mero destinatario de la sanción) y de la comunidad afectada por el delito o el acto infraccional.

En nuestro tiempo postmoderno (que muchos califican como *de modernidad tardía*), en el que se ensancha a niveles asustadores la criminalidad adulta e infantojuvenil, sin que el sistema ordinario y dogmático de justicia penal consiga brindarle una respuesta idónea e igualitaria, la Justicia Restaurativa, que nada tiene que ver con formas privadas de justicia, se vuelve hasta cierto punto imperativa, como opción complementaria a la tradicional, sea para asegurar una solución menos morosa, más barata, humana y eficaz a los conflictos, generados por accionares delictuosos, máxime los de pequeña entidad (excepto los insignificantes, de bagatela, sin relevancia penal) o media entidad (sin excluir los de alta envergadura, por cuan-

⁴ “Las víctimas son meras notas al pie de página en el proceso penal, jurídicamente necesarias sólo cuando su testimonio es imperativo.” (ZEHR, Howard, *Trocando as Lentes: Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça. Justiça Restaurativa*, Editorial Palas Athena, São Paulo, 2008, p. 79)

⁵ Javier Alejandro Buján y Víctor Hugo Ferrando, en *La Cárcel Argentina. Una Perspectiva Crítica* (Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 197) nos recuerdan que, según Concepción Arenal, se conoce a los pueblos por sus prisiones. Ahora se agrega que el mismo razonamiento se aplica a las víctimas.

³ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Coordenadoria da Infância e Juventude, Justiça Restaurativa, Último acceso el 02 de enero de 2011.

to las prácticas restaurativas son aplicables adicionalmente a todas las formas de micro y macrocriminalidad como homicidios, robos, trata de personas y polución ambiental), sea para descongestionar fiscalías y juzgados, sea para rebajar las tasas de reincidencia y reducir a la población de las instituciones segregacionales, concurrendo, como un haz de luz, a la paz jurídica y social y a la construcción axiológica del *shalom*.

Recurro a Aida Kemelmayer, quien nos remite a las lecciones de John Braithwaite y Tony Peters:

“...la Justicia Restaurativa no versa sólo sobre el delito, sino sobre la paz y el modo de educar a los jóvenes de la forma menos punitiva y más decente posible. No es sólo una respuesta al problema de la delincuencia; se trata de una filosofía integral (a *holistic philosophy*); es un modo de construir un sentido de comunidad a través de la creación de relaciones no violentas en la sociedad. Desde una perspectiva republicana, dice, restaurar a las víctimas puede significar: restaurar la propiedad perdida, la lesión inferida, el sentido de seguridad, la dignidad, las relaciones humanas, el ambiente, la libertad, la compasión, la paz, la libre determinación, el sentido de los deberes como ciudadano, la democracia deliberativa, la armonía basada en los sentimientos de que se hizo justicia, etc. Esta diversidad de ‘restauraciones’, lejos de debilitar, refuerza el nuevo movimiento, pues, en definiti-

va, implica restaurar a las víctimas, a los ofensores y a la sociedad.”⁶

No me atrevo a nutrir la pretensión de profundizar una temática que ha sido objeto de obras individuales y colectivas sobresalientes, citadas en esta investigación, y cuya lectura recomiendo:

Lo que me anima, como estudioso y ciudadano, es sumarme a una legión de hombres de fe y buena voluntad, hermanados en la ingente tarea de divulgar los rasgos distintivos, las virtudes y los resultados aseveratorios de una alternativa juiciosa, lógica y posible, que contempla la necesidad de atender a las demandas de las nuevas generaciones y poner orden en el desorden.

2. Justicia Restaurativa: Un nuevo paradigma

Ante el fiasco unánimemente reconocido de la pena privativa de libertad (parafraseando a Elías Neuman, nadie puede cubrir con los dedos de una mano los soles de esta evidencia⁷, visible como un escorpión en un plato de leche⁸), máxime en su

⁶ KEMELMAJER, Aida. “En Búsqueda de la Tercera Vía. La Llamada ‘Justicia Restaurativa’, ‘Reparativa’, ‘Reintegrativa’ o ‘Restitutiva’”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coords.), *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005, p.

⁷ NEUMAN, Elías, *El Estado Penal y la Prisión-Muerte*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 214.

⁸ Del mismo autor, *Victimología y Control Social. Las Víctimas del Sistema Penal*, Editorial Uni-

ilusoria propuesta de resocialización de rehabilitación⁹, además de la ineptitud de los modelos hegemónicos y autoritarios de control y la notoria incapacidad del derecho penal convencional, de matiz represivo, de vencer los desafíos de la criminalidad contemporánea¹⁰, se robustece cada vez más, en el proceso penal y la ejecución de la pena, la percepción de que se requiere un cambio significativo en el paradigma de la justicia criminal, con la adopción de nuevos conceptos, de estrategias más eficaces y legítimas, entre las cuales se inclu-

versidad, Buenos Aires, 1994, p. 271.

⁹ A mayor abundamiento: “La cárcel no es lugar de rehabilitación, sino un antro de perversión donde el que no sabe aprende, y el que sabe aprende más... El haber estado en una cárcel te deja marcado con un INRI que no puedes evadir y a donde quiera que vayas y alguien haya sabido tu problema te señalará, y a su manera comentará, agregando: ‘Ese tipo es un delincuente, pues estuvo preso mucho tiempo, y por algo fue’.” (RAÚL BEDOYA, José, *Infierno entre Rejas*, Posada, México, 1984, p. 11) En el mismo sentido, destacando que la rehabilitación debe dejar de ser un objetivo de la pena de prisión: “Esto *no* significa que los diversos programas desarrollados de tratamiento dentro de las cárceles hayan de abandonarse; muy por el contrario, corresponde expandirlos. Pero sí significa que no debe verse en ellos el *objetivo*, en el sentido de que los delincuentes se envíen a la cárcel *para* ser tratados...” (MORRIS, Norval, *El Futuro de las Prisiones: Estudios sobre Crimen y Justicia*, trad. de Nicolás Grab, Editorial Siglo Veintiuno, México, 1998, p. 35)

¹⁰ Al revés, “...el Derecho Penal tradicional ha contribuido excesivamente a consolidar la seguridad de los que mandan, no de los marginados, etc., a conservar el orden público heredado, a mantener unas estructuras de opresión y represión...” (BERISTAIN, Antonio, *Derecho Penal y Criminología*, Editorial Temis, 1986, p. 148)

yen las formas o vías alternas de punición y de resolución de disputas (instancias no judiciales, oficiosas, celebradas por autores como Eugenio Raúl Zaffaroni), en especial a través de medidas constructivas, de consenso, como la conciliación y la mediación, ésta presente a lo largo de la Historia en distintas culturas del oriente (China y Japón) y del occidente y el modo *más manifiesto* de desarrollo del proceso restaurativo, pero que no se confunde con éste, aun porque existen casos *no mediables*.¹¹

¹¹ Sobre la diferencia entre conciliación y mediación: “Derivada del término latino *mediar* (literalmente ‘interponerse’), la mediación tiene lugar en un conflicto (latente, emergente o manifiesto), en el que las personas involucradas sientan dificultades en prevenirlo, trabarlo o resolverlo por sí propias, necesitando de los servicios de un tercero para ayudarlas. Como forma de *intermediación humana* voluntaria y espontánea, la mediación tiene un origen que se pierde en el principio de la Humanidad. Desde cuando dos individuos entraron en conflicto y apareció un tercero intentando establecer entre ellos una comunicación, con vistas a que discutieran las soluciones posibles para el conflicto, surgió la mediación. Cuando ese tercero fue más allá, sugiriendo (primer nivel de conciliación) o proponiendo soluciones (segundo nivel de conciliación) para la crisis, augurando alcanzar —a través de una especie de ‘diplomacia itinerante’ entre las partes o de la organización de un foro de discusión, negociación y decisión colectiva— el restablecimiento de las relaciones en crisis, fue entonces cuando surgió la conciliación. Al contrario de la mediación, la conciliación no implica necesariamente la existencia de un tercero conciliador, pudiendo los interesados conciliarse sin el recurso a cualquier intermediación humana.” (Amado Ferreira, Francisco, *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*, Coimbra Editorial, Coimbra, 2005, p. 74).

"...se
robustece cada
vez más, en el
proceso penal
y la ejecución
de la pena, la
percepción de
que se requiere
un cambio
significativo en
el paradigma
de la justicia
criminal... con
formas o vías
alternas de
punicción y de
resolución de
disputas..."

Se trata de un contexto sumamente distinto a los patrones ordinarios de la justicia penal, que no se pretende contraponer o reemplazar, de corte nítidamente disuasorio, retributivo-punitivo, basada en el exceso de formalismos, en la estricta legalidad, y una relación traumática, adversarial, marcada por el distanciamiento (*un diálogo entre sordos*), cuyos actores principales son estatales —policia, fiscal del Ministerio Público y juez— ya que el delito es visto como una disconformidad autor-Estado, o sea, una ofensa en contra del Estado (la supuesta víctima¹²) y se pone acento en la ruptura de las leyes, en la violación del bien jurídico tutelado y en la culpa del agente, en un enfoque retroactivo, con énfasis al pasado, ignorándose, *ut retro*, casi por completo a la víctima, sin vez ni voz en la respuesta penal (estatal).¹³

En verdad, las dos justicias tienden a convivir, como lo aclara el juez Antônio Augusto Cançado Trindade, en su Voto Razonado, en el Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 2 de agosto de 2008 (Corte Interamericana de Derechos Humanos):

"En el pasado, la justicia *retributiva* y la justicia *restaurativa* han sido abordadas paralelamente, de forma compartimentalizada. Sin embargo, en los últimos años, parece formarse una nueva tendencia, reflejada en avances recientes en el Derecho Penal Internacional (a partir de la adopción del Estatuto de Roma de 1998), de dejar de contraponer la justicia *retributiva* (centrada en la sanción de la conducta criminosa) a la justicia *restaurativa* (atenta a la situación de las víctimas y su rehabilitación). En mi entendimiento, la justicia *retributiva* y la justicia *restaurativa* no se au-

¹² "Ya que el Estado es la víctima, la ley penal pone a los ofensores contra el Estado. En la práctica, esto significa que un apoderado profesional representando al ofensor (el abogado de defensa) es antagonista de otro profesional que representa el Estado (el fiscal) y todavía hay otro profesional (el juez) que actúa como árbitro." (ZEHR, Howard, op. cit., p. 78)

¹³ "...para la víctima, la primera consecuencia es que, al entrar en el aparato de la justicia, su problema deja de pertenecerle: no puede detener la acción pública, ni aceptar una conciliación que podría ayudarla a comprender lo que realmente ocurrió; no podrá opinar sobre la medida que debería ser aplicada al autor; e ignorará todo lo que le ocurrirá a él después de eso, a pesar de que tal vez no le desease tanto mal..." (HULSMAN, Louk, en ANIYAR CASTRO, Lola, Criminologia da Liberação, traducción de Sylvia Moretzsohn, Editorial Revan, Rio de Janeiro, 2003, pp. 46-47)

toexcluyen, sino más bien se complementan. Hay una convergencia entre la búsqueda de la justicia mediante la sanción de los responsables por violaciones de los derechos humanos (la justicia *retributiva*) y la búsqueda de la rehabilitación de las víctimas de tales violaciones (la justicia *restaurativa*)."

De igual modo asevera Howard Zehr, que los dos modelos (punitivo y restaurativo) "...deben coexistir y complementarse, pues no hay condiciones de prescindir del derecho punitivo como instrumento represivo en determinadas situaciones-límite.¹⁴

Así las cosas, entendida como un avance, la Justicia Restaurativa o Restitutiva es una experiencia consolidada en Estados Unidos (donde se despliega desde hace más de 30 años), Canadá, Australia y Nueva Zelanda —países anglosajones que adoptan el *common law*¹⁵ (con la salvedad de Québec, que sigue el sistema jurídico francés) y expandieron el modelo de las *Alternative Dispute Resolutions* – ADR—, pero incipiente en ciertas latitudes, enfocada precisamente en la víctima, cuya dignidad

se reedescubre y se rescata, y en la solución efectiva y pacífica del conflicto, en un proceso comunicacional caracterizado por el encuentro y el énfasis en el futuro, definida por la ONU, que se pronunció a su favor en la Resolución nº 12 (*Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*), del 24 de julio de 2002, del Consejo Económico y Social, como:

"todo proceso en el que la VÍCTIMA, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador."

En el Voto citado anteriormente, Antônio Augusto Cançado Trindade, ahora Juez de la Corte Internacional de Justicia, afirma:

"Las víctimas no pueden caer en el olvido. Hay un deber de memoria, como señaló Primo Levi en el siglo XX, en su lucha tenaz por la preservación de la memoria en honor de las víctimas, sobre todo en un mundo de rápida mutación, un tanto *livré au hasard*. Incluso para defender la memoria— como forma de reparación— hay que acudir a la justicia. La justicia, de Atenea en la *Orestíada*, se impone, para asegurar la debida reparación por los daños sufridos por todas ellas, en nuestros tiempos, las víctimas tanto del terrorismo por actos de agentes clandestinos como del terrorismo de Estado. En el seno de esta Corte, he destacado

14 SICA, Leonardo, *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*, Lumen Juris Editorial, Rio de Janeiro, 2007, p. 340.

15 "El instituto es utilizado tradicionalmente en los sistemas de *common law* y se manifiesta con la resolución de los conflictos previamente a la jurisdiccionalización propiamente dicha o con la intervención mínima del Poder Judicial, sólo para obstar el proceso bajo condición del cumplimiento de imposiciones u obligaciones determinadas consensualmente, con régimen de prueba anticipado." (SICA, Leonardo, op. cit., p. 21)

el deber de memoria en mi Voto Razonado en el caso *Gutiérrez Soler versus Colombia* (Sentencia del 12.09.2005). Aunque el *derecho aplicable* sea distinto en diferentes situaciones, de perpetración de ilícitos imputables a agentes estatales o a grupos no-estatales), todas las víctimas se encuentran bajo el manto protector del Derecho (precisamente para evitar la trágica escena de la túnica ensangrentada de Agamemnon). Y todos los responsables, tanto los grupos no-estatales como el propio Estado, encuéntrase bajo el Derecho (el *rule of Law*, la *préeminence du Droit*, en una sociedad democrática); nadie se encuentra sustraído a la protección o a las prescripciones (incluso punitivas por ilícitos perpetrados) del Derecho. Las propias relaciones jurídicas no pueden ser consideradas *in abstracto*, haciendo abstracción de los justiciables; la ‘administración’ de justicia no puede perder de vista a los justiciables.”

2.1. Los puntos básicos

Teniendo como marco inicial a Nueva Zelanda, país cuyo sistema incorporó las prácticas de justicia participativa de los pueblos autóctonos (nativos maoríes) y que actualmente descuella por su veteranía, exhibiendo programas orientados a adultos (*community group conferences*) y menores de edad (*family group conferences*)—, así como a Estados Unidos de América, donde se promovió a partir de la década de 70 el contacto *tête-à-tête* entre inculpados y sus víctimas, la Justicia Restaurativa se ha transformado en un notable ejemplo de eficacia, en base a cinco puntos básicos de acción:

2.1.1. El encuentro

Es el encuentro entre el ofensor (uno de los términos preferidos al de delincuente, de nítido matiz estigmatizante), la víctima y otras personas, quienes, teniendo con ambos vínculos de afecto o atención, puedan ofrecerles su asistencia —por ello se suele denominarlas comunidades de cuidado—, siendo indispensable que el *locus* sea neutral, estructurado, seguro y haya la participación de un facilitador.

El encuentro comunicativo, dialogado y dialogante, permite que las personas involucradas se conozcan mutuamente, compartan sus miedos, sus dolores, sus angustias y puedan juntas re-

“...para
defender la
memoria—
como
forma de
reparación—
hay que
acudir a la
justicia”

flexionar sobre lo ocurrido, sus razones y las consecuencias advenidas, y definir formas de restauración.

Es posible que se establezca una comunicación entre la víctima y el ofensor a través del intercambio de correspondencias y videos.

2.1.2. La reparación

Consiste básicamente en la devolución o restitución (*restitution*¹⁶) del bien, indemnización (pago en moneda, si es la hipótesis), trabajo a favor de la víctima (particular, concreta), de su familia, o, en su caso, de las víctimas secundarias como la comunidad, igualmente vulnerada. Se evalúa la toma de responsabilidad del perpetrador en lo que al perjuicio resultante se refiere, su prestación de cuentas y, además, la satisfacción de la víctima¹⁷, vista desde un nuevo prisma victimológico, siendo innegable que la reparación procedida de esa forma es más satisfactoria que aquella oriunda de una orden judicial formal.

A los aspectos patrimoniales se añaden los sociales, relacionales y psicológicos en un proceso conversacional (no más

la prevalencia del monólogo) y de concienciación, de gran efecto educativo. Además de material, la reparación puede ser simbólica: una carta de arrepentimiento, un pedido de disculpas, el esfuerzo de cambiar la conducta (no se olvide la máxima: *All person is greater than their own error*), demostraciones de generosidad (servicios comunales), pruebas de pesar y remordimiento, etcétera.

En el derecho internacional, una vasta jurisprudencia realza la importancia de la reparación, el *telos* principal de la pena según Del Vecchio. Cítese, por ejemplo, un fragmento de la Sentencia del 30 de noviembre de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), en el Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú):

“Este Tribunal ha reiterado en su jurisprudencia constante que es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional ordenar la adopción de medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización

¹⁶ La restitución está presente en el Código de Hammurabi; el Código de Lipit-Ishtar, el Código Sumeriano, la Ley de Moisés, que corresponde a los cinco libros del Pentateuco: Génesis, Éxodo, Levítico, Número y Deuteronomio) y la Ley de las Doce Tablas (*Lex Duodecim Tabularum*), el más antiguo código del derecho romano. Entiéndase que la restitución no siempre está vinculada a un contexto restaurativo.

¹⁷ Hay que tener en cuenta, en términos de suficiencia y proporcionalidad, una eventual y jamás aceptable “tiranía de la víctima”.

como compensación por los daños ocasionados.”

Pecuniaria o no, la reparación es esencial (una de las piedras angulares) para restaurar el orden social trastornado y alcanzar la paz jurídica, único instrumento que legitima la pena, en la opinión de Claus Roxin, citado por Leonardo Sica, quien comenta:

“Subyacente a la idea de paz jurídica está la comprensión de que el objetivo de pacificación de las relaciones sociales impone que se reduzca al mínimo el uso de la violencia y que se mantengan ciertas expectativas de comportamiento en ese sentido. Ello resulta de que la paz jurídica debe ser definida a partir de un fundamento constitucional, centrado en la dignidad de la persona humana y en el principio de la legalidad, como delimitador de las prestaciones reparadoras y, más que eso, como garantizador de que la reparación se busque a partir de aquel ‘denominador mínimo común’ comunicativo, expreso por los preceptos penales.”¹⁸

La reparación, cuyos efectos son de prevención general y especial, “es capaz de proporcionar a la comunidad el convencimiento de que el Estado se ocupa de los intereses de la víctima”, de conformidad con el Proyecto Alternativo de Reparación (*Alternativ Entwurf Wiedergutmachung*) que un grupo de expertos de distintas nacionalidades — suizos, austriacos y alemanes — nos regalaron en el año 1992.

2.1.3. La reintegración

Se trata *in casu* tanto de la víctima —a veces estigmatizada y rechazada por su familia y amigos, en un flagrante proceso de revictimización (victimización secundaria), no siendo infrecuente que ella presente baja autoestima y complejo de culpa—, como también del ofensor, a quien uno cabe tratar con respeto, pero de quien se espera a la vez que reflexione sobre su conducta impropia y disruptiva, reconozca su error y repare el daño producido.

Carlos Brenes Quesada, en su tesis de licenciatura refiere que:

“Con frecuencia, según el tipo de delito, las víctimas se sienten estigmatizadas por familiares, amigos y la comunidad. A veces, esto se debe a la soledad experimentada durante y después de una crisis traumática. Pero, en otros casos esto ocurre debido a que las víctimas son, para quienes los rodean, incómodos recordatorios de que el delito puede afectar a cualquiera. Debido al miedo, personas que naturalmente apoyarían a la víctima intentan explicar lo ocurrido culpando a ésta o deseando que ‘lo superara’. Esto separa a la víctima de sus seres queridos y miembros de la comunidad y puede conducir a la estigmatización.

Los delincuentes también sufren la estigmatización. Dado que el delito genera miedo en la comunidad, los delincuentes se tornan seres totalmente viles a los ojos de la sociedad. El encarcelamiento los separa de su familia y comunidad. Con frecuencia, posteriormente a la liberación, los delincuentes

¹⁸ SICA, Leonardo, *op. cit.*, p. 162.

no poseen estructuras de apoyo estables, ni dinero inicial para alimento y ropa, vivienda, transporte, y demás elementos de una vida productiva saludable. Al mismo tiempo, se ven discriminados al intentar convertirse en ciudadanos productivos.”¹⁹

La cuestión que se pone sobre el tapete no se restringe a la mera aceptación del infractor en su grupo social, puesto que se busca su integración plena y productiva, evitando que se instale la puerta giratoria de la reincidencia, lo que se anuncia con letras mayúsculas en Canadá y Nueva Zelanda, donde las respectivas tasas han bajado con la aplicación de la Justicia Restaurativa.

2.1.4. La participación

Se otorga a las partes una inclusión o participación activa (*empowerment*), en condiciones de paridad, en todas las fases del proceso, en procura de una solución de consenso grupal, justa y certera.

2.1.5. La transformación

Lo que sí se quiere es transformar a los sujetos del crimen: ofensor(es) y víctima(s) y a la comunidad, creándose o recreándose vínculos más fuertes. No es, reitero, el somero retorno al *statu quo ante*, pues se propone erigir, con los pilares de la digni-

dad y la confianza, una colectividad más madura, una realidad más humana, con menos (sentimiento de) inseguridad ciudadana e injusticia social.

Este proceso restaurador, que funciona un poco como una catarsis, es representado por un gesto sencillo: el apretón de manos (*Handschlag*). Entre dos personas que nutren la expectativa y sellan el compromiso de perseguir respuestas hacia la conciliación.

La idea subyacente es atender a los personajes multicitados en esta investigación: a) al autor del hecho ofensivo, quien escapa de los maleficios de la cárcel como el hacinamiento rutinario, la cohabitación forzada, la ausencia de la clasificación y la prisionización, y se percata del mal causado; b) a la víctima, porque ve que el daño, material y/o moral, es reparable, propende a no exhibir traumas psicológicos, recupera su autoestima y conoce mejor, de buena fuente, al reo, asimilando su actuar y las circunstancias que lo condujeron hacia su vida marginal y al acto delictivo; c) a los miembros afectados o no de la comunidad concernida, incluyendo eventualmente a los familiares y amigos de los infractores y de las víctimas, en la proporción en que éstos juegan un papel proactivo, protagónico, al contribuir en su reinserción social, favoreciendo la paz pública.

2.2. El principio de la voluntariedad

Además de los principios de la informalidad (ninguna definición previa de formas o procedimientos amordaza a la práctica), la imparcialidad y la igualdad entre los protagonistas, se destaca el de la voluntariedad (las partes anuentes la acogen *sponte propria*).

¹⁹ En BRENES QUESADA, Carlos, *Justicia Restaurativa: Una Herramienta para la Solución al Fenómeno de la Criminalidad Costarricense*, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Carrera de Derecho, Universidad Fidélitas, San José, Costa Rica, julio de 2009, p. 25. Disponible en Internet.

Damásio Evangelista de Jesús, renombrado penalista brasileño, afianza:

“Es fundamental reiterar que las prácticas restaurativas presuponen un Acuerdo libre y plenamente consciente entre las partes involucradas. Sin ese consenso, no habrá otra alternativa sino recurrir al procedimiento tradicional.”²⁰

Autores como Niels Christie afirman que los ofensores pueden ser obligados a tomar parte en dichas prácticas.

2.3. La convergencia de intereses

Aplicable en innumerables situaciones, incluso en los distintos estadios de un proceso criminal (antes del inicio de la demanda, después de su interposición y después la sentencia condenatoria), la Justicia Restaurativa es sustancialmente un instrumento de base comunitaria, cooperativo de reparación del tejido social, de curación de heridas y traumas, de toma de conciencia, de asunción de responsabilidad (*accountability*), que se resume en un punto común: la convergencia de intereses, de percepción, hacia una solución justa e ideal para la reconstrucción/pacificación de las relaciones personales implicadas en el conflicto instaurado.

En las intervenciones restaurativas se asoman emociones, (re)sentimientos, disgustos, odio y compasión, cabiéndole al ofensor responder sin tergiversaciones a

una infinidad de preguntas y enfrentar las lágrimas, la cólera y el sufrimiento ajenos (no es, en definitiva, una *soft option*). En efecto, es vital que el ofensor asuma la autoría del delito, se sensibilice con el drama de la víctima (sus traumas, por ejemplo) y haya un consenso entre todas las partes interesadas sobre la veracidad de los hechos y la necesidad (y la mejor forma) de intentar resolver el conflicto, de cicatrizar las heridas, de aliviar y si es posible sanar los daños —emocionales, psicológicos, relacionales, sociales— (así me expreso porque hay daños inmensurables y que a sabiendas jamás serán restaurados del todo). Eventualmente se da el perdón (lo cual, como hemos dicho, no es primordial, o sea, no es condición sino un resultado; la víctima lo sopesa y no necesariamente lo admite) y una de las partes puede, en cualquier momento, desistir del Acuerdo Restaurativo, sin consecuencias gravosas para sí. La punición es posible pero no es el objetivo principal.

Usualmente sin la presencia de testigos, abogados, fiscales o jueces, las partes interesadas intentan, de modo creativo, una solución de consenso a la desavenencia a través de un diálogo abierto, transparente.

En este proceso no se excluye la hipótesis de que la víctima pueda satisfacerse con la exteriorización de una disculpa:

“...Para algunos autores la restauración puede darse incluso mediante una disculpa, importando solamente que la víctima se vea satisfecha; esto puede parecer fantasioso y romántico, pero según la práctica en el campo jurisdiccional ha permitido estar en

²⁰ JESÚS de, Damásio, “Justiça Restaurativa no Brasil”, en *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, vol. 1, n. 21, CNPCP, Brasília, 2008, p. 18.

presencia de casos en los que el sujeto pasivo de la infracción ha manifestado expresamente no querer ninguna compensación económica, sino sólo una disculpa del infractor, lo cual es un ejemplo de que la víctima busca en muchos casos no una sanción de naturaleza retributiva o la reparación *stricto sensu*, sino su satisfacción por otros medios de composición del conflicto..."²¹

2.4. La figura del facilitador o mediador

Se recomienda que dichas prácticas se hagan siempre que sea posible con la presencia de un amigable reparador, un mediador, profesional privado o institucional, de preferencia un psicólogo o un trabajador social, capacitado, no exigiéndose que tenga formación académica superior.

El que funge como facilitador o mediador, con arreglo a los Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal, tiene como función "proporcionar de manera justa e imparcial la participación de las partes en un proceso restaurativo", siendo imprescindible que posea "un buen conocimiento de las culturas y las comunidades locales y, cuando proceda, recibirá capacitación inicial antes de asumir sus funciones de facilitación."

El éxito de la mediación depende del agente facilitador, de su desempeño, de su experiencia, de cómo expone y estimula discretamente la participación de todos, promoviendo, si es posible, una reunión previa, preparatoria, con las partes.

Su fiasco podrá representar un *bis in idem*, en la medida en que el examen del caso venga a ser [re]encaminado al sistema penal.

A él, a quien no le corresponde asumir una actitud autoritaria con imposición de sus conceptos u opiniones o de un resultado (los italianos justificadamente lo llaman *mediatore senza potere*), ni tampoco manifestar curiosidad, le cabe favorecer la expresión de sentimientos, la interacción, la discusión, el diálogo participativo con miras al acuerdo reparador.

Su tarea consiste en informar, escuchar atentamente a los involucrados, superar diferencias, sugerir y presentar propuestas mutuamente aceptables, guiándose por una deontología profesional que enmarca principios como la buena fe, la credibilidad, la imparcialidad (neutralidad), la independencia, la confidencialidad sobre los temas abordados —algo crucial cuando uno versa sobre cuestiones que exigen sigilo y son de foro íntimo— y el respeto a las partes.

La actuación del moderador no excluye al abogado; éste brinda asistencia, evalúa la validez de la restauración (de pérdidas y enlaces) y se compromete a guardar secreto acerca de lo tratado en la reunión.

Sobre su papel, que se distingue de aquel del juez (carece de poder, del *jus imperium*), afirma Michelle Mayorga Agüero,

²¹ DOUGLAS, Durán, *El Sistema Penal Costarricense de Cara al Paradigma de la Justicia Restaurativa*, Primer Congreso de Justicia Restaurativa, San José, Costa Rica, junio 2006, en BRENES QUESADA, Carlos, op. cit., p. 137.

en su tesis, presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, para la obtención del grado académico de Licenciada en Derecho:

“El mediador es un tercero que no realiza ninguna actividad decisoria, ni jurídica ni moral. Su función no es dar solución al conflicto sino dar dirección al proceso, explicar sus términos, controlar su curso y facilitar el intercambio de ideas entre los participantes, para lograr una composición pacífica. El mediador y el juez son terceros neutrales, pero el mediador a diferencia del juez no emite un juicio en aplicación, no da solución final al conflicto. El mediador facilita la comunicación, promueve la auto-composición. El mediador debe ser una persona preparada, debe tener la habilidad de percibir cuáles son los puntos en conflicto así como aquellos que permiten que se comuniquen. Además, debe tener una buena conducta ética, para proteger y mantener el equilibrio entre la víctima y el victimario, generar los valores de autodeterminación, responsabilidad y respeto entre estos.”²²

²² MAYORGA AGÜERO, Michelle, *Justicia Restaurativa. ¿Una Nueva Opción dentro del Sistema Penal Juvenil? Incorporación de los Principios Restaurativos dentro del Proceso Penal Juvenil Costarricense*, San José, Costa Rica, abril, 2009, p. 73. Con idéntico sentido: “Desprovisto de autoridad, el mediador no tiene el propósito de juzgar ni tampoco de procurar culpables. En situación de igualdad con las partes, no trae solución, sólo promueve el diálogo, posibilitando a los involucrados en el conflicto que platiquen sobre sus distintas versiones

En cuanto al acuerdo mediado, éste sólo tendrá validez cuando lo homologue la autoridad judicial, previa la anuencia del MP, tal y como registran los Principios Básicos:

“Los resultados de los acuerdos dimanantes de programas de justicia restaurativa, cuando proceda, deberán ser supervisados judicialmente o incorporados a decisiones o sentencias judiciales. Caso así ocurra, los resultados tendrán la misma categoría que cualquier decisión o sentencia judicial y deberán excluir la posibilidad de enjuiciamiento de los mismos hechos.”

Por otro lado, conforme a los mismos Principios, en la hipótesis de que las partes no arriben a un acuerdo, el caso deberá ser sometido a la justicia penal común, tomándose sin demora una decisión acerca del procedimiento a ser adoptado, con la garantía de que el hecho de no haberse alcanzado el acuerdo no se explotará en procedimientos posteriores de la justicia penal.

2.5. La palmera como símbolo

Le confieso, estimado lector, que me causó una bella impresión el trabajo desarrollado por el Grupo de Investigación JUSTICIA RESTAURATIVA, auspiciado por Konrad Adenauer Stiftung y la Universidad Pontificia Bolivariana, mismo que adoptó

e identifiquen su participación en la construcción de una posible verdad que contemple las necesidades de todos.” (ZAMITH BOIN AGUIAR, Carla, *Mediação e Justiça Restaurativa: A Humanização do Sistema Processual como Forma de Realização dos Princípios Constitucionais*, Quartier Latin, São Paulo, 2009, p. 103).

la imagen de la palmera como símbolo de la Justicia Restaurativa, como lo muestra con riqueza de detalles el sitio *web Justicia Restaurativa: Un Camino para la Transformación*, del cual transcribo:

“La justicia como virtud o valor cultural, tal como la palma, es simple, sin presunciones: no posee ramificaciones adicionales. Al estar por encima de las cosas terrenales, se eleva en forma recta— hacia arriba sin complejos— personificando la libertad y tomando gran altura. Mediante su tronco siempre erecto parece buscar el cielo, imagen de un logro infinito. Un único brote de ramas termina por coronarla y desde allí proyecta al suelo sus frutos-semillas, racimos que tardan en reventar y nacer, como tardan los premios de la justicia en llegar. La palmera, cuando pierde sus ramas, pierde su perfección y luego muere. Muchas de sus especies resultan espinosas, como la justicia cuando aplica correctivos y exige responsabilidades. **La palmera, símbolo de símbolos**, es la imagen de la fe, la palabra y la acción, tal como la Justicia Restaurativa. Representa la victoria, el triunfo, la paz duradera y la inmortalidad de la esperanza. Además nace en los suelos más adversos y rebrota aún de las cenizas como el ave fénix. La Justicia Restaurativa nace del dolor, del conflicto, de la verdad y el perdón contruidos con el otro, del encuentro dialogante, de la fe puesta en el otro y de la esperanza de la transformación. No en vano, palmera en griego se es-

cribe igual a fénix: ave de la vida y el perdón. Ave de la memoria sanada. No en vano también Colombia tiene como árbol nacional la Palma de Cera o del Quindío.”²³

Conformando una imagen a todas luces poderosa, la silueta de la palmera entraña una enorme identidad con los rasgos distintivos —lozanía, serenidad, rectitud, nobleza, entre tantos otros— de la Justicia Restaurativa, de matiz profiláctico y pedagógico, en su naturaleza particular de tercera vía, puesta en claro por Aída Kemelmayer:

“En síntesis, la Justicia Restaurativa pretende ser una tercera vía (*third way*) que acumule los beneficios: la primera fue la visión retributiva, que centraliza la cuestión en el ofensor y la pena; la segunda, la tendencia rehabilitativa, que sigue concentrada en el ofensor, pero especialmente en su tratamiento, supervisión, control, etc. La tercera pone la atención en el daño que tanto la víctima como la sociedad han sufrido y el modo como puede ser reparado pero sin olvidar los postulados positivos de las dos primeras.”²⁴

²³ Grupo de Investigación JUSTICIA RESTAURATIVA, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia, Último acceso el 02.01.2011.

²⁴ KEMELMAJER, Aída. “En Búsqueda de la Tercera Vía. La Llamada ‘Justicia Restaurativa’, ‘Reparativa’, ‘Reintegrativa’ o ‘Restitutiva’”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coords.), *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.

A fin de cuentas, lo anunciamos con júbilo: Habemus Justitia!

3. Teoría Conceptual sobre Justicia Restaurativa

Paul MacCold y Ted Wachtel, del *International Institute for Restorative Practices*, en su teoría conceptual sobre la Justicia Restaurativa, expuesta en la ponencia *En busca de un Paradigma: Una teoría sobre Justicia Restaurativa*, impartida en el XIII Congreso Mundial de Criminología, del 10 al 15 de agosto de 2003, en Río de Janeiro, Brasil, definieron que son tres sus estructuras conceptuales, relacionadas entre sí: a) la ventana de la disciplina social; b) el rol de las partes interesadas; y c) la tipología de las prácticas restaurativas.

El conocimiento de las tres estructuras resulta imperioso para que sepamos el fundamento de la propuesta en cuestión, su funcionamiento y a los beneficiarios, primarios y secundarios.

3.1. La ventana de la disciplina social (Social discipline window)

Las personas, que detentan algún rango de autoridad (padres, maestros, empleadores, profesionales de la justicia), tienen un reto: el mantener la disciplina social, suponiéndose que el mejor medio de reaccionar ante un crimen sea mediante un castigo riguroso consistente de preferencia en la privación de libertad.

Paul McCold y Ted Wachtel, quienes establecen combinaciones de control social alto o bajo y apoyo social alto o bajo, señalan que:

- El control alto es caracterizado por límites muy bien demarcados y el cumplimiento riguroso de los *principios conductuales*;
- El control bajo, por principios imprecisos o débiles de conducta y pautas de comportamiento inexistentes o poco rigurosas;
- El apoyo alto, por una asistencia activa y una preocupación por el bienestar; y
- El apoyo bajo, por la ausencia de incentivo y un interés mínimo respecto a las necesidades de orden físico o emocional.

A partir de dichas combinaciones, la Ventana de la Disciplina Social define cuatro enfoques con objeto de reglamentar la conducta: *punitivo*, *permisivo*, *negligente* y *restaurativo*:

“El enfoque punitivo, con control alto y apoyo bajo, se denomina también ‘retributivo.’ Tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa. El enfoque permisivo, con control bajo y apoyo alto, se denomina también ‘rehabilitativo’ y tiende a proteger a las personas para que no sufran las consecuencias de sus delitos. Un control bajo y un apoyo bajo son simplemente negligentes, un enfoque caracterizado por la indiferencia y la pasividad.

El enfoque restaurativo, con control alto y apoyo alto, confronta y desaprueba los delitos al tiempo que ratifica el valor intrínseco de los delincuentes. La esencia de la justicia restaurativa es la resolución de problemas de manera colaboradora. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas por un incidente se reúnan para compartir sus

sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente. El enfoque restaurativo es reintegrativo y permite que el delincuente se rectifique y se quite la etiqueta de delincuente.”²⁵

Cuatro palabras —NO (o NADA), POR, AL y CON— identifican los distintos enfoques:

- Siendo negligente el enfoque, NO se hará NADA en respuesta al crimen.
- Siendo permisivo, todo se hará POR el ofensor, tratado con respeto, requiriéndose muy poco en cambio, buscándose a menudo justificar la afrenta.
- Siendo punitivo, habrá una respuesta, una reacción, cuando se le hará algo AL ofensor (amonestación o castigo), sin esperar mucha participación activa y reflexiva de su parte.
- Siendo restaurativo, se asume un compromiso CON el ofensor (a efectos de su participación activa y reflexiva) y los demás, invitándolos a tener una participación directa en el proceso de concienciación, reparación y asunción de responsabilidad.

3.2. El papel de las partes interesadas (Stakeholder roles)

Esta segunda estructura define una relación entre el daño provocado por el delito con las necesidades específicas de las partes interesadas (primarias o secundarias). Esas necesidades se originaron a partir de dicho delito y con las respuestas restaurativas necesarias para satisfacerlas.

²⁵ McCOLD, Paul y WATCHEL, Ted, *Restorative Practices*, EFORUM, www.restorativepractices.org.

Son partes interesadas primarias o principales:

- Víctimas, trasgresores (partes directamente impactadas);
- Padres, cónyuges, hermanos, amigos, maestros o compañeros de trabajo, quienes fueron lastimados por cuanto tienen un vínculo afectivo relevante con la víctima o el perpetrador del delito y constituyen las comunidades de apoyo.

Son partes interesadas secundarias:

- Vecinos o personas pertenecientes a organizaciones de carácter social, educativo, comercial, religioso o estatal, “cuya área de responsabilidad o participación abarca el lugar o las personas afectadas por el incidente”;
- La sociedad, representada por funcionarios gubernamentales.

De Lilia Maia de Moraes Sales y Emanuela Cardoso Onofre de Alencar, en *La Justicia Restaurativa como Medio de Resolución de Conflictos Penales*, cosecho estos apuntes:

“Para los autores (2003, p. 04), todas las partes interesadas principales necesitan de una oportunidad para expresar sus sentimientos y tener voz activa en el proceso de restauración del daño. Las víctimas son perjudicadas por la falta de control que sienten como consecuencia de la agresión. Ellas necesitan readquirir su sentimiento de poder personal. Los delincuentes perjudican su relación con sus comunidades de asistencia al traicionar sus confianzas. Para reconquistar éstas, ellos deben ser fortalecidos y así poder asumir responsabilidades por sus malas acciones. Las comunidades de asistencia cumplen sus necesida-

des garantizando que algo será hecho sobre el incidente, que tendrán conocimiento del acto equivocado, que serán tomadas medidas para evitar nuevas transgresiones y que las víctimas y los agresores serán reintegrados a sus comunidades.

Las partes interesadas secundarias, a su vez, por no estar conectadas emocionalmente con las víctimas o sus agresores, no deben interferir en la oportunidad de reconciliación y reparación. La respuesta restaurativa máxima que las partes interesadas secundarias deben ofrecer es apoyar y facilitar los procedimientos en los que las propias partes interesadas principales determinan lo que se debe hacer. Estos procedimientos reintegrarán a las víctimas y a los infractores, fortaleciendo la comunidad, aumentando la cohesión y ampliando la capacidad de los ciudadanos de solucionar sus problemas.”²⁶

3.3. La tipología de las prácticas restaurativas (Restorative practices typology)

El proceso de interacción es vital en la satisfacción de las necesidades emocionales de las partes interesadas. El intercambio emocional necesario para satisfacer las necesidades de todas las personas directamente afectadas no es posible en caso de que intervenga sólo un grupo de las partes interesadas, esto es, la participación activa de los tres grupos de partes interesadas primarias resulta elemental para los procesos más restaurativos.

El grado según el cual todo género de disciplina social puede calificarse como completamente restaurativo es aquel en el que las tres partes participan en intercambios emocionales significativos y en la toma de decisiones:

Se dice parcialmente restaurativo cuando las prácticas de la justicia penal incluyen sólo a un grupo de partes interesadas primarias, como ejemplo del resarcimiento económico para las víctimas de parte del gobierno.

*“El enfoque
restaurativo es
reintegrativo
y permite que
el delincuente
se rectifique
y se quite la
etiqueta de
delincuente.”*

²⁶ MAIA DE MORALES SALES, Lília y CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, Emanuela, “La Justicia Restaurativa como Medio de Resolución de Conflictos Penales”, en OLIVEIRA DE BARROS LEAL, César, MURILLO DE LA ROSA, Mauricio Alejandro y YEBRA NÚÑEZ, René (Organizadores), *Serie Estudios en Ciencias Penales y Derechos Humanos, Tomo I, Homenaje a Antonio Sánchez Galindo*, Instituto Estatal de Ciencias Penales (Inceipe), Instituto Brasileño de Derechos Humanos (IBDH), Congreso del Estado de Guanajuato, México, 2010.

Es mayormente restaurativo cuando un procedimiento como es el caso de la mediación víctima-ofensor — MVO (*victim-offender mediation*, VOM) incluye a dos partes interesadas principales, pero no a las comunidades de apoyo.

Sólo es completamente restaurativo cuando los tres grupos de partes interesadas primarias participan activamente, como en los círculos o las reuniones de restauración.

3.4. Ilaciones sobre la teoría conceptual

Conforme a los profesores estadounidenses, para quienes *la Justicia restaurativa no se aplica porque es merecida, sino porque es necesaria*, la teoría conceptual sobre la Justicia Restaurativa, cuyos estándares y delineamientos básicos (técnicos, legales, metodológicos) fueron aquí sumariamente expuestos:

“proporciona el marco para una respuesta global al *cómo, qué y quién* del paradigma de justicia restaurativa. La Ventana de la disciplina social describe la manera en que el conflicto se puede transformar en colaboración. La estructura de las funciones de las partes interesadas muestra que la reparación del daño emocional y relacional requiere la obtención de control personal de las partes interesadas primarias, aquellas personas afectadas de forma más directa. La Tipología de las prácticas restaurativas demuestra el motivo por el cual la participación de las víctimas, los delincuentes y sus comunidades de apoyo es necesaria

para reparar el daño causado por el acto delictivo.”²⁷

Tras hacer acerbos censuras a la Justicia Retributiva (la Justicia *Oficial*, la Justicia Punitiva, por su deslegitimidad, su respuesta al mal [del crimen] con el mal [de la sanción], a más de la profunda desconfianza que genera su incapacidad de enfrentar el crimen y atender a las necesidades de las víctimas) y destacar las bondades de la Justicia Restaurativa, enmarcándola en un contexto mucho más amplio, los autores citados rematan:

“Un sistema de justicia penal que solamente imparte castigos a los delincuentes y excluye a las víctimas no encara las necesidades emocionales y relacionales de aquellas personas que se vieron afectadas por el delito. En un mundo donde las personas se sienten cada vez más alienadas, la justicia restaurativa restablece y desarrolla sentimientos y relaciones positivas. Un sistema restaurativo de justicia penal apunta no sólo a reducir la cantidad de delitos, sino también a disminuir el impacto de los mismos. La capacidad de la justicia restaurativa de tratar estas necesidades emocionales y relacionales y de comprometer a los ciudadanos en el proceso es la clave para lograr y mantener una sociedad civil sana.”²⁸

²⁷ *Ídem.*

²⁸ *Ídem.*

4. Consideraciones finales

Asentada hoy en diversas culturas, con rostros heterogéneos: las conferencias familiares (en Nueva Zelanda y Australia), los círculos²⁹ (en Estados Unidos y Canadá), las *Boutiques de Droit* (en Francia), los paneles juveniles (en Inglaterra) y los Programas de Reconciliación entre Víctima y Ofensor – *Victim-Offender Reconciliation Programs*, VORP (en USA, Inglaterra, Austria, Finlandia y Noruega), la Justicia Restaurativa apuesta en la convicción de que las personas son capaces de perdonar, aceptar al otro, reconocer sus errores, sus faltas, obteniéndose una convivencia participativa, armónica y respetuosa de los derechos humanos, sea del ofensor o bien del ofendido.

Varios autores puntualizan que el concepto de Justicia Restaurativa, aplicable a menores y adultos, se basa en la teoría de los tres R: la asunción de Responsabilidad por parte del ofensor; su mejor Reintegración en la comunidad; y la Reparación del daño causado a la(s) víctima(s) o perjudicado(s).

4.1. Un cambio de lentes

Howard Zehr, considerado uno de los padres del pensamiento y del modelo restaurativo, propone, en su obra pionera *Changing Lenses: A New Focus for Crime and*

Justice, un cambio de lentes en una cámara fotográfica: es idéntica la imagen; no obstante, cada uno de los lentes la capta a partir de ángulos diferentes. Aquí las preguntas clásicas que se suelen hacer como: ¿Quién cometió el delito?, ¿Cuál ley fue violada? ¿Qué pena debe aplicarse?, son reemplazadas por otros interrogantes: ¿Quién sufrió el daño? ¿Qué podrá Usted hacer para restaurar lo que hizo? ¿De qué manera podemos ayudarlo?

Para el profesor de la Universidad Menonita de Harrisonburg, en Virginia, Estados Unidos, y codirector del *Center for Justice and Peacebuilding*:

“Uno de los propósitos de la punición y la reparación es el enviar un mensaje. La función utilitaria de la punición es decirle al ofensor: ‘No cometa ofensas pues ellas son contra la ley. Aquellos que hacen el mal deben sufrir.’ La reparación o la restitución tienen por objeto enviarle un mensaje distinto: ‘No cometa ofensas pues ellas perjudican a alguien. Aquellos que perjudican a los otros tienen que corregir su error.’”³⁰

Mientras en la justicia ordinaria, tradicional, positivista (retributiva), simplemente se inculpa al autor del agravio (*punitur quia peccatum est*), estigmatizándolo a veces por toda la vida, hemos visto que en las prácticas restaurativas se recurre al diálogo y se pone atención a tres puntos básicos: la responsabilización del autor, la reparación del mal causado (el pacto resarcitorio asume un papel estelar en el

²⁹ En los círculos, que varían en su conformación de país a país, en muchos lugares se conserva la costumbre de utilizar un objeto, cuyo movimiento, en el sentido del reloj, es dirigido por el líder, con el fin de indicar a la persona que tomará la palabra a continuación, para enunciar sus ideas, hacer sus comentarios con total libertad. Le llaman la “pieza del diálogo”.

³⁰ ZEHR, Howard, *op. cit.*, p. 187.

proceso) y la reintegración del culpable a la sociedad.

En este orden de ideas, se restablecen los enlaces sociales, fortaleciendo la seguridad jurídica y ciudadana.

No se trata de mera aplicación de la ley penal, en el contexto de una pedagogía del castigo, acerbamente criticada y desechada por los abolicionistas³¹ (como Louk Hulsman y Nils Christie) y los minimalistas³² (Alessandro Baratta es un ejemplo), sin ningún compromiso con la víctima y el victimario, centrada en una visión legicéntrica y estadocéntrica del Derecho. Ni tampoco de una práctica forjada por el ingenio romántico de un grupo de visionarios.

Lo que se plantea aquí, en términos generales, es un cambio profundo en el enfoque epistemológico. El pasado y la culpa pierden su preeminencia; afloran, en la pujanza simbólica de sus significados, valores guías como el diálogo, la concordia

y la reparación (este último en su sentido lato, no simplemente patrimonialista), con reglas enfocadas a la comunidad; es el futuro que se presenta ante nuestros ojos con su tarjeta de visita; sólo tenemos que ir a su encuentro, cogerle las dos manos y atravesar el Rubicón.

Como forma particular e innovadora de resolución de conflictos, una imposición del *aggiornamento* del Derecho y de la política criminal y victimal, la Justicia Restaurativa es, en concreto, nítidamente transformadora³³, habida cuenta de su capacidad de curación (*healing*) de las lesiones físicas y morales, de restablecimiento de relaciones (cimentadas en la confianza, en el [re]conocimiento recíproco) y reintegración a la víctima y al victimario a la sociedad.

Por su conveniencia y sus logros positivos, la *Justicia que Queremos*³⁴ debe ser

³¹ “...los abolicionistas proponen cancelar no sólo la cárcel sino el sistema penal en su conjunto, y sustituirlo por un sistema de arreglo de conflictos, comunitario en su conformación y en su funcionamiento, orientado hacia la víctima y civil-compensatorio en su contenido.” (BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la et al., *El Sistema Penitenciario: Entre el Temor y la Esperanza*, Orlando Cardenas Editor, México, 1991, p. 148)

³² “Sin embargo, el propio Zaffaroni ha señalado que el Derecho Penal mínimo es una propuesta que debe ser apoyada por quienes deslegitiman el sistema penal, pero no como meta insuperable, sino como paso o tránsito hacia el abolicionismo, por lejano que hoy parezca...” (SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y HOUED VEGA, Mario Albert, *La Abolición del Sistema Penal. Perspectivas de Solución a la Violencia Institucionalizada*. Costa Rica: Editec, 1992, p. 46)

³³ Otros términos se emplean para designar a la Justicia dulce, o sea, a la Justicia Restaurativa: transformadora (Ruth Morris), relacional (Jonathan Burnsibe e Incola Baker), de comunidad restaurativa (Marlen Young), comunitaria, conciliadora, pacificadora, restauradora y reparativa. Véanse los correspondientes en otras lenguas: *Justice réparatrice* (francés), *Restorative o Transformative Justice* (inglés) y *Giustizia riparativa* (italiano)

³⁴ Nuestro tributo al artículo de GOMES PINTO, Renato Sócrates: “Justiça Restaurativa: O Paradigma do Encontro”, en ROLIM, Marcos; SCURO NETO, Pedro; CAMPOS PINTO DE VITTO, Renato; GOMES PINTO, Renato Sócrates, *Justiça Restaurativa: Um Caminho para os Direitos Humanos – Texto para Debates*, Instituto de Acesso à Justiça (IAJ), Porto Alegre, 2004, p. 73. El párrafo completo: “Ésa debe ser la agenda del movimiento restaurativo y cada uno de nosotros que cree y participa en ese grito por una *Justicia que Queremos*”

objeto de un estudio detenido, profundo, comparado, que ubique sus prácticas eficaces, con vistas a insertarla en las políticas criminales y penitenciarias.

En el Primer Congreso de Justicia Restaurativa, en junio de 2006, en San José, Costa Rica, el magistrado Luis Paulino Mora, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de aquel país, dio un valioso testimonio:

“Después de 36 años de ser juez y de haber trabajado la mayor parte de mi carrera en el área penal, soy el primero en reconocer las serias limitaciones que tiene el sistema retributivo actual para servir de solución a la creciente violencia social. Soy un fiel creyente de que debemos abrirnos a nuevas formas de resolver los conflictos, y que el poder punitivo del Estado debe tomar en cuenta a la víctima e incorporarla como la parte más importante del proceso...”³⁵

De esa forma, es congruente su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales, siendo recomendable su implementación en el interior de los centros penitenciarios, para que allí se alcance también el equilibrio que sólo es posible a partir del conocimiento mutuo, de la plática transparente, de la condescendencia

debe sentir que no está solo, puesto que, no obstante parezca un sueño ingenuo, nos cantaba John Lennon: *You may say that I'm a dreamer, but I'm not the only one*. La canción es *Imagine* y termina así: *I hope someday you'll join us and the world will live as one*.

³⁵ En BRENES QUESADA, Carlos, op. cit., pp. 76-77.

hacia el prójimo y del poder purificador de la verdad.

Sin presentarse como una panacea (muchos la rechazan, armados de un catálogo de objeciones, y no la recomiendan para delincuentes habituales y sexuales, hipótesis que se reservarían a la justicia común³⁶), preocupada por los daños infligidos y las consecuencias producidas por la trasgresión, la Justicia Restaurativa resulta ser una alternativa viable —más rápida, más humana y más barata—³⁷ a la clausura, especialmente la cárcel, una institución medieval, perversa, que se ha revelado un error histórico y que constituye, en la lectura de Foucault, un doble error económico, “directamente por el costo intrínseco de su organización e indirectamente por el costo de la delincuencia que ella no logra reprimir.”³⁸

En su monografía para optar por el posgrado de Maestría Profesional en Derecho Penal (Universidad Internacional de las Américas), Max Chinchilla Fernández cita un fragmento del artículo de Ja-

³⁶ Mientras en España no se la admite cuando se trate de violencia de género, sigue aplicándose, en esos casos, con buenos resultados, en Austria y Noruega.

³⁷ Son principios de la Justicia Restaurativa: voluntarismo, consensualidad, complementariedad, confidencialidad, celeridad, ahorro de costos, mediación y disciplina (En AMADO FERREIRA, Francisco, op. cit., p. 29).

³⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, Vozes, Petrópolis, 1983, p. 237. Adjunta Luiz Flávio Gomes: “A rigor, tal vez podamos agregar a los dos citados otro error económico: el costo de la criminalidad que ella genera (por intermedio de la reincidencia).” (*Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 30)

*"...la Justicia
que Queremos
debe ser objeto
de un estudio
detenido,
profundo,
comparado,
que ubique
sus prácticas
eficaces,
con vistas a
insertarla en
las políticas
criminales y
penitenciarias"*

vier Llobet Rodríguez, titulado "¿Justicia Restaurativa y en Costa Rica?" y presentado en el Primer Congreso de Justicia Restaurativa", en San José, C. R.:

"Debe resaltarse en cuanto a la justicia restaurativa que diversas ideas, no todas homogéneas, han influido en el surgimiento y auge de la misma. Dentro de ellas debe resaltarse: a) el renacimiento en el interés por la protección de la víctima en la década de los setenta del siglo XX; b) las ideas religiosas, en particular de los menonitas; c) los antecedentes de la diversión o diversificación en el Derecho Penal Juvenil; d) la tradición norteamericana de la oportunidad en la persecución penal; e) el escepticismo con respecto a la rehabilitación a través de la privación de libertad, ello con la crisis de la llamada ideología del tratamiento; f) el reconocimiento del valor de las formas de solución del conflicto por los pueblos indígenas, no sólo en América, sino también en Australia, Nueva Zelanda y África; y g) la corriente criminológica que ha defendido, principalmente en Holanda y los países escandinavos, el abolicionismo."³⁹

En carácter de miembro de la delegación brasileña, estuve en el 11 Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (Sinergias y respuestas: alianzas estratégicas en materia de prevención del delito y justicia penal), celebrado en Tailandia, del 18 al 25 de abril de 2005, en el que se aprobó la Declaración de Bangkok, enfática en lo imperativo de avanzarse en el desarrollo de la Justicia Restaurativa:

(32) "Para promover los intereses de las víctimas y la rehabilitación de los delincuentes, reconocemos la importancia de seguir elaborando políticas, procedimientos y programas en materia de justicia restaurativa que incluyan alternativas al juzgamiento, a fin de evitar los posibles efectos adversos del encarcelamiento, de ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante tribunales penales y de promover la incorporación de enfoques de justicia restaurativa en las

³⁹ CHINCHILLA FERNÁNDEZ, Max, *Justicia Restaurativa en Costa Rica. Instauración de la Justicia Restaurativa en el Ministerio Público de Costa Rica. Principales Retos*, Instituto de Estudios de Posgrado, Universidad Internacional de las Américas, noviembre de 2009. Disponible en Internet.

prácticas de justicia penal, según corresponda.”

A la pregunta: ¿Quién es victimizado por el crimen?, Daniel W. Van Ness contestó: Tú, como víctima, porque puedes perder tu vida, tu salud, tu propiedad o tu paz de espíritu. Tú, como ofensor, porque puedes recibir una sentencia injusta e ingresar a una prisión sobrepoblada. Tú, como pagador de impuestos, porque pagas cada vez más, cada año, por un sistema ineficaz.⁴⁰

4.2. La decadencia de la cárcel

A pesar del empleo masivo, la cárcel se ha revelado un fracaso por la imposibilidad fáctica de alcanzar sus objetivos:

a) de punición (por sus torpezas, sus distorsiones, como las regalías concedidas a reclusos poderosos y adinerados, las progresiones sin mérito, las autorizaciones indebidas de salida, las fugas favorecidas por la corrupción, etc., ni siquiera logra llevar a cabo esta que es, en lo imaginario colectivo, su principal meta);

b) de intimidación (prevención general negativa) responsable del paroxismo de la pena, bandera izada por el derecho penal simbólico, sin resonancia positiva en la prevención de la criminalidad — como advierte reiteradamente Günter Jakobs⁴¹—, así como la mano dura en la eje-

cución (emblemático ejemplo es el RDD - régimen disciplinario diferenciado, excesivamente riguroso, adoptado en muchas prisiones brasileñas), generadora de conflictos y motines; y

c) de resocialización (prevención especial positiva), antiguo y mítico postulado del derecho penal, presente en el discurso de los gestores penitenciarios, con el que intentan engañar al ciudadano común, en la lección de Óscar Wilde de que “No es a los reclusos a quienes habría que reformar, sino a las cárceles”⁴², construidas “con los ladrillos de la infamia y cerradas con barrotes por temor a que Cristo vea cómo mutilan los hombres a sus hermanos.”⁴³

En verdad, saludada en sus comienzos como un avance en el torrente punitivo (cuyas turbias aguas ahora nos toca contener, en palabras de Eugenio Raúl Zaffaroni en sus comentarios acerca de la *teleología reductora*), el embuste-prisión se renueva desde hace siglos a causa de la ceguera y la terquedad del hombre, impa-

infractores, introduce un sinfín de disposiciones excepcionales, a despecho de su ineficacia o imposibilidad de cumplimiento y, a medio plazo, desacredita al propio ordenamiento, minando el poder intimidatorio de sus prescripciones.” (SOUZA QUEIROZ, Paulo, *Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*, Editorial Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 56) De igual modo: “El pueblo, empero, debería comprender que ninguna ley, por más severa que fuera, puede cambiar en un ápice la realidad social.” (NEUMAN, Elías, *Los Homicidios de Cada Día*, Editorial Catálogos, Buenos Aires, 1994, p. 59)

⁴² WILDE, Óscar, *El Hombre y la Cárcel*, Instituto Nacional de Ciencia Penales, México, 2009, p. 62.

⁴³ *Idem*, op. cit., p. 105.

⁴⁰ VAN NESS, Daniel W., cuarta portada del libro “Crime and Its Victims”, ya citado.

⁴¹ “Además de eso, convendrá asentar, con García-Pablos, que un derecho penal simbólico no tiene ninguna legitimidad porque manipula el miedo al delito y a la inseguridad, reacciona con un rigor innecesario y desproporcionado y se preocupa exclusivamente de ciertos delitos e

sible e indiferente a la perpetuación de un equívoco grotesco, un chiste sin asomos de gracia.

Basurero humano, distrito de violencia y perversión, refugio del miedo y el horror, dominado por pandillas que se extienden en el vacío del Estado, imponiendo sus patrones de convivencia sobre los demás cautivos, primerizos y reincidentes, los más miserables entre los miserables, los sobrantes, los invisibles (sin olvidar que su actuar criminal, su poder de extorsión, van mucho más allá de los barrotes, negando su rol de contención), la prisión es, sin máscaras, un castigo innominado y nada más que eso.

Le cupo a Raúl Carrancá y Rivas, autor del prólogo del libro *El Hombre y la Cárcel*, de Óscar Wilde, expresarse sobre la pena privativa de libertad como “una sanción equiparable al peor tormento infernal”:

“Se vuelve algo peor, incluso, que el crimen que quiere castigar. En otros términos, con un crimen se castiga otro crimen, nada más que el Estado se apoya en una explicación teórica, que no justificación, y en una ley absolutamente convencional.” Y agrega sobre el sistema penitenciario: “...con apoyo en las premisas de la ley y las sentencias, hace con los adultos lo que si un adulto hiciera con otro, extra muros carcelarios, sería severamente sancionado. La conclusión es clara y contundente: es venganza y represión. No estamos, aunque se pregone lo contrario (tratamos de estar) en el periodo humanitario ni tampoco en el científico. Hay una clara regresión, si

es que no involución, que ha llevado al sistema hasta las etapas más oscuras de la venganza pública. Y por más que se diga, se denuncie, se exponga, el sistema esgrime la bandera del ‘realismo penal’, de la ‘utilidad penal’, para explicar, ¡nunca justificar!, su equivocada y en ocasiones errática conducta; con el resultado, y todos lo sabemos, de que el crimen avanza porque es administrado (removidas sus piezas de un sitio al otro) y no eliminadas sus causas.”⁴⁴

Todo lo dicho nos remite a Schwitzgebel, quien inauguró la experiencia de la vigilancia electrónica a distancia en Estados Unidos: “...algún día las prisiones serán museos o monumentos a la inhumanidad y a la ineficacia del castigo social”⁴⁵.

Un vaticinio semejante hizo la *profesora de la existencia*, la poetisa brasileña Cora Coralina, pseudónimo de Ana Lins do Guimarães Peixoto Brêtas (fallecida en 1985, cuyo primer libro de poemas fue publicado a la edad de 76 años) sobre esos anacrónicos y selectivos territorios del olvido, convertidos en casas del horror: “Y los hombres inmunizados contra el crimen, ciudadanos de un nuevo mundo, contarán a los niños del futuro historias

⁴⁴ *Idem*, op. cit., pp. 32 y 69.

⁴⁵ En VITORES, Anna y DOMÈNECH, Miquel, *Tecnología y Poder: Un Análisis Foucaultiano de los Discursos Acerca de la Monitorización Electrónica*, Fórum Qualitative Social Research, volumen 8, nº 2, mayo 2007 (disponible en <http://www.qualitative-research.net/fqs>).

absurdas de prisiones⁴⁶, celdas, altos muros de un tiempo superado”.

* Fragmentos de una investigación posdoctoral, en construcción, en la Universidad Federal de Santa Catarina (Brasil), bajo la supervisión del Dr. Sergio Urquhart Cademartori.

⁴⁶ Gustavo Radbruch sostenía idéntica postura: “El presidio constituye un fenómeno paradójico y sin ningún sentido” (en DEL PONT, Luis Marco, *Derecho Penitenciario*, Cárdenas Velasco Editores, México, 2005, p. 598) Es más, “La cárcel no es remedio, dice Jane Evelyn después de transitar investigando, hurgando, espiando a las mujeres que padecen las rejas. No es solución de nada. Es un castigo que se vuelve culpa. Una ira que acaba en condolencia. Un golpe que regresa en bofetada.” (LEÑERO, Vicente, *Cárcel de Mujeres*, Letras Libres, junio 2001, año III, número 30, revista mensual. Reproducciones Fotomecánicas S.A. de C.V. Democracias, México, p. 66)

LA REFORMA PROCESAL PENAL. VARIABLES ASOCIADAS A LA PLANIFICACIÓN TÉCNICA Y POLÍTICA DEL CAMBIO

Rafael Blanco Suárez¹

Introducción

La reforma al sistema de persecución y enjuiciamiento penal admite variados análisis y perspectivas, las que van desde ópticas historio-gráficas y de la ciencia política, pasando por aproximaciones jurídicas y dogmáticas hasta estudios orientados por la lógica de políticas públicas.

El presente texto pretende aproximarse, aún cuando de modo algo general, al entrelazamiento de lógicas políticas y de política pública, por ser ambas miradas o enfoques los menos explorados de la reforma procesal penal o por de pronto, menos documentados.

En efecto, la reforma ha dado lugar a un conjunto importante de textos jurídicos con enfoques procesales, textos de litigio estratégico, textos dogmáticos, de jurisprudencia, pero muy pocos sobre los aspectos propiamente políticos envueltos en el proceso de cambio y mucho menos sobre dimensiones ligadas a las políticas públicas en el sector justicia y en particular ligadas a la reforma procesal penal.

Los próximos apartados intentan reseñar los aspectos que me han parecido más relevantes del proceso político que acompañó la reforma penal, al tiempo de aproximarme igualmente a los fac-

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Chile. Postulado en Derecho Penal, Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho Procesal Penal y Litigación en la Universidad Jesuita Alberto Hurtado de Chile. Profesor Visitante de la Facultad de Derecho de Loyola, Chicago, Estados Unidos. Director del Diplomado de Derecho Procesal Penal de la Universidad Alberto Hurtado. Asesor Internacional para los procesos de Reforma Procesal Penal en México, Centroamérica y el Caribe.

tores que dieron a este cambio un nuevo foco a la construcción y diseño de políticas públicas en el sector justicia.

1. Elementos Distintivos de la Fase de Diseño

La reforma procesal penal representa una de las transformaciones más relevantes y radicales que haya sufrido el sistema de justicia penal chileno. La modificación de reglas, normas, prácticas, cultura, organización, procesos de trabajo, paradigmas, conocimientos y habilidades, entre otros factores, pone de manifiesto la magnitud y alcances del cambio.

Esta política pública inserta en el ámbito de la justicia, fue diseñada tomando en cuenta un conjunto de factores tradicionalmente ignorados en materia de reformas a la justicia y ciertamente invisibles a los ojos de los reformadores clásicos.

Pareciera relevante referirse entonces al conjunto de elementos que pueden entrar en el calificativo de novedosos y que acompañaron el diseño y preparación de la reforma al proceso penal chileno.

Los factores más relevantes presentes en el proceso de preparación de la reforma fueron los siguientes:

a) Enfoque multidisciplinario

Este factor se relaciona con la incorporación de miradas de diversas disciplinas al proceso de reforma procesal penal.

Tradicionalmente las reformas a la justicia han sido encaradas desde lógicas básicamente normativas, donde por cierto priman miradas focalizadas en variables jurídicas. Probablemente parte de los

problemas y fracasos de los procesos de reforma procesales en América Latina han tenido que ver con este foco exclusivo o preponderante.

La predilección por este enfoque jurídico, supone descuidar el conjunto de otros temas y conocimientos que están indisolublemente ligados a las políticas públicas del sector justicia.

Entre ellos podemos mencionar los siguientes:

1. Modificaciones organizacionales. En efecto, cada vez que modificamos de manera relevante un procedimiento, un código de procedimientos completo competencias o atribuciones, impactamos en la organización de las instituciones. Este aspecto suele ignorarse, manteniendo las mismas estructuras organizacionales e impidiendo los necesarios ajustes y reorganizaciones.

Los ajustes organizacionales pueden ir desde la creación de nuevas unidades especializadas, reasignación de funciones dentro de la organización, modificaciones y ajustes de las divisiones, departamentos, programas o unidades existentes, o simplemente modificaciones menores.

La gestión moderna por otra parte, evidencia la necesidad de ajustar las organizaciones a las dinámicas de cambios y avances tecnológicos de forma de cumplir con los objetivos estratégicos para los que está llamada.

En el caso de la reforma procesal penal chilena, las instituciones que debieron modificar sus organizaciones fueron por una parte la policía y por otra el Poder Judicial. En el caso de la Fiscalía y la De-

fensoría, más que cambios lo que supuso fue el nacimiento de nuevas organizaciones hasta entonces inexistentes en el sistema político-institucional.

Carabineros de Chile generó internamente una nueva unidad de trabajo para preparar e implementar el cambio y asimismo reorganizó el aparato investigativo interno con que contaba. De este modo transitó desde la estructura vigente a la época de la reforma, pasando por las unidades integrales investigativas, para terminar reforzando el Servicio de Investigaciones Policiales adscritas a las comisarías y reforzando las unidades especializadas en investigación como el OS7, OS9 y LABOCAR, entre otros. Por su parte, la Policía de Investigaciones generó reforzamientos de sus áreas de investigación, renovando sus equipos y mejorando la organización interna. Este cambio tenía relación con las nuevas exigencias derivadas de un modelo acusatorio, oral y de audiencias en reemplazo del sistema de expedientes. Por otra parte la incorporación del Ministerio Público suponía adecuar su funcionamiento, sus sistemas de coordinación, sus mecanismos de trasposos de información y los tiempos de respuesta de sus procedimientos.

En el caso del Poder Judicial, el cambio resultó aún más profundo, pues debió cambiar su lógica de trabajo centrada en el expediente y en la escrituración por una lógica centrada en la oralidad y en el sistema de audiencias. De esta forma debió modificar la organización del despacho judicial y todo el aparato administrativo de apoyo.

Se creó una estructura organizacional completamente nueva que incluyó unidades para administrar espacios físicos, unidades para dar soporte a testigos y peritos, unidades de gestión de causas y administración de la agenda del tribunal, unidades de apoyo general (tecnología, finanzas, apoyo administrativo) unidades de atención al público, etc.

Por otra parte se privilegió la profesionalización del sistema de administración de los nuevos tribunales de la reforma, apareciendo la figura del administrador del tribunal, el que se relaciona con el juez presidente que es elegido por sus pares que integran los cuerpos colegiados de cada tribunal, con el objeto de mejorar el *back office* del despacho judicial.

Este conjunto de ajustes estuvo guiado por la necesidad de organizar todo el trabajo jurisdiccional en torno a las distintas audiencias del nuevo sistema oral, las que iban desde audiencias de control de detención, seguidas de audiencias de formalización de la investigación con debate de cautelares y determinación de plazos máximos de investigación, pasando por audiencias de suspensión condicional del procedimiento, audiencias de preparación de juicio oral, audiencias de juicio oral o bien audiencias de procedimientos especiales.

En el caso de la fiscalía y la defensa penal pública, más que cambios y ajustes organizacionales iniciales, lo que se desarrollaron fueron nuevas organizaciones, inexistentes hasta esa fecha. Sin embargo, en forma posterior los modelos organizacionales de estas nuevas instituciones han estado

en permanentes cambios y ajustes según los desafíos que se deben ir enfrentando.

2. Cambios en los procesos de trabajo. Otro aspecto relacionado con las transformaciones en las reformas a la justicia y en la reforma al proceso penal en particular, tiene relación con los cambios que experimentan los procesos de trabajo de los distintos actores.

Un nuevo código, con nuevas normas y procedimientos, trae aparejado la generación de nuevos procesos de trabajo para los operadores del sistema de justicia. Cada proceso se asocia a nuevos productos, con nuevas exigencias y supuestos y requieren además mejores soportes y capacitación para alcanzar exitosamente los objetivos estratégicos de cada sub etapa.

Un ejemplo de lo señalado puede vincularse a las prerrogativas policiales autónomas, las que en el marco del nuevo sistema procesal penal suponen una fuerte preocupación por evitar errores e ilegalidades, so pena de que tales acciones resulten excluidas y por tanto, al margen del sistema penal. Ello supone una fuerte vinculación con el órgano conductor de las investigaciones que es el Ministerio Público y con el cual debe generar lazos de comunicación y coordinación.

Profundizando la aproximación anterior, podemos imaginar el conjunto de acciones que deben operar en un caso de detención flagrante, que supone una acción policial, una comunicación a la fiscalía, decisiones y operaciones intermedias, trasposos de información, traslados del detenido, respaldos de información, uso de sistemas informáticos para traspasar

tal información, generación de criterios y estándares para recopilar antecedentes, coordinaciones con centros de salud en caso de lesiones del detenido, etc.

Este conjunto de consideraciones solo pueden ser visualizados en la medida que los nuevos procedimientos y reglas jurídicas son traducidos en acciones y operaciones concretas y en procesos de trabajo. Esta aproximación permite al mismo tiempo identificar los requerimientos materiales de las instituciones, los apoyos tecnológicos necesarios de los procesos de trabajo más relevantes y los flujos de trabajo que los nuevos sistemas generan.

3. Cambios en los perfiles profesionales de los actores del sistema. Otro aspecto que resalta con claridad, a propósito de las reformas a los sistemas de justicia y en especial con ocasión de la reforma procesal penal, tiene relación con los nuevos perfiles de cargo que estos cambios suponen para los nuevos operadores.

En efecto, los cambios en la organización, los nuevos procesos de trabajo, exigen nuevos perfiles para los cargos que la reforma generó.

Un ejemplo claro de ello tiene relación con toda la estructura de profesionalización del despacho judicial que supuso generar jefaturas administrativas y nuevos modelos de gestión que requerían competencias y habilidades sustantivamente distintas a las que el sistema necesitaba hasta entonces. Se requirió generar perfiles para el administrador del tribunal para los jefes de las distintas áreas de apoyo, etc. Lo mismo ocurrió tratándose del nacimien-

to del Ministerio Público y de la Defensa Penal Pública que requirió el reclutamiento de muchas personas con competencias y habilidades distintas para ejercer los nuevos cargos.

4. Cambios en los sistemas informáticos.

Otro elemento central a la hora de diseñar la reforma se refiere a las tecnologías de la información. Estos aspectos pueden ser un apoyo sustantivo para los procesos de cambios si se diseñan correctamente. En el caso de la reforma al proceso penal, los cambios tecnológicos estuvieron fuertemente centrados en la instalación de nuevos mecanismos de trasposos de información entre los operadores, especialmente entre policías y fiscales, entre fiscales y jueces y entre jueces y litigantes. Asimismo se expresó en la generación de bases de datos, en la gestación de mecanismos de coordinación interinstitucional, en la instalación de sistemas de registro, etc.

Por otra parte el desafío tras los modelos informáticos también se vincula con la capacidad de diálogo y compatibilidad que tengan dichos sistemas entre sí, pues el nuevo sistema suponía altos niveles de coordinación y trabajo interinstitucional.

5. Modificaciones arquitectónicas. Uno de los elementos más complejos y costosos tiene relación con la adaptación de la infraestructura existente a los cambios que las reformas requieren. En el caso de la reforma procesal penal el cambio de una justicia secreta y escrita, por una pública de tipo oral, significó diseñar un nuevo

modelo arquitectónico de tribunales, con nuevos requerimientos de espacios y de seguridad, flujos de circulación de público y de operadores de forma parcialmente diferenciada, entre otros aspectos.

En otras palabras, el modelo de audiencias, en lugar del modelo de expedientes, requería espacios para generar la interacción que el nuevo sistema exigía entre los operadores.

Lo anterior significó invertir grandes sumas de dinero en habilitación de espacios físicos, remodelaciones y nuevas construcciones.

6. Nuevas metodologías de aprendizaje.

La reforma supuso reestructurar la base conceptual del sistema procesal penal, introdujo nuevas normas, nuevas instituciones, nuevas lógicas de funcionamiento, y nuevos paradigmas. Todo lo anterior implicó la necesidad de incorporar nuevas destrezas y habilidades entre los operadores, lo que a su vez se tradujo en nuevas metodologías de enseñanza del Derecho Procesal Penal y requerimientos de formación práctica y teórica. Ello a su vez descansaba sobre la base de nuevas metodologías innovadoras de enseñanza que incorporaron lógicas de simulación de audiencias y juicios, juego de roles, análisis de casos, uso de metodologías vinculadas al desarrollo de teorías del caso, entre otros aspectos.

A todo lo anterior puede incluso agregarse el que se desarrolló un modelo de capacitación interinstitucional que contribuyó a modelar el funcionamiento del nuevo sistema, sus principales audiencias y el

juicio, sobre la base de integrar a todos los operadores en un mismo momento previo a la implementación y puesta en marcha, que supuso simular cada audiencia, identificar los temas relevantes de cada una de ellas, definir las informaciones necesarias y pertinentes que cada actor debía llevar a cada una de ellas y generar acuerdos sobre el modo general de funcionamiento y la dinámica de tales audiencias.

b) Enfoque interinstitucional

Otro factor relevante que marcó una parte del proceso de reforma procesal penal, tuvo relación con la generación de espacios de trabajo interinstitucional. Este aspecto suele ser una de las debilidades de los procesos de reforma comparados, pues las prácticas tradicionales de trabajo en el sistema público tienden a evidenciar lógicas compartimentalizadas entre los actores involucrados, máxime cuando pertenecen a distintas reparticiones públicas o distintos poderes del Estado

No resulta sencillo generar relaciones de trabajo y coordinación entre distintas instituciones estatales, tradicionalmente celosas de sus competencias y prerrogativas, tendiéndose a generar lógicas autárquicas y poco dialogantes que impiden ganar espacios para mejorar rendimientos, generar economías de escala, simplificar procedimientos, disminuir costos de operación, etc.

En el caso de la reforma procesal penal, la interinstitucionalidad que logró instalarse en el curso del proceso, se tradujo en las siguientes cuestiones:

Capacitación interinstitucional

El trabajo de preparación de la reforma procesal penal supuso evidenciar lo crítico que resultaba que los operadores del sistema lograsen comprender correctamente las dinámicas que las nuevas reglas y normas traían consigo.

No bastaba una mera lectura o estudio del nuevo código procesal penal si no iba acompañada de la generación de las lógicas, habilidades, destrezas y conocimientos que suponía el nuevo sistema acusatorio. En el corazón de este dilema se encontraba la instalación de las lógicas orales, de los modelos de audiencias y finalmente de la traducción de las reglas abstractas a las dinámicas e interacciones que el nuevo proyecto de código requería.

La aproximación tradicional de los procesos de capacitación, que colocaban los énfasis en los aprendizajes teóricos y abstractos de las normas, no resultaba suficiente para lograr el cambio de mentalidad y lógicas que la reforma necesitaba. Mucho menos era suficiente para lograr traducir correctamente las reglas procesales del nuevo código procesal penal.

De hechos resulta altamente probable que la aproximación tradicional hubiera permitido la pervivencia de las viejas prácticas del modelo inquisitivo y por tanto la preservación de lógicas de reserva y de escrituración.

De este modo, el proceso de instalación de la reforma procesal penal en sus distintas fases y en los distintos territorios donde se fue implementando, consideró un proceso de capacitación de los actores centrales del sistema, esto es, jueces, fiscales y defensores. Probablemente una

mirada retrospectiva y crítica nos permite observar lo errado que resultó no incorporar en esta fase de modo más intenso a los cuerpos policiales.

Jueces, fiscales y defensores fueron capacitados siguiendo el uso de metodologías modernas y acordes con la estructura oral del nuevo proceso. Se usaron métodos de simulación de audiencias, juego de roles, análisis de casos, etc.

Sin perjuicio de lo que hasta acá hemos comentado, todavía hubiese resultado parcial e insuficiente dicha capacitación si esta no hubiese tenido una fisonomía interinstitucional. Dicho de otro modo, cada vez que debimos instalar la reforma procesal penal en las diversas regiones, se desarrolló un proceso de capacitación interinstitucional, donde reunimos a jueces, fiscales y defensores, para que simularan cada una de las audiencias del nuevo modelo. Esta capacitación interinstitucional permitió las siguientes ganancias:

Comprender las dinámicas generales de las audiencias;

Comprender los temas que debían ser tratados en cada una de ellas;

Comprender la información necesaria que cada actor debía tener disponible para tales audiencias;

Comprender las mecánicas de interacción que debían producirse en las diferentes fases y audiencias;

Comenzar a identificar los requerimientos materiales que se necesitarían para administrar correctamente tales audiencias; y

A lo anterior aún podemos agregar que esta dinámica de simulaciones logró

distender en algo las ansiedades y nerviosismo de los actores, pues ya podían representarse lo que el nuevo sistema les demandaba en su fase inicial y en el trabajo más relevante que era precisamente en audiencias.

2. Generación de una Unidad de Coordinación Interinstitucional

Otro elemento del proceso de implementación de la reforma procesal penal que consultó lógicas interinstitucionales fue precisamente la generación de una Comisión donde estaban representados todos los actores relevantes del sistema penal, esto es, Ministerio Público, Defensa Penal Pública, Judicatura y Poder Ejecutivo. Esta Comisión fue estructurada con el objeto de coordinar de modo más intenso la instalación de la reforma procesal penal, al tiempo de generar un espacio de diálogo entre las instituciones para resolver los problemas operativos que se iban generando con la implementación.

Siguiendo la misma reflexión retrospectiva y crítica, resulta posible decir que la composición de esta Comisión debió integrar de algún modo al estamento policial a objeto de acelerar los cambios que en sus respectivas reparticiones debían operarse para hacer frente a la instalación de la reforma.

Esta Comisión logró establecer un modelo de trabajo, que aunque con altibajos, permitió instalar un espacio de trabajo común donde podían llevarse los temas más relevantes de la implementación.

En los inicios del proceso de diseño de la reforma se imaginó la relevancia de una

instancia de estas características, razón por la cual su existencia se gestó y consagró a nivel legal.

3. Generación de manuales de procedimiento para la operación del sistema

Otra dimensión del trabajo interinstitucional que logró gestarse en torno al proceso de diseño y preparación de la reforma, tiene relación con la generación de manuales operativos para coordinar las relaciones de trabajo entre la fiscalía, la defensa y los tribunales. Estos manuales resultan particularmente útiles para traducir en textos concretos los acuerdos operativos de procesamiento de información y de los flujos de trabajo del sistema en sus distintas fases.

En la actualidad tales requerimientos han dado lugar a manuales operativos entre la fiscalía y la policía.

4. Acuerdos operativos específicos entre algunos actores

Finalmente otra expresión de trabajo interinstitucional se refiere a las relaciones que en algunos casos se han establecido a modo de buenas prácticas entre algunos operadores del sistema de justicia penal. En concreto es posible advertir en algunas regiones o localidades del país, la generación de métodos de trabajo conjuntos entre la Fiscalía y la Policía, lo que se ha traducido en acuerdos operativos, en mesas de trabajo para hacer frente a dificultades concretas o analizar problemáticas ligadas a la aplicación y comprensión de ciertas reglas o instituciones relevantes en materia de persecución penal.

c) Asociación público privada

En el marco de análisis de la fase de diseño de la reforma procesal penal resulta necesario mencionar uno de los aspectos que representó una de las dimensiones más innovadoras y atípicas desde la óptica de trabajo tradicional del Estado de esa época. En efecto, la reforma procesal penal fue gestada sobre la base de un trabajo público-privado en el que se asociaron, por una parte, organizaciones de la sociedad civil como la Corporación de Promoción Universitaria, y la Fundación Paz Ciudadana y el Ministerio de Justicia por otra.

Esta asociación se tradujo en un modelo de trabajo efectivo y cotidiano donde los equipos técnicos de las tres instituciones interactuaron para perfeccionar los distintos proyectos de la reforma procesal penal y al mismo tiempo generaron los insumos técnicos para dotar a la reforma de los estudios, soportes y requerimientos en el plano de lo financiero, organizacional, informático, etc.

Esta asociación poseía adicionalmente la virtud de congrega equipos técnicos que provenían de sensibilidades políticas diversas y por tanto agregaban el mérito de ser transversales y más amplias. Estas sensibilidades permitieron entrelazar en el proceso de reforma, objetivos y dimensiones tradicionalmente contrapuestas que eran incapaces de dialogar, gestando un modelo de persecución y enjuiciamiento criminal que logró combinar aspectos ligados a los derechos y garantías, con elementos asociados a la mayor eficiencia y eficacia de la persecución penal.

d) Generación de una unidad de coordinación especializada dentro del aparato público para coordinar el proceso de trabajo técnico

Otro aspecto que se asocia a la etapa de diseño y preparación de la reforma procesal penal, se vincula con la creación, al interior del Ministerio de Justicia, de una Unidad de Coordinación Técnica del proceso de reforma, que se conformó sobre la base de un equipo multidisciplinario que produjo un conjunto muy relevante de estudios y análisis, que representaron los soportes financieros, informáticos, de procesos, arquitectónicos, y económicos del proceso de cambio.

Esta unidad interactuaba con los equipos técnicos de la Corporación de Promoción Universitaria y la Fundación Paz Ciudadana. Igualmente trabajó con un fuerte apoyo de académicos de la Universidad Diego Portales en materias jurídicas e institucionales.

La generación de esta Unidad Coordinadora permitió instalar en el Ministerio de Justicia una masa crítica de profesionales que permitieron coordinar el trabajo técnico con otras instituciones del aparato público, coordinar el trabajo de recepción y organización de la cooperación internacional, desarrollar estudios de soporte técnico para ensamblar las distintas aristas y dimensiones técnicas del proceso de reforma y coordinar el trabajo de apoyo que prestaron las instituciones de la sociedad civil y el mundo académico.

e) Acopio de Información de base y estudios de apoyo para el cambio

La reforma posee como sello distintivo la generación de un conjunto de estudios que permitieron justificar y respaldar los planteamientos que se hacían para sostener la idea del cambio de sistema.

En efecto, la reforma contó con análisis académicos sobre los problemas del sistema antiguo y sus tiempos de respuesta. Por otra parte se desarrollaron estudios de rentabilidad financiera y social, se generó un modelo de simulación computacional elaborado por profesionales de la Fundación Paz Ciudadana como soporte para definir los flujos de trabajo y los requerimientos de personal. Asimismo se contó con estudios de carga de trabajo y necesidades de ubicación de los nuevos tribunales que desarrolló el propio Poder Judicial.

Estos estudios fueron particularmente útiles durante el debate legislativo de la reforma, así como en las discusiones y presentaciones que se hicieron ante el Ministerio de Hacienda.

2. Elementos políticos involucrados en su preparación

La reforma al proceso penal está lejos de ser una transformación puramente tecnocrática. Desde sus inicios se vinculó con necesidades político-institucionales y demandas muy concretas de los ciudadanos. En la base de la reforma aparecía una mirada crítica al funcionamiento del sistema de justicia penal por su lentitud, secretismo, burocracia, por casos de corrupción no sistémicos pero frecuentes, vulneración de derechos de todos los intervinien-

tes, y falta de capacidad para perseguir criminalmente un caso en forma eficiente.

Estas constataciones generaban legítima indignación ciudadana y acompañaron y presionaron para lograr instalar el nuevo modelo de justicia.

La reforma por otra parte tocaba cuerdas sensibles del poder, pues modificaba el trabajo y controles de la policía, cambiaba la organización y funcionamiento del Poder Judicial, chocaba contra los intereses de grupos de abogados bien contactados que veían la reforma como un problema y no como una solución, propugnando mantener el sistema vigente a la época con más recursos para construir tribunales, cárceles y contratar jueces.

Como si todo ello fuera poco, la reforma encontró problemas en el debate legislativo referidos a las resistencias que algunos parlamentarios colocaron a las nuevas normas e instituciones, y pese a que finalmente fuimos capaces de convencerlos, no es menos cierto que ello tomó tiempo y enorme energía política.

Este conjunto de constataciones, permiten observar que la variable político-estratégica de la reforma procesal penal jugó un rol clave. Dentro de este enfoque, los aspectos que merecen especial relevancia son los siguientes:

Voluntad política

Ninguna reforma de envergadura que supone cambiar normas, crear nuevas instituciones públicas, modificar las atribuciones de órganos públicos existentes, generar nuevas reglas, aumentar a más del doble el presupuesto del sector justicia,

puede llegar a arribar a buen puerto sin la existencia de una voluntad política que logre dar seguimiento al proceso de cambio, se involucre en los detalles cotidianos que pueden frenar o ralentizar el proceso, abra las puertas políticas y financieras de la reforma, logre dialogar con todas las fuerzas políticas y finalmente logre sostener el impulso reformista en el tiempo.

Esa voluntad política estuvo muy presente en la reforma procesal penal, y si bien ello es en parte fruto de un trabajo de equipo, transversal y bien preparado, no es menos cierto que todo ello requiere de una cabeza conductora que genere credibilidad y eficacia a la acción política.

En el contexto de la reforma, esa cabeza y rol de conducción estuvo representada por la Ministra de Justicia, Soledad Alvear, quien logró convencer y sumar al proceso al Presidente Eduardo Frei, al Presidente Ricardo Lagos, y al mismo tiempo generar una base de apoyo casi unánime en ambas ramas del Congreso Nacional y en las distintas fuerzas políticas.

Enfoque amplio e integrador

Otro aspecto de la dimensión política del proceso de reforma procesal penal, tiene relación con la capacidad que se tuvo de relevar tanto aspectos de derechos y garantías como aspectos de eficiencia en la persecución penal.

Las reformas a los sistemas de enjuiciamiento y persecución penal gestadas en América Latina, suelen llevar aparejado un signo unidireccional que se asocia a la profundización de derechos y garantías. Ello ha provocado que sean entendidas

como un factor de debilitamiento de la eficiencia de la persecución, originando divisiones que impiden un correcto desarrollo y preparación de los cambios.

La reforma al proceso penal chileno intentó armonizar estas visiones encontradas, estructurando un modelo que aspiraba simultáneamente a mejorar los estándares de derechos y garantías, al tiempo de mejorar la eficiencia y eficacia de la persecución penal.

De este modo se obtuvo una mirada novedosa para abordar la reforma al proceso penal, generando una visión integradora y más representativa de lo que los mismos ciudadanos esperaban del proceso de cambio en la justicia penal. Esto permitió asimismo aumentar la base política y social de apoyo al proceso de cambio y facilitó los consensos políticos en la fase legislativa.

Finalmente los énfasis permitieron mejorar la persecución penal, aumentar los recursos de las policías y los órganos periciales, generar mecanismos de atención, derivación y protección de víctimas, establecer sistemas de entrenamiento y coordinación de fiscales y policías que mejoraron la eficacia y eficiencia de la persecución del delito, generar un organización del Ministerio Público poco burocrática y de alto dinamismo.

Por otra parte se logró instalar un sistema de Defensa Penal Pública que por primera vez en Chile generó un mecanismo efectivo de representación de intereses de los imputados. Ello fue acompañado de un modelo de procesamiento más respetuoso del principio de inocencia y dotado de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, junto a sistemas alternativos de resolución de conflictos.

Análisis político estratégico

Un elemento que acompañó desde el inicio el proceso de reforma fue la capacidad de generar un equipo de análisis político que dotara de capacidad estratégica a las distintas fases del proceso de cambio. Este equipo, inserto en el Ministerio de Justicia, permitió realizar diversos análisis para anticipar conflictos, diseñar respuestas y estrategias, esbozar planes alternativos en casos críticos y desarrollar puentes con los distintos grupos políticos, entre otros aspectos.

Este grupo resultó complementario a las estrategias y apoyo que se generaron desde el ámbito de la Fundación Paz Ciudadana, que lograba generar una amplia interlocución con sectores ligados a la derecha y centro derecha chilena.

*"...se logró
instalar un
sistema de
Defensa Penal
Pública que
por primera
vez en Chile
generó un
mecanismo
efectivo de
representación
de intereses
de los
imputados".*

La planificación de los distintos escenarios y variables asociadas al proceso de reforma permitió dotar de sentido político-estratégico a muchas acciones y decisiones de las distintas fases del proceso y facilitó acuerdos relevantes durante la etapa pre-legislativa y legislativa.

Constitución de equipos técnicos transversales

Un elemento tremendamente relevante a la hora de analizar los éxitos desde la óptica política, y que pudieron apreciarse durante el desarrollo del proceso de reforma, dice relación con la generación de un equipo de apoyo técnico muy representativo de diversos sectores políticos.

Este componente permitió identificar en las fases de diseño y preparación, los temas, instituciones, reglas e ideas que generaban sospecha o problemas en los distintos grupos políticos, gestándose modos de aproximarse o soluciones que pudiesen ser aceptadas por todos; claro, sin que ello supusiese transar las ideas centrales del proceso de reforma.

La constitución de estos equipos tuvo un rol muy relevante en la fase legislativa, pues logró desplegar un arco de acciones muy amplia sobre las distintas bancadas, imprimiendo una base de legitimidad muy amplia a los distintos proyectos que conformaron la reforma y que dada la envergadura institucional de cada uno de ellos, no resultaba sencillo que fueran aprobados en forma fácil y expedita.

Estos equipos técnicos se gestaron en parte por el trabajo de los grupos profesionales del Ministerio de Justicia, de la

Corporación de Promoción Universitaria, de la Fundación Paz Ciudadana, y de académicos independientes.

Trabajo con el mundo político

Como complemento del trabajo de los equipos técnicos transversales y de los equipos de apoyo político insertos en el Ministerio de Justicia, la reforma procesal penal supuso un trabajo de ingeniería de detalles con el mundo político que involucró diversas reuniones con los distintos partidos políticos para explicar el sentido y lógicas del cambio. Supuso trabajar con los institutos de estudios representativos de los distintos sectores políticos, supuso trabajar con todas las bancadas parlamentarias y con cada uno de los parlamentarios individualmente considerados y asimismo con los asesores principales de cada uno de los parlamentarios y bancadas.

Las lógicas de aproximación a estos grupos eran diversas y supusieron por cierto hacer los énfasis asociados a las sensibilidades de cada uno de ellos.

Este trabajo previo colaboró enormemente en lograr apoyos transversales tanto de grupos propiamente políticos como de grupos técnicos con visiones políticas definidas.

Diseño comunicacional

El conjunto de acciones políticas descritas no hubiera sido suficiente si no se hubiese contado con un diseño comunicacional que hubiese acompañado al proceso de reforma en sus distintas etapas.

En esta aproximación resultó clave el apoyo de la Fundación Paz Ciudadana y

del diario El Mercurio, ligado a la Fundación, pues permitió generar editoriales de apoyo, espacios para dar a conocer las nuevas reglas e instituciones, e incluso complementar las estrategias que se desarrollaron en el Ministerio de Justicia.

Además de lo anterior, la reforma contó con el soporte estratégico comunicacional de un grupo de profesionales del Ministerio de Justicia que generaron un conjunto de acciones y escenarios para dotar de visibilidad al proceso de reforma en sus distintas etapas. Ello a su vez se nutrió del aporte de equipos de apoyo comunicacional que provenían de la Presidencia de la República y del sector privado.

Parte de esta estrategia supuso trabajar con todos los medios de comunicación para lograr espacios de difusión e información, supuso trabajar con grupos de periodistas especializados a los cuales se ofreció material de apoyo, seminarios de difusión y capacitación, y supuso trabajar con los distintos grupos editoriales a fin de explicar el sentido del cambio, la justificación de las nuevas instituciones y los objetivos que se pretendía lograr.

Posteriormente estas estrategias fueron complementadas con insertos de prensa, avisos radiales, etc.

Planificación de la puesta en marcha

Los elementos presentes en la fase de diseño de la reforma y la generación de una estrategia política resultaron fundamentales para lograr un buen resultado del proceso de reforma. Sin embargo, todo ello debe ser complementado con las decisiones que se adoptaron a la hora de planificar la implementación y puesta en marcha del sistema.

En otras palabras podemos decir que no basta tener buenas ideas y bien justificadas y una estrategia política adecuada para ser validada y aprobada, si no se gasta tiempo y análisis en la determinación de la forma que se empleará para poner en funcionamiento el proyecto de reforma.

En lo que atinge al proceso concreto de reforma al proceso penal, los elementos más relevantes que se tuvieron presentes para decidir el modo en que la reforma se instalaría fueron los siguientes:

1.- Reforma con carga inicial cero

La reforma procesal penal fue diseñada para ser aplicada sin heredar los casos del antiguo sistema. Esta decisión fue adoptada en parte por los datos recogidos de experiencias de reforma que habían tenido lugar en otras partes del mundo y donde la administración de las cargas de trabajo del sistema antiguo habían generado severos problemas políticos y de gestión.

En algunos países el sistema nuevo heredó los casos del antiguo sistema, en otros casos se crearon tribunales especiales para liquidar el *stock* acumulado de casos del sistema antiguo. En otras experiencias se aplicaron al sistema antiguo instituciones que aceleraban el despacho y término de los casos del sistema antiguo.

En el caso chileno se optó por dejar los casos en el sistema antiguo y desarrollar un proceso y organización que fuese gestando la desaparición paulatina del sistema que se reformaba. Ello formó parte de una reforma legal que se incorporó finalmente en el *Código Orgánico de Tribunales*.

Esta decisión coincidió asimismo con la voluntad de los grupos de derechos humanos y del mundo militar que por diversas razones no querían que el nuevo modelo de justicia se aplicase a los casos de derechos humanos. En un caso existía el temor de que ciertas reglas del nuevo sistema se entendiesen o aplicasen como lógicas de sobreseimiento definitivo de los casos de derechos humanos y en la otra vereda existía desconfianza de que fiscales elegidos en democracia investigaran y acusaran en casos de derechos humanos.

Este conjunto de criterios técnicos y políticos contribuyeron a que la reforma no tocara los casos del antiguo sistema y lograra una instalación menos traumática, y con una carga de trabajo más fácil de administrar.

Generación de un Plan Piloto

Una idea central a la hora de evaluar el éxito del proceso de reforma se vincula con la decisión de aplicar el nuevo modelo a través de un proceso gradual por territorio que permitió dar lugar a una fase piloto.

Esta decisión, en ese momento prácticamente la única en el sistema latinoamericano, permitió aplicar de modo focal el proceso de reforma y conocer en forma más restringida y acotada las variables que resultaban exitosas y las que requerían de ajustes y cambios.

La magnitud de la reforma procesal, la creación de nuevas instituciones, nuevas reglas, nuevos conocimientos, los requerimientos de nuevas habilidades y destrezas, los cambios de procesos y orga-

nizaciones y la modificación de las lógicas y principios con los que hasta ese momento operaba el sistema de justicia, obligaban responsablemente a instalar el nuevo sistema de un modo que posibilitara su monitoreo y evaluación, al tiempo de observar los ajustes que con toda seguridad requeriría un cambio de estas dimensiones.

La decisión política de aplicar un plan piloto no resultó pacífica y requirió incluso de una regla constitucional que aplacase las críticas que se hicieron desde algunos sectores que consideraban que se atentaba contra el principio de igualdad ante la ley.

El Plan Piloto contribuyó en varias dimensiones, entre las que pueden identificarse las siguientes:

- a) Permitió en términos generales modelar de modo gradual el cambio;
- b) Posibilitó un proceso de capacitación de los operadores del sistema más focal y realista, abarcando grupos cuyas dimensiones resultaban más fáciles de administrar;
- c) Permitió gradualizar el gasto público que la reforma involucraba y por tanto el impacto que generaba en el presupuesto público;
- d) Permitió evaluar los aspectos que funcionaban correctamente e identificar los temas que generaron dudas, problemas o interpretaciones y aplicaciones difusas;
- e) Permitió corregir por vía legislativa y administrativa problemas relevantes que de otro modo se hubiesen repetido en las fases siguientes;
- f) Permitió conocer el modo en que los sistemas de apoyo administrativo y de gestión operaban en las nuevas y viejas instituciones, y

g) Permitió generar una masa crítica de operadores, tanto jueces, fiscales, defensores e incluso policías, que adquirieron una experiencia relevante que se logró transmitir a las fases territoriales siguientes. Este proceso resultó poco regulado y más bien se logró gracias a iniciativas puntuales y no a la planificación de las instituciones.

Como es posible observar la gradualidad y la gestación de un Plan Piloto dotó al proceso de reforma de una fase de testeo que generó un conjunto de externalidades positivas, que facilitaron la aplicación del nuevo modelo a las fases siguientes.

Posiblemente la fase piloto y los mecanismos de evaluación pudieron haber sido más eficientes si se hubiese diseñado un sistema más sistemático de seguimiento y control de la fase de instalación. Pese a ello se logró gestar un equipo de evaluación de la fase piloto que visitó las zonas piloto, identificó y relevó los problemas principales, levantó información pertinente y propuso mecanismos de ajuste legal y administrativo que posibilitó una de las primeras reformas del Código Procesal Penal.

Sistema de monitoreo y evaluación

Tal como comentamos en apartados precedentes, la instalación de la reforma procesal penal estableció un sistema institucional de seguimiento interinstitucional representado por una comisión compuesta por el Ministerio de Justicia, representantes del Poder Judicial, de la Defensoría Penal Pública, y del Ministerio Público.

Esta comisión logró lentamente gestar un espacio de diálogo donde era posible llevar los problemas de administración, gestión y funcionamiento general del sis-

tema. En su seno se lograron acuerdos de operación que fueron muy útiles para hacer frente a los desafíos de coordinación y de monitoreo de variables arquitectónicas, informáticas, de proceso, etc.

Fuera del trabajo descrito, la instalación de la reforma contó con instancias de evaluación a cargo de equipos que inicialmente analizaron la fase piloto, evaluando fundamentalmente las regiones cuarta y novena. Esta comisión fue la primera en proporcionar datos específicos y relevantes que permitieron hacer los primeros ajustes del proceso de cambio.

Con posterioridad se gestó a instancias del Parlamento y con apoyo del Poder Ejecutivo un segundo equipo de evaluación más amplio que analizó las regiones cuarta, novena, segunda, tercera y séptima. Esta segunda evaluación complementó la primera muestra analizada y sugirió ajustes administrativos, de gestión y legales.

Conclusiones

Como es posible observar, el proceso de reforma a la justicia penal estuvo rodeado de un conjunto de variables que permiten explicar sus particularidades y los niveles de éxito alcanzados. Estas variables pueden ser explicadas a partir de la conjunción de aspectos tanto políticos y técnicos.

En otras palabras, esta gran transformación estuvo marcada por un diálogo intenso y permanente entre las aproximaciones más tecnocráticas que generaron las visiones, datos iniciales y modelos de trabajo, y las aproximaciones políticas que dotaron de una estrategia y un camino de viabilidad a semejante cambio institucional.

*La decisión
política de aplicar
un plan piloto no
resultó pacífica y
requirió incluso
de una regla
constitucional
que aplacase las
críticas que se
hicieron desde
algunos sectores
que consideraban
que se atentaba
contra el
principio
de igualdad
ante la ley.*

Lo relevante de esta comunidad y maridaje técnico político, lo representó el que ninguno de los dos polos se impuso de un modo que significase bautizar la reforma como una obra de académicos sin juicio de realidad o bien de un grupo de políticos sin sustento ni fundamento teórico sólido.

La reforma estuvo permanentemente expuesta a cambios que hubiesen alterado sensiblemente su rumbo y sentido original, los que sin embargo fueron debidamente contenidos y acotados en parte relevante por la estrategia y apoyo político.

Por otra parte la mirada puramente teórica fue dosificada con datos aportados por el análisis político y las aproximaciones que traducían las exigencias ciudadanas y las sensibilidades sociales.

Este diálogo permanente entre las lógicas y aproximaciones anotadas fue lo que logró amalgamar con mayor claridad y sentido los puntos de vista usualmente en pugna en este tipo de cambios. En el caso de la reforma ello fue sinónimo de armonizar las visiones centradas en las garantías con las visiones ancladas en la optimización de las estrategias de persecución y la eficiencia y eficacia de las mismas.

El resultado arroja cifras y datos ampliamente positivos para el sistema de justicia penal que bien pueden resumirse en lo siguiente:

Chile cuenta hoy con un sistema de justicia penal dotado de altos niveles de transparencia, que lo sitúan entre los países con mayor nivel de publicidad, acceso a información y transparencia de América Latina.

El país cuenta con un modelo de persecución y enjuiciamiento penal que ostenta tiempos de respuesta altamente satisfactorios para la resolución de los casos penales.

El sistema penal logró incorporar mecanismos de resolución de conflictos que han permitido racionalizar el uso de aparato de persecución penal.

Se logró dotar al sistema penal de un sistema de defensa penal altamente profesional capaz de prestar servicios de defensa oportunos y con altos estándares técnicos.

Se han incorporado mecanismos de gestión y administración que han permitido racionalizar el uso de los recursos del sistema de justicia penal.

Se han incorporado mecanismos de selectividad penal que permiten focalizar la persecución penal de modo más racional y técnica.

Se desarrolló una estructura de juicio oral que permitió instalar un espacio institucional donde jueces situados en condiciones de imparcialidad objetiva y subjetiva, son capaces de dirimir las controversias de parte que sostienen posiciones antagónicas, en condiciones de oralidad, publicidad, inmediación, concentración y oportunidad.

Finalmente la promesa de un modelo acusatorio de naturaleza genuinamente oral y sobre la base de lógicas de audiencia, fue capaz de reemplazar al viejo sistema secreto de expedientes y escriturado.

*Chile cuenta hoy
con un sistema de
justicia penal dotado
de altos niveles de
transparencia, que
lo sitúan entre los
países con mayor
nivel de publicidad,
acceso a información
y transparencia de
América Latina.*

¿SE HAN CUMPLIDO LOS OBJETIVOS QUE JUSTIFICARON LA REFORMA PENAL EN COLOMBIA? SEIS OBJETIVOS EN SIETE AÑOS DEL SISTEMA ACUSATORIO

Carlos Andrés Guzmán Díaz¹

Resumen

Colombia en la década pasada asumió el compromiso de cambiar su modelo de procedimiento penal, para adoptar uno de carácter acusatorio, lo cual se ha justificado en razón de algunos objetivos. El primero de enero de 2005 entró en vigencia en varias ciudades del país dicho modelo. El presente escrito está orientado a detallar brevemente si esos objetivos se han venido cumpliendo desde aquél entonces.

Abstract

Colombia during past decade made a commitment to change his patter of criminal procedure, to adopt an adversarial nature, which was justified because of some targets. The first of January 2005 came into force in several cities that model. This article is intended to briefly detail whether those objectives have been performing since that time.

Palabras clave: Sistema Acusatorio, Derecho Procesal Penal, Colombia.

¹ Juez Séptimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá. Profesor Universitario. Máster en Ciencias Penales y Criminológicas Universidad Externado de Colombia. carlosguzman@rocketmail.com. Las opiniones aquí plasmadas no comprometen a nadie diferente a su autor.

Introducción

Mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujo una reforma a la Constitución Política de Colombia cuyo objetivo central era incorporar un sistema de enjuiciamiento de carácter adversativo, más eficiente y que cumpliera con las modernas garantías en materia penal.

Luego fue expedida la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se creó un nuevo Código de Procedimiento Penal, en el que se buscó la materialización tan general objetivo. Esta normatividad, entró en forma gradual en diferentes departamentos del país, a partir de enero de 2005.

Para comprender un poco mejor el panorama, es necesario referirnos al estado del arte antes de la entrada en vigencia de dicha reforma.

Hechos precedentes

Hereditarios de una tradición latina, romanística si se quiere, Colombia había tenido durante buena parte de su existencia, un modelo de enjuiciamiento escrito, reservado, con una escasa división entre quien investiga y juzga.

Precisamente, con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, se crea la Fiscalía General de la Nación, con el propósito de cumplir una de esas tareas. En efecto, se le atribuyó la función de investigar y acusar a las personas respecto de quienes se tuvieran motivos para considerar que habían cometido un delito.

Sin embargo, el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, se le entregaron a la Fiscalía General de la Nación, no sólo la función de acusar, sino también la

de ordenar capturas, imponer medidas de prisión (o detención) preventiva, y ordenar las preclusiones.

También en ese contexto, aunque se había declarado la existencia de un juicio público y contradictorio, lo que realmente resultaba *contradictorio* es que al mismo tiempo se consagraban postulados tales como permanencia de la prueba y confrontación jurídica de los testigos. La escritura siempre fue un requisito, pues de cada cosa que se hacía, tanto en investigación o en juicio, debían elaborarse sendas actas de todo lo realizado.

Que la fase investigativa fuera totalmente reservada, y con un juicio que muchas veces se limitaba a repetir la deposición de los testigos ya escuchados – estando el juez en libertad de permitir su presentación en esta fase y de valorar lo dicho en aquella – hacía materialmente escasa la posibilidad de controvertir las pruebas de cargo.

Así las cosas, diversos sectores – académicos, judiciales, políticos – plantearon la posibilidad de incorporar el modelo acusatorio al sistema penal, al cual se le atribuyeron algunos fines.

Objetivos de la reforma penal:

No hay un documento explícito y oficial donde se enumeren concretamente los fines de la reforma, sin embargo, doctrina² y ju-

² Corporación Excelencia en la Justicia. *Balance de los Primeros Cinco Años del Funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Embajada Británica. Bogotá. 2011. Pág. 17; Consejo Superior de la Judicatura. *Conversatorio Nacional Sistema Penal Acusatorio*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla -Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2006.

risprudencia³ se han encargado de enunciar algunos de ellos. Se resaltan aquí los objetivos mayoritariamente identificados:

- *Hacer más eficiente la reforma penal.
- *Perseguir y sancionar la criminalidad grave y organizada.
- *Hacer más garantista el sistema penal.
- *Garantizar la atención a víctimas e
- *Implementar el programa de justicia restaurativa
- *Prevalencia de la libertad.
- *Disponibilidad de la acción penal.

Teniendo de presente los objetivos decantados, conviene hacer alusión a cada uno de ellos.

Hacer más eficiente el sistema penal

Medir la eficiencia no siempre es tarea fácil, y menos lo es cuando se trata de actividades estatales como la de administrar justicia.

De hecho, en Colombia se han presentado informes orientados a resaltar la ineficiencia del sistema de enjuiciamiento implementado con la Ley 906 de 2004. En uno de esos documentos⁴, se identifica la

Pág. xxvi; GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique et al. *Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal*. Legis Editores S.A., Bogotá. 2003. Pág. xi.; y, Corporación Excelencia en la Justicia. *Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Actas de la Comisión Preparatoria y Documentos de Trámite Legislativo*. Tomo I. CEJ. Bogotá. 2002. Pág. 35.

³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-591 de 2005, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

⁴ BARRETO, Luis Hernando y RIVERA, Seneider. *Una Mirada a la Impunidad en el Marco del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Ministerio del Interior y de Justicia - Unión Europea. Bogotá. 2009.

eficiencia con el número de condenas emitidas. Para tal propósito, toma en cuenta el número de noticias criminales ingresadas y las coteja con el número de fallos ordinarios⁵ de condena. La elemental objeción a este tipo de operaciones aritméticas deviene de considerar “eficiente” sólo a aquél modelo que resuelve sus casos con declaratoria de responsabilidad.

Si de lo que se trata es de un derecho penal de corte liberal, caracterizado por su fragmentariedad y mínima intervención, no puede pensarse que la mejor forma de hacer justicia es simplemente condenar. Así se resaltó en otra oportunidad.⁶

En efecto, los parámetros para medir la eficiencia de un modelo penal debería orientarse por el número de casos solucionados, de tal suerte que la solución puede estar inclinada por determinar que el hecho no existió, la conducta no es delictiva o porque encontró una solución alternativa al conflicto.

Frente a las dos primeras opciones, el Código de Procedimiento Penal Colombiano contempla la posibilidad de ordenar el archivo, concretamente en los casos de

⁵ Con -ordinarios- quiero significar aquellos que no son producto de terminaciones anticipadas con ocasión de declaraciones de culpabilidad. Son los casos de allanamiento a cargos y negociaciones entre Fiscalía y Defensa de pena acordada. Equivalente tal vez al *plea bargaining* norteamericano.

⁶ BEDOYA Luis; FERIA Patricia; GUZMAN Carlos Andrés y VILLEGAS Adriana. *Avances en la Constitucionalización del Proceso Penal Colombiano*. Comisión para el Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio. Fiscalía General de la Nación - Departamento de Justicia de Estados Unidos. Bogotá. 2009.

inexistencia del hecho o atipicidad objetiva de la conducta⁷. De acuerdo con cifras oficiales⁸, de los 963.769 casos que salieron durante el 2010, se archivaron 533.126, lo que corresponde al 55,3% del total de casos evacuados.

Interesante porcentaje; sin embargo, a este punto también conviene advertir que se ha venido incrementando progresivamente el número de casos en la etapa indagación preliminar, es decir, donde no se ha adoptado decisión de archivo, imputación de cargos, preclusión o aplicación de principio de oportunidad.

Con esa perspectiva, en reciente oportunidad fue sancionada la Ley 1453 de 2011, por medio de la cual se fijó en dos (2) años el término para adelantar la indagación preliminar. Sobre este punto se volverá más adelante y sobre otras respuestas orientadas a solucionar el conflicto penal, como la conciliación, la mediación y la aplicación del principio de oportunidad, que se muestran congruentes con un modelo sustentado en un derecho penal mínimo.

Finalmente, desde tiempos de Carnelutti⁹ se ha sostenido que la sentencia es el camino ordinario para finalizar el proceso, pues bien, según cifras de la Corporación Excelencia en la Justicia¹⁰ debe indi-

carse que entre el 2005 y el 2009 se emitieron 131.130 sentencias, de las cuales más del 90% fueron de carácter condenatorio. Estas cifras hay que examinarlas cuidadosamente, pues no se trata de un nivel de éxito desmesurado en los casos llevados a juicio por los fiscales, sino de un número alto de casos en los que se produce la aceptación anticipada de los cargos, no pocos de los cuales son consecuencia de la aprehensión en flagrancia del infractor.

Estaríamos hablando, conforme la fuente mencionada, de alrededor de un 7,5% de sentencias obtenidas luego de un juicio oral. La cifra no es discordante respecto de los objetivos trazados. Es así que desde comienzos del sistema se consideró, con apoyo en la literatura norteamericana¹¹, que solamente llegarían a juicio el 10% de la totalidad de casos¹², y los restantes tendrían otras formas de salida. Esta cifra lógicamente ha de incrementarse, pues dado que el sistema acusatorio sólo se ocupa de las noticias criminales ocurridas luego del 1º de enero de 2005, es decir, buena parte de los hechos denunciados aún están pendientes de resolverse. En tanto el número de sentencias se verá progresivamente incrementado, parece que el panorama es positivo.

Se ensombrece cuando se toma nota de las modificaciones que la ley 906 de 2004 ha “padecido”. El Código de la In-

⁷ Artículo 79 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con la sentencia C-591 de 2005.

⁸ Cifras suministradas por la Fiscalía General de la Nación a la Corporación Excelencia en la Justicia. Cfr. BALANCE DE ACTUALIZACIÓN DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO, BOLETÍN 2010 2011. Bogotá. 2012. Pág. 8.

⁹ CARNELUTTI Francesco. *Cómo se Hace un Proceso*. Editorial Temis. Bogotá. 2004.

¹⁰ *Balance de...* op. Cit. Pág. 48.

¹¹ W. Pizza, *Trials without truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*, Madrid, 2004, p. 5.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005.

fancia y la Adolescencia, la ley 1121 de 2007 (orientada a la sanción de delitos relacionados con terrorismo y extorsión) y la ley 1453 (para restablecer la seguridad ciudadana), han determinado que en delitos cometidos en contra de niños, o por secuestro y extorsión e incluso en cualquier modalidad de flagrancia, las posibilidades de rebaja de penas por allanamiento a cargos o acuerdos con la Fiscalía General son nulas o, por lo menos, muy restringidas.

Como ya se ha descrito con suficiente amplitud en otra oportunidad¹³, este tipo de rebajas compromete seriamente la eficiencia del sistema penal, en tanto casos que pueden tener una solución oportuna, están demandando una mayor e innecesaria inversión de recursos, a la vez que imposibilitan la atención de otros asuntos en que la actividad investigativa no resulta igual de simple. También se ve reflejada la ineficiencia, como efecto no deseado por el legislador, en la notable reducción del número de sentencias declaratorias de responsabilidad en las hipótesis delictivas ya reseñadas. Lo anterior sólo denota una escasa diagramación de una política criminal razonada o, por lo menos, una política orientada al populismo punitivo resguardado acaso en la mayor

drasticidad sin considerar las consecuencias de tal forma de pensar.

Ahora bien, la eficiencia no sólo se puede medir en la cantidad de casos solucionados, sino en el tiempo que ello demanda. En un estudio realizado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, sobre los tiempos que se tardaba un proceso, tanto en la ley 600 de 2000, como en la Ley 906 de 2004, discriminados los casos por delitos, se obtuvo lo siguiente:

Delito	Duración Ley 600 de 2000	Duración Ley 906 de 2004	Diferencia en días	Diferencia porcentual
Hurto (239)	567	69	498	-87.83%
Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (376)	377	68	309	-81.96%
Homicidio (103)	493	116	377	-76.47%
Lesiones (111)	177	107	70	-39.55%

Como pasa de verse, la reducción en los tiempos va entre el 39% y el 87%, lo que da cuenta de un proceso penal más eficiente.

No obstante lo dicho, las reformas introducidas al sistema penal, con ocasión de la Ley 1453 y 1474, ambas de 2011, pueden atentar contra ese plazo razonable, pues han ampliado los términos, como se explicará más adelante.

¹³ Así se expuso en la conferencia "De la Ley de Seguridad Ciudadana y de otras reformas al Sistema Penal", en el Cuarto Congreso Internacional de Derecho Penal. Cali. 2011.

*"una de las
finalidades
principales del
sistema es atacar
la delincuencia
organizada...
bandas dedicadas
a cometer hurtos
y otro tipo
de conductas
asociadas al
patrimonio
económico y la
corrupción.*

Perseguir y sancionar la criminalidad grave y organizada.

A propósito de las alternativas de negociación entre fiscalía y defensa, una de las finalidades principales del sistema es atacar la delincuencia organizada, entendida ésta como la relacionada con guerrilla, narcotráfico, paramilitarismo, bandas dedicadas a cometer hurtos y otro tipo de conductas asociadas al patrimonio económico y la corrupción.

En este sentido, se reitera, una adecuada herramienta es la de permitir esta clase de negociaciones, no sólo para la declaratoria de responsabilidad, sino también para que por esta vía se le eximan de ciertos cargos. Incluso, con otra herramienta que ha resultado de esencial importancia, como lo es el principio de oportunidad. Con tal figura, bajo el esquema de colaboración eficaz, se puede incluso renunciar a la acción penal – inmunidad – a favor de quien declare en juicio en contra de otros o brinde información encaminada a desvertebrar una organización.

También se mejoró la regulación de ciertas actividades investigativas como la del agente encubierto, la vigilancia y el seguimiento de cosas o personas, y las entregas vigiladas, como herramientas pesquisitorias que permiten desarticular este tipo de delincuencia.

A su vez, se han incorporado grupos investigativos por delitos o por variables de estos. Tal es el caso de la Unidad BACRIM, encargada de aquellos comportamientos realizados por bandas criminales que heredaron el negocio del narcotráfico de los extintos carteles de las drogas o el control territorial de los grupos de auto-defensas ya desmovilizados.

También se han creado las Unidades de Estructura de Apoyo, cuya labor es tomar las investigaciones contra el patrimonio económico, y generar variables (hurto a vehículos, apartamentos, bancos, así como informáticos). A partir de la asociación de estos casos, muchos de ellos sin indiciado conocido, se generan matrices que permiten establecer *modus operandi*, lugares de ejecución, tipo de armas, etc., y así "armar" datos concretos. Los resultados han sido bastante exitosos.¹⁴

14 "Como logros de estas unidades en el marco del SPA, se destaca la identificación de 352 bandas, de las cuales han sido desarticuladas 230, para lo cual se han individualizado 60.633 personas y se han formulado 2.573 imputaciones de cargos." BALANCE DE LOS PRIMEROS CINCO AÑOS Op. Cit. Pág. 61.

Por lo pronto, es necesario crear una figura jurídica que permita atender los casos de quienes deciden colaborar con la justicia con posterioridad a la sentencia, pues el principio de oportunidad sólo exime de la acción penal, pero no se ocupa de los asuntos en los que ya se ha declarado criminalmente responsable.

Hacer más garantista el proceso penal.

Como se indicaba renglones atrás, el proceso penal colombiano – al igual que otros más en Latinoamérica – se caracterizaba por principios tales como la permanencia de la prueba, la reserva, la escritura, y la contradicción jurídica¹⁵ de los testigos.

Con la reforma al proceso, los postulados han cambiado: la adversariedad, oralidad, publicidad y contradicción son ahora los criterios que dominan el modelo de enjuiciamiento.

La adversariedad se advierte desde las primeras diligencias, en tanto hay posibilidad de debatir ante un juez con función de garantías la captura, los actos de investigación que afecten derechos fundamentales e incluso las medidas de aseguramiento reales (incautación u ocupación con fines de comiso, los embargos, etc.). La acusación y la preparación del juicio tampoco se escapan a dicho principio. Objeciones al escrito acusatorio y obligación

¹⁵ La contradicción jurídica de los testigos, da cuenta de una tesis de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, muy a pesar de no haber confrontado el testigo, podría controvertírsele *jurídicamente* cuando quiera pueden aducirse otros medios de convicción o presentar alegatos de clausura orientados a mostrar las falencias en cuanto a la credibilidad del testigo o su testimonio XXXX

de descubrimiento evidenciario antes del debate son muestra de ello.

Por su parte, la oralidad es la regla durante el proceso penal. De la mano de la verbalización del procedimiento ha de ir acompañada la publicidad – éste no se explica sin aquél – que en Colombia se predica desde las audiencias previas al juicio (o preliminares), hasta el debate oral. Claro está que el juez puede limitar el acceso al público cuando las circunstancias así lo ameriten en los términos que la ley autoriza. Estos dos pilares han permitido abrir discusiones sociales que antes no se presentaban¹⁶, pero también ha requerido ejercicios “pedagógicos” dirigidos a la comunidad y a los medios sobre las garantías fundamentales¹⁷.

¹⁶ Los medios de comunicación más importantes del país ocuparon sus titulares al caso del exministro de agricultura a quien la fiscalía le imputó cargos por desviación de recursos públicos. La controversia se centró durante muchos días respecto de si era *necesario* (palabra usada con bastante precisión) mantener privado de la libertad al alto funcionario. Cfr. <http://www.semana.com/nacion/opina-medida-aseguramiento-acaba-dictar-contra-andres-felipe-arias/161183-3.aspx> consultada en enero de 2012.

¹⁷ Una de las prácticas exitosas, fue realizada junto con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América (a través de la Embajada de ese país en Colombia), en la que se les pidió a los comunicadores realizar una audiencia preliminar (de legalización de captura y de prisión preventiva), en la que otros colegas tendrían que dar cuenta de los resultados de la audiencia. Se logró mejorar la comprensión de lo que ocurre en este tipo de audiencias y adecuar la información que se transmite en los medios noticiosos, la cual suele ser imprecisa. Puede verse en <http://www.programeadoaccesoalajusticia.com/ES/media/cms/media->

La contradicción, postulado nodal del modelo acusatorio, ha tenido un fuerte dinamismo, inexistente en pretéritas legislaciones, en tanto sólo se ha admitido como prueba por tribunales y cortes aquello que ha sido objeto de controversia. Pero debe llamarse la atención sobre una práctica recurrente en ciertos estrados judiciales, orientado a darle valor probatorio a las declaraciones antes del juicio cuando se trata de delitos contra niños y niñas, bien bajo la rúbrica de la prueba de referencia, ora cuando se incorporan por medio de peritos. Esta práctica, cada vez más reiterada, limita considerablemente la posibilidad de confrontar los testigos de cargo.¹⁸

Víctimas y justicia restaurativa

En vigencia de las anteriores legislaciones, era necesario esperar a la apertura de instrucción (formalización de la investigación) para que la víctima pudiese constituirse en "parte civil", para lo cual era necesario presentar una demanda por intermedio de un abogado y que ésta fuese notificada. Si estos presupuestos no se daban, resultaba imposible permitir la participación de la víctima en el proceso penal.

Ahora, en vigencia de la Ley 906 de 2004, se han adecuado estándares internacionales¹⁹ en materia de derechos de las

[files/marzo_2011_espaol.pdf?TB_iframe=true& height=460&width=600](http://files/marzo_2011_espaol.pdf?TB_iframe=true&height=460&width=600) consultada en enero de 2012.

¹⁸ Cfr. Sentencia del 30 de marzo de 2006, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 24468.

¹⁹ A juicio del suscrito, se hizo una paráfrasis - a veces inconsulta - de la resolución 40/34 de 1985 de la Organización de las Naciones Unidas, denominada "Principios para la Protección

víctimas, al adoptar dentro de las normas rectoras una serie de garantías a favor de quien resultó perjudicado con la conducta penal, con independencia a si el autor era o no identificado.

Sin embargo, puede afirmarse que estas prerrogativas sólo estaban como principios, sin unas herramientas concretas de participación por parte de las víctimas durante la actuación penal. En la práctica, esto condujo a una restringida actividad, en la que sólo se le escuchaba cuando formulaba la denuncia, y - si a ese estadio se arribaba - al momento de iniciar el incidente de reparación integral, esto es, luego de emitida la sentencia condenatoria.

Por ello, es la Corte Constitucional, corporación que a partir de diversas demandas ciudadanas orientadas a demostrar la incongruencia de la legislación con la norma superior, incorpora - o reconoce - los derechos de las víctimas, materializando su participación en determinadas etapas procesales. Así, si el fiscal decide archivar la investigación²⁰, iniciar el trámite de principio de oportunidad²¹, o realizar un acuerdo con el imputado²², debe contar con la víctima y el juez debe verificar que así sea. También la víctima está facultada para solicitar la medida de aseguramiento personal del infractor ante un juez²³, así como solicitar pruebas²⁴ o requerir su exclu-

de Víctimas de Delitos y Abusos del Poder".

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1154 de 2005.

²¹ Ib. C-979 de 2005.

²² C-516 de 2007.

²³ C-209 de 2007.

²⁴ C-454 de 2006.

sión²⁵. Eso sí, el mismo Tribunal ha advertido que no puede presentar teoría del caso ni tampoco puede participar en el examen cruzado de testigos²⁶, pues ello equivaldría a quebrar la estructura de un sistema adversativo.

En ese orden de ideas, en un proceso que se caracteriza de partes, ha surgido un interviniente especial, a quien se le ha permitido una participación activa – si la expresión es válida – dentro del proceso penal, en últimas, como se decía, en la solución del conflicto.

A propósito, la normatividad sí contempló tres escenarios de justicia restaurativa: la conciliación, la mediación y el incidente de reparación integral.

Respecto de la primera figura, debe advertirse que su procedencia está limitada para delitos querellables, esto es, aquellos en que se necesita la manifestación expresa de la víctima – su interés – para que sean investigados. Son conductas de una intensidad menor, como lesiones personales, hurtos de cuantía menor, ciertas ofensas, entre otros. De hecho, es presupuesto para adelantar la acción penal intentar la conciliación en esa categoría de delitos. Los resultados en materia de solución del conflicto son innegables.²⁷ Vale decir, y esto retomando lo dicho en materia de eficiencia, que la solución del conflicto por esta vía, también se identifica, como lo señala la doctrina especializada, con los fines de la pena, en tanto la reparación puede ser equivalente a una forma de prevención especial positiva.²⁸

La mediación, orientada a delitos de mediana intensidad (que no sobrepase en cinco años el mínimo de pena prevista), se ejecuta en el contexto del principio de oportunidad. Puede implicar la suspensión del proceso en periodo de prueba hasta por tres años, luego de lo cual se puede extinguir la acción penal. Esta figura ha tenido una aplicabilidad menor, y aún la Fiscalía General de la Nación –

La
contradicción,
postulado
nodal del
modelo
acusatorio...

²⁵ C-209 de 2007.

²⁶ C-516 de 2007.

²⁷ Del total de salidas de casos que durante el 2010 reportó la Fiscalía General de la Nación, más del 15% corresponden a conciliaciones. No sobra advertir que sólo una pequeña parte de los delitos que investiga esa entidad admite conciliación, es decir, conductas querellables, cuyo ingreso en ese año fue del 27%. Datos tomados de *Balance Actualizado... 2010-2011*. Ut Supra.

²⁸ ROXIN Claus. Derecho penal parte general. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. Tomo I. Madrid, Civitas Ediciones, 1997.

ente al cual le fue delegada su reglamentación – no ha expedido el manual sobre la materia.

Finalmente, el incidente de reparación integral – inicialmente concebido para su ejercicio una vez emitido el *sentido* del fallo, pero luego postergado para la ejecutoria de la sentencia – permite que entre víctima y condenado se busque la forma de indemnizar los perjuicios causados con la conducta punible.²⁹

Ahora bien, no sólo normativa, sino institucionalmente se han abierto posibilidades de atención a víctimas a partir de determinados modelos de gestión.

Tal es el caso de los Centros de Atención a Víctimas de Violencia Intrafamiliar

²⁹ Aunque el Código de Procedimiento Penal establece estos tres mecanismos como formas de justicia restaurativa, no puedo dejar de mencionar aquí los preacuerdos y el principio de oportunidad por causales diferentes a la mediación. En el primer evento, está habilitada la Fiscalía General de la Nación – y así se resalta en la Directiva No. 001 de 2006 de ese organismo – para integrar a las negociaciones con la defensa, la opción de considerar los perjuicios a la víctima; en otras palabras, el acuerdo puede incluir, no sólo la rebaja de pena o la delación, sino también la indemnización al perjudicado. Por otra parte, diferentes causales del principio de oportunidad (diferentes a la causal No. 7 que se refiere a la mediación) encaran el asunto de la indemnización de perjuicios; tal es el caso, por ejemplo, de la causal No. 13 relacionada con bienes jurídicos colectivos, cuando han sido afectados mínimamente y se produce la reparación de los perjuicios. Sobre el tema: BEDOYA Luis, VANEGAS Claudia y GUZMAN Carlos Andrés en *Principio de Oportunidad. Bases Conceptuales para su Aplicación*. Fiscalía General de la Nación de Bogotá - Embajada de los Estados Unidos de América. Bogotá. 2011.

(CAVIF), Centro de Atención a Integral a Víctimas de Agresión Sexual (CAIVAS) y los Centros de Atención a Víctimas de Homicidios (CAV), cada uno de ellos dotado con profesionales de diferentes áreas, especialmente abogados y psicólogos para la asistencia de los sujetos pasivos de esos comportamientos. Este modelo de atención, aunado con herramientas tales como la Cámara de Gessel, permiten reducir la sobre exposición de la víctima al sistema penal (doble victimización).

Prevalencia de la libertad

Se ha dicho que la presunción de inocencia se reafirma en el nuevo modelo penal. De tal suerte, no se detiene para investigar, sino que se investiga para detener. En ese orden de ideas, la regla general es la libertad la que sólo se puede restringir excepcionalmente. Así lo reconoce el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal.

Las exigencias normativas, tanto para aprehender, como para mantener privado de la libertad a un ciudadano son razonablemente mayores. Varias son las garantías que eran inexistentes en las derogadas legislaciones, cuyo contraste es poco más que evidente:

De lo expuesto, se ha comprobado el surgimiento de discusiones en materia de derechos fundamentales de los capturados que antes eran inexistentes y ahora se han dinamizado. Esos debates no sólo se han vuelto comunes en las audiencias preliminares –escenario natural³⁰ – sino que

³⁰ En una investigación realizada por la Universidad Autónoma Latinoamericana, se concluyó lo siguiente "La información suministrada

Presupuesto	Ley 600 de 2000 (sistema mixto)	Ley 906 de 2004 (sistema acusatorio)
Autoridad que ordena	Fiscal	Juez y, excepcionalísimamente el Fiscal
Vigencia	Hasta que prescriba la acción penal o sea revocada la orden	Seis meses
Procedencia	Dos indicios graves o para indagatoria	Cuando se justifique la detención preventiva
Control	El fiscal	Juez con función de control de garantías
Debate sobre su legalidad	No se hacía. No estaba contemplado en la Ley	Sí.
Término para ser presentado el capturado ante autoridad	Inexistente	Hasta 36 horas para ser presentado ante el juez
Verificación de buen trato	No contemplado en la ley	El fiscal y el juez deben analizarlo
Verificación de derechos del capturado	No estaba contemplado en la ley	Fiscal y juez deben corroborarlo.

por jueces, fiscales y defensores permite concluir que, la libertad, en lo que atañe a la posibilidad de restricción () ha tenido mayor protección en vigencia de la Ley 906 de 2004, pues los fiscales han afrontado con más rigor el control que deben realizar los procedimientos policiales, y los jueces de control de garantías han robustecido el control jurisdiccional a las afectaciones de la libertad. En dicho cambio, ha sido trascendental la creación de la figura del juez de control de garantías". Cfr. BEDOYA Luis y DURANGO Gerardo, en *Los Derechos Fundamentales de Libertad e Intimidad en el Sis-*

trascienden a la comunidad – escenario ideal³¹ -.

tema Penal Acusatorio. Universidad Autónoma Latinoamericana, Facultad de Posgrados. Medellín. 2008. Pág. 94.

³¹ Ya es común que estos temas se ventilen en los medios de comunicación. Así puede verse en <http://www.vanguardia.com/judicial/142138-un-juez-decreto-ilegal-captura-de-dos-hombres-detenido-por-hurto-de-leche> y http://www.zonacero.info/index.php?option=com_content&view=article&id=15574:presunto-fletero-otra-vez-en-libertad-

En lo que atañe a la medida de aseguramiento de detención preventiva (o prisión antes del juicio, como se le conoce en otras latitudes), también merece especial atención, pues ya no es un fiscal quien de forma autónoma e individual decide si existen medios de conocimiento suficientes (por lo menos dos indicios graves, señalaba la norma) para acreditar la conducta y se presenta alguna causal que justifique la privación de la libertad. Por el contrario, es ahora el fiscal quien debe convencer a un juez con función de control de garantías, en presencia del defensor, respecto de la existencia de un delito, la concurrencia de factores objetivos legalmente considerados para la procedencia de la detención, que se cumplan los fines que justifiquen la medida de aseguramiento y se ofrezca la medida como necesaria, idónea y proporcionada en sentido estricto. Esto ha llevado a la siguiente conclusión:

“El sistema de audiencias de la Ley 906 de 2004, y la creación de los jueces de control de garantías, pusieron en evidencia algunas carencias argumentativas de los fiscales frente a los requisitos constitucionales y legales de las medidas de aseguramiento. Ello se traduce, sin duda, en una mayor protección del derecho a la libertad, pues la dialéctica de un sistema adversarial conlleva la superación de errores que permanecieron ocultos en un sistema de inclinación inquisitiva, y porque se asume con mayor rigor el análisis sobre

la afectación de la libertad en un estadio procesal anterior a la sentencia”³²

Lo dicho conduce a afirmar que, el presupuesto normativo previsto en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, orientado a la afirmación de la libertad, por lo menos ha sido mayormente considerado.

De hecho, esta norma sirvió en su momento para definir una contradicción normativa intrínseca, para la procedencia objetiva de la prisión preventiva. La redacción del código tenía dos normas diferentes que se oponían entre sí. Tal era el caso de los artículos 313 y 315 de la Ley 906 de 2004; el primero indicaba que procede la medida de aseguramiento de detención preventiva cuando la pena sea o exceda de (4) años en su mínimo; el segundo, que procede la medida no privativa de la libertad cuando la pena no exceda de cuatro (4) años. ¿Y qué hacer con aquellos comportamientos cuya pena mínima es precisamente ese monto, vale recordar, cuatro (4) años? La Corte Suprema precisó que la interpretación debería favorecer la libertad.³³

Sin embargo, como se advierte con facilidad, estamos utilizando expresiones pretéritas, pues la Ley 906 de 2004, fue modificada por las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, en lo que tiene que ver con las medidas de aseguramiento. La primera de las disposiciones resolvió la antinomia al señalar que la prisión preventiva procede incluso en delitos con pena mínima prevista de cuatro (4) años. De igual

[por-supuesta-captura-ilegal&catid=78:judiciales&Itemid=153](#) consultados ambos vínculos en enero de 2012. Vale la pena tomar en cuenta los comentarios hechos al reporte noticioso.

³² “Los Derechos Fundamentales de Libertad...” Pág. 105.

³³ Auto del 20 de octubre de 2005, Sala de Casación Penal.

manera, flexibilizó las condiciones para considerar que existe peligro para la comunidad, para la evidencia o de fuga. La ley 1453, amplió los términos de duración de la medida de aseguramiento y agregó más hipótesis en que puede estimarse un peligro para la comunidad.

A propósito de los tiempos, la redacción original de la Ley 906 de 2004, si se le compara con los términos de que trataba la Ley 600, se advierte una sensible diferencia:

Actuación	Ley 600 de 2000	Ley 906 de 2004
Tiempo máximo para vincular a una persona a una investigación, privada de la libertad	3 días	36 horas
Tiempo para resolver situación jurídica, si existe persona privada de la libertad	5 días	Inmediatamente.
Durante la investigación	6 meses	60 días
Durante el juicio	6 meses	90 días
TOTAL	Un año, ocho días.	151 días.

También es dable recordar que los términos previstos para la Ley 906 de 2004, fueron ampliados con ocasión de la entrada en vigencia de las leyes 1453 y 1474 de 2011, para delitos complejos, de competencia de los jueces penales del circuito especializados, o de corrupción. A más de lo anterior, actualmente cursa en el Congreso de la República un proyecto de ley orientado a incrementar el término que se

tiene para presentar a un capturado ante un juez, de treinta y seis (36) horas, a setenta y dos (72).³⁴

Aún a pesar de ello, los tiempos legalmente considerados de privación de la libertad siguen siendo muy inferiores si se les compara con aquellos previstos en la legislación anterior.

Disponibilidad de la acción penal

Uno de los objetivos al incorporar un sistema adversativo, fue permitir mayor discrecionalidad para llevar los casos hasta el juicio, ocupándose de aquellos más relevantes, bien desde la gravedad o desde un diseño adecuado de la política criminal. Esto necesariamente está conectado con el primer objetivo, recuérdese, mejorar la eficiencia del modelo de enjuiciamiento penal. Pero se ha de resaltar este último, por razón

de las específicas herramientas otorgadas a la Fiscalía General y, particularmente, con una de ellas denominada Principio de Oportunidad.

Más de una docena de causales fueron incorporadas a la Ley 906 de 2004, todas

³⁴ En un país con historia de abusos a las personas privadas de la libertad, incluso desapariciones de capturados, puede considerarse no menos que lamentable este tipo de propuestas.

ellas bajo la sujeción de la política criminal del Estado – tal como se desprende del artículo 330 – y que pueden agruparse en postulados tales como i. justicia restaurativa, ii. Cooperación internacional, iii. Colaboración con la justicia; iv. Necesidad de pena; y v. escasez en las tradicionales categorías dogmáticas.³⁵

Se esperaba que el principio de oportunidad fuese la válvula de escape de un buen número de casos; sin embargo, no ha cumplido con las expectativas que de esta herramienta se tenían.

Ese bajo nivel de aplicación, ha sido explicado desde diferentes perspectivas. Se afirma que buena parte de las causales son de un nivel de complejidad muy elevado³⁶. También se ha indicado que los presupuestos para su aplicación son muy exigentes.³⁷

Pero también puede atribuirse al elevado número de trámites que existen para lograr un final exitoso. Nótese que la orden que expide el fiscal, debe ser enviada a una oficina ubicada en el Nivel Central de la Fiscalía en la capital de la República, donde verifican los requisitos y los remite a un Fiscal Delegado ante el Tribunal (prácticamente cada región tiene uno), quien otorga una autorización para su trámite. Posteriormente debe el fiscal del caso concurrir a una audiencia ante el juez con función de control de garantías para que la aplicación del principio de oportunidad – por vía de renuncia, interrupción o suspensión – prospere. Este trámite puede demandar varios meses. También, en dicho procedimiento se ha exigido por vía jurisprudencial la participación de las víctimas.

Como pasa de verse, no resulta tan elemental la aplicación de una figura tan interesante.

De paso, otras facultades como la de archivar la investigación se ha limitado jurisprudencialmente. La preclusión durante el juicio sólo procede en determinadas circunstancias, y no existe para el fiscal algo parecido al retiro de cargos durante esa misma etapa.

³⁵ Por ejemplo, factores determinantes del incremento del riesgo de merma de significación en delitos imprudentes (causal 11); escasa lesividad (causal 10) o culpabilidad de secundaria consideración(12).

³⁶ Algún profesor sostuvo que para su lectura era necesario contar con un diccionario de Alemán a la mano (tal vez dando cuenta del origen dogmático de dichas causales). MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando. *La Discrecionalidad para Acusar*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2007.

³⁷ Por ejemplo, la causal 1ª exige que el delito por el que se procede no tenga pena superior a 6 años.

*Uno de los
objetivos al
incorporar
un sistema
adversativo, fue
permitir mayor
discrecionalidad
para llevar
los casos
hasta el juicio,
ocupándose de
aquellos más
relevantes,
bien desde la
gravedad o
desde un diseño
adecuado de la
política criminal.*

Con todo, deberían incrementarse las herramientas orientadas a la desestimación de casos “inviabiles”³⁸. Aquellos procesos que por más que se adelanten actos de investigación, resulta prácticamente imposible llevar a cabo un juicio con alguna probabilidad de éxito.

Ya la Corte Suprema de Justicia había considerado adecuado declarar el archivo de una investigación cuando es imposible establecer quién es el sujeto activo de la conducta punible³⁹. Por otra parte, en las ciudades de Bogotá y Cali la Fiscalía General de la Nación ha implementado Unidades de Intervención Temprana⁴⁰, cuya finalidad es la equivalente a los grupos de “desestimación” que funcionan en otros ministerios públicos de la región, es decir, archivar aquellos casos “no trabajables”.

Todo lo hasta ahora explicado permite dar un panorama sobre seis de los más importantes objetivos de la reforma penal.

Conclusiones

En cuanto a la eficiencia del sistema penal, puede notarse que los acuerdos han permitido una respuesta oportuna en tratándose de casos que son fácilmente solucionables, bien sea por situación de flagrancia o fortaleza probatoria. Sin embargo, las contra reformas introducidas a la legislación penal, están cerrando dicha posibilidad.

Figuras como el principio de oportunidad, el agente encubierto, las entregas vigiladas, así como grupos de trabajo, entre ellos, las Estructuras de Apoyo y las BACRIM, han permitido avanzar en la judicialización del crimen organizado.

En cuanto a las garantías procesales, la Ley 906 de 2004 ha incrementado los estándares a niveles idóneos, permitiendo una plena controversia, inmediatez, oralidad y publicidad de los procedimientos. Dicho objetivo podría ponerse en peligro si se permite el uso indiscriminado de declaraciones anteriores durante el juicio oral.

*... las garantías
procesales, han
incrementado
los estándares a
niveles idóneos,
permitiendo
una plena
controversia,
inmediatez,
oralidad y
publicidad de los
procedimientos.*

³⁸ Centro de Estudios de Justicia en las Américas. *Informe de Seguimiento a la Reforma Procesal Penal en Colombia*. Santiago. 2006. Disponible en www.cejamericas.org

³⁹ Sala de Casación Penal. Auto del 5 de julio de 2007, Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas.

⁴⁰ Su nombre completo es Unidades Piloto para el Direccionamiento e Intervención Temprana de Denuncias. Cfr. <http://www.rcnradio.com/noticias/15-03-11/fiscal-crea-unidad-especial-para-agilizar-tr-mite-de-denuncias-en-bogot>

Las víctimas han encontrado un escenario adecuado – que no existía ni siquiera en la redacción original de la Ley 906 – para dar a conocer sus opiniones durante el proceso penal. No sólo con eventos de concreta participación, sino con unidades de gestión orientadas a mejorar las condiciones de quienes primariamente padecen el conflicto penal.

En lo que atañe a la privación de la libertad, los debates -tanto de la captura como de la prisión preventiva- han adquirido mayor relevancia, habida cuenta de la incorporación de la figura del juez con función de control de garantías y las exigencias normativas de la legislación adjetiva actual.

Finalmente, una herramienta como el principio de oportunidad no ha tenido toda la dimensión que se esperaba. Si se lograre reducir los niveles de trámite interno de la Fiscalía podría ser más ágil y eficiente, lo cual se vería reflejado en su aplicabilidad mayor. A su vez, la promoción de unidades de intervención temprana permite que los fiscales se ocupen de casos que realmente tienen probabilidad de éxito.

De lo expuesto anteriormente, muchos de los objetivos trazados se han cumplido adecuadamente, otros no tanto. Sin embargo, debe tenerse especial atención a los procesos contrarreformistas, no pocas veces plagados de discursos represivos o de simple populismo punitivo, encaminados a restringir las garantías que un verdadero sistema acusatorio trae consigo.

carlosguzman@rocketmail.com

MÉXICO, EL MODELO INDICADO PARA MÉXICO

José Daniel Hidalgo Murillo¹

Felicidades por la Revista “Nova Iustitia”. Es claro, sin embargo, que la justicia es justa, no porque sea nueva, sino, porque siga dando a cada uno lo suyo. Cada vez que escribo para México, en relación con el sistema de justicia penal me voy convenciendo que México, es el modelo indicado para este país, por eso, me cuesta hablar de otros modelos, cuyos sistemas se apoyan en leyes secundarias. México ha introducido el proceso acusatorio desde la Constitución Política.

El modelo costarricense

Empecé con un título: “Costa Rica, no puede ser modelo”. Pensé así –y lo he dicho y repetido en muchos foros- porque tenemos juicios orales desde 1975² y en éste, sus “actores” pertenecen -sin dejar de ser una realidad difícil de entender-, al mismo Poder Judicial, esto es, la Suprema Corte de Justicia –que desde la Constitución Política agota el concepto de Poder Judicial-, a la vez que nombra a los jueces, lo hace, igualmente, para nombrar al Fiscal General de la República –que dirige al Ministerio Público-, al Jefe de Defensores Públicos, al Director del Organismo de Investigación Judicial y, al personal científico, técnico y/o administrativo que custodia detenidos, cárce-

¹ Abogado y notario por la Universidad de Costa Rica, es profesor de Derecho en la Universidad Panamericana. Fue 18 años Juez Penal en su país y ha escrito, para México sobre el Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Debido Proceso, Etapa de Investigación, Justicia Alternativa, Juicio Oral Abreviado, Debido Proceso, Teoría del Caso, Narcomenudeo y Juicio Oral para Adolescentes. Analiza el Sistema Acusatorio desde una interpretación Constitucional, sin dejar de criticar, por eso, la falta de congruencia entre principios jurídicos, la cultura garantista mexicana y sus normas jurídicas secundarias.

² Binder, Alberto M. (1999). *Reforma de la Justicia Penal y Constitucional: Del Programa Político al Programa Científico*. Revista de Ciencias Penales. Doctrina extranjera. Revista No. 16. San José, Costa Rica.

les y laboratorios de investigación.³ Costa Rica introduce el modelo mixto a partir de 1973, mismo que cambia a un modelo acusatorio en 1996, vigente –en razón de *vacatio legis*– a partir de enero de 1998.

No es fácil entender que un juez, un defensor y un agente fiscal que acaban de desayunar juntos se encuentren, media hora después, en una sala de juicios cumpliendo cada uno su función. ¡Claro!, las dudas sobre la “profesionalidad” de cada uno puede ocurrir cuando se vive en una cultura de transas. En Costa Rica, estos tres funcionarios podrían estar regresando de una reunión del único patrón. Aunque es cierto que ninguno de los tres recibe órdenes, en particular, porque se respeta el principio de independencia judicial interna y externa, no dejan de existir personas, con problemas de personalidad que se sientan influidos por el dicho, el criterio o la opinión de un magistrado, pero estos son problemas de personalidad no del sistema.

Sin embargo, más que del Código de Procedimientos Penales, porque, como veremos, es más claro el sistema acusatorio mexicano desde su Constitución Política; hay mucho que aprender de Costa Rica en

relación con la logística, esto significa que, en el actuar, son más importantes la Ley de Jurisdicción Constitucional, la Ley Orgánica del Poder Judicial, las demás leyes orgánicas, esto es, del Ministerio Público y la Defensa Pública y la Ley sobre la Jurisdicción de los Tribunales.

En primer lugar: que un juez es un señor. Quizá haya aquí una cuestión subjetiva. No puedo admitir que haya corrupción de jueces penales en Costa Rica. La única vez que lo pude probar fue cuando demostré que algunos no estudian lo suficiente, con la seriedad con la que se debe analizar una causa o una controversia. Pero, en Costa Rica, un juez no es importante porque sea significativo el cargo, sino, como nos lo han enseñado: porque sirve. Somos servidores públicos que procuramos servir, es decir, servir para servir y servir sirviendo. No nos servimos del puesto y, por eso, no somos superiores, ni vemos a los demás como inferiores, porque los “inferiores” sirven mejor que nosotros. En Costa Rica, un juez quiere ser juez. No quiere ser diputado, gobernador, secretario de gobierno. Quiere ser juez y, cuando lo consigue, lo hace.

En segundo lugar: que el juez resuelve. Después de una audiencia, el juez se aleja y escribe lo que ha decidido. La mejor forma de comprobar esta realidad es que los jueces bajan a sus salas de audiencia sin secretario. No significa esto que el secretario esté escuchando la audiencia desde otro ámbito. Nuestros jueces escuchan, toman nota, resuelven por lo general en la

³ Para entender, sin mucho éxito, el modo procesal costarricense en, por ejemplo, la implementación del Sistema de Justicia Penal, puede leerse, entre otros, a:

Maier. Julio B.J. (1999). *La aplicación del nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica*. Revista de Ciencias Penales. Doctrina extranjera. Revista No. 16. San José, Costa Rica.

González Álvarez, Daniel. (1997). *La Aplicación del Nuevo Código Procesal Penal en Costa Rica*. Revista de Ciencias Penales No. 14.

audiencia y, si dilatan, van a sus oficinas, deciden y notifican lo que han redactado por escrito, salvadas las sentencias que exponen personalmente en la misma sala de juicio, en el plazo previamente fijado. Por eso, nuestros jueces escriben porque, es común que sus sentencias, mejoradas o redactadas de otro modo sirvan como artículos de opinión, criterio doctrinal o, documento de análisis. No podrían escribir si las sentencias se las redacta otro.

En tercer lugar: que al juez se le lee. Un juez al que se le lee y se le critica crece como jurista, como académico y, como aquel que “dice el derecho”: *iuris dictio*. Con ese objetivo y en ese sentido es común que los profesores universitarios envíen a sus alumnos a estudiar expedientes en vivo, que pidan se les permita ingresar a alguna audiencia oral y privada y, lógicamente, a disfrutar la “flexibilidad” de nuestras audiencias públicas y, a veces, sentarse a hablar con el juez, después de la audiencia, lo que solo ocurre si ya ha resuelto, porque la deliberación es sacrosanta. Más común, aún, en particular de ciertos jueces con especial prestigio, que se pidan sus sentencias o autos para el estudio académico. No hace falta que se trate de jurisprudencia obligatoria y menos que se limite a la redacción corta de una tesis. Parte importante de la formación profesional de un alumno universitario es el encuentro, mediante el estudio, de las sentencias de los jueces y tribunales.

En cuarto lugar: al juez se le apoya. Además de la preocupación de los jueces por adquirir los distintos grados, el juez

se le apoya mucho en su capacitación. De especial importancia, cuenta con peritos y técnicos como auxiliares para el desarrollo de su trabajo. Qué importante ha sido, para Costa Rica, contar con el Organismo de Investigación Judicial (OIJ), cuyo director es nombrado por el pleno de la Corte Suprema. Esta dirección controla la investigación desde distintos planes, que, en lo que interesa incluye, atención de causas, oficiales de investigación y profesionales de las distintas ciencias criminalísticas, lo que incluye sus propios laboratorios. La policía judicial ofrece y transmite confianza a los jueces que, primero por ser peritos propios, y segundo, por haberse ganado el prestigio, dictaminan y actúan como auxiliares periciales para facilitar la valoración de los medios de prueba que han sido desahogados en juicio. Son, a la vez, oficiales que coadyuvan con las víctimas y el propio abogado defensor, el imputado, en la investigación, citación de testigos, localización de evidencias, etc.

En quinto lugar: al juez se le cuida. Los oficiales de policía que, con pantalón azul, camisa blanca y corbata igualmente azul se encuentran, con cara amable y mirada atenta, custodian a los jueces, le obedecen, cuentan con medios de comunicación en ayuda y, auxilian a los demás sujetos procesales en lo que necesiten. Son oficiales que, miembros del Poder Judicial, sirven a la administración de justicia. No son, en la sala de audiencia, un personal extraño que pertenece a otro Poder o, a grupos policiales ajenos. Se les conoce, se les aprecia y se les tiene confianza.

En sexto lugar: las cárceles y el personal de cárceles. Los jueces cuentan con sus propias cárceles y con su propio personal para esa función. Desde el momento en que un imputado ingrese detenido a los edificios del Poder Judicial, es trasladado y custodiado por un oficial de cárceles del Poder Judicial. Esto es, se le traslada desde la cárcel del Estado al Poder Judicial en un vehículo especial, del Poder Judicial, por personal del Poder Judicial distinto al personal de investigación. Es claro que este personal no acepta al detenido si, por ejemplo, lo encuentra golpeado, salvo que lo comunique y cuenta con permiso del juez que ordena su traslado.

De inmediato, se registra su ingreso. Se le atiende por parte del médico forense, de oficio o a solicitud del imputado, si este aqueja mal trato, con dos objetivos, para que, de oficio, se investigue el modo como los internos se tratan en los centros penitenciarios y, para evitar responsabilidades. En esas cárceles, es común que se les permita bañar, mudarse para la audiencia y, es lógico que al imputado se le sirvan los alimentos propios de la hora en que haya llegado, esto es desayuno antes de media mañana; comida, antes del medio día; cena, si se llega a la noche.

Ninguna persona detenida a la orden de la policía –detención en flagrancia–; del Ministerio Público –retención ministerial por 24 horas–; o de alguno de los órganos jurisdiccionales, toca una cárcel, sin orden de autoridad jurisdiccional. Esto en México significaría que, dentro de las 48 horas por retención del Ministerio Público y, en las 72 y demás, a la orden del Juez,

esa persona no ingresa sino a la cárcel del Poder Judicial, bajo control y custodia de personal experto del Poder Judicial. Ese mismo personal –especialmente capacitado–, salvo que cuente con orden en contrario del juez, permite en todos los casos que el abogado se comunique con el detenido, que el detenido pueda hacer llamadas telefónicas, que sea visitado por familiares o personas de confianza, lo que solo depende de la capacidad de atención y, lógicamente, que el imputado pueda utilizar medios como libros y otros, que no vayan en detrimento de su salud. Sólo cuando el juez haya ordenado la prisión preventiva, el imputado abandona ese lugar y es remitido a una cárcel del Estado, siempre a la orden de esa autoridad jurisdiccional.

En séptimo lugar, los traslados: Los traslados de los detenidos al interno de los edificios del Poder Judicial lo realizan oficiales de custodia propios del Poder Judicial. Esto, principalmente, porque ese personal conoce los distintos Departamentos en los cuales el detenido debe ser trasladado –salas de juicio, medicina forense, laboratorio, huellas, etc.–; porque ese personal conoce al resto del personal del Poder Judicial y, por ende, exigir su respeto –por ejemplo, que sepa distinguir si se encuentra con un magistrado, un juez, un fiscal, un oficial de investigación, o personal administrativo, etc.–; porque ese personal tiene la obligación de cuidar la seguridad y salud del personal del Poder Judicial; –es común, por ejemplo, que si va a utilizar un ascensor, no lo hace si en el mismo van jueces–; y, finalmente, porque la seguridad exige que el personal

que transita por los edificios del Poder Judicial, sea propio, especialmente cuando traslada personal ajeno.

En octavo lugar: los oficiales de investigación y personal de apoyo: Qué importante es que un juez, pueda, sin mayor trámite, contar con oficiales de investigación o personal de apoyo –psicólogos, trabajadores sociales, médicos, etc., o que pueda reunirse con un perito especializado, que le pueda explicar algún medio de prueba, de especial complicación-, cuando lo necesita para aclarar situaciones de un imputado o, hechos de una causa o cuando los puede mandar para que ayuden al imputado y/o a la víctima en la investigación, en particular, en causas de acción privada o perseguibles a instancia de parte ofendida.

En noveno lugar: la enseñanza de la audiencia. Vamos conociendo, con la práctica, cuándo se trata de un juez, un agente del Ministerio Público o un abogado defensor de oficio “viejo” –con experiencia- o “nuevo” –sin experiencia-. Entonces, del mismo modo que “no le dejamos pasar un error” a uno viejo, sabemos “facilitar las cosas” a los nuevos, para que aprendan, sin humillarlos. Entendemos, con claridad, que la sala de audiencias es una escuela para todos. Aprendemos corrigiendo, cuando se nos corrige, y, cuando suspendemos una audiencia para aprender todos. Por eso, aunque afuera seamos amigos, dentro, cada uno asume su función profesional y procura, mejorando cada día, hacer las cosas lo mejor posible. No hay jueces, fiscales o defensores a los que ten-

gamos miedo, aún cuando tengamos que enfrentarnos, muchas veces, a audiencias complicadas. Sin dejar de cumplir con el papel que profesionalmente nos corresponde, no nos preocupa que nos reúna el pasillo, para tomar un café.

En décimo lugar: el Ministerio Público. ¡Qué importante que un Fiscal confíe en el juez, qué importancia que un juez confíe en el Ministerio Público! Esto ocurre cuando cada uno de los sujetos del proceso nos sabemos autores de un mismo drama. Se puede comunicar, aún por teléfono, que alguno se ausente, que llegue tarde, que se sustituya, para no atrasar el trabajo de los jueces. Cada uno, enamorado de su función, no pretende ocupar la del otro y, por ende, se luce en el desarrollo de la actividad que debe desarrollar como personaje de esa Obra común que se está protagonizando. Y puede llamar un auxiliar –no necesariamente el juez- pues se entiende, desde el Ministerio Público, que llama un Despacho jurisdiccional que merece respeto y atención pronta.

En décimo primer lugar: la defensa de oficio. ¡Qué gran labor hace un buen abogado defensor de oficio! ¡Cuánto se agradece, por un juez, un abogado defensor estudioso y claro! Porque la administración de justicia no es monopolio de la judicatura, sino y, por el contrario, el Juez puede tocar su mejor pieza si cuenta con buenos instrumentos y mejores músicos. Se sabe entonces, un simple director de grandes hombres. Por eso, es conveniente facilitar al juez la excelente defensa de un abogado, especialmente, cuando, con esa tí-

pica urgencia, se les llama por teléfono para que envíen, pronto, un defensor público para una audiencia que empezó y no llegó a tiempo el abogado defensor privado.

En décimo segundo lugar: los recursos de revocación. Nunca priven a un juez del recurso de revocatoria, esto es, que pueda revisar en la misma audiencia en qué resuelve, lo que ha resuelto, porque se entiende que es humano y que, es posible se equivoque, para que pueda rectificar. “Señor juez, no estoy de acuerdo con lo resuelto y, solicito revocatoria por ...”. El juez escucha en silencio, con humildad y otorga audiencia a la otra parte que, con igual humildad fundamenta o admite que tiene razón la contraria, permitiendo al juez rectificar el rumbo. Todas las decisiones en audiencia y, todas las decisiones sobre medidas cautelares, cuentan con recurso de revocación.

En décimo tercer lugar: la apelación. No priven a un juez del derecho que tiene de que otro, especialmente un trío de jueces, un colegiado, pueda conocer de sus decisiones y, confirmarlas, ante el recurso de apelación de alguna de las partes y/o revocarla y dictar otra resolución o, aplicar otro criterio o remitir para que, con su criterio, el juez resuelva de nuevo. El proceso, especialmente en la aplicación de los medios de impugnación, es una escuela en la que aprendemos todos. Es lógico que se aprende mucho de la lectura y estudio de las sentencias de revisión y casación y, lógicamente, de las decisiones en razón de amparo, *hábeas data* o *hábeas corpus*. Pero,

se aprende en el acto, con la rapidez debida, cuando se acude en apelación y se confirma o revoca.

Dos problemas que podemos evitar:

Primero. Guatemala, la crisis de la academia.

Guatemala podría ser un modelo de los que pasaron del sistema escrito al sistema acusatorio, sin experimentar el puente del sistema mixto moderno, aunque sufriendo la traición de la academia. Durante la primera y la segunda *vacatio legis*, los académicos de casi todas las Universidades, el propio Poder Judicial y otros muchos “profesionales” del Derecho dijeron y convencieron de que “esto no va a pasar, si-gamos con lo mismo” hasta que les llegó el día en que, ninguno, estaba preparado.

El objetivo y la preocupación del Ejecutivo Federal para implementar la reforma del sistema de justicia penal en 2007, siguiendo un criterio de investigación represivo –*ius puniendi*– y, consecuentemente, “renunciando”, “cediendo” o “rindiéndose” a la “realidad” delincriminal era que “la globalización y las nuevas tecnologías han modificado no solo las necesidades y los intereses de los distintos grupos que conforman la sociedad, sino sus valores y costumbres”. Sostuve al respecto que “para nadie es un secreto que un cambio de valores y costumbres requiere educación en valores y costumbres o, en su caso, vigilar o prevenir. La prevención ha sido el gran recurso”. Sin embargo, la solución que ofreció el Ejecutivo Federal, en lugar de la educación fue “una revisión a fondo,

una modernización que permita hacer frente a las formas que la delincuencia ha adoptado”.

Es claro que nos puede ocurrir lo de Guatemala, esto es, que esperemos sin darnos cuenta que el tema de la educación es importante y, por ende, descuidemos la capacitación. Es posible, como han opinado algunos gobernadores, que es mejor esperar hasta el final de la *vacatio legis*, para ver cómo han resultado las cosas y copiar, el mejor proyecto. Nos puede ocurrir, como ha ocurrido con el proceso integral federal para adolescentes que, a cinco años, no hay especial preocupación por la legislación y, por ende, nos vayamos acostumbrando a “resolver” sin leyes. De hecho, no se ignora que sólo 16 de las 32 entidades federativas cumplieron en tiempo y forma con esa legislación para adolescentes, con lo cual “¡no pasa nada!”. El problema es que sí es bastante negativo lo que está pasando.

El problema es que la delincuencia en particular la delincuencia organizada- no es un problema procesal, de hecho no es un problema procedimental, ni siquiera policial, sino de actitud. Ese dejar pasar el tiempo “lerdamente” sin reaccionar ante los distintos sucesos crea delincuencia y consolida hasta organizar la misma delincuencia. La delincuencia no es un problema de sistemas. El Sistema Acusatorio no se limita al mínimo de juicios orales. No existe un sistema procesal dentro del Derecho Penal llamado a resolver el problema de la delincuencia. La delincuencia es un problema de valores –*ius educandi*- no un problema procesal –*ius puniendi*-; las cifras que hoy ofrece la delincuencia en México no requieren mayor estudio para entender que hay algo que hemos hecho mal, que hay algo que no se puede seguir repitiendo.

Por eso, he dicho que la educación universitaria ha de superar la formación de empleados –profesionales a sueldo- para lanzarse, con fuerza, a la educación de y en la iniciativa. Sólo así se logra que, en el México de más cien millones de habitantes, los profesionales no quieran ocupar los puestos de trabajo existentes, sino, por el contrario –como debe ocurrir- ser fuente creadora de trabajo y empleo. Para esto, la educación mexicana ha de superar, igualmente, la deserción escolar. Como en las universidades estatales no se paga, el estudiante se queda “viviendo” en ellas. Es lógico que finalmente no produzca. Más grave aún, en las universidades privadas se paga, para reprobar. De igual forma, los estudiantes se “egresan” sin graduarse. En esta tónica se “consolidan” las celebraciones

*La delincuencia
es un problema
de valores...
las cifras que
hoy ofrece la
delincuencia
en México no
requieren mayor
estudio para
entender que hay
algo que hemos
hecho mal...*

de egresados, y se olvidan las celebraciones de graduados. No ignoramos que para resolver este problema las universidades han “tranzado” la “organización” de proyectos de graduación a través de especialidades y maestrías que ofrecen lo que debieron impartir en los planes de estudio de licenciatura. Con ello han renunciado a la exigencia y, por ende, a las tesis de graduación y, consecuentemente, a la “creación” del Derecho a través de la investigación.

Como dirá Barrientos Pellecer, para entender el posible fracaso que sufrió Guatemala “en un ambiente de cuestionamiento, la nueva legislación se abrió paso por inercia democrática contra ideas, costumbres y prácticas surgidas de un órgano judicial sin independencia. Después de los Códigos de Livingston, es la propuesta más seria de reforma al sistema de justicia en este país, legislación que en cierta medida transita en espera de los logros para los que fue creada”.⁴

Segundo. Abandonar la teoría del delito por la supremacía de la técnica

Al contrario del problema educativo, la celeridad de programas mal trazados o que buscan la consolidación de fondos para la capacitación. La mayor proliferación y, la más lamentable experiencia en la implementación del sistema han sido, a pesar de ser ellos los principales interesados, la capacitación en técnicas de litigio de los

Estados Unidos de América. Se aferran, en su capacitación, a lo único que saben. Se aferran a no aprender nuestras leyes, nuestras codificaciones, nuestros modos, incluidos nuestros principios constitucionales. Se aferran a enseñar una técnica para aquella minoría de causas que llegan a juicio.

Dependiendo de la escuela, te enseñan “negociación” y/o “técnicas”. Los primeros, tienen que “esconder” la teoría del delito, porque la negociación incluye la “transa en el tipo”. Los segundos terminan “motivando” al juicio oral, pues es lo único que enseñan y, lo enseñan, bajo métodos de convencimiento a jurados, con casos prácticos que, sustentados en la técnica de la coartada, igualmente destrozan la teoría del delito y, con movimientos tan formales –a veces absurdos– como si fuera algo tan difícil, que los hace exitosos.

Casi no hay latinoamericano que capacitado con el sistema anglosajón, terminen destrozando las audiencias más importantes del sistema acusatorio, esto es, las preliminares, en particular, las relacionadas con la detención inicial, los mecanismos alternativos de solución de controversias o la de mecanismos alternativos de solución del conflicto. De hecho, en la experiencia actual para México, han restado importancia a audiencias definitorias del sistema mexicano como lo son, la audiencia de control de detención y la audiencia de vinculación a proceso. Lógicamente, son temas que no se enseñan, los de flagrancia o caso urgente.

Entonces, es muy común escuchar, en quienes han sido capacitados en el norte,

⁴ Barrientos Pellecer, Cesar. (2003). *Evaluación de la reforma procesal penal en Guatemala*, Revista de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, No. 21, Año 15, p.50.

máxime si, a la vez, han sido “contratados” por ellos ⁵, conceptos que, extrañamente, se anquilosan en sus “discípulos”, tales como teoría del caso⁶; alegato de apertura⁷; alegato de cierre ⁸; interrogatorio y contra interrogatorio. Ha sido interesante

⁵ Es común que, para conseguir fondos y/o para integrar partidas presupuestarias Estatales o de Organismos Norteamericanos, se requiera que esas universidades y/o institutos se asocien a “pares” de otros países latinoamericanos. En esos casos, les gusta entrar en contacto con las personas de las universidades o institutos nuestros, más que con la Institución y, de hecho, les gusta que cobre una persona física más que una persona moral. Así los amarran.

⁶ Cfr: Hidalgo Murillo, José Daniel. (2001). *Investigación Policial y Teoría del Caso*. Flores Editores, México, D.F.

⁷ El concepto en el sistema de USA es “opening ...”. Sin embargo se ha traducido mal desde el Código de Procedimientos Penales de Chile y, por ende, en las iguales codificaciones de Perú, Bolivia, Colombia, Venezuela, Ecuador, y, lógicamente, por influencia y copia en los Códigos de Procedimientos Penales de los Estados de Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas, Baja California, Estado de México, Durango y Guanajuato. A casi todos los capacitados que capacitan se les suele corregir que, el de apertura no es un argumento y, por ende, un alegato, sino una exposición. A la vez, es necesario aclararles, en particular cuando ignoran el sistema procesal penal latinoamericano, que si existe auto de apertura a juicio que admite la acusación, es propio del sistema acusatorio que, la apertura del juicio parta de la acusación y/o del auto de apertura a juicio y, por ende, no es posible capacitar desde la teoría del caso.

⁸ En los países en que USA ha influido menos, es común utilizar el concepto de “conclusiones”. Actualmente, con la influencia gringa en la capacitación se utiliza más el concepto de “alegato de cierre”.

que, en casi el 70% de los casos prácticos que se utilizan en las universidades y/o institutos de los “gringos” para enseñar la *teory of case*, estos se sustentan, primero, en la coartada y, por ende, en el “interrogatorio” y/o “contra interrogatorio” del imputado en relación con la coartada. Cuando uno les hace ver que el imputado tiene derecho de abstención se enojan, porque se les echa a perder su caso. Lo peor es que tanto ellos, como igualmente nosotros terminamos cediendo y “para aprender” – únicamente para aprender- se nos enseña a interrogar y contra interrogar al imputado. De hecho, cuando se admite que el imputado no declare, el interrogatorio o contra interrogatorio de peritos y testigos se “aprende” para enfrentar al testigo y/o al perito a lo que, en entrevista policial, declaró el imputado y utilizó como coartada.

Por qué un proyecto para México, que sea mexicano.

Nuestro proceso acusatorio nace desde la Constitución y, sólo desde la Constitución Política pueden ser eficaces: la audiencia de control de detención⁹; los mecanismos alternativos de solución de controversias¹⁰; los de terminación del proceso¹¹; la vinculación a proceso¹²; la formulación de la imputación para la formalización de la in-

⁹ Cfr: artículo 16, párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰ Cfr: artículo 17, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹ Cfr: artículo 20, Apartado A, fracción VII.

¹² Cfr: artículo 19, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

*"aplicar la
institución
desde la
copia, sin
considerar la
Constitución
Política es
equivocarse"*

vestigación¹³; el juez de control ¹⁴y el control jurisdiccional de los actos de molestia; los principios de contradicción y publicidad en la intermediación¹⁵; los derechos procesales de acción de la víctima y ofendido del delito¹⁶; el concepto de reparación del daño ¹⁷y, los criterios de oportunidad desde la óptica constitucional de la delincuencia organizada¹⁸.

Para entender la necesidad de interpretar desde la Constitución Política, instituciones que es posible encontrarlas en la historia, la legislación comparada, la jurisprudencia extranjera y en la doctrina, es necesario conocer ¿qué se copió?, ¿cómo se copió?, ¿por qué se copió? y ¿cómo resultó la copia? Así se entiende que, aplicar la institución desde la copia, sin considerar la Constitución Política es equivocarse, entre otras razones porque, aún copiada, lo ha sido hacia una norma de carácter constitucional, en el título de las garantías del gobernado, como un derecho fundamental.

Las principales instituciones del sistema procesal penal acusatorio han sido asumidas por la Constitución Política. La institución, entonces, tiene –debe tener– vida propia. No puede decir lo que dice la legislación comparada. No puede ser lo que ha dicho la jurisprudencia internacional o de alguno de los países latinoamericanos. No puede explicarse o exponerse como lo han escrito los distintos autores y, por ende, la doctrina. No puede, porque la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice, de su sistema de justicia penal, lo que fue copiado de otros sistemas de justicia penal, en los códigos de procedimientos penales de las entidades federativas que lo acogieron antes del 18 de junio del 2008, que nacieron de las legislaciones latinoamericanas.

En efecto, el auto de vinculación a proceso, que de principio exige una audiencia de vinculación a proceso, institución constitu-

¹³ Cfr: artículo 19, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁴ Cfr: artículo 16, párrafo catorce, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁵ Cfr: artículo 20, Apartado A, fracciones, II, III y IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁶ Cfr: artículo 20, Apartado C, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁷ Cfr: artículos 17, párrafo cuarto; artículo 20, Apartado C., fracción IV, artículo 20, Apartado A, fracción VII.

¹⁸ Cfr: artículo 21, párrafo sexto y, artículo 20, Apartado B, fracción III.

cional y totalmente mexicana,¹⁹ nace de la formulación de la imputación mexicana²⁰ que nació de la formalización de la investigación chilena²¹ que se copió como vincu-

¹⁹ **Artículo 19. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un **auto de vinculación a proceso** en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los 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.

²⁰ **Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca. Artículo 272. Imputación inicial.** El Ministerio Público solicitará al juez la **sujección del imputado a proceso** cuando, de conformidad con los avances de la investigación, estime necesaria la intervención judicial para asegurar los derechos y garantías procesales del imputado. Para tales efectos, formulará la imputación inicial, la cual contendrá los datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable su responsabilidad. (Nota. Se trata del Código de Oaxaca antes de la reforma del 18 de junio del 2008). **Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua. Artículo 274. Concepto de formulación de la imputación.** La formulación de la imputación es la comunicación que el Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del Juez, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos determinados”.

²¹ **Código de Procedimientos Penales de Chile. Artículo 229. Concepto de la formalización de la investigación.** La **formalización de la investigación** es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”.

lación a proceso en el Código Tipo.²² Este “suceso” procesal descubre la historia de la institución más compleja introducida por el artículo 19 de la Constitución Política, pues, sin ser el auto de formal prisión, más bien, con objetivos y efectos procesales diametralmente distintos y, por ello, opuestos, resulta igualmente un auto que vincula y fija la *litis*, para pre-determinar la investigación, la acusación, las distintas audiencias y la vista de juicio oral hasta definir los hechos de una sentencia absolutoria o de condena.

¿Qué pretendía Chile con la formalización de la investigación? Antes de responder esta pregunta, interesa hacer otras dos, para comprender la figura y entender el problema. ¿Pretendía el Código Tipo y por ende Chihuahua, con la vinculación a proceso, lo que pretendía Chile, con la formalización de la investigación? Hagamos una tercera pregunta, previamente, para mejor complicar la respuesta: ¿Pretendía lo mismo que Chile, el Código Tipo y el Estado de Chihuahua, el Constituyente permanente cuando introduce la vinculación a proceso en el artículo 19 de la Constitución Política? Todas las preguntas deben responderse negativamente. De hecho, las instituciones y, los principios procesales que rigen esas

²² **Código Tipo. Tercer borrador. 28 de Septiembre 2004. Artículo 343 Concepto de vinculación formal al proceso.** La vinculación formal al proceso es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez competente, de que se encuentra desarrollando actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

instituciones son totalmente distintas, esto es, no son lo mismo y no causan el mismo efecto procesal la formalización de la investigación, la formulación de la imputación, la sujeción del imputado a proceso y la vinculación del imputado a proceso.

Entonces, ¿qué institución debe regir en México? La respuesta es obvia. En México debe prevalecer la vinculación a proceso porque es institución de naturaleza constitucional garantista. ¿Cómo puede interpretarse en México, la vinculación a proceso? En México, la vinculación a proceso debe interpretarse conforme lo dispone el artículo 19 de la Constitución Política en sus párrafos primero y quinto. ¿Puedo explicar la vinculación a proceso mexicana a través del derecho comparado en relación con la formulación de la imputación en México y en los demás países de Latinoamérica? No, no es posible. La vinculación a proceso mexicana, es decir, la que nace de la Constitución Política, no así del Código de Chihuahua, es una institución totalmente distinta.

¿Puedo, entonces, explicar la vinculación a proceso mexicana, refiriendo la vinculación a proceso del Código Tipo y el Código de Chihuahua? No, no es posible, porque la vinculación a proceso del Código Tipo y la vinculación a Proceso del Código de Chihuahua, pretendían, como lo pretendía el artículo 229 Chileno, la formalización de la investigación, no así la vinculación a proceso mexicana. ¿Se puede sostener que el artículo 272 de Oaxaca, 274 de Chihuahua, y 343 del Código Tipo son la génesis de la

vinculación a proceso del artículo 19 de la Constitución Política? No, no es posible sostener que estas normas sean la génesis de la vinculación a proceso, aún cuando en el código tipo y en el código de Chihuahua se llamen “vinculación a proceso”.

¿Se puede sostener, sin embargo, que la vinculación a proceso del Código de Chihuahua fue la que influyó en el concepto de vinculación a proceso en la Constitución Política? Desgraciadamente, esa pregunta sí es afirmativa. Alguien y creo que sólo ese alguien lo sabe, mismo alguien que debe reconocer que desconoce del proceso penal acusatorio, aunque crea que sí sabe de derechos humanos, procuró conservar la “vinculación a proceso” que ya alguien había introducido en el artículo 343 del Código Tipo y, de éste al artículo 274 de Chihuahua, quiso, creyendo o sin creer, por ende, sin maldad alguna, aunque sí, con clara ignorancia, atrajo al artículo 19 de la Constitución Política la vinculación a proceso del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua. Aún así, hemos de seguir sosteniendo que no son la misma institución y, que esa atracción es ignorancia, no acierto.

EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

Reina Lucy Salazar Estrada ¹

Resumen

Guatemala es el primer país en la implementación y transformación del sistema inquisitivo al sistema acusatorio en Centro América, ha sido un proceso lento tanto en su adaptación, comprensión y aceptación por parte de algunos operadores del sistema de justicia penal, como de la población. Luego de diecisiete años de su aplicación se ven aspectos positivos, como la observancia de garantías procesales, como el debido proceso y respeto de los derechos humanos, así como la agilización del trámite de los procesos por ser tramitados en audiencias orales que en su mayoría son públicas.

Abstract

Guatemala is the first country in the implementation and transformation of the inquisitorial system to the adversarial system in Central America. It has been a slow process first of all in their adaptation, understanding and acceptance of some operators in the criminal justice system, as well as the acceptance of the population. After seventeen years of its implementation there are some positive aspects such as the observance of due process, as due process and respect for human

¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria, Magister en Derechos Humanos, con *pensum* cerrado de Doctorado en Ciencias Penales, Posgrado Internacional de la Universidad de San Carlos de Guatemala y la Universidad de la Habana Cuba, con especialización en Derecho Penal, 23 años de laborar en el Organismo Judicial de Guatemala, culminando como Juez de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, actualmente Consultora Legal del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales de Guatemala, miembro activo del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

rights, as well as streamlining the processing of the cases to be processed in oral hearings are mostly public.

Introducción

El presente trabajo tiene como objeto dar a conocer la experiencia de Guatemala, en el proceso de implementación al sistema de Justicia Penal Acusatorio, así como de las experiencias en las audiencias orales que conlleva este sistema.

Resaltar la importancia de la correcta administración de la justicia penal, para consolidar la democracia del Estado y garantizar la paz social, tan anhelada por la población, haciendo una adecuada interpretación y aplicación de los principios procesales, garantías constitucionales y de los derechos fundamentales, contenidos en Tratados y Convenciones Internacionales, aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala, en materia de Derechos Humanos, que deben ser aplicados en todo proceso penal, para garantizar un Debido Proceso.

El proceso de transformación e implementación al Sistema Acusatorio en la Justicia Penal guatemalteca fue lento en sus inicios, por el rechazo en gran medida de la población y algunos operadores del sistema de justicia que se oponían a la ampliación y aplicación de Medidas Sustitutivas a la Prisión Preventiva, que se permitía en la mayoría de delitos, ya que la población cansada de tanta delincuencia, deseaba ver a los delincuentes detenidos. Con el pasar del tiempo fueron cambiando su forma de pensar y actualmente, después de diecisiete años de

haberse implementado el nuevo sistema, nos encontramos con una justicia penal aún con muchas imperfecciones, pero con el avance del respeto al debido proceso, que es fundamental para garantizar una justicia ecuánime, sin discriminación, igual para todos, sin ver clase social, raza u otro factor, siendo base fundamental en todo proceso democrático, la que debe ser administrada por personas idóneas.

1. Sistemas Penales

El proceso penal puede descansar en uno de tres sistemas: El acusatorio, el inquisitivo, y el mixto. En la mayoría de las naciones comenzó con la forma acusatoria, pasando luego al sistema inquisitivo y posteriormente, a lo largo del siglo XIX, al sistema mixto.

2. Antecedentes

El Estado de Guatemala, mantuvo por mucho tiempo el sistema inquisitivo, en el proceso penal, y tuvo que pasar mucho tiempo, para iniciar la Reforma Procesal Penal, al adoptar, antes que ningún otro país de Latinoamérica una legislación derivada del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, presentado en Río de Janeiro en 1988, durante la XI Jornada de Derecho Procesal Penal del Instituto Iberoamericano. Las consideraciones para evaluar los resultados de la misma a partir del análisis de los principios del debido proceso tienen peculiar importancia en momentos en que la impartición de la justicia se encuentra tan cuestionada.

Un proceso penal estructurado y regido por principios jurídicos fundamenta-

les y de carácter ideológico, que son inminentes o que se encuentran implícitos en la Constitución Política de la República de Guatemala y en los Tratados y Convenciones Internacionales, aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala, en materia de derechos humanos, con el poder de determinar la validez formal y material de la función jurisdiccional penal, estaba dentro de las primeras determinaciones del proceso de reforma iniciado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Penal. La independencia y la imparcialidad de los jueces son las condiciones básicas de la función judicial, sin ellas, no podemos decir que estamos ante un juez en la forma en que la cultura occidental y la ciencia procesal penal lo preceptúan.

El proceso judicial, está basado en principios irrenunciables, y dentro de esos principios se encuentra el Principio de Presunción de Inocencia, que debe tomarse en cuenta desde el momento de la detención del individuo, este principio es una regla necesaria, un principio evidente, si la sentencia es el título que declara culpable a una persona, nadie lo es sino hasta que esté firme la resolución que así lo determina.

3. Proceso Penal Guatemalteco

El objeto del proceso penal guatemalteco, es conocer y resolver la hipótesis acusatoria sometida a la refutación y verificación en un juicio penal, es necesario generar en el juez a través de medios de prueba la certeza subjetiva de la existencia del hecho y la participación del acusado, y si el procesado es inocente durante el juicio y hasta

la sentencia que declare su culpabilidad, es a la acusación que pide la declaración de culpabilidad a la que corresponde la responsabilidad de demostrar las afirmaciones formuladas y los hechos atribuidos.

La imputación de un hecho delictivo y la acusación respectiva no son más que una atribución hipotética sostenida en indicios graves, no se acusa ni juzga a una persona por lo que es, sino por lo que supuestamente hizo, criterio que obliga a eliminar supuestos de Derecho Penal de autor como sería el pertenecer a un determinado grupo social, tener una conducta o realizar una actividad que riñe con la moral del grupo social, el haber sido detenido o procesado con anterioridad, nada de ello puede servir para fundar juicios de culpabilidad y no afectar la presunción de inocencia.

Los principios inquisitivos del procesal penal guatemalteco, que ya fueron derogados, hacían que la prisión preventiva desempeñara incorrectamente el papel de prevención social contra el delito y el carácter de pena anticipada, lo que fue superado con el nuevo *Código Procesal Penal*, contenido en el Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, que es Acusatorio-Mixto, el que entró en vigencia el uno de julio de 1994. Estos dos años se utilizaron para la capacitación e implementación del nuevo sistema penal, tanto del personal como los espacios físicos para las audiencias orales, asimismo se dieron cursos en diferentes instituciones y Colegios de Abogados y Notarios de Guatemala, para los abogados en oratoria, para poderse expresar en las au-

diencias orales, representando cambios en todo el sistema de justicia de Guatemala en forma positiva.

La capacitación fue dirigida principalmente a los Jueces, Magistrados, Fiscales, defensores públicos y privados, abogados, Policía Nacional Civil, y demás operadores de justicia, con el objeto de que se comprendieran e interpretaran los cambios radicales que conlleva el cambio al sistema acusatorio, experiencia que viví personalmente, porque en ese momento desempeñaba la función de Juez de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, cambio que no fue fácil, porque mentalmente había un rechazo al cambio por parte de algunos operadores de justicia, por lo que en las capacitaciones decían que debía producirse un cambio de *casete*, para poder aplicar el nuevo sistema acusatorio. En ese proceso de transformación al sistema acusatorio, se implementaron las audiencias orales, donde las peticiones se presentaban en forma oral y se resolvían en ese mismo momento, teniendo la oportunidad de presentar los recursos pertinentes de los cuales el Juez tenía que tramitarlos en la misma audiencia. Estas audiencias eran parte de un sistema mixto, por tener una parte oral y otra escrita, asimismo, la población en general no asimiló el cambio, hasta la fecha muchos creen que cuando se habla de derechos humanos, estos únicamente van dirigidos a proteger a los delincuentes, por el papel protagónico que ha tenido la Procuraduría de los Derechos Humanos, en velar por el debido proceso penal guatemalteco, ga-

rantizando así la aplicación de los principios constitucionales.

Una novedad del nuevo sistema, es el respeto al debido proceso y demás principios establecidos en la *Constitución Política de la República de Guatemala*, que contiene las garantías mínimas del debido proceso y con la entrada en vigencia del actual *Código Procesal Penal*, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, en mil novecientos noventa y cuatro, inicia una nueva etapa procesal penal en Guatemala, la cual sustituye el sistema inquisitivo por el sistema acusatorio formal o mixto, lo que viene a garantizar el principio de legalidad procesal, así como el debido proceso, dejando atrás la intervención del Juez como ente investigador del caso, atribución que actualmente le corresponde únicamente al Ministerio Público quien ejerce la persecución penal de un hecho delictivo, lo que fue superado con la implementación del sistema acusatorio.

El sistema acusatorio, contenido en el actual *Código Procesal Penal* guatemalteco, ha tenido una serie de reformas, siendo una de las más importantes la implementación de las audiencias orales, hoy en día sí son totalmente orales, tanto las peticiones como las resoluciones, quedando únicamente impresos en digital, del cual se le entrega a cada una de las partes una copia y pueden ser consultados en el juzgado o tribunal correspondiente.

Otro aspecto importante, es el espíritu que conlleva el nuevo sistema acusatorio, que garantiza el debido proceso penal, que en cierta medida favorece al reo, quien quedará en prisión preventiva únicamente

en casos extremos, ya que en la mayoría de delitos se les puede otorgar una *medida sustitutiva a la prisión preventiva*, y se dejan en libertad, situación que fue duramente criticada por la población, quienes manifestaban que más se tardaba la Policía Nacional Civil, en detener a un delincuente que los Juzgados o Tribunales dejarlos en libertad, por desconocer el procedimiento establecido en el nuevo código procesal penal guatemalteco, y de esa cuenta no se han saturado más los centros de detención del sistema penitenciario guatemalteco. A raíz de esta situación se reformó el Código Procesal Penal, limitando la aplicación de medidas sustitutivas a los delitos de menor impacto y no a los de alto impacto, por el peligro de fuga que representaba este procedimiento.

Otra novedad del nuevo código procesal penal guatemalteco, es que el Fiscal del Ministerio Público, podía solicitar la libertad del indiciado cuando del resultado de la investigación preliminar o en el debate, se demostrara la inocencia del mismo, contrario del sistema inquisitivo donde el Fiscal del Ministerio Público solamente podía acusar, aunque no tuviera elementos probatorios de la culpabilidad del indiciado, garantizando así con el nuevo sistema el debido proceso. Las audiencias orales, son públicas y se puede apreciar la habilidad oratoria de los operadores de justicia, quienes hacen uso de sus talentos, para convencer a los juzgadores de la veracidad de su dicho, situación que a diecisiete años de su implementación, aún falta mucho por resolver y capacitar.

4. Conclusiones

A) El proceso penal guatemalteco, ha sufrido una transformación radical con la promulgación del actual *Código Procesal Penal*, implementado el sistema acusatorio mixto, el cual ha experimentado una serie de reformas, para adaptarlo a la realidad guatemalteca, por haber sido influenciado por el *Código Procesal Penal de la República de Argentina*, cultura diferente a la nuestra, y después de diecisiete años de su implementación en Guatemala, se puede decir que este sistema es beneficioso para todos, estableciendo que las audiencias orales sean públicas.

B) La implementación del sistema acusatorio, en el proceso de transformación del proceso penal guatemalteco, ha sido un proceso lento de adaptación, con algunos rechazos tanto por algunos operadores de justicia como para la población en general. Guatemala es pionera en Centro América sobre ese cambio, en protección del debido proceso penal y de los derechos humanos.

LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO ACUSATORIO CON TENDENCIA A LO ADVERSARIAL EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DEL PERÚ

Hesbert Benavente Chorres¹

Resumen.- En el presente estudio se analizará la reforma del proceso penal peruano, por la cual se adoptó el modelo acusatorio con tendencia a lo adversarial, a través de la publicación, en el 2004, del Código Procesal Penal, vigente en forma progresiva a partir del 2006.

Palabras Claves.- Reforma, acusatorio, adversarial, Código Procesal Penal, Perú.

Abstract.- In the present study will analyze the peruvian penal reform process, by which it adopted the adversarial system, through the publication in 2004, the Criminal Procedure Code, in force progressively from 2006.

keywords: Reform, adversarial system, Code of Criminal Procedure, Peru.

Introducción

Desde 1920, en el sistema de justicia penal peruano se reguló, en el marco del denominado sistema mixto, la audiencia del juicio oral. Sin embargo, por el desconocimiento, en aquella época, de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, así como criterios de

¹ Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Perú), Especialista en Derecho procesal (Argentina), Maestro en Derecho penal (Perú), Candidato a Doctor en Derecho (México) y docente universitario en México, Chile y Perú. Correo electrónico: estudiobenavente@yahoo.com

descongestión procesal, se originó la presencia de “cuellos de botella” en la etapa de juzgamiento, dado que a la misma llegaban, sin ningún criterio de selección, toda clase de delitos: graves y no graves.

Ello conllevó que en la década de los ochentas del siglo pasado, se estableció el denominado proceso penal sumario, el cual era un esquema procedimental en el cual se eliminaba la audiencia del juicio oral, y en donde el juez emitía sentencia con el producto de lo obtenido durante la investigación. En esa inteligencia, a este proceso penal se dirigían todos los delitos no graves, dejando a los denominados graves al esquema procedimental que presenta el proceso penal ordinario, el cual sí presentaba una fase de juicio oral.

En ese sentido, a través del Decreto Legislativo 124 se establecían los delitos materia del proceso ordinario, el sumario, y, las reglas procedimentales para este último de los procesos penales señalados.

No obstante, en la década de los noventa del siglo pasado, en diversos foros académicos, se planteaba la inconstitucionalidad del proceso penal sumario, dado que la Carta Magna de 1993 estableció un proceso penal que descansa en el principio acusatorio y encuentra en la fase del juicio oral la etapa central del procedimiento punitivo.

Todo ello, en complemento con otros factores que se expondrán a lo largo del presente artículo, generó la necesidad de una reforma tanto estructural como funcional del sistema de justicia penal peruano, cristalizándose con el dictado de un Código Procesal Penal en el año 2004.

1. Situación del Sistema de Justicia Penal en Perú

El Perú está situado en el lado occidental de Sudamérica. Está limitado por el norte con Ecuador y Colombia, por el este con Brasil, por el sureste con Bolivia, por el sur con Chile, y por el oeste con el Océano Pacífico. Posee una compleja geografía dominada principalmente por las elevaciones de la Cordillera de los Andes y las corrientes del Pacífico, que le configura climas y paisajes tan ampliamente variados como la costa desértica, la puna de los altos Andes o la selva tropical de la cuenca amazónica, ambientes todos que configuran al país como un territorio de gran variedad de recursos naturales.

Asimismo, el Perú tiene 27 millones 946 mil 774 habitantes según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y un muy importante nivel de concentración poblacional: el 72.6% de la población nacional está concentrada en las ciudades y el 29% del total nacional vive en Lima. Debajo de ella, solo ocho de los 23 departamentos del país tienen más de un millón de habitantes y cinco tienen menos de 350 o 300 mil habitantes.

Por otro lado, y ya en lo referente a la estructura del Estado peruano, el Perú es una república presidencialista de representación democrática con un sistema multipartidario. Según la actual Constitución de 1993, el Presidente es el jefe de Estado y del gobierno, es elegido cada cinco años y no puede ser inmediatamente reelegido. Asimismo, el Estado peruano se encuentra estructurado según el principio de separación de poderes, estos son el

Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

En lo referente al Poder Ejecutivo, el mismo está liderado por el Presidente de la República, jefe de Estado y del gobierno nacional, elegido para un período de cinco años. En el Jefe de Estado reside exclusivamente la defensa nacional, llevada a cabo por las fuerzas armadas. Para coordinar su accionar, el Perú se halla subdividido en 24 departamentos² y una Provincia Constitucional.³

El Poder Legislativo reside en el Congreso de la República, que representa la opinión pluralista de la nación y consta de una única Cámara de 120 miembros elegidos por voto democrático para un período de cinco años.

El Poder Judicial está constituido por una organización jerárquica de instituciones que de acuerdo a la Constitución y las leyes, ejercen la potestad de administrar justicia, la cual emana del pueblo. Éstas son:

² Los 24 departamentos son: Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cuzco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali.

³ Nos referimos a la Provincia Constitucional del Callao. El 22 de abril de 1857 durante el gobierno del Mariscal Ramón Castilla, el Callao es promovido, por la Convención Nacional que presidía el abogado José Gálvez Egúsquiza, al rango de Provincia Constitucional. Esta denominación no implicaba ninguna diferencia práctica por cuanto el status del Callao era igual al de cualquier otra provincia. La única y capital diferencia estribaba en el hecho de que mientras todas las demás provincias del país lo eran por mandato de la ley, el Callao lo era por mandato constitucional.

La Corte Suprema (con sede en Lima);

Las Salas superiores en la sede de cada Distrito judicial;

Los Juzgados de primera instancia en cada provincia, y

Los Juzgados de paz en cada distrito.

El Poder Judicial peruano tiene una organización centralizada. Consta de una sola Corte Suprema de Justicia con 32 Vocales entre titulares y provisionales en función, que están distribuidos entre ocho Salas por especialidad. También cuenta con 27 Cortes Superiores divididas en Salas y Juzgados por especialidad. De acuerdo al portal del Poder Judicial a diciembre del 2005, éste, contaba con 1853 magistrados (distribuidos en todas las instancias), 3967 técnicos y 1809 auxiliares.⁴

⁴ Cfr. Azabache Caraccioli, César.(2006) *la situación de la justicia en el Perú*. Comunicación preparada para la conferencia "Judicial Reform in Latin America - An Assessment for Policy - Makers", organizada por the Center for Strategic & International Studies (CSIS) of Washington y el Centro de Estudios de Justicia de la Américas, en Washington. (p. 01). Asimismo, el jurista peruano señala que la historia reciente de la política judicial peruana puede dividirse en tres etapas: Un primer periodo comienza en Octubre 31 de 1995 cuando el Señor Serpa Segura, Presidente de la Corte Suprema, propuso al Congreso la intervención del Poder Judicial y la formación de una Comisión Ejecutiva que se encargara de los temas de gobierno del sector en reemplazo del Consejo Ejecutivo establecido por la Ley Orgánica. La segunda comienza en Febrero 20 de 1998, cuando David Pezúa Vivanco fue nombrado Secretario Ejecutivo de la Comisión creada en 1995 en reemplazo de José Dellepiane Massa, marcando un giro en mi opinión decisivo en el curso de los significados que marcan esta corta historia. El tercero se inicia

El presupuesto anual por Juez en el Perú asciende a poco más de 94 mil dólares. El *ratio* más bajo de la región corresponde a Ecuador, apenas por encima de 24.5 mil dólares. El más alto a Venezuela, con más de 577 mil dólares. Asimismo, la actividad del Judicial tiene una aprobación ciudadana del 12% según la estimación consignada en el portal del Poder Judicial.

Por otro lado, la Defensoría del Pueblo, organismo constitucionalmente autónomo, ha expresado públicamente su preocupación por los problemas de retraso en los procedimientos judiciales. De acuerdo a sus cifras, el 54.22% de las quejas que ha recibido contra la judicatura se refieren a problemas de retardo, y una tercera parte de estas quejas ha sido desestimada.⁵

Para agravar la situación, en el periodo comprendido entre los años 1996 y 2000 se pensó que los problemas del Poder Judicial serían solucionados por un grupo de técnicos instalados en la Gerencia Central de la Reforma y comandados por el Secretario Ejecutivo de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial. Este modelo no alcanzó

en Mayo 29 de 2001, cuando en el marco del gobierno de Transición que siguió a la renuncia de Fujimori, se restableció en funciones al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (Ley 27465), dando fin a la intervención.

⁵ Defensoría del Pueblo. Publicado en El Comercio, 16, edición de Abril 16, 2006. Téngase presente que la Defensoría del Pueblo es una entidad oficial que tiene por función atender quejas de personas por violación de derechos fundamentales por actos de la administración y los poderes públicos. Adopta y publica recomendaciones y, eventualmente, puede intervenir en procedimientos judiciales de tipo constitucional cuando tratan sobre asuntos de su interés.

los resultados deseados porque la reforma fue impuesta verticalmente y sin que los magistrados y los servidores judiciales participaran activamente en el proceso de cambios institucionales.⁶

Luego de esta experiencia, asumió el gobierno y administración del Poder Judicial un Consejo Transitorio. En marzo de 2001, este órgano elaboró un valioso informe titulado “Planificación de Políticas de Moralización, Eticidad y Anticorrupción”. Este documento concluye señalando que el 70% de magistrados del Poder Judicial se encuentran vinculados a la corrupción y diseña un plan para combatirla, tanto a nivel de la organización judicial como en el proceso judicial y en el sistema de control. Sin embargo, muy pocas de estas medidas fueron asumidas y ejecutadas posteriormente. Luego de concluidas las labores del Consejo Transitorio, se creó el Grupo de Trabajo de Alto Nivel (GTAN). La creación de este Grupo de Trabajo se enmarca dentro del “Convenio de Cooperación Interinstitucional para la Coordinación del Proceso de Modernización del Sistema Nacional de Administración de Justicia”, suscrito por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura.⁷

⁶ Cfr. Defensoría del pueblo (2006). “*propuestas básicas de la defensoría del pueblo para la reforma en la justicia del Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán*”. En: Informe Defensorial N° 109 (p. 14), Lima: Defensoría del Pueblo.

⁷ *Idem*, p. 14.

El trabajo del GTAN tuvo un comienzo auspicioso, pues en octubre del año 2001 dio a conocer un Plan Estratégico de Modernización del Sistema Nacional de Administración de Justicia, que tenía como ejes principales para la modernización del Sistema Nacional de Administración de Justicia (SNAJ), desarrollar capacidades efectivas de coordinación interinstitucional, adecuar las instituciones para el cambio, desarrollar sistemas de información y tecnología comunes, diseñar una política de recursos humanos, adecuar el marco normativo a la modernización, fortalecer la participación de la sociedad civil y desarrollar estrategias anticorrupción con participación de los usuarios y de la sociedad civil. Lamentablemente, todos estos objetivos del GTAN nunca se realizaron y, en forma paulatina, el trabajo fue perdiendo continuidad debido a la falta de voluntad política y coordinación entre quienes dirigían a las instituciones integrantes.⁸

Posteriormente, por Acuerdo del 22 de enero de 2003, los vocales supremos titulares de la Sala Plena de la Corte Suprema, declararon en reestructuración al Poder Judicial y encargaron al Presidente del Poder Judicial, Hugo Sivina, la conformación de una comisión de magistrados para plantear medidas urgentes e inmediatas para el cambio estructural en la marcha de la justicia. Esta Comisión estuvo integrada por magistrados de todas las instancias y no efectuó un diagnóstico integral del problema.⁹

Su trabajo estuvo destinado a elaborar un conjunto de informes para la reforma penal y civil, la modernización del despacho judicial, los órganos de gobierno del Poder Judicial y la política para luchar contra la corrupción judicial. Meses después, el 4 de octubre del año 2003, se publicó en el Diario Oficial *El Peruano*, la Ley N° 28083 que creó la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), con el mandato de elaborar en 180 días un Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. En este contexto, el Presidente del Poder Judicial, Hugo Sivina, mediante Resolución Administrativa N° 191-2003-P-PJ del 22 de octubre del año 2003, decide crear el Acuerdo Nacional por la Justicia (ANJ) para que *“sea una fuente constante de información a la CERIAJUS con las distintas perspectivas que desde diversos sectores regionales, nacionales y de la sociedad civil se postularán para enriquecer la agenda de cambios en la justicia”*.¹⁰ En la práctica, lo único que se produjo al inicio del funcionamiento de ambas comisiones fue la falta de conocimiento del ámbito de competencia de cada una, produciéndose malos entendidos sobre quién debía liderar la reforma de la justicia en nuestro país.¹¹

Pero el problema del Poder Judicial peruano no es el único campo conflictivo del sistema de justicia penal del Perú. En efecto, se han detectado otras áreas problemáticas, las cuales son:

1. Acceso a la justicia.- Buena parte de la población enfrenta serias dificultades

⁸ *Ibidem*,

⁹ *Ibidem*. p. 15.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

de acceso a la justicia. Básicamente son cinco los ámbitos problemáticos identificados por la Defensoría del Pueblo del Perú.¹² En primer lugar, el significativo desconocimiento que existe en varios sectores de la población sobre sus derechos relacionados con el sistema de justicia y los mecanismos para reclamarlos. En segundo lugar, el escaso impacto de la negociación, conciliación, transacción extra judicial y el arbitraje como mecanismos de solución alternativos y atractivos, frente a los procesos judiciales. En tercer lugar, el artículo 149° de la *Constitución Política del Perú* que reconoce a la justicia comunal, sobre todo con relación al rol de las rondas campesinas en dicho ámbito. En cuarto lugar, la Justicia de Paz se encuentra desatendida por el presupuesto del Poder Judicial y cuenta con competencias muy limitadas con relación a las tareas que socialmente se le encomiendan, en especial en materia penal. En quinto lugar, detectamos problemas relacionados con el acceso al proceso judicial. Existe una cobertura irregular en el territorio nacional de los órganos de justicia, a lo que se agrega que no se conocen los criterios con los que se crean órganos judiciales en el ámbito nacional. También se observa la permanencia de obstáculos relacionados con la existencia de trámites formalistas, complejos, arbitrarios y muchas veces inútiles, morosidad procesal, terminología inaccesible para los usuarios y ausencia de mecanismos de acceso a la información.

2. Formación y capacitación de los operadores del servicio de justicia.- Dos son principalmente los aspectos problemáticos a enfrentar en esa dirección. En primer lugar se debe mencionar la arraigada cultura organizacional del formalismo excesivo y la tolerancia a la baja calidad de las decisiones judiciales, que propicia una inadecuada comprensión acerca de la función social y constitucional que debe cumplir el sistema de justicia y, por ende, impacta de forma negativa en la forma en que éste se viene prestando. En segundo lugar, conviene llamar la atención sobre los graves problemas de formación en los centros de enseñanza de Derecho, que se caracterizan, de acuerdo a estudios al respecto por su deficiente calidad, que se refleja en la baja o nula exigencia para la obtención del título profesional.

3. Corrupción.- Se han identificado modalidades de corrupción de diversa intensidad, en los niveles político, administrativo y ope-

*"el problema
del Poder
Judicial
peruano no
es el único
campo
conflictivo
del sistema
de justicia
penal del
Perú"*

¹² *Ibidem.* pp. 109 y 110.

rativo de manera que afrontar seriamente este problema en el sistema de justicia exige dar cuenta de los mecanismos de prevención y control que se han implementado para contenerla, así como la dirección de las reformas necesarias a la luz de la experiencia. Sin embargo, no debemos perder de vista que este problema no solo compromete a los magistrados, sino que involucra también a los abogados, las partes e incluso a agentes policiales, por lo que la evaluación de la efectividad de los mecanismos de prevención y sanción debe aplicarse respecto de los principales actores de este problema.

Por otro lado, en materia de legislación, se debe mencionar que, en el Perú coexisten diversos textos adjetivos orientados a sistemas procesales diferentes.

Al respecto, en primer lugar se tiene el Código de Procedimientos Penales de 1940 que responde al sistema mixto, presentando las siguientes notas:

- La influencia de modelos procesales europeos tales como Suiza, España, Francia, Alemania, etc. Adoptando un modelo procesal mixto (inquisitorial – acusatorio).
- Se definen dos momentos procesales: el primero instructivo (reservado y escrito) a cargo del Juez Penal, cuya labor es investigar la comisión del delito y sus agentes responsables; y el segundo, el juicio oral – público a cargo de las Salas de las Cortes Superiores que define la culpabilidad o irresponsabilidad penal del acusado. No se hace mención al Jurado.

- La acción penal es pública y la ejercen los fiscales.
- La justicia penal es llevada a cabo y decidida exclusivamente por jueces profesionalizados que garantizan imparcialidad en la resolución de la controversia.
- Los actos de investigación del juez instructor tienen carácter de actos de prueba.

Este texto procesal está vigente en los siguientes distritos judiciales: Ayacucho, Huancavelica, Apurímac, Huanuco, Pasco, Junín, Ucayali, Loreto, Callao, Lima Norte y Lima.

Sin embargo, en virtud de facultades delegadas al Poder Ejecutivo, se promulgó el Decreto Legislativo 638, —Código Procesal Penal—, el 25 de abril de 1991. Este texto adjetivo se adscribe al sistema procesal del acusatorio garantista. En ese sentido, brevemente anotaremos la orientación que el nuevo estatuto procesal pretende:

- Reordenar el sistema de enjuiciamiento penal acercándonos al ideal de la *justicia pronta y cumplida*.
- Potenciar el *derecho de defensa*.
- Asegurar en lo posible la *vigencia de los derechos humanos* cuando el Estado hace valer su pretensión punitiva.

Y para cumplir con estos objetivos, se asume de manera liminar, el sistema acusatorio, encargando al Ministerio Público la etapa o fase investigatoria, delimitando los poderes de la judicatura a una labor de control de la investigación y dirección del juicio oral y garantizando el derecho de defensa del imputado en un

plano igualitario dentro del marco de un debido proceso.

No obstante, por la falta de un compromiso político entre los actores del sistema de justicia,¹³ no entró en vigencia en su totalidad, solamente las siguientes instituciones procesales:

- 1) el principio de oportunidad;
- 2) las medidas cautelares personales de detención, comparecencia simple y comparecencia restringida;
- 3) la libertad provisional; y,
- 4) las diligencias especiales.

En lo referente a su vigencia, el texto de 1991 está vigente en los mismos distritos judiciales que el Código de 1940, con la acotación de que solo están en vigencia las cuatro instituciones procesales señaladas en el párrafo anterior.

Por otro lado, el 29 de Julio de 2004, se publicó en el diario oficial “El Peruano” un nuevo Código Procesal Penal, el cual es objeto de un estudio más detallado en los siguientes puntos, adoptando el modelo acusatorio con tendencia adversarial. Este texto adjetivo también está en vigencia en el Perú, en los siguientes distritos judiciales: Huaura, La Libertad, Tacna, Moque-

gua, Arequipa, Tumbes, Piura, Lambayeque, Puno, Cuzco, Madre de Dios, Cajamarca, Amazonas, San Martín, Ica, Cañete, Ancash y Santa.

Ello implica, que hasta la fecha, en el 70% del territorio peruano ya se encuentra en vigencia el texto adjetivo de 2004;¹⁴ además, se debe mencionar que sus reglas referidas a la terminación anticipada del proceso,¹⁵ así como, el procedimiento especial por delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de función, están vigentes a nivel nacional, incluyendo, claro está, la capital, Lima.

Todo ello se debe a que, el Perú ha adoptado el sistema de vigencia progresiva o gradual como lo hicieron los países de Colombia y Chile. En ese orden de ideas, el objetivo es que, llegado el momento, el texto procesal de 2004 reemplace en todos los distritos judiciales del Perú a los textos adjetivos de 1940 y 1991. Pero, mientras no llegue ese momento, en el sistema jurídico peruano co-existen tres textos procesales de orientación ideológica diferente; que puede conllevar a confusión tanto a los operadores jurídi-

¹³ El magistrado San Martín Castro acota que la reforma de 1991 no consiguió el cambio de paradigma procesal y la adopción de otro modelo distinto al Estado, a través del Poder Judicial, como actor exclusivo y excluyente del proceso penal, a pesar del desconcierto generado en los órganos de control penal y, dramáticamente, la inviabilidad del indicado modelo.

Cfr. San Martín Castro, César. (1993). *Estudio crítico del nuevo código procesal penal*. En: *estudios de derecho procesal penal* (p. 259). Lima: Alternativas.

¹⁴ Se estima que el primero de octubre de 2011, ingrese el nuevo sistema en los departamentos de Ayacucho, Huancavelica y Apurímac; el 01 de abril de 2012 se aplique en Huanuco, Pasco y Junín; el 01 de octubre del 2012 en Ucayali y Loreto y el 01 de abril de 2013 en Callao, Lima Norte y Lima.

¹⁵ A diferencia de México, donde la terminación anticipada es un principio constitucional que dinamiza figuras tales como, el procedimiento abreviado; en el Perú es un procedimiento especial, con similares características que el abreviado.

cos, a la ciudadanía y, obviamente a un observador ajeno al sistema.

2. Génesis del Proceso de Reforma del Sistema de Justicia Penal en Perú

Los proyectos de reforma publicados en noviembre de 1989 y en agosto y noviembre de 1990 propusieron en el Perú la introducción al sistema de justicia penal de las reglas fundamentales del modo acusatorio de organización del proceso penal. A partir de entonces, la implementación de la reforma propuesta ha sido permanentemente diferida. En abril de 1991, por Decreto Legislativo 638, el gobierno promulgó, como Código Procesal Penal, el texto aprobado por la Comisión de Revisión del último proyecto, que había sido constituida por la Ley 25.281. Sin embargo, la vigencia del Código fue diferida, primero, para 1992 y, después, aplazada para 1994. En abril de ese año, la Ley 26.299 creó una nueva Comisión Revisora que, en mayo de 1995, presentó al Congreso un nuevo anteproyecto que nunca fue aprobado.

Según la Exposición de Motivos del texto de 1991, el objeto de la reforma al proceso penal debe ser eliminar del proceso la fase de instrucción del sumario, que ya no tiene razón de existir. En 1940, dice este texto, ella tenía sentido en la medida en que lo que se llamó Policía de Investigaciones del Perú no había logrado todavía la técnica ni el grado de perfeccionamiento que hoy tiene. El desarrollo alcanzado por esta institución del Ejecutivo, dice la exposición, ha provocado que a lo largo de la historia se diera a sus informes un distinto trato al establecido en el texto original de

1940. Como resultado de este desarrollo, la Constitución de 1979 reconoce ya como una etapa del proceso la investigación policial, pero a condición de que se haga con intervención del Ministerio Público, y que sea éste el que promueva la acción penal.¹⁶ Por todo ello desautorizada la institución (*sic*) y, consecuentemente, el sistema mixto hay que reconocer que la única opción compatible con los principios consagrados por la Constitución del Estado es el sistema acusatorio modernizado, el cual ha sido asumido por la Comisión. En idéntico sentido, la Exposición de Motivos del texto de 1995 declara que el nuevo texto persigue como objetivos (i) garantizar el respeto a los derechos fundamentales y (ii) incorporar a nuestro sistema las bases institucionales del sistema acusatorio.

Siguiendo el contenido de ambos Códigos, podemos concluir que en el Perú se está entendiendo que las así llamadas bases institucionales del sistema acusatorio corresponden (i) al encuadramiento de la actividad del juez dentro del marco de lo estrictamente jurisdiccional; (ii) a

¹⁶ El Código de 1940 había concebido al Ministerio Público como una función del Poder Judicial. Los fiscales establecidos por ese Código formaban parte de la misma corporación que los jueces, aunque no estaban subordinados a ellos. La anterior Constitución de 1979 dispuso que el cuerpo de fiscales pasara a conformar una corporación distinta a la judicial. Esa corporación, denominada Ministerio Público, debía ser autónoma de los poderes del Estado, aunque los fiscales que la integraran debían tener las mismas prerrogativas que los jueces en sus respectivas categorías; deben estar sujetos a las mismas incompatibilidades y su nombramiento debe atender a idénticos requisitos y procedimientos.

la orientación del procedimiento hacia el pleno reconocimiento de la igualdad entre las partes; y (iii) al desarrollo pleno de las atribuciones asignadas al Ministerio Público desde la Constitución de 1979¹⁷ y presentes en la actual Carta de 1993.

El primer intento para cambiar el paradigma procesal, y como se indicó en los párrafos anteriores, fue el modelo adoptado por el Código Procesal Penal de 1991,¹⁸ vigente desde el 28 de abril de ese año en veintidós artículos que se adscriben, conforme lo señala su Exposición de Motivos, al *sistema acusatorio modernizado o garantizado*. Al respecto, Oré Guardia,¹⁹ así como, Peña Farfán convienen en adoptar que el modelo que inyecta el Código Procesal Penal de 1991 se adhiere al *sistema acusatorio garantista moderno*. Mixán Mass,²⁰ San Martín Castro²¹ y Cubas Villanueva,²² lo denominan *modelo acusatorio*. Por su parte,

Sánchez Velarde²³ prefiere hablar de un *sistema predominantemente acusatorio*. Catacora González²⁴ nos dice que la reforma del Código Procesal Penal de 1991 se orientó a la adaptación del *sistema acusatorio moderno* llamado también *garantista*. Finalmente, el profesor Rodríguez Hurtado²⁵ señala que el Código Procesal Penal de 1991 es *garantista y predominantemente acusatorio*.

Una vez iniciada la transición democrática en el país —en el año 2000, con los sucesivos gobiernos de los presidentes Valentín Paniagua y Alejandro Toledo—, nuevamente retornó la idea de que era irrogable este cambio de modelo procesal penal. Así, recién el 28 de julio de 2004 se promulgó, mediante Decreto Legislativo 957, un nuevo Código Procesal Penal, que mostraba una inequívoca orientación acusatoria y desplazaba definitivamente las características inquisitoriales contenidas en el Código de Procedimientos Penales de 1940, que durante tantas décadas había caracterizado el desarrollo y la aplicación de la justicia penal en el país y que había ocasionado, en gran medida, los problemas que brevemente se han reseñado.

En el inciso 2 de la Primera Disposición Final del Código Procesal Penal de

¹⁷ Cfr. Azabache Caraccioli, César. *Notas a la reforma del procedimiento penal en el Perú*, (p. 02). Disponible en: [/www.cejamericas.org/doc/documentos/per-azabache-notas.pdf](http://www.cejamericas.org/doc/documentos/per-azabache-notas.pdf). Accedido: 13.10.08.

¹⁸ Cfr. Mávila León, Rosa. (2005). *El nuevo sistema procesal penal* (p. 21). , Lima: Jurista Editores.

¹⁹ Cfr. Oré Guardia, Arsenio (1994). *El código procesal penal de 1991*(p. 118).. En: *Derecho & Sociedad*, No. 08-09, Lima.

²⁰ Cfr. Mass, Mixán (1994). *Prólogo* (p. 07). En: *Comentarios al Código Procesal Penal*, Pablo Sánchez Velarde. Lima: Editorial Idemsa.

²¹ Cfr. San Martín Castro, César (1999). *Derecho procesal penal, Volumen I*(p. 45). Lima: Editorial Grijley.

²² Cfr. Cubas Villanueva, Víctor (1995). *La función del fiscal en el nuevo código procesal penal* (p. 32). En: *Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, No. 02, Lima.

²³ Cfr. Sánchez Velarde, Pablo. *Comentarios...*, Ob. Cit., p. 53.

²⁴ Cfr. Catacora Gonzalez, Manuel (1996). *Manual de derecho procesal penal* (p. 115). Lima.

²⁵ En el prólogo del libro *Terminación Anticipada del Proceso y Procedimiento por Colaboración Eficaz*, del desaparecido maestro Raúl Peña Cabrera (Editorial Grijley, Lima – Perú, 1995). Asimismo, se adscribe a tal opinión: ROSAS YATACO, Jorge. “EL MODELO PROCESAL PERUANO”. En: *Rev. Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 03, Lima, 2002, p. 315.

2004 se señaló que éste entraría en vigencia el 1 de febrero de 2006 en el distrito judicial que indicara la Comisión Especial de Implementación, la cual debía crearse con el objetivo de diseñar, como su nombre lo dice, un plan de implementación.

Luego de la promulgación del referido texto procesal, comenzaron los preparativos para su implementación efectiva. Veamos los principales hechos que tuvieron lugar.

Mediante el Decreto Legislativo 958, de 28 de julio de 2004, se creó la Comisión Especial de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, integrada por representantes del Poder Judicial, el Ministerio Público y los ministerios del Interior, de Economía y Finanzas, y de Justicia. La presidencia de esta comisión recayó en el representante del Ministerio de Justicia, entidad que debería proveer a la comisión de una secretaría técnica.

De conformidad con el artículo 4 del Decreto Legislativo antes mencionado, eran atribuciones de la Comisión Especial de Implementación del nuevo Código Procesal Penal:

- a) Formular las políticas y objetivos para la adecuada implementación progresiva de éste;
- b) Diseñar la propuesta específica del plan de implementación y,
- c) Elaborar el calendario oficial de aplicación progresiva del nuevo Código Procesal Penal.

En sesión de fecha 20 de junio de 2005, la citada comisión aprobó el plan de implementación del nuevo Código Procesal Penal, señalándose que el primer distrito

judicial en el que se comenzaría esta aplicación sería el de Huaura. Suponemos que las principales razones para esta decisión fueron:

a) Al ser un plan piloto, la referida implementación debía iniciarse en un distrito judicial de dimensiones razonables;

b) Se requería que el distrito judicial elegido se encontrase geográficamente cerca del núcleo principal del sistema de justicia, el Distrito Judicial de Lima Centro, pues de esta manera el monitoreo del plan piloto sería más efectivo;

c) Se requería también que la carga penal fuera representativa del tipo de casos que procesan la mayoría de distritos judiciales.

Sin embargo, el 30 de enero de 2006 se expidió la Ley 28671, que prorrogó la entrada en vigencia del nuevo texto procesal para el 1 de julio de 2006. Asimismo, ordenó que el cronograma de implementación fuera adecuado al texto de la norma. El referido cronograma fue modificado el 3 de marzo de 2006, estableciendo nuevas fechas:

No obstante, cabe señalar que mediante el Decreto Supremo 005-2007-JUS, del 5 de mayo de 2007, el cronograma de implementación del texto procesal nuevamente fue variado, señalándose esta vez nuevas fases de implementación a partir del año 2008.

Rasgos de la Reforma del Sistema de Justicia Penal en Perú

(a) **Poder Judicial.**- La potestad jurisdiccional del Estado en materia penal se ejerce por:

1. La Sala Penal de la Corte Suprema;²⁶
2. Las Salas Penales de las Cortes Superiores;²⁷

²⁶ Compete a la Sala Penal de la Corte Suprema:

1. Conocer del recurso de casación interpuesto contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las Salas Penales de las Cortes Superiores, en los casos previstos por la Ley.
2. Conocer del recurso de queja por denegatoria de apelación.
3. Transferir la competencia en los casos previstos por la Ley.
4. Conocer de la acción de revisión.
5. Resolver las cuestiones de competencia previstas en la Ley, y entre la jurisdicción ordinaria y la militar.
6. Pedir al Poder Ejecutivo que acceda a la extradición activa y emitir resolución consultiva respecto a la procedencia o improcedencia de la extradición pasiva.
7. Resolver la recusación planteada contra sus Magistrados.
8. Juzgar en los casos de delitos de función que señala la Constitución.

²⁷ Compete a las Salas Penales de las Cortes Superiores:

1. Conocer del recurso de apelación contra los autos y las sentencias en los casos previstos por la Ley, expedidos por los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces Penales –colegiados o unipersonales–.
2. Dirimir las contiendas de competencia de los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces Penales –colegiados o unipersonales– del mismo o distinto Distrito Judicial, correspondiendo conocer y decidir, en este último caso, a la Sala Penal

3. Los Juzgados Penales, constituidos en órganos colegiados²⁸ o unipersonales,²⁹ según la competencia que le asigna la Ley;

4. Los Juzgados de la Investigación Preparatoria, y³⁰

del Distrito Judicial al que pertenezca el Juez que previno.

3. Resolver los incidentes que se promuevan en su instancia.

4. Dictar, a pedido del Fiscal Superior, las medidas limitativas de derechos a que hubiere lugar.

5. Conocer del recurso de queja en los casos previstos por la Ley.

6. Designar al Vocal menos antiguo de la Sala para que actúe como Juez de la Investigación Preparatoria en los casos previstos por la Ley, y realizar el juzgamiento en dichos casos.

7. Resolver la recusación planteada contra sus Magistrados.

8. Conocer los demás casos que este Código y las Leyes determinen.

²⁸ Los Juzgados Penales Colegiados, integrados por tres jueces, conocerán materialmente de los delitos que tengan señalados en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.

²⁹ Los Juzgados Penales Unipersonales conocerán materialmente de aquellos cuyo conocimiento no se atribuya a los Juzgados Penales Colegiados.

³⁰ Compete a los Juzgados de la Investigación Preparatoria:

1. Conocer las cuestiones derivadas de la constitución de las partes durante la Investigación Preparatoria.

2. Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la Investigación Preparatoria.

3. Realizar el procedimiento para la actuación de prueba anticipada.

4. Conducir la Etapa Intermedia y la ejecución de la sentencia.

5. Ejercer los actos de control que estipula el Código Procesal Penal.

5. Los Juzgados de Paz Letrados, con las excepciones previstas por la Ley para los Juzgados de Paz.³¹

Cabe resaltar que en el modelo peruano, también se diferencia entre jueces de garantía con jueces de fallo; distinción que es nota característica de los procesos de reforma sudamericana.

En efecto, la historia de los países sudamericanos aunque ello también se hace extenso a los países del orbe nos revela una constante violación a los derechos humanos, incluso utilizando como instrumento el sistema de justicia penal. Así tenemos los siguientes ejemplos: el empleo de la tortura para obtener declaraciones de culpabilidad, prisiones preventivas indeterminadas, detenidos sin condena, etc. Frente a ello, se requiere de un órgano, con autoridad y jurisdicción que funja de garante en el respeto de los derechos fundamentales de las personas que se ven involucradas en la dinámica del sistema de justicia penal; con mayor atención a aquellos que son más vulnerables al mismo. Este órgano debe ser el Poder Judicial (a quien la nación le ha delegado la administración de justicia), a través de la persona del Juez. Sin embargo, a fin de evitar cualquier tipo de influencia que afecte su sano juicio a la

hora de emitir el fallo respectivo es que, en la experiencia sudamericana, se distingue, por un lado, el juez de garantía, y por otro lado, el juez de fallo.

En el Perú, al juez de garantía se le conoce como *juez de investigación preparatoria*, el cual, durante las etapas de investigación (preliminar y preparatoria), asegura el respeto a las garantías fundamentales de las personas investigadas. Asimismo, vela por el cumplimiento de los requisitos constitucionales y universales acerca de la justificación de la restricción o afectación de derechos fundamentales. En ese sentido, tiene la última palabra acerca de la legalidad de las diligencias de investigación y, por lo tanto, se requiere de él un perfecto conocimiento acerca de los límites y requisitos legales y constitucionales del actuar de las autoridades.

Por otro lado, en el Perú, el juez de fallo o de *conocimiento* es la persona del *juez penal*, el cual, puede dirigir el juicio oral y dictar la respectiva sentencia en forma unipersonal, o bien, en forma colegiada (integrándose, en este caso, el juzgado penal, por tres jueces).

Sin embargo, en el Perú, aún no se cuenta con una Ley Orgánica acorde con esta nueva taxonomía de los jueces; contando los mismos, como única referencia normativa, lo señalado en la escueta redacción del Código Procesal Penal de 2004.

(b) Ministerio Público.- La estructura del Ministerio Público en el Perú es: Fiscalía de la Nación, Fiscalías Supremas, Fiscalías Superiores y Fiscalías Provinciales, divididas por especialidades (civil,

6. Ordenar, en caso de delito con resultado de muerte, si no se hubiera inscrito la defunción, y siempre que se hubiera identificado el cadáver, la correspondiente inscripción en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

7. Conocer de los demás casos que el Código Procesal Penal y las Leyes determinen.

³¹ Compete a los Juzgados de Paz Letrados conocer de los procesos por faltas.

familia, penal, y esta última, se subdivide según una taxonomía de delitos, incluyendo las Fiscalías Especializadas de Prevención del Delito).

El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial. Asimismo, conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

Además, en el texto adjetivo peruano se indica que el Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación.

Asimismo, conduce la Investigación Preparatoria; por lo que está facultado para practicar u ordenar los actos de investigación que correspondan, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado.

(c) Policía.- La Policía Nacional en su función de investigación debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al Fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir

para la aplicación de la Ley penal. Similar función desarrollará tratándose de delitos dependientes de instancia privada o sujeta a ejercicio privado de la acción penal.

Asimismo, los Policías que realicen funciones de investigación están obligados a apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la Investigación Preparatoria.

(d) Víctima.- Se considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, su representación corresponde a quienes la Ley designe.

Asimismo, el agraviado tendrá los siguientes derechos:

a) A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;

b) A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;

c) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.

d) A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.

En ese sentido, el agraviado será informado sobre sus derechos cuando in-

terponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa.

(e) Defensa Pública.- La Ley 27.019 creó el Servicio Nacional de la Defensa de Oficio, ubicado en la estructura del Ministerio de Justicia, dependiente de la Dirección Nacional de Justicia. Los defensores son asignados a unidades policiales o adscritos a los órganos jurisdiccionales, (salas penales, juzgados especializados en lo penal, juzgados especializados de Familia y órganos de la justicia militar) y a las Fiscalías Penales y de Familia. Su lugar de trabajo es el mismo de los órganos a los que están adscritos.

El defensor de oficio ante las salas y juzgados especializados en lo penal ejerce patrocinio gratuito en procesos de esta especialidad, promueve la defensa del imputado e interpone los recursos de impugnación correspondientes. El defensor de oficio asignado a los juzgados de familia ejerce patrocinio gratuito en las áreas civil, tutelar, penal y fiscal de familia.

El defensor de oficio asignado a las dependencias policiales asume la defensa de las personas que se encuentren sometidas a investigación policial. El defensor de oficio asignado a los establecimientos penitenciarios del país presta su asesoría a favor de los internos en el logro de beneficios penitenciarios para los sentenciados que cumplan los requisitos de ley; y en la coordinación con el defensor de oficio asignado a salas y juzgados penales, sobre la defensa de los internos con proceso abierto.

Asimismo, el proceso de evaluación y designación de los defensores de oficio está a cargo de una comisión presidida por el Ministerio de Justicia, o quien lo represente, e integrada además por el Director Nacional de Justicia, y el Director de Defensoría de Oficio y Servicios Jurídicos Populares, quien actúa como secretario.

Por otro lado, el defensor, tanto público como privado, goza de todos los derechos que la Ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes:

1. Prestar asesoramiento desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad policial.
2. Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.
3. Recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender. El asistente deberá abstenerse de intervenir de manera directa.
4. Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de Investigación por el imputado que no defienda.
5. Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.
6. Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.
7. Tener acceso al expediente fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la Ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.

8. Ingresar a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado.

9. Expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas.

10. Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la Ley.

(f) Proceso Penal.- En principio, el proceso penal peruano se estructura bajo la observancia de los siguientes principios y garantías procesales:

- Justicia penal de rasgos acusatorios.
- Presunción de inocencia.
- Interdicción de la persecución penal múltiple.
- Titular de la acción penal.
- Competencia judicial.
- Legalidad de las medidas limitativas de derechos.
- Vigencia e interpretación de la ley procesal penal.
- Legitimidad de la prueba.
- Derecho de defensa.
- Prevalencia y fundamento de interpretación de los principios procesales.

Asimismo, la acción penal es pública. Su ejercicio en los delitos de persecución pública, corresponde al Ministerio Público. En los delitos de persecución privada corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito ante el órgano juris-

diccional competente. Se necesita la presentación de querrela.

En cuanto a la estructura del proceso penal se establece el proceso común u ordinario para todos los delitos, el cual se divide en tres etapas: investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento.

a) *La investigación preparatoria*, dirigida por el fiscal, tiene como objetivo reunir los elementos de convicción, de cargo o descargo que le permitan decidir si formula o no la acusación. En esta etapa el juez de la investigación preparatoria, tendrá a su cargo disponer los actos procesales que el fiscal solicite, controlará la regularidad de la investigación, dispondrá las medidas de coerción y actuará la prueba anticipada. El plazo es de ciento veinte días naturales, solo por causas justificadas, el fiscal podrá prorrogarla hasta por un máximo de sesenta días naturales. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo será de ocho meses y la prórroga por igual plazo debe concederla el juez de la investigación preparatoria. El fiscal podrá contar con la asesoría de expertos de entidades públicas y privadas para formar un equipo interdisciplinario de investigación científica para casos específicos, el mismo que actuará bajo su dirección. En esta etapa pueden disponerse medidas de coerción y al concluir el fiscal decidirá si formula acusación o si requiere el sobreseimiento de la causa. En esta etapa se concentra lo que ahora constituye la investigación preliminar y la investigación judicial o instrucción. La Policía interviene

en la investigación como órgano auxiliar y bajo la dependencia funcional del fiscal.

b) *La etapa intermedia*, dirigida por el juez de la investigación preparatoria, en la que se decide en audiencia preliminar escuchando a las partes, si existen fundamentos para aceptar la acusación propuesta por el fiscal o si debería dictarse el sobreseimiento de la causa. En esta etapa se decide si existe o no suficiente fundamento para pasar a la etapa de juzgamiento, caso en el que, el juez dictará el auto de enjuiciamiento, resolución que no es recurrible y será notificada al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales. Luego, dentro de las cuarenta y ocho horas de la notificación, el juez de la investigación preliminar hará llegar al juez penal que corresponda dicha resolución y los actuados correspondientes, los objetos incautados, y pondrá a su orden a los presos preventivos, para que dicte el auto de citación a juicio.

c) *El juzgamiento o juicio*, es la etapa principal del proceso para llevar a cabo la actividad probatoria. Se realiza sobre la base de la acusación, con las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú; rigen especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. Asimismo los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor. La audien-

cia solo podrá instalarse con la presencia obligatoria del juez penal o, en su caso, de los jueces que integran el juzgado penal colegiado, del fiscal, del acusado y su defensor; se desarrolla en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión.

Instalada la audiencia, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas. Luego, el Juez, y después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil. Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio. Si se aceptan los hechos objeto de acusación fiscal, pero se mantiene un cuestionamiento a la pena y/o la reparación civil, el Juez previo traslado a todas las partes, siempre que en

ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena y/o a la fijación de la reparación civil, y determinará los medios de prueba que deberán actuarse.

Al no darse la conformidad del acusado con los términos de la acusación, el juicio continúa con el debate probatorio, el cual seguirá el siguiente orden: **a)** Examen del acusado; **b)** Actuación de los medios de prueba admitidos y **c)** Oralización de los medios probatorios.

Si el acusado se rehúsa a declarar total o parcialmente, el Juez le advertirá que aunque no declare el juicio continuará, y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el Fiscal. Si el acusado acepta ser interrogado, el examen se sujetará a las siguientes reglas: **a)** El acusado aportará libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso; **b)** El interrogatorio se orientará a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil; **c)** El interrogatorio está sujeto a que las preguntas que se formulen sean directas, claras, pertinentes y útiles; **d)** No son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiere declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria. Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas.

En lo referente al examen de los testigos y peritos se sujeta –en lo pertinente– a las mismas reglas del interrogatorio del acusado. Corresponde, en primer lugar, el interrogatorio de la parte que ha ofrecido

la prueba y luego las restantes. Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio. Asimismo, a solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieran declarado en la audiencia.

Cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta, para luego redactar la sentencia y finalmente constituirse nuevamente a la sala de audiencias para la correspondiente lectura.

5. BIBLIOGRAFÍA

Catacora Gonzalez, Manuel (1996). *Manual De Derecho Procesal Penal*. Lima.

Cubas Villanueva, Víctor (1995). *La Función Del Fiscal En El Nuevo Código Procesal Penal*. *Revista Jurídica Del Instituto Peruano De Estudios Forenses*, No. 02. Lima.

Defensoría Del Pueblo (2006). *Propuestas Básicas De La Defensoría Del Pueblo Para La Reforma En La Justicia Del Perú. Generando Consensos Sobre Qué Se Debe Reformar , Quiénes Se Encargarán De Hacerlo Y Cómo Lo Harán*. Informe Defensorial N° 109. Lima: Defensoría Del Pueblo.

Mass, Mixán (1994). *Prólogo. Comentarios Al Código Procesal Penal*, Pablo Sánchez Velarde, Editorial Idemsa, Lima, 1994.

Sánchez Velarde, Pablo (1994). *Comentarios al Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Idemusa.

Mávila León, Rosa (2005). *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores.

Oré Guardia, Arsenio (1994). *El Código Procesal Penal De 1991. Derecho & Sociedad*, No. 08-09. Lima.

Rosas Yataco, Jorge (2002). *El Modelo Procesal Peruano. Rev. Peruana De Doctrina Y Jurisprudencia Penales*, No. 03, Lima.

Sánchez Velarde, Pablo (1994). *Comentarios Al Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Idemsa.

San Martín Castro, César (1993). *Estudio Crítico Del Nuevo Código Procesal Penal. Estudios De Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Alternativas.

San Martín Castro, César (1999). *Derecho Procesal Penal. Volumen I*. Lima: Editorial Grijley.