

ITER CRIMINIS

REVISTA DE CIENCIAS PENALES
Número 12 ❖ Cuarta Época



INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

DIRECTORIO

H. Junta de Gobierno

ARTURO CHÁVEZ CHÁVEZ
*Procurador General de la República
y Presidente de la H. Junta de Gobierno del INACIPE*

JUAN MIGUEL ALCÁNTARA SORIA
*Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales de la PGR
y Secretario Técnico de la H. Junta de Gobierno del INACIPE*

FERNANDO GÓMEZ MONT URUETA
Secretario de Gobernación

AGUSTÍN GUILLERMO CARSTENS CARSTENS
Secretario de Hacienda y Crédito Público

ALONSO LUJAMBIO IRAZÁBAL
Secretario de Educación Pública

MIGUEL ÁNGEL MANCERA ESPINOSA
Procurador General de Justicia del Distrito Federal

JOSÉ NARRO ROBLES
Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México

JOSÉ LEMA LABADIÉ
Rector de la Universidad Autónoma Metropolitana

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ
Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales

SAMUEL ALCOCER FLORES
*Delegado Comisario Propietario
del Sector Seguridad Nacional*

ITER CRIMINIS

REVISTA DE CIENCIAS PENALES

DIRECTORIO

GERARDO LAVEAGA

Director General

*del Instituto Nacional de Ciencias Penales
y editor responsable de la Revista Iter Criminis*

ÁLVARO VIZCAÍNO ZAMORA

Secretario General Académico

RAFAEL RUIZ MENA

Secretario General de Profesionalización y Extensión

SANTIAGO CÓRDOBA GARCÍA

Director de Publicaciones

JUAN CARLOS GÓMEZ MARTÍNEZ

Coordinador de la Revista Iter Criminis



Revista de Ciencias Penales

Publicada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales
Magisterio Nacional núm. 113, col. Tlalpan
Delegación Tlalpan
C.P. 14000, México, D.F.

ISSN 1665-146-4

Número de Reserva al Título en Derecho de Autor: 04-2004-011914355300-102
Certificado de Licitud de Título: 10735 Expediente: 1/432“99”/14582
Certificado de Licitud de Contenido: 9693 Expediente: 1/432“99”/14582

Distribución: Instituto Nacional de Ciencias Penales

Editor responsable: Gerardo Laveaga

D.R. © 2009 INACIPE

Prohibida, por cualquier medio, la reproducción parcial o total de cualquier artículo o información publicados sin previa autorización del Instituto Nacional de Ciencias Penales, titular de todos los derechos.

Las opiniones expresadas en cada uno de los artículos son de la responsabilidad exclusiva de los autores y, por tanto, no reflejan la posición del INACIPE sobre los temas abordados en ellos.

Impreso en México
Print in Mexico

www.inacipe.gob.mx
e mail: publicaciones@inacipe.gob.mx

CONTENIDO

DOCTRINA

MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ <i>El cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal en la reforma constitucional penal</i>	11
MARÍA TERESA CASTIÑEIRA Y RAMÓN RAGUÉS <i>El principio de proporcionalidad en los Estados Unidos</i>	45

LITERATURA Y CIENCIAS PENALES

RAFAEL MORENO GONZÁLEZ <i>Letras con sangre. Literatura en tinta roja</i>	79
------------------------------------------------------------------------------------	----

REFLEXIONES Y TESTIMONIOS

EDGAR ELÍAS AZAR <i>Los retos de la administración de justicia en México</i>	97
RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ <i>El juicio de amparo y la Reforma Penal</i>	121

DOCUMENTOS

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL <i>Las reformas a la administración de justicia en Honduras y Bolivia (Segunda y última parte)</i>	131
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Doctrina

EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENAL¹

Miguel Ángel Aguilar López

La reforma constitucional en materia penal aprobada en 2008, también trajo destacadas innovaciones en el ámbito doctrinal como fue la introducción de los conceptos de “hecho que la ley señale como delito” y el de “probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”. En este artículo su autor, Magistrado del Sexto Tribunal Unitario en materia Penal del Primer Circuito, intenta descifrar los alcances de ambas nociones, a fin de que los juzgadores puedan salvaguardar de mejor forma las garantías de los justiciables.

I. INTRODUCCIÓN

Toda reforma legislativa, y más aún, toda modificación al texto de nuestra Constitución federal, a fin de que resulte plenamente eficaz y cumpla con los objetivos jurídicos trazados —y en ocasiones de tipo metajurídicos, dado que el “Derecho” en sí mismo es un discurso ideológico— requiere de la implementación y fortalecimiento de una “cultura de verdad y legalidad”, así como del “respeto a la ley y a las instituciones”. Evidentemente, a fin de alcanzar los objetivos anteriormente precisados, es necesaria la participación activa y decidida de los gobernantes y de los gobernados, quienes se erigen como los destinatarios de tales normas jurídicas y reformas a las mismas.

¹ Ponencia presentada en la ciudad de Querétaro, Querétaro, del 9 al 11 de julio de 2009, en el “Simposio Nacional sobre la reforma constitucional en materia penal”.

En efecto, la esencia del denominado “Derecho Público” está constituida por la interrelación entre gobernantes y gobernados. Vínculo jurídico, social y político en el que, necesariamente, se debe procurar ampliar y defender los derechos y prerrogativas de las personas en todos los órdenes de vida, y además modernizar y fortalecer a las instituciones en aras de garantizar una atmósfera de paz y tranquilidad públicas.

No obstante, en estas relaciones que surgen en el seno del Estado es necesario que los gobernados conozcan, al menos de manera incipiente, cuáles son las consecuencias que se generan por vulnerar una norma jurídica o, en su caso, cuáles son los objetivos y alcances del texto legal materia de reforma. Principio de publicidad y transparencia, que cobra mayor importancia tratándose de disposiciones de naturaleza penal y procesal penal. Luego, las leyes no sólo deben ser materia de información para la sociedad, sino que además su redacción debe ser clara y asequible para los ciudadanos, a quienes eventualmente les será aplicada. Sobre este particular (modificación del marco constitucional penal), podemos realizar algunas reflexiones.

Las últimas décadas de nuestro país se han caracterizado por un acelerado crecimiento de los índices delictivos, mismos que han generado un tenso ambiente de inseguridad, así como de insatisfacción y reclamo a las autoridades gubernamentales. No resulta ajeno para nadie, el hecho de que la delincuencia común y la denominada “delincuencia organizada” hayan expandido alarmantemente su campo de acción en las grandes ciudades, e incluso se ha hecho del control de diversos centros de población.² Los esfuerzos gubernamentales a éste respecto, si bien han tenido como nota distintiva la constancia y la buena fe, no han sido exitosos, a pesar que en el discurso oficial y en las campañas mediáticas el gobierno mexicano pretenda sostener lo contrario.

Resulta difícil explicar este “fenómeno delictivo”. Su etiología es compleja y multifactorial, incluso, muchas veces producto de diversas variables que afectan a la sociedad misma y que no tienen vinculación alguna con la criminalidad. Así, podemos mencionar a guisa de

² Tal es el caso, por citar un ejemplo, de los estados de Aguascalientes, Sinaloa y Baja California, donde es nota común que el hampa cotidianamente realice actividades vinculadas con el narcotráfico, ejecute altos mandos policíacos o realice “levantones” de personas, situación que tiene desoladas a diversas poblaciones.

ejemplo, entre otras, el deterioro de las condiciones económicas y sociales del país; la preocupante agudización de la pobreza extrema; la inestabilidad financiera de los mercados; el creciente desempleo y el subempleo; el acceso marginal a las oportunidades de educación; servicios de salud deficientes; la desintegración familiar; la difusión de programas con un alto contenido de violencia en los medios masivos de comunicación. En suma, la insatisfacción de las necesidades básicas de amplias capas de la población.

Aunado a estos factores sociológicos, no podemos soslayar una diversa variable que influye en la generación y agudización de la actual situación de crisis en que nos encontramos inmersos: la ineficacia de los sistemas de procuración e impartición de justicia de nuestro país y la corrupción, causas que históricamente han favorecido la impunidad. Esto es, la sociedad mexicana experimenta un dramático círculo vicioso: la incidencia delictiva aumenta a causa de la deficiencia y corrupción de las autoridades encargadas de combatirla, lo que genera impunidad. Y a su vez, esta percepción de impunidad e impotencia del gobierno ha servido para favorecer a la delincuencia. Esta dramática situación es reconocida por el Ejecutivo federal quien, en la “Exposición de Motivos” de la Reforma Constitucional en materia de Seguridad y Justicia establece.

En nuestro país, los niveles de impunidad y de inseguridad pública se han incrementado en los últimos años. Es claro que esta situación dificulta el desarrollo de México, ya que aleja las inversiones, da lugar a una percepción de temor generalizado en la sociedad, provoca desconfianza en las instituciones públicas y obstaculiza el desarrollo personal de los individuos y de toda nuestra comunidad. Es imperativo revertir los índices de inseguridad pública e imprescindible que la sociedad recupere la confianza en sus instituciones; que sienta la certeza de que, ante la comisión de un delito, por menor que éste sea, se impondrá una sanción proporcional a la conducta y que la víctima tendrá a su alcance los elementos y medios eficaces para ser restituida en el agravio ocasionado.

No debe perderse de vista que la crisis de seguridad pública a que nos referimos, desde hace mucho tiempo ha dejado de ser un problema doméstico, ya que los reflectores de diversos países y organismos internacionales se han posado en nuestro territorio a fin de presenciar la manera en que infructuosamente se pretende hacer frente a estos

grupos delincuenciales. Para ninguno de nosotros es ajeno el hecho de que en diversas ocasiones, las embajadas de diversos países con los que México guarda relaciones diplomáticas han tenido que cerrar sus puertas dado el clima de inseguridad que impera; o bien, que diversos gobiernos extranjeros emitan “alertas” a sus ciudadanos, respecto del riesgo que implica vacacionar en nuestro territorio.

Violencia, impunidad y corrupción se han convertido en las cartas de presentación de la República mexicana frente al concierto de naciones. Luego, es claro que nada agravia y afecta tanto a la sociedad como la impunidad y la violencia; y nada demerita tanto a la autoridad como el tildarla de ineficiente y corrupta.

Una vez esbozado este delicado panorama, podemos entender los motivos por los cuales en los órganos de gobierno más altos de nuestro país se determinó reformar el sistema de justicia mexicano, primeramente a nivel constitucional. Modificaciones que, necesariamente, tendrán incidencia en los ámbitos penal sustantivo y adjetivo, penitenciario, o bien de seguridad pública nacional, entre otros.

En estas reflexiones, pretendo analizar dos importantes figuras que han sido recientemente incorporadas a nuestro texto constitucional, el “hecho que la ley señale como delito” así como la “probabilidad de comisión o participación del inculpado”,³ con base en las cuales se pretende edificar el nuevo “proceso penal” (de corte acusatorio y con preeminencia de la oralidad) tanto a nivel federal como local. Institución adjetiva esta última cuya importancia es superlativa, pues se erige como la base de todo el sistema de procuración e impartición de justicia, y a la cual haré referencia.

II. LAS NUEVAS CATEGORÍAS CONSTITUCIONALES-ADJETIVAS Y SU VINCULACIÓN CON EL PROCESO PENAL

La teleología del proceso penal, tal y como acontece con otras instituciones jurídicas, es eminentemente pragmática, pues surge de la

³ Con respecto a esta categoría procesal, hago la advertencia que en el desarrollo de la presente investigación se empleará indistintamente la expresión: “probabilidad de intervención del inculpado”, ya que bajo el concepto “intervención” estimo se contienen tanto la autoría como la participación de un inculpado en un hecho delictivo.

necesidad de reparar el orden jurídico positivo cuando no se cumple directamente.⁴

El proceso penal es, antes que todo, una “investigación institucionalizada” con respecto a un hecho de la vida cotidiana —la cual, de forma normal, culmina con la emisión de un fallo o de una sentencia por parte de una autoridad de tipo judicial—, razón por la cual se encuentra regido por reglas de procedimiento que aseguran tanto su objeto, como la forma. En él, las partes no pueden convenir libremente ni lo que van a investigar, ni la forma de hacerlo, o bien exigirse determinadas prestaciones sin el aval judicial, ya que en todos los casos deben de ajustarse a las normas y conceptos de naturaleza procesal. El proceso penal no es la excepción a esta regla: “(...) la determinación y realización de la pretensión penal estatal no puede llevarse a cabo de ‘cualquier manera’, sino tan sólo con arreglo a las disposiciones que describe el delito”⁵

Por ende, dado que nuestra Constitución federal es la base fundamental de toda nuestra estructura jurídica, a ella deben de ajustarse las leyes y codificaciones de nuestro país, incluidas las de orden procesal penal. De ahí la importancia de esta Reforma Constitucional en materia de Seguridad y Justicia que ahora se analiza, que será el eje rector con base en el cual las legislaciones federal y estatales van a adecuar sus marcos jurídicos, y con base en esos nuevos postulados deberán garantizar el interés colectivo y la paz social.

Es lógico advertir que el Derecho Procesal Penal constituye, *per se*, una “relación de antagonismo” entre el interés de la comunidad que busca la vigencia y el respeto del orden jurídico como garantía de convivencia y paz social, y el interés de la persona o personas que buscan la conservación de su libertad y demás derechos. Por ende el Constituyente, al redireccionar el sistema de justicia mexicano, necesariamente se encontraba obligado a incidir en temas procesales penales.

Esto es, resulta claro que si el Constituyente pretendía rediseñar esta importante parte del sistema jurídico mexicano, dicho redireccionamiento debió realizarse de manera integral, profunda y novedosa, para que este esfuerzo no quedara a nivel de remiendo intrascenden-

⁴ García Ramírez, Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, quinta edición, México, Editorial Porrúa, 1989, p. 1.

⁵ Righi, Esteban, *et.al*, *Derecho Penal (La ley, el delito, el proceso y la pena)*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hamurabi, 2005, p. 347.

te. De ahí la necesidad de que diversas esferas, tales como las garantías individuales en materia penal, el Derecho Penal sustantivo, el Derecho Penitenciario, el sistema de seguridad pública, y desde luego, el Derecho Procesal Penal, tuvieran que ser rediseñados por el legislador constituyente.

Así, por lo que respecta a nuestro tópico, debe decirse que el 18 de junio de 2008 fue reformado el texto de un trascendente precepto legal como lo es el artículo 16 constitucional, entre otros aspectos, a fin de sustituir las históricas figuras de “cuerpo del delito” y “responsabilidad penal de tipo probable”, por las de “hecho que la ley señale como delito” y “probabilidad de intervención del inculpado”. Categorías adjetivas que, lógicamente, vienen a revolucionar los postulados y principios del proceso penal en nuestro país, y que serán nuestra materia de análisis.

III. ANTECEDENTES TEÓRICOS

La reforma constitucional de 18 de junio de 2008 a los artículos 16 y 19, para la orden de aprehensión y el auto vinculatorio al proceso, exige la constatación del “hecho que la ley señale como delito” y “probabilidad de intervención del inculpado”. Debo precisar que sus antecedentes inmediatos se encuentran en las instituciones que vienen a sustituir, refiriéndome desde luego a las figuras de “cuerpo del delito” y “responsabilidad penal probable”, razón por la cual es menester puntualizar algunos de sus antecedentes.

El concepto “cuerpo del delito” se atribuye a Farinccio, quien fue el primero en emplearla a mediados del siglo XVI. El cuerpo del delito o *corpus delicti*, es un añejo concepto utilizado en las leyes germánicas de la Edad Media, a fin de hacer referencia a las huellas encontradas durante el examen de los cuerpos de las víctimas. A partir de ese momento, al concepto “cuerpo del delito” (hoy en día hecho que la ley señale como delito) le fueron atribuidas diversas acepciones en su significado, así como diversas posiciones de análisis mismas que se pretenden sistematizar a fin de facilitar su comprensión:⁶

⁶ Díaz A., Clemente, *El cuerpo del delito*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1987, pp. 25 y ss.

- a) *Corpus criminis* Entendido como la persona o cosa sobre la que se han ejecutado los hechos que la ley tipifica como delictivos.
- b) *Corpus instrumentorum* Es el que hace referencia a la utilización de instrumentos o medios destinados a facilitar la actividad del delincuente.
- c) *Corpus probatorum* Es el que está constituido por las piezas de convicción, es decir, por las huellas, rastros o vestigios que fueron dejados por el imputado en la comisión del hecho delictuoso.

Esto es, en palabras del destacado jurista José Nieves Luna Castro, que al “cuerpo del delito” históricamente se le ha considerado como: “(...) el hecho objetivo ínsito en cada delito, esto es, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; en otras ocasiones, se le ha estimado como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración (...) y finalmente, una tercera acepción como cualquier huella o vestigio de la naturaleza real que se conserve respecto de la acción material realizada”.⁷

Ya en el siglo XX, este concepto se tradujo en una expresión de uso común por los prácticos europeos y por las legislaciones americanas, a tal nivel que representó, en su momento, un papel verdaderamente trascendente por su importancia en el Estado de Derecho, especialmente derivado del principio de legalidad.⁸

Por lo que respecta a nuestro país la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su Primera Sala, en un esfuerzo teórico por definir este concepto, emitió durante la Quinta Época del *Semanario*

⁷ Luna Castro, José Nieves, *El concepto de tipo penal en México (Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional)*, México, Editorial Porrúa, 1999, p. 90.

⁸ Cancino, Antonio José, *El cuerpo del delito. Conceptos generales. Su aplicación al Derecho colombiano*, tomo XXVI, número 450, noviembre de 1967, México, La Justicia, p. 60.

Judicial de la Federación una tesis aislada en materia común, consultable en el Tomo CIII, página un mil doscientos cuarenta y dos, donde textualmente se disponía: “CUERPO DEL DELITO.— Por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito”.

Doctrinariamente, el ilustre tratadista Fernando Arilla Bas lo define como: “(...) la realización histórica, espacial y temporal, de los elementos contenidos en la figura que describe el delito”.⁹

Este concepto tuvo una evolución que va desde su integración, basada meramente en aspectos descriptivos o estructurales, hasta incluir elementos propios de la evolución dogmática de la teoría del delito. Situación similar aconteció con el concepto de “responsabilidad penal probable o presunta”, ya que desde sus orígenes fue empleado como un mecanismo jurídico para vincular al autor con el hecho antisocial, a fin de que se responsabilizara socialmente por el mismo, previo desahogo de un procedimiento. Elemento que, de igual manera, ha cambiado en su conformación acorde con las modificaciones hechas a los sistemas o escuelas penales.

En efecto, no debe olvidarse que todo antisocial, por regla general, se compone de dos elementos principales e inseparables: 1) el hecho considerado en sí mismo, esto es, la materialidad del injusto; y, 2) la culpabilidad del agente. Así, el delito estimado en su elemento físico material es un acto externo que cae bajo el dominio de los sentidos; y considerando bajo el aspecto subjetivo, implica un fenómeno psicológico, un acto de la razón y del libre albedrío.

Luego, con base en esta simple precisión dogmática, se justifica que en un plano procesal, aparejado a la figura del “cuerpo del delito”, la ciencia procesal penal haya creado la figura de la “responsabilidad penal”, a fin de hacer referencia a la existencia de determinadas pruebas por las cuales se pueda suponer la intervención de un sujeto en la realización de un hecho considerado como delictivo.

“Probable” o “presunta” son sinónimos, significan lo fundado en razón prudente, de lo que se sospecha por tener indicios. En consecuencia, existe presunta o probable responsabilidad penal, cuando

⁹ Arilla Bas, Fernando, *El procedimiento penal mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1997, p. 97.

hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la ejecución de un acto ilícito por el que debe ser sometido al proceso correspondiente. La responsabilidad es el deber jurídico del sujeto de soportar las consecuencias de un hecho delictivo atribuido, cuyo grado de certeza varía en atención a la fase procesal en que se ubique, mismo que puede ser pleno o probable. Ambos conceptos en nuestro sistema jurídico penal mexicano, históricamente detentaron una gran importancia procesal, ya que durante años fueron la base de todo el sistema penal.

IV. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

IV.1 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1824*¹⁰

Respecto de los conceptos cuerpo del delito (hecho que la ley señale como delito) y probable responsabilidad penal (probabilidad de intervención del inculpado), puede advertirse a manera de antecedentes el siguiente artículo: “Artículo 150. Nadie podrá ser detenido, sin que haya semiplena prueba o indicio de que es delincuente.”

Así, claramente podemos advertir de la redacción de dicha Carta Magna que consagraba a favor de todo gobernado, de manera indirecta, una garantía de libertad deambulatoria, estableciendo que la misma sólo podría ser afectada ante la presencia de una prueba “semiplena o indicio” de que alguien era delincuente. Se advertía, desde esa época, la necesidad de acreditar, al menos de manera probable o presunta (semiplena), la intervención de una persona en un hecho estimado por la ley como delictivo.

IV.2 *Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 30 de diciembre de 1836*

En dicho ordenamiento fundamental de corte centralista, se encuentra como antecedente:

¹⁰ Otorgada por el Supremo Poder Ejecutivo nombrado provisionalmente por el soberano Congreso General de la Nación, el cuatro de octubre del año del Señor de 1824, 4º. de la Independencia, 3º. de la Libertad y 2º. de la Federación.

Artículo 43. Para proceder a la prisión se requiere:

Primero. Que preceda información sumaria de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal.

Segundo. Que resulte también algún motivo o indicio suficiente, para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.

Artículo 44. Para proceder a la simple detención basta alguna presunción legal, o sospecha fundada, que incline al juez contra persona y por delito determinado. Una ley fijará las penas necesarias para reprimir la arbitrariedad de los jueces en esta materia.

En la redacción de estos preceptos legales, se encuentra una mayor diferenciación entre ambos conceptos, e incluso una clara similitud con el texto constitucional reformado el 18 de junio de 2008, y que por un lado se hace alusión al concepto “hecho criminal” para referirse a una conducta antisocial, y al diverso de “motivo o indicio suficiente de que la persona lo ha cometido”, a fin de vincular provisionalmente al autor con el hecho. Desde luego, al referirse a la existencia de una “presunción legal” o de una “sospecha fundada”, se hace referencia no sólo a la mera existencia de pruebas que acrediten tales extremos, sino también a una clara exigencia al juez para que analice los mismos y tenga por acreditados tales extremos legales.

IV.3 Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo de 1856

En este efímero ordenamiento¹¹ que estructuró a la República mexicana, se estableció lo siguiente:

Artículo 40. Ninguno será aprehendido sino por los agentes que la ley establezca o por las personas comisionadas al efecto y en virtud de orden escrita del juez de su propio fuero o de la autoridad política respectiva, y cuando contra él obren indicios por los cuales se presuma ser reo de determinado delito que se haya cometido. (...)

Artículo 44. La autoridad judicial no puede detener a ningún acusado por más de cinco días sin dictar el auto motivado de prisión del que se dará

¹¹ Otorgado el 15 de mayo de 1856, por el entonces Presidente sustituto de la República Mexicana, don Ignacio Comonfort.

copia al reo y a su custodio, y para el cual se requiere: que esté averiguado el cuerpo del delito; que haya datos suficientes según las leyes para creer que el detenido es responsable; y que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión, y de quien es su acusador, si lo hubiere.

De la simple lectura de los anteriores preceptos, se desprende que en dicho ordenamiento se hace alusión por vez primera a los conceptos de “cuerpo del delito” —empleado como sinónimo de “delito”— y “responsable”, categoría ésta última respecto la cual, para efectos de su acreditamiento, sólo se exigía la existencia de “datos suficientes”.

IV.4 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857*

En este histórico documento fundamental, puede apreciarse que el legislador constituyente se limitó a emplear las expresiones “delito” y “delincuente” para referirse a las categorías materia de este análisis:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito *in fraganti*, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. (...)

Artículo 19. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El sólo lapso de éste término, constituye responsables a la autoridad que la ordena o consciente, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten (...).

IV.5 *Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865*

En el artículo 60 de este breve ordenamiento emitido por Maximiliano de Habsburgo,¹² se establecía lo siguiente: “Artículo 60.- Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y sólo cuando obren contra él indicios suficientes

¹² Dado en el Palacio de Chapultepec, ciudad de México, el 10 de abril de 1865.

para presumirle autor de un delito. Se exceptúa el caso de delito *in fraganti*, en el que cualquiera puede aprehender al reo para conducirlo a la presencia judicial o de la autoridad competente”.

En este ordenamiento puede apreciarse el empleo de las expresiones “delito” y de “indicios suficientes para presumir autor” del mismo. En ambos, de nueva cuenta se advierte su acreditamiento de manera provisional, o bien en grado de probabilidad, ya que la constatación de los mismos será materia del proceso.

IV.6 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

El 5 de febrero de la precitada data, el legislador constituyente plasmó en el texto del artículo 16 constitucional lo siguiente:

(...) No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela, de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable de responsabilidad al inculpa-do, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Evidentemente en esta Carta Magna se desprende el empleo, por vez primera, de la expresión “probable responsabilidad”, la cual se tendría acreditada, según la disposición constitucional en estudio, con base en la “(...) declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por cualesquiera otros datos (...)”. Aunado a lo anterior, se advierte el empleo de la palabra “hecho determinado” para referirse al antisocial que presuntamente desplegó el inculpa-do.

IV.7 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (reformada el 3 de septiembre de 1993)

De acuerdo a la reforma constitucional, los artículos 16 y 19 de la Constitución Política exigieron la acreditación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, para el libramiento de la orden de aprehensión y el dictado de la formal prisión,

respectivamente, los cuales estaban redactados de la siguiente manera:

Artículo 16.- (...)

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Artículo 19.- (...)

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltratamiento que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Por consiguiente, fue necesaria la adecuación del Código Federal de Procedimientos Penales para que concordara con lo que establecía el artículo 16 constitucional, misma que se hizo el 10 de enero de 1994, la cual quedó de la siguiente manera:

Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpa-

do, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos; y
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

IV.8 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (reformada el 8 de marzo de 1999)

Sin entrar en más discusiones teóricas, a través de esta importante reforma constitucional fue abandonado el empleo de la corriente finalista que sostenía la necesidad de aplicar los “elementos del tipo penal”, y se regresó al concepto de “cuerpo del delito”, en el cual se establecía en la parte relativa lo siguiente:

Artículo 16.- (...)

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Luego, a virtud de que la precitada reforma al texto constitucional no definía lo que en esa época se debía entender como “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad”, fue necesario que el legislador secundario en el Código Federal de Procedimientos Penales precisara el alcance de ambos objetos, por lo cual el 18 de mayo de 1999 se estableció lo siguiente:

Artículo 168-. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Este dispositivo instrumental sigue actualmente vigente, no obstante que el texto de la Constitución federal, se reitera, fue reformado el 18 de junio de 2008. Luego, es menester precisar que dado el contenido del artículo segundo transitorio del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 que modifica la Constitución federal,¹³ existe una *vacatio legis* por virtud de la cual los legisladores secundarios cuentan con un plazo de ocho años a fin

¹³ “Artículo Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio (...).”

de reformar el texto de las legislaciones tanto federal como locales que se estimen necesarias para implementar la importante reforma constitucional en análisis.

Así las cosas, para finalizar este capítulo de “Antecedentes” constitucionales de los conceptos de “hecho que la ley señale como delito” y “probabilidad de intervención del inculpado”, es necesario citar el texto del artículo 16 constitucional, reformado el 18 de junio de 2008, mismo que actualmente establece: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

IV.9 Código Modelo del proceso penal acusatorio para los estados de la Federación

Conforme al Código Modelo del proceso penal acusatorio para los estados de la Federación, elaborado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos sobre el tema, es importante el análisis de los artículos 294, 303 y 305, los cuales se transcriben:

Artículo 294.- Objeto de la audiencia de vinculación a proceso.

La audiencia de vinculación a proceso será continua, salvo que exista causa legal para suspender su continuación, y tendrá por objeto:

1. Si el imputado se encuentra detenido, que el juez resuelva sobre la legalidad y constitucionalidad de la detención.
2. Permitir al imputado, con su defensor, mediante el acto de formulación de la imputación: igualdad procesal, facilitar la contradicción de las diligencias de investigación y de los datos de prueba que existen en su contra y garantizar que conozcan los derechos que le asisten.
3. Que el ministerio público solicite a la autoridad judicial la aplicación de medidas cautelares de carácter real o personal.
4. Que el imputado, si lo considera conveniente, conforme a su derecho de defensa realice su primera declaración.
5. Dictar cuando así proceda en función de los méritos del caso un auto de vinculación a proceso.

6. Establecer un plazo para el cierre de la investigación.

Artículo 303.- Requisitos para vincular a proceso al imputado.

1. El juez decretará la vinculación a proceso del imputado siempre que se reúnan los siguientes requisitos:
 - a) Que se haya formulado la imputación e informado de su derecho de declarar o abstenerse de hacerlo;
 - b) Que las antecedentes de la investigación expuestos por el ministerio público se establezcan datos que permitan establecer razonablemente la existencia de un hecho o hechos que las leyes del Estado califiquen como delito y la probabilidad de la autoría o participación del imputado. Se entenderá que se ha establecido la existencia de un hecho delictivo, cuando los datos de prueba revelen razonablemente los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal que constituyen el elemento material del hecho que la ley califique como delito, así como a los elementos normativos y subjetivos cuando la figura típica de que se trate los requiera.
 - c) Que no se encuentre demostrada por encima de toda duda razonable una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de incriminación.
2. El auto de vinculación a proceso deberá dictarse por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación, pero el juez podrá no admitir alguno de ellos u otorgarles libremente una clasificación jurídica distinta a la asignada por el ministerio público.

Artículo 305.- Auto de vinculación a proceso.

1. La vinculación a proceso se admitirá o rechazará por auto debidamente fundamentado, en el cual se exprese:
 - a) Los datos personales del imputado;
 - b) La relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, en tiempo, modo y lugar, analizando el tipo penal al que se adecuan y la probable participación del imputado; y
 - c) Lo resuelto, en su caso, sobre medidas cautelares de carácter real o personal.
2. Una vez resuelta a vinculación a proceso se determinará si procede cerrar la investigación o el plazo para su cierre cuando el Ministerio Público solicite su continuación. Esta decisión se considerará parte del auto de vinculación.

En síntesis: en su contexto, se destaca el establecimiento de la existencia del hecho que la ley señale como delito, el cual se entiende cuando los datos de prueba revelen razonablemente los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal que constituyen el elemento material del hecho que la ley califique como delito, así como a los elementos normativos y subjetivos cuando la figura típica de que se trate los requiera. Incluso, el auto de vinculación a proceso deberá contener la relación clara, precisa y circunstancias de los hechos en tiempo, modo y lugar, analizando el tipo penal a que se adecuan y la probable participación del imputado.

Luego de aprobarse el proyecto, conforme al argumento teleológico de la reforma que estructuró un sistema acusatorio en el que se respeten los derechos del imputado, entre otros, así como establecer un sistema integral de garantías a su favor con principios acordes que rijan al sistema penal, es incuestionable que el principio de legalidad penal, conocido también como exacta aplicación de la ley en materia penal, pondera la certeza, tutela y protección del imputado, por lo que habrá que desarrollar la interpretación y argumentación de la norma jurídica, constitucional, procesal y sustantiva, conforme a los métodos dialécticos-histórico, además del dogmático-jurídico-penal, en cuanto al concepto de los elementos objetivos, subjetivos (genéricos y específicos) y normativos. El argumento analógico para dar contenido a los elementos de tipo penal. Con base en el contenido del artículo 168 del código adjetivo federal, antes de su reforma de 18 de mayo de 1999, se precisaba cada uno de esos elementos. En la misma idea el Código Modelo, en la iniciativa (exposición de motivos), debe destacarse lo relativo a la vinculación a proceso:

El nuevo estándar para vincular a proceso es un concepto procesal y no de la teoría del delito. La expresión datos que establezcan la existencia del hecho viene a sustituir a la categoría de cuerpo del delito que, al decir del profesor Julio Maier, es uno de los remanentes más virulentos del modelo inquisitivo. La determinación sobre la existencia de esos datos se desprende no de la discusión dogmática sobre la existencia del delito, la cual tendrá lugar en el juicio propiamente dicho, sino en la presentación de indicios que permitan razonablemente suponer la existencia del hecho y la probable participación del imputado en él. Se trata de un juicio de probabilidad, no de decidir en definitiva sobre la responsabilidad penal del

imputado que era lo que en la práctica ocurría en el sistema mixto preponderantemente inquisitivo, en demerito de los derechos del imputado y de las condiciones para una persecución penal eficaz.

Por ende, estimo que el Código Modelo y su exposición de motivos aportan los cimientos estructurales de los conceptos “hecho que la ley señale como delito” y “probabilidad de comisión o participación del inculpado”.

V. OPINIÓN EN TORNO AL CAMBIO DE DENOMINACIÓN DE AMBOS CONCPETOS

Es interés de todo juzgador, académico o doctrinario, al analizar una disposición legal o su reforma, dilucidar tanto los aspectos formales y los esenciales que la motivaron. Por esto, expondré mis inquietudes y conclusiones en torno a los motivos y/o razones legales por las cuales el Constituyente decidió abandonar el empleo de las expresiones “cuerpo del delito” y “responsabilidad penal de tipo probable”, y a su vez incluir las diversas de “hecho que la ley señale como delito” y “probabilidad de intervención del inculpado”. ¿Habrà sido un mero cambio semántico intrascendente? ¿Serà constitutivo de la introducción de una novedosa teoría que se encuentra de moda en alguna parte del mundo? O bien, ¿tendrá aparejada alguna finalidad específica que resulte benéfica para nuestro sistema de justicia?

Es necesario precisar que desde mi perspectiva, la presente reforma constitucional así como las subsecuentes que eventualmente el Poder Constituyente resolviere aprobar, no deben estar atadas a ninguna corriente doctrinal o jurídica específica, sino que la adecuación o modernización del texto constitucional, al ser la base de estructuración de la nación mexicana, debe descansar en el análisis serio, responsable y crítico de nuestra realidad nacional, a fin de que las incorporaciones que se hagan en el texto constitucional, redunden en beneficios para nuestra sociedad.

Máxime que el compromiso de ésta y otras administraciones federales anteriores, históricamente ha sido el de avanzar en el perfeccionamiento de nuestro propio sistema de enjuiciamiento penal, basado en las herramientas y tradición jurídica imperantes en nuestro país, esto es el desarrollo de una dogmática jurídico-penal mexicana, así

como una de teoría general del proceso penal nacional, como producto del conocimiento, evolución y/o adecuación del marco jurídico y herramientas con que actualmente se cuentan.

Con esta postura no pretendo soslayar la importancia de los avances técnico-jurídicos desarrollados en otros países y que, a la postre, podrían resultar benéficos para México. Lo que realmente pretendo puntualizar es la necesidad de adecuar cualquier propuesta extranjera a nuestra realidad nacional, sin pretender insertarla de forma autoritaria o irreflexiva en nuestro entorno jurídico, queriendo con ello solucionar nuestra realidad social, jurídica y política (como si fuera una varita mágica). Por ello, me declaro partidario del desarrollo e implementación de políticas legislativas y criminales por parte de nuestros propios legisladores, desde luego, asesorados por el sector académico, científico y judicial.

Ahora bien, por lo que respecta a la primer categoría procesal *in examine*,¹⁴ debe decirse que el Constituyente optó por incluir ahora el vocablo “hecho” en lugar de cuerpo. Concepto que me parece adecuado, ya que debe recordarse que el delito (materia del proceso penal a desarrollarse), antes que definirlo bajo cualquier escuela o corriente de pensamiento penalista, constituye en sí mismo un acontecer de la vida social, el cual puede o no revestir una cobertura legal prevista en un ordenamiento *ius* punitivo. Obviamente, el término “delictivo” hace alusión directa a la necesidad de que el “hecho” que se estima relevante, se adecue a una norma penal abstracta, esto es, a un tipo penal. Proceso cognoscitivo que evidencia la necesaria vinculación entre los polos sustantivo/dogmático con el diverso procesal penal.

Me parece, entonces, acertado que el Constituyente hubiera determinado sustituir la expresión “cuerpo del delito” por “hecho que la ley señale como delito”, ya que la categoría procesal citada en primer término, desde su reincorporación al texto constitucional en 1999 (tal y como quedó evidenciado en el capítulo de “Antecedentes”), fue generadora de confusión entre los miembros de la comunidad jurídica del país. De igual manera, derivó en la multiplicidad de concepciones y/o definiciones estructurales en cada una de las legislaturas locales. Y,

¹⁴ Algunos doctrinarios han iniciado la tendencia de emplear como sinónimo de “hecho delictivo” la diversa expresión de “hecho punible”, la cual estimo incorrecta, ya que además de que la punibilidad no es formalmente un elemento del tipo penal sino una consecuencia, la imposición de la misma es siempre eventual.

además, resultaba de complejo entendimiento para los miembros del conglomerado social, quienes durante mucho tiempo lo consideraron como sinónimo de condena, culpabilidad o prisión.

Ahora bien, por lo que respecta al elemento “responsabilidad penal de tipo probable” (que a la vez también podría resultar “plena”, en atención a su momento de constatación y grado de certeza), de igual manera resultó generadora de conflictos y confusiones no sólo para la sociedad, sino también para la comunidad jurídica en general.

En el primero de los casos (aspecto social desfavorable), los inculpa-dos y demás personas inmersas de manera directa o indirecta en el mundo del Derecho Penal y Procesal Penal, advertían que esta figura era constitutiva de un juicio *a priori* fatal, por que muchas veces les resultaba imposible desvirtuar esa primera impresión de la autoridad judicial, aun cuando fuese desahogado un proceso. Además, se le estigmatizó como sinónimo de culpabilidad que se emitía previo dictado de la sentencia, con lo cual, se vulneraba el principio de presunción de inocencia.

Máxime que tradicionalmente se emplea la expresión “responsabilidad penal”, a fin de aludir a la obligación de responder a la sociedad por la imputación hecha en su contra.¹⁵ Concepto que podemos calificar de “impropio”, puesto que en sentido estricto no es obligación del imputado responder o responsabilizarse por un acto tildado como delictivo en una fase previa de la sentencia, ya que la finalidad de su presentación ante la autoridad judicial, entre otras, es que tenga oportunidad de “desvirtuar” esa acusación, cuya obligación constitucional de sostener y probar recae en el Ministerio Público.

En segundo término (y por lo que respecta al aspecto jurídico desfavorable), puede advertirse que ni en la Constitución ni en la legislación penal secundaria, se encuentra definida la figura de la “responsabilidad penal plena”. Únicamente en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, hay una referencia, de tipo estructural, al concepto “probable responsabilidad penal”, situación que derivó en la incertidumbre e incongruencia jurídica a nivel nacional, ya que algunos juzgadores al emitir sus sentencias se limitaron a acreditar de manera “plena” los mismos requisitos exigidos para la figura de la “probable responsabilidad penal”. Otro sector, en cambio,

¹⁵ Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, trigésima primera edición, México, Editorial Porrúa, 2002, p. 164.

asoció dicho concepto procesal (responsabilidad penal plena) con el de la culpabilidad y sus elementos positivos y negativos, sin faltar aquellos que incurrieron en mixtura de ambas posturas, e incluso la complementaron con los requisitos exigidos para los “elementos del tipo penal”.

Sobre este mismo particular, se puede advertir otra deficiencia técnico jurídica, ya que de la simple lectura del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales —que permanece vigente, hasta en tanto el legislador ordinario adecue dicho marco normativo conforme a la nueva reforma— se advierte que a fin de tener por acreditada dicha categoría procesal, era necesario que de los medios probatorios existentes, se dedujera: a) la participación del inculpaado en el delito; b) la comisión dolosa o culposa del mismo; y c) que no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

Situación que resulta contraria con los postulados de la teoría general del delito y de nuestra dogmática jurídico penal, ya que en esta categoría quedaron erróneamente comprendidos elementos correspondientes al delito mismo, que por congruencia debieron ser absorbidos por la figura del “cuerpo del delito”. Tal es el caso de los elementos genéricos dolo y culpa que se erigen como elementos integradores de la responsabilidad penal, siendo separados de los diversos elementos subjetivos específicos que permanecen en el lado del cuerpo del delito.

O bien el caso de las excluyentes del delito que comprenden, según la redacción del artículo 168 instrumental, a las “causas de licitud” que son el aspecto negativo de la antijuridicidad, que a su vez forma parte del injusto penal, necesariamente comprendido en la figura del “cuerpo de delito”, y no obstante ello, forman parte de la responsabilidad penal probable. En suma, se advierte cómo el legislador, al ponderar incorrectamente aspectos vinculados con una política criminal de tipo represiva, a fin de abatir impunidad, terminó por divorciar la dogmática jurídico penal de los postulados del proceso penal federal. Aspecto respecto del cual, me pronuncie por corregir en la nueva legislación secundaria que al efecto se promulgue.

Consecuentemente en el texto constitucional reformado el 18 de junio de 2008, se reitera, fue sustituida esta polémica categoría procesal por la de “probabilidad de intervención del inculpaado”. La cual me parece que consiste, esencialmente, en la exigencia para la autoridad

judicial a fin de que exprese (basada en los elementos de prueba que fueran recabados en la indagatoria) la “posibilidad razonable” de que un individuo intervino (cometió o participó) en la realización de un hecho, considerado por la ley como delictivo.

Estimo que subsiste la obligación de examen de indicios a cargo de la autoridad judicial, a fin de acreditar ambas categorías en una fase previa a la instrucción, cuya certeza de los mismos sigue siendo materia de la sentencia. De esta forma, ambas figuras novedosas siguen siendo juicios racionales basados en indicios en torno a aspectos objetivos y subjetivos del delito.

Aunado a lo anterior, considero que el empleo de estas nuevas expresiones (hecho que la ley señale como delito y probabilidad de intervención) incorporan mayor claridad y simpleza en la redacción del texto constitucional, a fin de hacerlo mucho más accesible para los gobernados. El Constituyente busca otorgar mayor seguridad y certeza jurídica a los gobernados, y además busca el conocimiento y difusión de las leyes entre sus destinatarios, a fin de generar una cultura de legalidad y de respeto a las instituciones.

En suma, se considera que el legislador hizo la enmienda de dichos conceptos a fin de que los gobernados, paulatinamente, olviden la existencia de diversos procedimientos rígidos, inquisitoriales y tortuosos que habían resentido.

VI. EL CONCEPTO DE “PROBABILIDAD DE INTERVENCIÓN DEL INculpADO” A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio de presunción de inocencia, de manera previa a la importante reforma constitucional aprobada el 18 de junio de 2008, ya se encontraba reconocido en nuestro sistema jurídico, aun cuando el texto constitucional no hiciera referencia expresa al mismo.¹⁶ Este

¹⁶ Al respecto, *cfr.* la tesis aislada P. XXXV/2002, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVI, agosto de 2002, página 14, que textualmente establece: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.— De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal

importante principio que, *lato sensu*, consiste en que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando al existir suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra el acusador tiene la carga de probar la culpabilidad, a través de pruebas lícitas, aunado al derecho tutelado de que el imputado ejerza su derecho de defensa plenamente; además, en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable, fue incorporado al texto del artículo 20, apartado B, fracción I, de nuestra Constitución federal en los términos siguientes: “B. De los derechos de toda persona imputada: I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;”.

Así, al ser formalmente parte del texto constitucional, considero necesario dilucidar si la categoría procesal de “probabilidad de intervención del inculpado” en la comisión de un hecho que la ley señale como delito, es o no contraria a este importantísimo principio.

que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.”

Sobre el particular, debo mencionar que partiendo desde una perspectiva de teoría constitucional, dichos conceptos no podrían ser antagónicos *per se*, dado que ambos se encuentran insertos en el texto de nuestra ley fundamental. Soslayando dicha circunstancia, puede concluirse que dicha categoría procesal no contraviene el aludido principio de presunción de inocencia.

En efecto, la expresión de los “datos” que determinen la probabilidad de que el indiciado cometió o participó en la comisión de un hecho que la ley señale como delito, como presupuesto procesal para el ejercicio de la acción penal pública —ya que hoy en día se reconoce la existencia de la acción penal privada—, libramiento de una orden de aprensión o bien la emisión de un auto de vinculación a proceso, de forma alguna contraviene el contenido del artículo 20, apartado B, fracción I, constitucional.

En primer lugar, porque para la constatación de dicha categoría únicamente se exige un grado de convicción de mera “probabilidad”, la cual evidentemente podrá ser desvirtuada durante el proceso, esto es, de forma alguna se trata de una determinación definitiva en torno a la culpabilidad del inculpado. Además dicha categoría es provisional, ya que será materia de un re-examen por la autoridad judicial al momento de dictar sentencia definitiva, cuyo origen será un juicio racional, fundado y motivado, basado en los elementos de convicción recabados en la fase de averiguación. Consecuentemente, no se vulnera el aludido principio.

VII. PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO

De un sucinto análisis de los textos constitucionales de diversos países como Alemania, Argentina, Chile y España, pretendo detectar la existencia de alguna institución similar a las que son ahora materia de análisis, para lo cual se transcribe el contenido de las disposiciones que estimamos equivalentes a nuestra actual Constitución federal. La Constitución de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, en la parte conducente, establece:

Artículo 104. (Garantías jurídicas en caso de privación de la libertad)

- (1) La libertad de la persona podrá ser restringida únicamente en virtud de una ley formal y sólo respetando las formas prescriptas en la misma. Las personas detenidas no podrán ser maltratadas ni psíquica ni físicamente.
- (2) Sólo el juez decidirá sobre la licitud y duración de una privación de libertad. En todo caso de privación de libertad no basada en una orden judicial deberá procurarse de inmediato la decisión judicial. Por su propia autoridad, la policía no podrá mantener a nadie bajo su custodia más allá del fin del día siguiente al de la detención. La regulación se hará por ley.
- (3) Toda persona detenida provisionalmente bajo la sospecha de haber cometido un acto delictivo deberá ser llevada ante el juez a más tardar el día siguiente al de su detención; el juez deberá informarla acerca de las causas de la detención, interrogarla y darle la oportunidad para formular objeciones. El juez deberá dictar de inmediato o bien una orden escrita de prisión indicando las causas de la misma, u ordenar la puesta en libertad.
- (4) De toda resolución judicial que ordene o prolongue una privación de libertad deberá informarse sin demora alguna a un familiar del detenido o a una persona de su confianza.

Por otra parte, en la Constitución Política de la Nación Argentina se determina:

Artículo. 18. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes (...)

En la República de Chile, por su parte, encontramos las siguientes disposiciones:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: (...)

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;

(...)

7°. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

- a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;
- b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;
- c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas;

- d) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.

Finalmente, en la Constitución del Reino de España, podemos destacar las siguientes disposiciones:

Artículo 17. (...)

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.
2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial,
3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca,
4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

De la simple lectura de los anteriores textos constitucionales, podemos formular interesantes conclusiones. En primer lugar, la regulación fundamental que guarda mayor semejanza con el nuevo texto constitucional que analizamos es la constitución chilena, pues en ella se utiliza el binomio procesal hecho delictivo-responsabilidad penal, tal y como acontece en nuestro país (con la respectiva adecuación de términos).

Sin embargo, en las constituciones de Alemania, Argentina y España, al consagrarse un principio de libertad deambulatoria para sus habitantes, únicamente se estima necesario puntualizar que la misma puede verse afectada para el caso de que se haya cometido un “acto o hecho delictivo”. Esto es, en apariencia al menos en el texto constitucional, dichas naciones consideran innecesario establecer criterios de vinculación provisional entre el hecho delictivo con su autor o partícipe, obviamente al tratarse de un ordenamiento estructural superior donde únicamente se deben consagrar principios generales que son objeto de ampliación y desarrollo por parte de la legislación secundaria.

Esto, a diferencia de lo que acontece en nuestro país, donde tradicionalmente contamos con una pésima técnica legislativa constitucional, ya que hay propensión de engrosar cada vez mas la Carta Magna

a fin de incluir en ella cada vez más temas de protección, definiciones, e incluso disposiciones de estructura y organización que, naturalmente, deberían ser materia de una legislación secundaria. Tenemos la equívoca idea de que nuestra Constitución debe ser omnicompreensiva y específica en todo lo relacionado a la vida nacional. Tan es así, que en caso de que algún tópicico, tal vez secundario, no encuentre una referencia directa en el texto fundamental, inmediatamente es atacado de inconstitucional y, por ende, debe procederse a la modificación de dicho ordenamiento fundamental, a fin de “constitucionalizar” prácticamente todos los supuestos de la vida práctica.

Dicho comentario aplica para la denominación del elemento “probabilidad de comisión o participación del inculpado”, ya que uno puede cuestionarse: ¿era realmente necesario que el Poder Constituyente distinguiera entre las figuras de autoría y participación de naturaleza eminentemente dogmática en el texto de la Constitución federal, a fin de hacer referencia a una categoría procesal?, ¿no bastaba que el legislador hubiera establecido probabilidad de intervención del inculpado? Mismo concepto que se estima legalmente podría abarcar ambas figuras.

VIII. ANÁLISIS TELEOLÓGICO DE LA REFORMA

Es innegable que detrás de toda reforma judicial, subyace oculto el espíritu del legislador que pretendió dar solución a un problema de la vida cotidiana mediante la reforma del texto legal. Luego, es obligación de todo estudioso del Derecho tratar de desentrañar no sólo los motivos o razones que llevaron al Constituyente a modificar el texto de nuestra ley fundamental, y analizar los alcances y efectos que dicha reforma genera, e incluso propugnar por la implementación de las medidas necesarias para hacerla más eficaz, o para evitar un resultado contraproducente. Bajo este contexto, procedo a citar el contenido de los artículos 16 párrafo segundo, y 19 constitucionales, donde se hace referencia a dichas categorías procesales:

Artículo 16. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos

que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. (...)

Artículo 19. 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.

Luego de leer estos preceptos constitucionales, se advierte que el Constituyente no solamente se limitó a sustituir el concepto de “cuerpo del delito” para incorporar la noción de “hecho que la ley señale como delito”, ni tampoco que simplemente se apartó de la locución “probable responsable” para adoptar el término “exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó”. El legislador fue más allá, al implementar un nuevo modelo de justicia penal tendente a flexibilizar los procedimientos de averiguación previa y preinstrucción, y de esta forma lograr abatir la impunidad.

Me explico. De la acuciosa lectura de ambos preceptos fundamentales, se advierte que el poder reformador de igual manera abandonó el empleo de las expresiones “acreditar” (“existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”), y “comprobar” (los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado), anteriormente contenidas en los invocados numerales 16 y 19 constitucionales, vigentes hasta el 18 de junio de 2008.

Dicho cambio en la redacción de ambos preceptos, se insiste, no es un mero accidente gramatical, sino que nos lleva a reflexionar en torno al hecho de que el legislador originario —al desempeñar su función como analista de la realidad socio jurídica que vivimos, a fin de adecuar los ordenamientos pertinentes— pretende implementar una exigencia probatoria menor a cargo tanto del Ministerio Público para obtener el libramiento de la correspondiente orden de captura, así como para el juez, a fin de emitir los autos de vinculación a proceso resultantes.

En efecto, el empleo de las expresiones “datos que establezcan” y “expresará los datos” en sustitución de los conceptos “acreditar” y “comprobar”, resultan indicativos de que el legislador establece para

nuestro sistema de justicia penal un menor grado de rigidez, en el análisis de los medios de prueba recabados durante la indagatoria. Esto es, se plantea la necesidad de crear una atmósfera jurídica más flexible para el Ministerio Público y juez penal en el desempeño de sus funciones, para lo cual se establecen menores exigencias argumentativas o justificatorias de sus determinaciones en aras de evitar la impunidad de determinadas conductas, generar una atmósfera de confianza para la ciudadanía y agilizar el trámite de la ya de por sí voluminosa carga de trabajo. Lo anterior, ya que no es lo mismo que el texto constitucional exija “acreditar o comprobar” tales categorías procesales, a que en su lugar establezca que únicamente deberán de ser “expresados” los datos que justifiquen su actualización en cada caso concreto. En consecuencia, se busca que tanto las consignaciones como el libramiento de las órdenes de aprehensión y emisión de los autos de vinculación a proceso sean técnicamente menos rígidos.

Sobre el particular, debemos acotar que dicha relajación en los requisitos formales y esenciales para la emisión de las anteriores resoluciones judiciales, de forma alguna trae aparejada inseguridad jurídica o bien una tácita derogación de las restantes garantías penales consagradas en la Constitución. Si bien es cierto que la actividad racional del juez y del Ministerio Público haya disminuido su nivel de exigencia, no menos cierto es también que la misma aún permanece sujeta a diversas exigencias fundamentales, como la obligación de fundar y motivar todas sus determinaciones.

Luego, puede advertirse que la reforma constitucional en estudio, por cuanto se refiere a la sustitución de los conceptos “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad penal”, por los diversos de “hecho que la ley señale como delito” y “probabilidad de comisión o participación del inculpado”, de forma alguna es intrascendente puesto que no se limita a un mero cambio de denominación de elementos, sino que implica todo un re-direccionamiento en la filosofía y principios del proceso penal, y evidentemente en la reducción de las cargas jurídicas establecidas para el Ministerio Público y el juez, todo con el objeto de abatir la impunidad, las cargas de trabajo inherentes a cada institución y además para generar en la sociedad una percepción de seguridad pública, que fomente una participación más activa y un respeto a las instituciones establecidas al efecto. Al respecto, estimamos conveniente citar el sentir del titular del Ejecutivo federal con respecto a esta tendencia:

(...) El Ejecutivo Federal a mi cargo reconoce profundamente los esfuerzos y el trabajo realizado para alcanzar la meta de una justicia pronta y expedita y considera de la mayor importancia sentar las bases constitucionales para aplicar un nuevo modelo de justicia penal en todo el país. La Federación y las entidades federativas, bajo criterios uniformes y sistemáticos, podrán coordinar los esfuerzos y obtener la colaboración de todos los actores en el abatimiento de la impunidad y la recuperación de la seguridad y la justicia.

Así, la importancia de estas dos nuevas categorías procesales obliga a formular un concepto legislativo uniforme que garantice la seguridad jurídica en el procedimiento penal. Este tema resulta trascendente no sólo por la congruencia que debe caracterizar las resoluciones ministeriales y judiciales, sino también porque incide en aspectos vinculados con la libertad del inculcado. No debe permitirse que la incertidumbre jurídica haga acto de presencia como aconteció en 1993 con la incorporación de los “elementos del tipo penal” al texto constitucional, y en 1999 con el retorno del “cuerpo del delito” y la “probable responsabilidad del inculcado” a la ley fundamental.

Se propugna por un encuentro nacional entre los miembros del Poder Judicial de la Federación, presidentes de los tribunales de justicia locales, los procuradores General de la República y estatales, los miembros del Congreso de la Unión y presidentes de las mesas directivas de las legislaturas estatales, con la presencia de un representante del Poder Ejecutivo federal, a fin de unificar esfuerzos para la formulación de un concepto estructural equilibrado, único y funcional respecto de las nuevas categorías procesales “hecho que la ley señale como delito” y “probabilidad de intervención del inculcado”, a fin de evitar la incertidumbre jurídica y hacer más efectiva la procuración e impartición de justicia en nuestro país, evitando ambigüedades o contradicciones entre la Constitución y los sistemas de justicia federal y estatales, y entre estos.

Máxime, que la tendencia evidenciada ha sido lograr la unificación del Derecho Penal y Procesal Penal en nuestro país, tal y como se desprende de la propia iniciativa de reforma en materia de seguridad y justicia que fuera presentada por el titular del Ejecutivo federal, en la que se establece:

(...) La unificación penal ha sido una tendencia cada vez más fuerte de las repúblicas que han elegido como modelo de organización el sistema federal (...) La unificación legislativa conlleva un doble significado: por un lado, la certidumbre jurídica mediante la adopción de reglas claras que permitan delimitar competencias y, por el otro, la certeza jurídica mediante la adopción de figuras delictivas únicas para todo el territorio nacional, sus respectivas consecuencias jurídicas y la sustanciación de los procedimientos. Esto implica establecer, por ejemplo, un criterio de igualdad en la consideración de cuales son los delitos graves, así como los plazos, términos, formas de notificación y reglas de valoración de pruebas, entre otros (...)

Por ende, en la nueva estructuración de los conceptos de “hecho que la ley señale como delito” y “probabilidad de intervención del inculpado” así como de los elementos que los integren, debe de preservarse un “principio de unidad”, procurando que todos los conceptos que la integren tengan armonía entre sí, y sobre todo evitar la histórica contradicción o distanciamiento entre los postulados procesales y los dogmáticos. Pero, además, el contenido de estos conceptos debe ser funcional con la misión del Derecho Penal, aun cuando detenten naturaleza eminentemente instrumental, ya que ambas disciplinas tienen la misma teleología: la tutela de los bienes jurídicos de la sociedad y la consolidación de la paz y armonía sociales. Sin soslayar que, conforme lo dispuesto en el artículo 133 constitucional, todas las adecuaciones secundarias deberán guardar congruencia con los instrumentos internacionales signados y ratificados por México, lo que permite concluir la interpretación de los conceptos. Sólo de esta forma podrá alcanzarse un ideal de justicia, seguridad e igualdad para todos los miembros de la sociedad, que en verdad es el anhelo de la mayoría de nuestros compatriotas.

CONCLUSIONES

I. Primera: el empleo de las expresiones “hecho que la ley señale como delito” y “probabilidad de intervención”, incorporan mayor claridad y simpleza en la redacción del texto constitucional, a fin de hacerlo mucho más accesible para los gobernados, con lo cual el Constituyente, por una parte, procura otorgar mayor seguridad y certeza jurídica

a los gobernados y, por otra, busca el conocimiento y difusión de las leyes entre sus destinatarios, a fin de generar una cultura de legalidad y respeto a las instituciones.

II. Segunda: en el dictado de la orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso, se debe respetar el principio de debido proceso legal.

III. Tercera: el imperativo constitucional de fijar hechos, implica que el juez —de control-garantías-intermedio—, vistos los autos que le remita el órgano investigador, deberá determinar lo acontecido en la realidad, a efecto de resolver fundada y motivadamente.

IV. Cuarta: los conceptos que nos ocupan deben interpretarse en los siguientes términos:

- a. Hecho que la ley señale como delito: su existencia, se afirma, se da cuando de los datos de prueba se evidencien razonablemente los elementos objetivos, subjetivos (genéricos y específicos) y normativos, que el tipo penal concreto requiera.
- b. Probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión: es la exigencia de expresar razonablemente, con sustento en los indicios recabados, la probabilidad de que el imputado participó o cometió un hecho considerado como delito.
- c. Conceptos que constituyen juicios personales flexibles, sustentados en datos constitutivos de indicios que razonablemente suponen la existencia del hecho y la probable participación del imputado en el.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LOS ESTADOS UNIDOS*

María Teresa Castiñeira y Ramon Ragués

En Europa se ha venido observado una creciente demanda —por parte de la opinión pública— para un tratamiento más severo a los delincuentes reincidentes, lo que conlleva la aplicación de penas desproporcionadas e irracionales. Para estos catedráticos de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, España, los lamentables ejemplos que al respecto ha generado la jurisprudencia estadounidense deben ser cuidadosamente analizados, para evitar que los legisladores y jueces caigan en la tentación de implantar medidas de corte populista o mediático.

I

La noche del primero de octubre de 1993 Polly Klaas, que tenía entonces doce años, desapareció de su domicilio materno en Petaluma, California.¹ Un desconocido que se había introducido en la vivienda la sorprendió en su dormitorio acompañada de dos amigas, obligándola a punta de cuchillo a abandonar la casa. Aquella misma noche, se inició una angustiada búsqueda por parte de los familiares y vecinos de la niña. Dos meses después, la policía detuvo a Richard Allen Davis, de quien se había encontrado una huella dactilar en el domicilio de la menor. El 4 de diciembre siguiente, Davis

* El presente trabajo fue originariamente publicado en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época núm. 14, 2004, pp. 59-85.

¹ Puede obtenerse información sobre este caso en páginas web, como las siguientes: <http://www.pollyklaas.org/history.htm> >, < http://www.crimelibrary.com/serial_killers/predatorsklaas3.html?sect=2, < <http://www.angelfire.com/va2/pollyklaas/>

confesó ser el responsable del secuestro y posterior asesinato de Polly, indicando el lugar en que yacía su cuerpo.

Con anterioridad a estos hechos, Richard Davis había sido condenado en diversas ocasiones por varios delitos graves, entre ellos dos secuestros (*kidnapping*). Su condena más reciente había sido a dieciséis años de prisión, por secuestro, agresión (*assault*) y robo en casa habitada (*burglary*), aunque sólo había llegado a cumplir efectivamente la mitad de este plazo, por haberle sido concedida la libertad condicional (*parole*). Si Davis hubiera cumplido la totalidad de la pena que le fue impuesta, aún habría estado en prisión el día que se llevó a Polly de su domicilio.² El 18 de junio de 1996, un jurado lo declaró culpable por un delito de asesinato en primer grado con circunstancias especiales, y unos días después le fue impuesta la pena de muerte, cuya ejecución todavía aguarda en la prisión de San Quintín.

El asesinato de Polly Klaas se produjo en un momento en que la opinión pública californiana, discutía una proposición de ley para endurecer el castigo de los delincuentes habituales, cuyo promotor era el padre de otra niña, Kimber Reynolds, también asesinada en 1992 por un reo en libertad condicional.³ El nuevo delito supuso un impulso definitivo para la aprobación de la propuesta, que se convirtió en ley en 1994 con un 72% de los votos a favor.⁴ De acuerdo con

² *Ewing vs. California*, <http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/01-729.pdf>, voto de la magistrada O' Connor, p. 2.

³ La página web desde la que todavía hoy el padre de Kimber, Mike Reynolds, promueve las leyes de represión de la multi-reincidencia, puede encontrarse en: <http://www.threestrikes.org>. Sobre la historia de la legislación californiana en materia de reincidencia, *cfr.* Vitiello, Michael, "Three strikes: can we return to rationality?", *The Journal of Criminal Law and Criminology* 87, 1997, p. 395 y ss. (en especial pp. 410-422). Sobre los intereses de ciertos colectivos en la aprobación de las leyes, *cfr.* Feeley, Malcom M., "Le origini e le conseguenze del panico morale", trad. De M. Calleri, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000-2, pp. 419-420.

⁴ *Cfr.* Zimring Franklin E., Sam Kamin y Gordon Hawkins, *Crime and Punishment in California: the impact of three strikes and you're out*, Berkeley, p. 14. Según Tyler, Tom R. y Robert J. Boeckmann, "Three Strikes and You Are Out, but Why? The Psychology of Public Support for Punishing Rule Breakers", *Law & Society Review*, 31, 1997-2, 1997, pp. 238-239, la reforma se planteó en un momento en que, por diversas razones, la opinión pública reclamaba una mayor severidad en el castigo de los delincuentes. Sobre el creciente punitivismo de los estadounidenses, *cfr.* Schulz, David, "No Joy in Mudville Tonight: the impact of 'three strikes' laws on state and federal corrections policy, resources and crime control", *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 2000 (winter), p. 558.

el texto aprobado, al reo que cometiera un segundo delito (*felony*) tras haber sido previamente condenado como autor de un delito grave o violento, le correspondería una pena mínima consistente en el doble de la pena inicialmente asignada a la segunda infracción. Y en el caso de cometerse una tercera infracción (*felony*) después de dos delitos violentos o graves, procedería imponer a dicho reo pena de prisión perpetua, con un mínimo de cumplimiento efectivo de veinticinco años.⁵ Según algunos analistas, la aplicación de estas medidas permitiría reducir entre un 22 y un 34 % los delitos graves cometidos por adultos en California.⁶

Entre 1993 y 1995 veinticuatro estados, así como el gobierno federal, aprobaron leyes similares endureciendo notablemente el tratamiento de los reincidentes.⁷ Todas estas leyes presentaban un importante denominador común: la imposición de penas de prisión muy prolongadas —a menudo la reclusión perpetua— a partir del tercer delito grave cometido por un mismo acusado.⁸ Por esta razón, la opi-

⁵ Para la relación de los delitos violentos y graves cuya previa comisión es necesaria para aplicar la ley *three strikes*, *cfr.* Shepherd, Joanna M., “Fear of the First Strike: The Full Deterrence Effect of California’s Two- and Three-Strikes Legislation”, *Journal of Legal Studies*, 2002, pp. 162-163. Esta lista incluye delitos como el asesinato o la violación, pero también infracciones más leves como los robos con violencia, las agresiones violentas, el robo en casa habitada y la venta de drogas a menores, entre otras. El plazo de veinticinco años es el mínimo legal que, en ciertos casos, puede ser incluso superior (*Cfr. Ibidem*, p. 162).

⁶ Datos publicados por la organización RAND, en <http://www.rand.org/publications/RB/RB4009/RB4009.word.html>. Según esta fuente, un tercio de las infracciones a reducir serían crímenes graves y violentos, mientras que los dos tercios restantes serían crímenes no violentos, como robos con fuerza.

⁷ Según se expone en la sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso *Rummel vs. Estelle* (445 U.S. 263, pp. 296-297 y nota 13), a principios de la década de 1980 sólo tres estados contaban con leyes que permitieran imponer la pena de reclusión perpetua por la comisión de dos o tres delitos graves: Texas, Washington y West Virginia. Hasta aquella fecha sólo doce estados habían contado, en algún momento de su historia, con previsiones legales de este tipo. Sobre las diferentes versiones de estas leyes, *cfr.* Vitiello, Michael, *op. cit.*, 1997, pp. 400-401, especialmente la tabla que figura en la p. 463 y ss. Para la legislación de los diversos estados de la Unión, *cfr.* asimismo Luna, Erik G., “Foreword: three strikes in a Nutshell”, *Thomas Jefferson Law Review*, primavera de 1998, p. 1 y ss., y Schulz, David, *op. cit.*, 2000, pp. 567-572.

⁸ La legislación californiana, no obstante, destacaría por ser la más dura de todas las aprobadas. *Cfr.* al respecto Zimring/Kamin/Hawkins, *op. cit.*, p. 1. Según estos autores, en California se dicta el 90 % de las “condenas *three strikes*” impuestas en todas las jurisdicciones estadounidenses. Las razones de esta severidad, en *ibidem*, p. 5.

nión pública norteamericana empezó a referirse a ellas como leyes *three strikes and you're out*.

En la práctica, no obstante, los reos afectados por las nuevas normas no siempre han sido los responsables de crímenes tan graves como el cometido por Richard Davis, sino también autores de delitos de entidad muy inferior, que a menudo no han empleado siquiera violencia.⁹ Ello se explica porque para aplicar estas previsiones, en muchos estados basta con que el acusado haya cometido con anterioridad algún delito violento no necesariamente muy grave, y en algunos lugares como California es posible incluso aplicar la agravación a quien previamente ha cometido delitos no violentos, como el robo en casa habitada.¹⁰

La imposición a estos acusados de penas tan severas como las previstas en las leyes *three strikes*, ha planteado serias dudas de constitucionalidad que han sido recientemente analizadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en dos importantes sentencias, dictadas el 5 de marzo de 2003, que resuelven los casos *Ewing vs. California* y *Lockyer, Attorney General of California vs. Andrade*. En ambas resoluciones, el Tribunal se ha enfrentado a una cuestión que históricamente ha sido muy controvertida en el debate jurídico estadounidense y en la jurisprudencia del propio Tribunal, como es la eventual vigencia en aquel país de una *prohibición constitucional de imponer penas de prisión desproporcionadas*.

II

El 12 de marzo de 2000 Gary Albert Ewing, que se hallaba cumpliendo en libertad condicional una pena de nueve años de prisión, abandonó la tienda de un club de golf de Los Ángeles llevando escondidos en sus pantalones tres palos, con un valor de ciento noventa y nueve dólares cada uno.¹¹ Un empleado del establecimiento que había advertido la sustracción avisó inmediatamente a la policía, que poco después procedió a su detención en un estacionamiento cercano.

⁹ Referencias sobre algunos de estos casos en Vitiello, Michael, *op. cit.*, p. 396 (nota 8).

¹⁰ La regulación californiana puede encontrarse en la Sección 667, del Código Penal de ese estado.

¹¹ Sobre los hechos atribuidos al recurrente, *cf.* *Ewing vs. California*, voto de la magistrada O' Connor, pp. 5-7.

Gary Ewing era un viejo conocido de la justicia californiana. Ya en 1984 había sido condenado como autor de un hurto (*theft*) a una pena de seis meses de prisión que le fue suspendida, por tres años de libertad vigilada y una multa de trescientos dólares. En 1988, fue condenado a un año de prisión y tres de libertad vigilada como autor del robo de un coche, no llegando a ingresar en prisión. En 1990 la condena fue de sesenta días de arresto y tres años de libertad vigilada, por la comisión de un hurto leve (*petty theft*). En 1992 cometió un delito de lesiones con una pena de treinta días de arresto y dos años de libertad vigilada, así como un nuevo hurto, con una sanción de diez días de arresto y un año de libertad vigilada. Por fin, en 1993 se le declaró culpable de numerosas infracciones, como posesión de droga, apropiación de objetos perdidos, tenencia ilícita de armas y allanamiento de morada (*trespassing*), todas ellas castigadas con arresto y libertad vigilada, así como tres robos en casa habitada y un robo con intimidación (*robbery*), por los que le fue impuesta la pena de nueve años que se hallaba cumpliendo en libertad condicional, cuando sustrajo los palos de golf.

Por esta última sustracción, la justicia californiana condenó a Ewing como autor de un delito de hurto grave (*grand theft*), solicitándose por el fiscal que le fueran aplicadas las previsiones de la ley *three strikes*.¹² Esta petición fue atendida por el juez sentenciador, que condenó a Ewing a una pena de reclusión perpetua con un mínimo de veinticinco años de cumplimiento obligatorio, en tanto que autor responsable de un delito con dos o más condenas previas por delitos graves o violentos. La sanción sería posteriormente confirmada por el Tribunal de Apelaciones de California, y también por el Tribunal Supremo de este estado.

La historia de Leandro Andrade no es muy distinta a la de Gary Ewing.¹³ El 4 de noviembre de 1995, Andrade intentó sustraer cinco cintas de video con un valor de \$84.70 dólares de un establecimiento *Kmart* en Ontario, California, siendo detenido por el personal de seguridad de la tienda. El 18 de noviembre de aquel mismo año, fue detenido de nuevo en un local de la misma cadena en Montclair, Cali-

¹² Sobre las condenas previas de Ewing, *cfr. Ewing vs. California*, voto de la magistrada O' Connor, p. 6.

¹³ Sobre los hechos por los que se condenó a Andrade, *cfr. Lockyer vs. Andrade*, <http://www.supremecourt.us/opinions/02pdf/01-1127.pdf>, voto de la magistrada O' Connor, pp. 1-4.

fornia, cuando intentaba llevarse cuatro cintas de video ocultas en sus pantalones, con un valor de \$68.84 dólares. Entre 1982 y 1995, Leandro Andrade había sido juzgado y condenado en diversas ocasiones por dos hurtos leves, tres robos en domicilios, dos delitos de tráfico de marihuana y un quebrantamiento de condena. La pena más grave que le había sido impuesta fue de ocho años de prisión, por el delito de tráfico de drogas.

Según afirmó en el momento de ser arrestado, Andrade era adicto al consumo de heroína desde 1977, y había sustraído las cintas con el propósito de conseguir tal sustancia. En atención a sus condenas previas, el juez le impuso dos penas consecutivas de reclusión perpetua, con un cumplimiento mínimo de veinticinco años por cada uno de los hurtos cometidos. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones de California. A la vista de esta confirmación, la defensa decidió trasladar el caso a la jurisdicción federal e interpuso un recurso ante el Tribunal Federal del Distrito, que lo desestimó. Esta desestimación sería impugnada ante el Tribunal del Noveno Circuito, que esta vez sí admitió las alegaciones de la defensa, por considerar que la condena de Andrade vulneraba principios de Derecho federal claramente determinados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de proporcionalidad de las penas. El procurador general del estado de California decidió recurrir esta decisión, ante el propio Tribunal Supremo.

III

La defensa de Gary Ewing basó su recurso ante el Tribunal Supremo, en el argumento de que la sanción impuesta a su cliente transgredía lo dispuesto por la octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Este precepto proclama, literalmente, que “no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusuales”. Según alegaba la parte recurrente, la pena de reclusión impuesta a Ewing vulneraba la prohibición de penas desproporcionadas que, a su juicio, cabe extraer del texto de la citada enmienda.

A lo largo de su historia, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de si la Constitución contiene una prohibición de penas excesivas que se extienda

más allá de la pena de multa, que es la única sanción expresamente citada en el texto constitucional.¹⁴ Según su jurisprudencia más consolidada, tal prohibición tiene vigencia en relación con la pena de muerte, una interpretación que en su momento permitió declarar inconstitucional la imposición de este castigo por delitos como la violación de una mujer adulta, o la complicidad en un robo en cuya ejecución los autores incurrieron en un exceso que provocó la muerte de las víctimas.¹⁵

En cambio, el sentido de la jurisprudencia del Tribunal es mucho menos evidente cuando se trata de determinar el alcance del principio de proporcionalidad en relación con la pena de prisión. Como seguidamente se expone, esta cuestión ha dado lugar en las tres últimas décadas a varias sentencias aparentemente contradictorias entre sí, dictadas siempre por mayorías muy ajustadas.¹⁶

III.1 *Rummel vs. Estelle* (1980)

La moderna jurisprudencia sobre la eventual vigencia de una prohibición de penas desproporcionadas aplicable a las penas de prisión, tiene su origen en la sentencia de 1980 sobre el caso *Rummel vs. Estelle*.¹⁷ El recurrente William James Rummel había sido condenado por los tribunales de Texas a una pena de reclusión perpetua, con posible

¹⁴ Un resumen de las decisiones del Tribunal Supremo en este ámbito, puede encontrarse en Zeigler, Frank A. y Rolando V. del Carmen, "Constitutional Issues Arising From 'Three Strikes and You're Out' Legislation", en Shichor/Sechrest (eds.), *Three Strikes and you're out. Vengeance as Public Policy*, Thousand Oaks, 1996, pp. 5-15.

¹⁵ La inconstitucionalidad de la pena de muerte como castigo de la violación, fue proclamada en la sentencia del caso *Coker vs. Georgia* (433 U.S. 584) de 1977. En relación con la complicidad, cfr. la sentencia de 1982 sobre el caso *Enmund vs. Florida* (458 U.S. 782). Para más referencias, cfr. Pillbury, Samuel H., "A Problem in Emotive Due Process: California's Three Strikes Law", *Buffalo Criminal Law*, 2002, p. 520 (esp. notas 81 y 82).

¹⁶ Se ofrecen visiones panorámicas de esta jurisprudencia en Schulz, David, "No Joy in Mudville Tonight: The Impact of 'Three Strikes' Laws on State and Federal Corrections Policy, Resources and Crime Control", *Cornell Journal of Law and Public Policy*, primavera del 2000 (winter), pp. 560-566 y Luna, Erik G., "Foreword: Three Strikes in a Nutshell", *Thomas Jefferson Law Review*, primavera de 1998, p. 57 y ss. Este autor (*ibidem*, pp. 66-78) incluye un resumen del tratamiento de la cuestión por los tribunales californianos.

¹⁷ 445 U.S. 263 (1980).

libertad condicional tras doce años de cumplimiento, como autor de una estafa por importe aproximado de \$120 dólares. Con anterioridad había sido condenado por causar un perjuicio de \$80 dólares, mediante el uso fraudulento de tarjeta de crédito y por falsificar un cheque cuyo importe era de \$28.36 dólares. La severidad de la pena impuesta en comparación con la escasa gravedad de los delitos cometidos, llevaría a la defensa del reo a recurrir al Tribunal Supremo alegando una posible vulneración de la octava enmienda.

En una votación muy reñida —cinco magistrados contra cuatro—, el Tribunal decidió que el serio castigo impuesto a Rummel no transgredía lo dispuesto en la Constitución. Según los jueces de la mayoría, los precedentes declarando inconstitucional en ciertos casos la pena de muerte o algunas penas corporales no eran aplicables sin más al supuesto analizado, en que la sanción impuesta era la privación de libertad, es decir, una pena distinta.¹⁸ De acuerdo con la interpretación literalista defendida por estos cinco magistrados, de la octava enmienda no podía derivarse una prohibición de exceso punitivo relativa a la pena de prisión, pues tal castigo no resulta cruel en sí mismo ni tampoco ha sido inusual en la *praxis* penal estadounidense.

A juicio de la mayoría, la pena impuesta estaba justificada por la voluntad de los legisladores texanos de retirar de la circulación a los delincuentes habituales, un objetivo político cuya constitucionalidad no podía ser legitimamente cuestionada por el Tribunal, aun cuando no se compartieran los medios empleados y aunque en otros estados las mismas infracciones se trataran de manera mucho más benigna.¹⁹ La voluntad de no interferir en las competencias de los poderes legislativos y de respetar la estructura federal del estado, sirvió como argumento a los cinco magistrados para negar la compe-

¹⁸ 445 U.S. 263, pp. 272-273. Los magistrados indicaron la ausencia de precedentes, en los que se proclamara la vigencia de una prohibición constitucional de penas desproporcionadas aplicable a la pena de prisión. Más bien al contrario, en los precedentes localizados —como el caso *Gras vs. West Virginia* (224 U.S. 616 [1912])— supuestos parecidos al de Rummel se habían considerado plenamente compatibles con la octava enmienda.

¹⁹ Los cuatro magistrados de la minoría, opinaron que la cuestión a resolver no era si la pena contribuye a la consecución de algún objetivo, sino si el reo realmente merece tan severo castigo (445 U.S. 263, p. 288). Asimismo, añadieron que la consideración de la pena de muerte como castigo desproporcionado efectuada en sentencias anteriores, permitía derivar de la octava enmienda una prohibición general de penas excesivas, con independencia de su naturaleza (445 U.S. 263, pp. 292-293).

tencia del Tribunal para pronunciarse sobre lo acertado de tales medidas, lo que tuvo como consecuencia el refrendo a la constitucionalidad del castigo impuesto a William Rummel.²⁰ A modo de epílogo, la mayoría reconoció que en aquel momento históricamente existiera una tendencia general a la imposición de penas cada vez menos severas, pero desde su punto de vista tal tendencia “debía hallar su impulso y su sustento en el poder legislativo y no en los tribunales federales”.²¹

De forma un tanto confusa, no obstante, los magistrados de la mayoría matizaron en una nota a pie de página que, si bien la fijación de los plazos de prisión era una prerrogativa del legislador, “ello no supone afirmar que no pueda entrar en juego el principio de proporcionalidad en el extremo caso, citado por la minoría (infra p. 288), en que el poder legislativo convirtiera en delito grave el estacionamiento de un coche por tiempo indebido y lo castigara con una pena de reclusión perpetua”.²² (...) Asimismo, a juicio de la mayoría debía tenerse en cuenta para valorar la gravedad del castigo impuesto a Rummel el hecho de que su encarcelamiento podía cesar al alcanzar los doce años de cumplimiento si se le concedía la libertad condicional. El empleo de estos argumentos parece contradecir la afirmación previa de los mismos jueces declarando la absoluta imposibilidad de cuestionar la proporcionalidad de las penas de prisión con base en la octava enmienda, pues, de hecho, en los citados razonamientos sí se efectúan consideraciones de proporcionalidad.²³

III.2 *Solem vs. Helm* (1983)

Sólo tres años después de esta decisión, el Tribunal Supremo dictaría una nueva sentencia aparentemente opuesta a la del caso Rummel. Así, en su resolución sobre el caso *Solem vs. Helm* la Sala consideró

²⁰ Esta voluntad es especialmente evidente, en el breve voto emitido por el magistrado Stewart, que, aún habiéndose formulado a título particular, apoya la conclusión de la mayoría (cfr. 445 U.S. 263, p. 284).

²¹ 445 U.S. 263, pp. 283-284.

²² 445 U.S. 263, p. 274 (nota 11).

²³ 445 U.S. 263, p. 280. Los cuatro magistrados de la minoría criticaron este argumento, afirmando que la libertad condicional era sólo una posibilidad, no un derecho, y, por tanto, no debería tenerse en cuenta a la hora de emitir un juicio de proporcionalidad (445 U.S. 263, pp. 293-294).

contraria a la octava enmienda, la condena a reclusión perpetua sin posibilidad de libertad condicional impuesta en Dakota del Sur a un individuo, Jerry Helm, que había cometido un delito de cheque en descubierto tras haber sido previamente condenado por otras seis infracciones, entre ellas, robo en casa habitada, estafa y conducción bajo los efectos del alcohol.²⁴ En esta resolución, que también fue dictada con el voto a favor de sólo cinco magistrados, el Tribunal sostuvo que la octava enmienda no prohíbe únicamente los castigos bárbaros, sino también aquellos que resultan gravemente desproporcionados a la vista de la gravedad de la infracción cometida, negando explícitamente que como se había afirmado en algunos pasajes de *Rummel* la pena de prisión fuera constitucional *per se* con independencia de su gravedad.²⁵ Según la mayoría de magistrados, sería absurdo que el principio de proporcionalidad limitara al legislador en el caso de la pena de muerte y de la multa —mencionada expresamente en el texto de la octava enmienda— y, en cambio, no tuviera vigencia en una pena de gravedad intermedia como la prisión.²⁶

Para decidir en qué casos una pena resulta proporcionada, los cinco magistrados decidieron aplicar un *test* compuesto de tres “elementos objetivos”: a) en primer lugar, debe compararse la gravedad de la infracción con la severidad de la pena impuesta; b) seguidamente, debe atenderse a las sanciones impuestas a otros criminales en la misma jurisdicción y, en especial, conviene analizar si delitos más graves están sujetos a la misma pena o a penas más leves; c) por último, deben observarse las penas impuestas a resultas de la comisión del mismo delito en otras jurisdicciones.²⁷ Desde el punto de vista del Tribunal, la condena de Helm no cumplía ninguno de los tres requisitos:²⁸ i) mientras el delito cometido era una de las infracciones punibles de menor gravedad y los ilícitos anteriores no eran graves ni violentos, la pena impuesta al recurrente era la prisión en su versión

²⁴ 463 U.S. 277 (1983).

²⁵ 463 U.S. 277, p. 284 y p. 290. Entre otros argumentos, los magistrados se remiten a aquella que a su juicio había sido la interpretación tradicional de la *Bill of Rights* inglesa, que contiene un precepto similar a la octava enmienda (*ibidem*, pp. 285-286).

²⁶ 463 U.S. 277, p. 289.

²⁷ 463 U.S. 277, pp. 290-292. Estos tres requisitos habían sido ya exigidos por los cuatro magistrados de la minoría, en *Rummel vs. Estelle* (445 U.S. 263, p. 295).

²⁸ 463 U.S. 277, p. 296 y ss.

más extensa;²⁹ ii) la imposición de esta misma pena, sólo estaba prevista en Dakota del Sur para autores de crímenes mucho más graves, como el asesinato (*murder*) o la traición (*treason*), mientras que delitos como la violación en primer grado o la tentativa de asesinato tenían previstas penas incluso más leves;³⁰ iii) por último, la infracción cometida por Helm sólo habría sido castigada con una pena tan severa en un único estado: Nevada.³¹ Como conclusión al análisis de los tres factores, la Sala sostuvo la incompatibilidad de la pena impuesta con la octava enmienda y, por tanto, declaró inconstitucional la condena de Jerry Helm.

Semejantes conclusiones fueron duramente criticadas por los cuatro jueces de la minoría, quienes esgrimieron, entre otros, el argumento de que se estaban “ignorando los precedentes” e “invadiendo gravemente la autoridad de los estados”³² (...) A juicio de estos magistrados la propia idea de proporcionalidad debía considerarse inaplicable por la imposibilidad de determinar su alcance de una manera mínimamente precisa: “hoy hemos sostenido que la reclusión perpetua sin libertad condicional es una pena excesiva para el séptimo delito supuestamente no violento: ¿cuál será la respuesta en el octavo delito?, ¿y el noveno?, ¿y el duodécimo?”, afirmaron los jueces disidentes.³³

²⁹ A diferencia del caso de Rummel, la condena de Helm excluía expresamente la posibilidad de libertad condicional, lo que a juicio de la Sala (463 U.S. 277, p. 297), permitía afirmar que su castigo era claramente más severo que el impuesto en el caso precedente.

³⁰ 463 U.S. 277, pp. 297-300. En el juicio de proporcionalidad, el Tribunal descartó tener en cuenta la posibilidad de que el gobernador del estado pudiera indultar al reo (463 U.S. 277, pp. 300-302), y entendió que esta posibilidad no resultaba equiparable a la libertad condicional, que en *Rummel vs. Estelle* había sido considerada para sostener la constitucionalidad de la pena impuesta.

³¹ 463 U.S. 277, pp. 299-300.

³² 463 U.S. 277, p. 304. En particular, los cuatro jueces de la minoría entendieron que los delitos previos de Helm —entre los que había varios robos en casas habitadas—, no eran tan leves como la mayoría había sostenido. Asimismo, consideraron que las diferencias existentes en relación con Rummel eran “insustanciales” (463 U.S. 277, p. 315), máxime teniendo en cuenta que éste sólo contaba con tres condenas y, en cambio, Helm tenía antecedentes por siete delitos.

³³ 462 U.S. 277, p. 314.

III.3 *Harmelin vs. Michigan* (1991)

Las conclusiones de *Solem vs. Helm* serían aparentemente abandonadas por el propio Tribunal, en su sentencia de 1991 sobre el caso *Harmelin vs. Michigan*. En esta nueva resolución que, a diferencia de las anteriores, no analizó un supuesto de reincidencia se consideró conforme con la octava enmienda la condena a privación perpetua de libertad, sin posibilidad de libertad condicional, de un sujeto condenado en el estado de Michigan por posesión de 672 gramos de cocaína.³⁴ Esta vez las discrepancias entre los magistrados fueron tales que las opiniones se dividieron en tres grupos distintos, si bien la opinión mayoritaria se decantó por la constitucionalidad de la condena impuesta a Harmelin.

Un primer grupo compuesto por los magistrados Antonin Scalia y William H. Rehnquist entendió que la octava enmienda no contiene ninguna prohibición de penas desproporcionadas aplicable a penas privativas de libertad, añadiendo que la determinación exacta de la duración de semejantes castigos es una decisión política, que compete a los legisladores y no a los jueces.³⁵ Desde la perspectiva de estos dos magistrados, los razonamientos defendidos en *Solem vs. Helm* debían rechazarse, porque contradecían la jurisprudencia previa de la propia Sala y porque, además, no lograban aportar un *standard* objetivo de gravedad, que permitiera determinar cuándo una pena es desproporcionada. En su voto, ambos jueces mostraron un gran escepticismo hacia la posibilidad de que tal *standard* pudiera llegar siquiera a determinarse, y añadieron en tal sentido que, en realidad, “el principio de proporcionalidad es una invitación a imponer valoraciones subjetivas”.³⁶ Precisamente esta imposibilidad de aislar criterios objetivos era lo que aconsejaba, desde su punto de vista, que los jueces no interfirieran en las decisiones de los legisladores. “Scalia y Rehnquist añadieron que “la idea de proporcionalidad es en sí misma un concepto

³⁴ 501 U.S. 957.

³⁵ Para fundamentar su conclusión, los dos magistrados prestaron especial atención a la historia de la octava enmienda (501 U.S. 957, pp. 966-985), sosteniendo que en los orígenes de esta disposición legal —que se sitúan en el Derecho inglés del siglo XVII— sólo se pretendía con ella evitar castigos ilegales o inusuales, pero no penas desproporcionadas. A su juicio, éste es el sentido con el que fue acogida en el Derecho estadounidense.

³⁶ 501 U.S. 957 p. 986.

retributivo”, que puede y debe ser abandonado cuando se atribuyen a la pena funciones distintas a la retribución, como, por ejemplo, la disuasión de potenciales delincuentes o la rehabilitación de los penados”.³⁷

Por su parte, los magistrados Anthony Kennedy, Sandra O’Connor y David Souter discreparon de la opinión de los magistrados Scalia y Rehnquist por entender, en un voto redactado por el primero, que sí era posible derivar de la octava enmienda una prohibición de penas gravemente desproporcionadas, si bien limitada por una serie de circunstancias: en primer lugar, por el reconocimiento de que la fijación de los plazos de las condenas es una decisión que esencialmente corresponde al poder legislativo;³⁸ en segundo término, por la aceptación de que la octava enmienda no impone ninguna concreta teoría de la pena;³⁹ en tercer lugar, por la constatación de que algunas diferencias importantes entre las diversas penas son el resultado inevitable, y a menudo beneficioso, de la estructura federal del Estado;⁴⁰ y, por último, por la idea de que la revisión de la proporcionalidad por parte de los tribunales federales debe estar inspirada en la medida de lo posible por criterios objetivos, siendo el más importante el relativo al contenido de la sanción.⁴¹

De acuerdo con tales premisas, los tres jueces sostuvieron la vigencia de un *principio de proporcionalidad limitado*, que únicamente prohíbe las sanciones gravemente desproporcionadas a la vista de la seriedad de la infracción cometida, y recalcaron en tal sentido que: “la octava enmienda no exige una *proporcionalidad estricta* entre el delito y la pena”.⁴² Semejantes consideraciones, permitieron a estos miembros del Tribunal afirmar la constitucionalidad de la pena impuesta al recurrente, a la luz de la gravedad de su delito y del margen legítimo de decisión en materia de política criminal, que corresponde al estado de Michigan.⁴³

³⁷ 501 U.S. 957, p. 989.

³⁸ 501 U.S. 957, pp. 998-999.

³⁹ 501 U.S. 957, p. 999.

⁴⁰ 501 U.S. 957, pp. 999-1000.

⁴¹ 501 U.S. 957, p. 1000.

⁴² 501 U.S. 957, p. 1001 (cursiva añadida).

⁴³ 501 U.S. 957, p. 1004.

Mientras en el voto de los dos primeros magistrados se propuso desautorizar explícitamente la solución de *Solem vs. Helm*, estos tres jueces trataron de hacer compatible lo afirmado en la sentencia de 1983 con la decisión del caso de Harmelin.⁴⁴ No obstante, el *test* de proporcionalidad propuesto en *Solem* se consideró inaplicable al supuesto concreto, dado que, a juicio de los tres magistrados, la inherente gravedad del delito cometido por el recurrente permitía sostener por sí sola que el castigo impuesto no resultaba desproporcionado.⁴⁵ En este sentido se sostuvo que la comparación de la pena impuesta con las penas previstas en el mismo estado para otros delitos o en otros estados para la misma infracción sólo procedía en aquellos “casos poco frecuentes” en que la comparación entre delito y pena permitiera afirmar la existencia de una gran desproporción entre ambos.⁴⁶

(...)

En la práctica la anterior conclusión tenía como consecuencia que los tres elementos que componían el *test* empleado en *Solem* se redujeran a un solo. Sin embargo, el hecho de que este precedente no fuera explícitamente desautorizado, pese a la reinterpretación de su contenido, generaría en el futuro un importante grado de incertidumbre sobre el alcance exacto de la jurisprudencia del Tribunal, como podrá observarse en las sentencias de los casos *Ewing* y *Andrade*.⁴⁷

Por último, los magistrados Byron White, Harry Blackmun, John Stevens y Thurgood Marshall discreparon no sólo de la fundamentación, sino también de las conclusiones de la mayoría.⁴⁸ Reiterando planteamientos ya expuestos en *Solem*, desde el punto de vista de estos jueces resultaba incomprensible que se dedujera de la octava enmienda una prohibición de penas desproporcionadas en relación con la pena de muerte, las multas y fianzas y no, en cambio, respecto de las penas de prisión.⁴⁹ Además, su discrepancia se extendió también a la decisión de sus colegas Kennedy, O'Connor y Souter de reducir a uno solo los tres criterios de proporcionalidad expuestos en

⁴⁴ 501 U.S. 957, p. 1002.

⁴⁵ 501 U.S. 957, p. 1004.

⁴⁶ 501 U.S. 957, p. 1005.

⁴⁷ *Cfr. infra* IV y V.

⁴⁸ 501 U.S. 957, p. 1009 y ss.

⁴⁹ 501 U.S. 957, p. 1014. Estos tres magistrados critican con argumentos diversos, el análisis histórico contenido en el voto de Scalia (*ibidem*, p. 1010 y ss.).

Solem, pues, a juicio de los cuatro jueces, si se eliminaban el segundo y el tercer factor de comparación, el juicio de proporcionalidad perdía carácter objetivo. A modo de conclusión, y tras aplicar el *test* empleado en Solem al caso de Harmelin, los magistrados de la minoría sostuvieron que la condena de este último debería haber sido considerada contraria a la octava enmienda.⁵⁰

Entre 1991 y 2003, el Tribunal Supremo no volvería a pronunciarse sobre esta cuestión. Por tal motivo, y a la vista de las oscilaciones de su jurisprudencia, la respuesta que el Tribunal pudiera dar a los recursos interpuestos por Ewing y Andrade era una gran incógnita que acrecentaba el interés que ya de por sí tenía el mero hecho de que la ley *three strikes* californiana se enfrentara a un juicio de constitucionalidad. La decisión de los nueve magistrados se conocería el 5 de marzo de 2003.

IV

Las sentencias de los casos de Gary Ewing y Leandro Andrade no iban a ser una excepción, en lo que respecta al grado de división entre miembros del Tribunal que se había producido en los precedentes anteriormente expuestos, y en ambas causas la decisión final acabó también adoptándose por ajustadas mayorías de cinco magistrados contra cuatro.⁵¹

En el caso de Ewing las opiniones más breves y, al mismo tiempo, más contundentes son las sostenidas en sus respectivos votos por los magistrados Antonin Scalia y Clarence Thomas. Desde el punto de vista del primer juez, al que se adhiere el segundo de forma práctica-

⁵⁰ Semejante conclusión, se sustenta en argumentos como la existencia de conductas mucho más graves que la mera posesión de droga sin ánimo de traficar. El hecho de que en Michigan sólo se castigaran con reclusión perpetua, además del delito por el que se condenó a Harmelin, el asesinato en primer grado y la posesión o elaboración de narcóticos en cantidad superior a 650 gramos con el propósito de distribuirlos y, por último, la circunstancia de que sólo en dicho estado se castigaran con penas tan graves conductas como las del recurrente.

⁵¹ Ambas sentencias están pendientes de su publicación oficial, aunque su texto puede hallarse en internet en la página del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*vid.* <http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/01-6978.pdf>). En las siguientes notas se hacen constar los números de páginas, tal y como aparecen en la citada *web*, dado que todavía no existe una paginación oficial de las sentencias.

mente absoluta, la octava enmienda de la Constitución tiene como única finalidad prohibir determinadas clases o formas de castigos, y no contiene en modo alguno una prohibición de sanciones desproporcionadas. Según Scalia —que en esta resolución reitera la opinión ya expuesta por él mismo en Harmelin— la idea de proporcionalidad se vincula en exclusiva con la retribución como finalidad de la pena. Dado que la Constitución no impone una finalidad concreta, sino que admite fines diversos como la intimidación o la inocuización, en los que no tiene sentido exigir proporcionalidad, la prohibición de penas excesivas no puede tener, a su juicio, rango constitucional.⁵² Obviamente, estas ideas llevan a ambos jueces a votar a favor de la confirmación de la condena de Ewing.

La opinión radicalmente opuesta se sostiene en el extenso voto del magistrado Stephen G. Breyer, que también suscriben sus colegas John Stevens, David Souter y Ruth Ginsburg. Apoyándose en precedentes como *Solem* y *Rummel* —en que también se analizaron supuestos de reincidencia y cuyas conclusiones, como se ha expuesto, no habían sido explícitamente desautorizadas en la jurisprudencia posterior— estos magistrados argumentan que el caso de Ewing es uno de aquellos supuestos en que la condena debe considerarse gravemente desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Desde su punto de vista, para valorar la proporción entre delito y pena debe atenderse a tres factores: primero, la duración de la pena de prisión impuesta en tiempo real; segundo, el hecho que ha dado lugar a la imposición de la pena; y, tercero, los antecedentes penales del reo.⁵³ A juicio de Breyer, no obstante, el factor verdaderamente importante es el primero, pues un análisis de los precedentes permite advertir que en *Solem* se consideró inconstitucional el castigo del recurrente, pese a que sus antecedentes eran más graves que en *Rummel* y el delito cometido, en cambio, no revestía mayor gravedad.

Según señala el juez Breyer, los antecedentes de Ewing no eran peores que los del recurrente en *Solem*, ni su delito cualitativamente más grave. Además, la pena de Ewing —veinticinco años sin libertad

⁵² De hecho, el propio Scalia reconoce en su voto (p. 2) que la pena impuesta a Ewing no puede considerarse proporcionada a la vista de la gravedad del delito cometido, aunque a juicio del magistrado ello no debe tener ninguna repercusión para la Sala, puesto que la retribución no es la única finalidad legítima desde una perspectiva constitucional.

⁵³ Voto del magistrado Breyer, pp. 4-5.

condicional— estaba más próxima a la reclusión perpetua impuesta en Solem, que a la pena de entre diez y doce años reales de privación de libertad impuesta en Rummel. Estos datos permiten afirmar al citado juez, que el caso de Ewing es mucho más similar a Solem que a Rummel. Asimismo, según afirma Breyer, la gravedad de la conducta de Ewing se sitúa en la franja baja del catálogo de ilícitos, sin que pueda afirmarse que todo delito cometido por un reincidente debe considerarse siempre como una infracción grave o que cualquier pena que se imponga a un reincidente es siempre constitucional, pues esta perspectiva fue rechazada tanto en Solem como en Harmelin.⁵⁴

A juicio de Breyer, el hecho de que la pena impuesta a Ewing fuera una de las más graves imaginables y, en cambio, el delito cometido no revistiera especial gravedad, permite pasar a un segundo nivel de análisis de la proporcionalidad del castigo. Según el magistrado, en este nivel procede estudiar, en primer lugar, cómo se sanciona el mismo delito en otras jurisdicciones y, en segundo lugar, qué delitos se castigan con la misma pena en California y en terceros estados.⁵⁵ Según advierte Breyer, entre la Segunda Guerra Mundial y 1994 los responsables de delitos como el cometido por Ewing nunca habrían cumplido más de diez años de prisión y, en no pocas ocasiones, autores de ilícitos muchísimo más graves que el cometido por el recurrente habrían padecido penas más leves que la impuesta a Ewing.

Después de analizar la legislación de los restantes estados de la Unión, el juez Breyer advierte que en ninguno de ellos se habría tratado a un acusado con la severidad de las leyes de California, lo que le permite afirmar que “fuera del contexto de la ley *three strikes* californiana, la sentencia de Ewing es, a la vista de la gravedad del delito, prácticamente única en cuanto a su severidad y, además, lo es en un grado muy considerable”.⁵⁶ Por último, señala el juez que, si lo que se pretendía con esta ley era luchar contra la criminalidad violenta y grave, el castigo de Ewing tampoco tenía razón de ser. Este argumento final, junto con las razones expuestas, lleva a Breyer a inclinarse por

⁵⁴ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁵ El magistrado sigue el análisis propuesto en Harmelin. Mientras en Solem los tres elementos del test formaban parte de un único juicio de proporcionalidad, en Harmelin se entendió —como se ha expuesto *supra* III.2— que el segundo y tercer elemento sólo debían analizarse en aquellos casos en que se cumpliera el primer requisito.

⁵⁶ Voto del magistrado Breyer, p. 13.

la incompatibilidad de la condena con el texto constitucional, en una decisión que suscriben también los tres colegas citados.

Aún coincidiendo con la anterior conclusión, el magistrado John Stevens emite un voto particular —que suscriben también sus colegas Breyer, Souter y Ginsburg— para enfatizar que es posible deducir una prohibición de penas desproporcionadas de la octava enmienda. Desde su punto de vista, y como ya se sostuvo en *Solem*, sería absurdo interpretar que la Constitución impide imponer la pena de muerte cuando resulte desproporcionada y también multas o fianzas y, al mismo tiempo, afirmar que dicha prohibición no se extiende a la pena de prisión.⁵⁷ Según Stevens, la vigencia de la prohibición de penas privativas de libertad desproporcionadas no debería ponerse en tela de juicio, por la ausencia de un límite temporal preciso en el texto constitucional. De hecho, la ausencia de tales límites no ha impedido la concreción judicial de otras disposiciones constitucionales, como, por citar un ejemplo, el derecho de los ciudadanos a un procedimiento sin dilaciones, reconocido en la sexta enmienda.⁵⁸

La última palabra correspondería a los magistrados William Rehnquist, Anthony Kennedy y Sandra O'Connor, quienes inclinarían la balanza en sentido opuesto a los intereses de Gary Ewing, al pronunciarse a favor de la constitucionalidad del castigo en un voto redactado por esta última juez. Tras retomar la conclusión del magistrado Kennedy en *Harmelin vs. Michigan*, estos tres jueces admiten la posibilidad de derivar de la octava enmienda un principio limitado de proporcionalidad no sólo aplicable a la pena capital, sino también a penas de prisión gravemente desproporcionadas, pese a coincidir, no obstante, con su colega Scalia, cuando afirma que la Constitución no impone ninguna finalidad específica de la pena y que la selección de dicha finalidad ha de ser competencia exclusiva del legislador.⁵⁹ Desde el punto de vista de Rehnquist, Kennedy y O'Connor, entre las diversas finalidades posibles y legítimas de la pena el legislador californiano optó por la incapacitación, tratando de evitar que quien haya cometido varios delitos graves vuelva a delinquir. A su juicio, el objetivo de

⁵⁷ Voto del magistrado Stevens, p. 2.

⁵⁸ *Ibid.* Este miembro del Tribunal señala también (*ibidem*, p. 3), que en la tradición jurídica estadounidense los jueces han gozado, por lo general, de una amplia libertad a la hora de determinar la pena, y que en el ejercicio de su discrecionalidad siempre han recurrido a valoraciones de proporcionalidad.

⁵⁹ Voto de la magistrada O'Connor, pp. 11-12.

proteger la seguridad pública legítima la aplicación de la ley *three strikes* a aquellos que ya hayan sido condenados al menos por un delito grave o violento, pues las estadísticas demuestran el elevado peligro para la seguridad pública que suponen en la práctica los sujetos reincidentes.⁶⁰

Pasando a analizar el concreto recurso de Ewing, los tres magistrados entienden que la alegación del recurrente no ha sido bien planteada, pues, a su juicio, para valorar la proporcionalidad del castigo no puede tenerse sólo en cuenta, como pretende la defensa, la gravedad de la última infracción cometida, sino que es necesario considerar la totalidad de la carrera criminal del reo. Desde su punto de vista, si se atiende a este último factor la pena de Ewing debe considerarse plenamente justificada por el interés del estado en inocular e intimidar a reincidentes, sin que, visto así, el caso del recurrente pueda incluirse en los supuestos de grave desproporción que en la sentencia de Harmelin se consideraron contrarios a la octava enmienda.⁶¹

Pese a no coincidir en su fundamentación, el sentido de los votos de O'Connor, Rehnquist y Kennedy, unido al de los emitidos por Scalia y Thomas, conlleva la desestimación del recurso de Ewing y la confirmación de su condena. Además, y como es obvio, la decisión del Tribunal Supremo supone un pleno respaldo a la legitimidad constitucional de las leyes *three strikes*.

V

En el caso de Leandro Andrade, las dos condenas a veinticinco años de prisión impuestas por los tribunales californianos habían sido consideradas contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo por el Tribunal Federal del Noveno Circuito. Este órgano entendió que las

⁶⁰ *Ibidem*, p. 13. Según se especifica en la sentencia, el 67 % de los reos puestos en libertad en prisiones estatales son acusados de un nuevo delito grave dentro de los tres años siguientes a su liberación, una cifra que asciende al 73 % en el caso de la delincuencia patrimonial.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 14-17. Esta afirmación explica las críticas contenidas en el voto del juez Scalia, quien sostiene que sus tres colegas no realizan un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, sino que entran a valorar el fin perseguido por el legislador con su castigo. En sus propias palabras, “la mayoría no está aplicando la ley, sino evaluando una política” (Voto del magistrado Scalia, p. 2).

decisiones condenatorias de los tribunales estatales —cuyo veredicto estaba basado en la sentencia del caso Rummel—, no habían tenido en cuenta la prohibición de penas gravemente desproporcionadas como parte del Derecho federal claramente establecido y determinado por el propio Tribunal Supremo. Semejante decisión sería recurrida por el Fiscal General de California.

En un voto redactado por la magistrada O'Connor, al que se adhieren sus colegas Rehnquist, Scalia, Kennedy y Thomas, el Tribunal Supremo reconoce desde un buen principio que: “nuestros precedentes en este ámbito no son precisamente un modelo de claridad”.⁶² Según la mayoría del Tribunal, aunque puede afirmarse la existencia de un principio claramente establecido, como es la prohibición de penas de prisión gravemente desproporcionadas, no están claros cuáles son los factores que indican una grave falta de proporción, y lo único indiscutible es que este principio de proporcionalidad se infringe sólo en casos extremos.

Según los jueces de la mayoría, el hecho de que el caso de Andrade se asemeje al resuelto en Rummel y que este precedente no hubiera sido desautorizado, impide afirmar que la condena de los tribunales californianos se oponga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.⁶³ A la misma conclusión lleva, según dicha mayoría, el que el caso ahora resuelto no sea totalmente idéntico al de la sentencia de *Solem vs. Helm*, pues en este precedente no cabía la libertad condicional del reo, una posibilidad que sí existe en el supuesto de Andrade.⁶⁴ Según estos cinco jueces, la prohibición de penas gravemente desproporcionadas no fue irracionalmente inaplicada por los tribunales californianos —supuesto que permitiría su revisión por los tribunales federales,— ya que no era absurdo sostener la constitucionalidad de las condenas del recurrente, de acuerdo con los precedentes expuestos.⁶⁵ Por estas razones, se acuerda revocar la sentencia del Tribunal del

⁶² Voto de la magistrada O'Connor, p. 7.

⁶³ *Ibidem*, p. 9.

⁶⁴ Gran parte de la complejidad del caso, es atribuible al hecho de que el Tribunal Supremo nunca llegó a desautorizar la sentencia del caso Rummel pese a dictar con posterioridad la sentencia *Solem*, contradictoria en muchos aspectos con la primera. Y lo mismo sucedería, años después, con la sentencia de Harmelin en relación con *Solem*.

⁶⁵ Voto de la magistrada O'Connor, p. 10.

Noveno Circuito y reafirmar la condena inicialmente impuesta a Leandro Andrade.

Por su parte, los magistrados Stevens, Ginsburg, Breyer y Souter emiten también, en este caso, un voto disidente redactado por este último, en el que se oponen a la conclusión de la mayoría. Desde su punto de vista, la prohibición de penas de prisión gravemente desproporcionadas es un principio claramente establecido por el Tribunal Supremo, en los precedentes Rummel, Solem y Harmelin.⁶⁶ Desde la perspectiva de estos jueces, el caso de Andrade se asemejaba notablemente al de Solem, tanto en la levedad de las infracciones cometidas como en las características del currículum criminal del recurrente. Además, y a diferencia de Solem, Andrade sí podría gozar de libertad condicional, este beneficio sólo lo alcanzaría después de sufrir cincuenta años de prisión, circunstancia que aproxima notablemente su pena a la reclusión perpetua, dado que la libertad no le llegaría hasta los ochenta y siete años de edad.⁶⁷

Por último, estos cuatro magistrados cuestionan que la imposición simultánea de dos condenas a veinticinco años sea coherente con la inocuización de los delincuentes, en tanto que objetivo declarado de la legislación californiana. A su juicio, la peligrosidad de Andrade era la misma tanto después de cometer el primer hurto como al consumir el segundo y, por tanto, no está justificado que se le impusieran a la vez dos castigos para atajar una única peligrosidad: “cuando Andrade se apoderó por segunda vez de las cintas de video no se había convertido en un sujeto doblemente peligroso para la sociedad”, afirma Souter.⁶⁸ Según los magistrados disidentes, el caso de Andrade es: “una de aquellas raras condenas en que la gran desproporción puede demostrarse”, y añaden, a modo de tajante conclusión: “si la condena de Andrade no es gravemente desproporcionada, el principio de proporcionalidad no tiene ningún sentido”.⁶⁹

⁶⁶ Voto del magistrado Souter, p. 1.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 6.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 7.

VI

Una de las principales conclusiones que cabe extraer de las sentencias de los casos de Andrade y Ewing, es la confirmación de una idea ya defendida por el Tribunal Supremo en su resolución de *Harmelin vs. Michigan*, a saber, la posibilidad de deducir de la octava enmienda una prohibición de penas de prisión gravemente desproporcionadas. En estas dos nuevas resoluciones se opta por restringir aún más si cabe el alcance de semejante prohibición, y se insiste con especial énfasis en que los casos de desproporción habrán de ser por fuerza poco frecuentes (*rare* y *extreme* son las expresiones literales que se utilizan en la sentencia del caso Andrade).⁷⁰ Por esta vía, el Tribunal Supremo sigue afirmando la vigencia de una prohibición de penas desproporcionadas, pero, al mismo tiempo, la vacía prácticamente de contenido, con la supuesta voluntad de no arrogarse competencias propias del legislador.

Esta excepcionalidad se concreta en diversas exigencias formuladas por el propio Tribunal: en primer lugar, el análisis comparativo entre las penas previstas para distintos delitos y en distintos estados, que en 1983 desempeñó un papel decisivo en la sentencia de Solem, pasa a tener ahora un carácter totalmente secundario, subordinado a que en una primera valoración se aprecie desproporción extrema entre la infracción y la pena; asimismo, en este primer juicio de proporcionalidad entiende el Tribunal que no sólo deberá tenerse en cuenta la gravedad del hecho concreto por el que se impone la condena, sino la totalidad de la carrera criminal del reo, una exigencia que lleva a restringir de manera muy importante el alcance de una prohibición de exceso ya de por sí muy limitada.

Como consecuencia de estos razonamientos, las leyes *three strikes* parecen quedar plenamente inmunizadas frente a cualquier futura duda sobre su constitucionalidad por parte de jueces y tribunales.⁷¹ En especial, la exigencia de que deba considerarse el currículum cri-

⁷⁰ Voto de la magistrada O'Connor, p. 8.

⁷¹ En la doctrina, no obstante, Luna, Erik, *op. cit.*, 1998, pp. 78-89, apunta a una posible segunda vía para cuestionar ante el Tribunal Supremo las leyes *three strikes*, concretamente, la impugnación de la posibilidad legal de tener en cuenta condenas por hechos cometidos cuando el reo era menor de edad, a efecto de apreciar su reincidencia. Ello se debe a que tales condenas no son impuestas por jurados, lo que a juicio de este autor podría vulnerar algunas previsiones constitucionales.

minal del reo para determinar la proporción de la pena impuesta, convierte en prácticamente inviable cualquier impugnación de la legitimidad de estas leyes de acuerdo con la octava enmienda. La principal muestra de ello es la condena de Leandro Andrade: como afirman los magistrados de la minoría, si no es desproporcionada la imposición de una pena de cincuenta años de prisión por dos hurtos —intentados— de unas cintas de video, el principio de proporcionalidad no tiene ya razón de ser.

Con todo, el hecho de que el Tribunal Supremo haya otorgado su pleno respaldo a estas leyes no debe llevar a ignorar las muy diversas objeciones que cabe imaginar contra ellas. Una de las críticas más evidentes, se basa en la advertencia de que estas normas sancionan hechos que bien poco tienen que ver con los que motivaron su introducción en el código penal californiano. Así, por ejemplo, en San Francisco sólo un diez por ciento de casos de aplicación de la ley han sido por delitos graves o violentos, y la mayoría de condenas han sido por infracciones relacionadas con el tráfico de drogas o por hurtos.⁷² A la vista de estos datos, una parte importante de la doctrina estadounidense cuestiona el efecto preventivo que el castigo de simples rateos puede tener en potenciales autores de delitos como los asesinatos de Polly Klaas o Kimber Reynolds.⁷³ La constatación de que el texto finalmente aprobado no se corresponde con aquello que los californianos creían aprobar es, precisamente, uno de los grandes argumentos de quienes proponen reformar la ley —entre los que cabe contar a la *American Bar Association* y a la Conferencia Judicial de los Estados Unidos—⁷⁴ para limitarla a los casos de criminalidad verdaderamente grave.

⁷² *Ibidem*, p. 21. En este mismo sentido, señala Schulz, David, *op. cit.*, p. 574, que los principales afectados por las leyes han sido delincuentes no violentos o vinculados con el tráfico de drogas.

⁷³ *Cfr.* Luna, Erik, *op. cit.*, p. 21 y ss. Según este autor (*ibid.*, p. 21 y ss) no existe constancia de estadísticas o estudios sobre las posibilidades de que el autor de un hurto cometa en el futuro un asesinato. *Cfr.* igualmente las observaciones de Schulz, David, *op. cit.*, p. 574. El hecho de que la ley se aplique a delitos no violentos, tuvo como consecuencia que incluso la familia de Polly Klaas se opusiera a ella. *Cfr.* al respecto, el artículo escrito por el abuelo de la niña en <http://www.sfbayview.com/051502/threestrikes051502.html>.

⁷⁴ Una relación de opositores a la severidad de la ley californiana en Luna, Erik, *op. cit.*, p. 20. Entre estos cabe contar, como uno de los más activos, al grupo *Families to*

Desde el punto de vista de la función de la pena, es evidente que lo que inspiró la creación de estas leyes fueron objetivos como la intimidación y la inocuización:⁷⁵ el primer objetivo, basado en la idea de que penas tan graves como las establecidas disuaden a potenciales delincuentes de cometer nuevos delitos; y el segundo, bajo el lema de que un criminal entre rejas no puede cometer delitos en las calles. Sin embargo, lo que convierte en verdaderamente llamativas a las leyes *three strikes* es que en ellas la persecución de estos objetivos ha sido llevada a sus últimas consecuencias, hasta el punto de ignorar por completo funciones como la retribución o la resocialización, que, a diferencia de lo que ha sido habitual en el Derecho Penal contemporáneo, no desempeñan aquí papel alguno, siquiera limitador.⁷⁶

Partiendo de esta premisa, le asiste la razón al magistrado Scalia cuando sostiene que atendiendo al fin de estas leyes no tiene sentido plantearse si los castigos previstos son desproporcionados o no, puesto que la proporcionalidad es un concepto eminentemente retributivo y, por tanto, poco puede aportar como parámetro para valorar unas normas que en su mismo origen han renunciado a toda retribución. Coherente con tal planteamiento, este magistrado considera insostenible la opinión de sus compañeros de Sala cuando manifiestan que la Constitución no impone al legislador ninguna función concreta de la pena y, al mismo tiempo, entienden que la actividad legislativa se halla limitada por una idea retributiva en esencia como es la proporcionalidad.

En este sentido, debe admitirse que en los argumentos de la mayoría —expresados en el voto de la juez O'Connor— se advierte una cierta tendencia a confundir la exigencia de penas proporcionadas con la necesidad de que la pena cumpla algún tipo de función, tendencia que se observa en la afirmación de que las penas de Ewing y Andrade no son gravemente desproporcionadas *precisamente* porque cumplen funciones intimidatorias e inocuizadoras.

Amend California's Three Strikes (FACTS). Cfr. su página web en <http://www.facts1.com>.

⁷⁵ Al respecto, entre otros, Luna, Erik, *op. cit.*, pp. 7-9. Sobre la permanente presencia de la idea de inocuización en el debate político-criminal estadounidense y sus diversas plasmaciones en la actual legislación de aquel país, cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, “El retorno de la inocuización”, en Arroyo Zapatero *et al.*, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Cuenca, 2001, pp. 700-701.

⁷⁶ Al respecto cfr. Vitiello, Michael, *op. cit.*, pp. 423-432.

Sin embargo, esta noción de proporcionalidad poco tiene que ver con la definición más clásica de este concepto —que la define como: “conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí”—,⁷⁷ y en ella ha desaparecido la dimensión garantista de la prohibición de penas excesivas.

Otra de las ideas frecuentemente invocadas por los magistrados más reacios a apreciar la vigencia de una prohibición de exceso punitivo —no sólo en los casos de Ewing y Andrade, sino también en los precedentes expuestos— es la afirmación de que hablar de proporciones, supone una invitación a la arbitrariedad a causa de los problemas para establecer, en cada caso concreto, cuál es el castigo proporcional que merece el sujeto. Sin embargo, aún aceptando tal dificultad, parece que ésta disminuye si no se pregunta directamente cuál es el castigo proporcionado para un concreto delito, sino qué posibles castigos resultan sin lugar a dudas desproporcionados. Todo parece indicar que para esta última cuestión debe ser mucho más sencillo encontrar consensos y, además, con este planteamiento alternativo se consigue armonizar el ámbito competencial de los legisladores con las potestades judiciales: todo el ámbito de duda pertenece al legislador, y los jueces sólo deben manifestarse cuando existe consenso en que el castigo resulta desproporcionado de manera incuestionable.

VII

Más allá de las dudas expuestas, referidas al propio contenido de las sentencias de los casos Ewing y Andrade, en el debate jurídico estadounidense de la última década se han formulado numerosas objeciones a las leyes *three strikes*, muchas de ellas relacionadas con su propia eficacia y su grado real de incidencia en la criminalidad. Así, si se toma como ejemplo el caso de California, ciertamente se advierte desde mediados de los noventa una sensible disminución de la tasa de delincuencia que los partidarios de las nuevas previsiones atribuyen al tratamiento más severo de los delincuentes habituales.⁷⁸ Algunos

⁷⁷ Definición tomada del *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, 21.ª ed., Madrid, 1992.

⁷⁸ Así, ya en 1996 Lungren, Dan, “Three Cheers for 3 Strikes”, *Policy Review*, noviembre-diciembre 1996, p. 34. Este autor señala que sólo en 1995 los delitos disminuyeron un 8,5 %, una disminución que atribuye, sin duda, a la entonces reciente

autores se atreven a aventurar incluso el número exacto de delitos que la ley californiana evitó en sus dos primeros años de vigencia: ocho asesinatos, 3,972 asaltos agravados y más de 10,000 robos con violencia, según un trabajo de Joanna Shepherd.⁷⁹

Sin embargo, algunos académicos interpretan que la disminución global del número de delitos debe atribuirse a otras muchas circunstancias, y en este sentido se señala, por ejemplo, que en la ciudad de Nueva York también se logró en la misma época una sensible reducción de la tasa de criminalidad sin necesidad de introducir leyes *three strikes*, sino sólo empleando un mayor rigor en la vigilancia policial: el llamado programa de la *zero tolerance*.⁸⁰ Otros autores indican que antes de la entrada en vigor de las nuevas leyes, ya se apreciaba en los Estados Unidos una tendencia a la disminución de la criminalidad atribuible a factores diversos.⁸¹ En cualquier caso, la auténtica guerra de cifras que existe en la doctrina acerca de la influencia real de la ley hace que sea realmente muy difícil valorar sus efectos.

Asimismo, los detractores de estas previsiones llaman la atención sobre algunos efectos colaterales de su aplicación, que en modo alguno merecen una valoración positiva. Entre estas consecuencias negativas cabe mencionar, significativamente, el sensible aumento de la población reclusa que han experimentado los estados en que se aplican las leyes en cuestión, con el consiguiente aumento del gasto en

entrada en vigor de las leyes *three strikes*. Según el principal promotor de las leyes, Mike Reynolds, citando fuentes del FBI (en: <http://www.threestrikes.org/index.html>), la criminalidad en California entre 1993 y 1998 descendió un 32.7%, mientras que en el resto de estados sólo lo hizo un 13%. En estos últimos estados se han dictado muy pocas condenas al amparo de la nueva legislación, según refiere Schulz, David, *op. cit.*, p. 573. Más cifras en Luna, Erik, *op. cit.*, pp. 19-20 y Vitiello, Michael, *op. cit.*, p. 441 y ss.

⁷⁹ Shepherd, *op. cit.*, p. 159. Según esta autora (*ibidem*, p. 161), las leyes *three strikes* no sólo tienen un efecto intimidatorio para los sujetos que ya han cometido dos delitos, sino también para aquellos que aún no han perpetrado su primera infracción.

⁸⁰ Dato reconocido por Lungren, fiscal general de California, *op. cit.*, p. 38, quien señala, sin embargo, que la aplicación de la "tolerancia cero" tiene unos costos económicos mucho más elevados, especialmente en la contratación de agentes de policía, indicando que mientras en 1996 Los Ángeles sólo contaba con 8,737 policías, Nueva York tenía 37,800. Por su parte Vitiello, Michael, *op. cit.*, p. 445, señala, no obstante, que en Nueva York la criminalidad disminuyó un 5% más que en Los Ángeles.

⁸¹ Schulz, David, *op. cit.*, pp. 573-574; Vitiello, Michael, *op. cit.*, p. 444; y Luna, Erik, *op. cit.*, 1998, p. 6.

prisiones.⁸² A este hecho se añade también el envejecimiento de dicha población, con el consiguiente incremento del gasto médico.⁸³ Además, se expresa el temor de que el importante esfuerzo económico dedicado al mantenimiento de los presos lleve a desatender los programas de lucha contra las causas sociales del delito, lo que puede tener como consecuencia que las generaciones de delincuentes vayan sucediéndose sin más.⁸⁴ Así, el gasto en prisiones acaba repercutiendo en el presupuesto de educación o de los programas contra la droga o la enfermedad mental.⁸⁵ O, incluso, como apunta algún autor, en el gasto en policía, de tal modo que lo que se gana endureciendo las sanciones se pierde ante la menor certeza de su imposición.⁸⁶

Entre otras consecuencias de la aplicación de la nueva legislación, cabe citar algunas ciertamente llamativas: así, algunos autores constatan la existencia de un fenómeno de migración de sujetos en libertad condicional y, por tanto, susceptibles de padecer las consecuencias de las nuevas disposiciones en caso de reincidir, hacia estados que man-

⁸² Los partidarios de la medida replican, no obstante, que el aumento del gasto en prisión se ve compensado por la disminución de los daños que ocasiona el delito. *Cfr.* al respecto Luna, Erik, *op. cit.*, pp.17-18. Otro factor de incremento del gasto señalado por este autor (*ibidem*, pp. 28-29), es que la mayoría de acusaciones en que entra en juego la regla del *three strikes* se resuelven en juicios por jurado, y no a través de los acuerdos entre defensa y fiscal. Algunos partidarios de las leyes niegan incluso que hayan desbordado el sistema de prisiones, entre ellos, su promotor Mike Reynolds en <http://www.threestrikes.org/index.html>. El colectivo FACTS (en <http://www.facts1.com/general/facts1.htm>) aporta otras cifras: desde 1980 a 2000, la población penitenciaria pasó de 23,511 reclusos a 162,000.

⁸³ *Vid.* Luna, Erik, *op. cit.*, p. 28 y ss. Sobre el envejecimiento de la población reclusa, *cfr.* asimismo Vitiello, Michael, *op. cit.*, pp. 437-441, quien señala que el gasto en este tipo de reclusos tiene difícil justificación, pues, según muestran las estadísticas, la tasa de criminalidad disminuye a medida que aumenta la edad de los delincuentes.

⁸⁴ Posibilidad apuntada por Greenwood, Peter, Peter Rydell, Allan Abrahamse, Jonathan Caulkins, James Chiesa, Karyn Model y Stephen Klein, "Estimated Benefits and Costs of California's New Mandatory-Sentencing Law", en Shichor/Sechrest (eds.), *Three Strikes and you're out. Vengeance as Public Policy*, Thousand Oaks, 1996, p. 83. Según estos autores, las nuevas leyes "funcionan cuando se trata de transferir delincuentes de las calles a la prisión, pero no funcionan si lo que importa es destruir las fuentes de suministro de delincuencia". Algunas cifras sobre el aumento del gasto en prisiones atribuibles a estas leyes en Feeley, Malcom, *op. cit.*, 2002, p. 428.

⁸⁵ Luna, Erik, *op. cit.*, pp. 25-26. Según cifras aportadas por este autor, el estado de California gasta cinco veces más por preso que por estudiante.

⁸⁶ *Cfr.* al respecto las observaciones de Vitiello, Michael, *op. cit.*, p. 442.

tienen una legislación más benigna.⁸⁷ Otros autores ponen de manifiesto que la ley se ha aplicado de manera especial en sujetos de raza negra, que han resultado ser el 43 % de los reos condenados por las leyes *three strikes*, pese a que sólo constituyen un 7 % de la población de California.⁸⁸

A menudo, se ha advertido también cómo muchos fiscales y jueces son reacios a la aplicación de la ley, lo que ha tenido como consecuencia que en la práctica se hayan valido de los más diversos recursos interpretativos para eludir los efectos de la interpretación más literal de estas normas.⁸⁹ A resultas de este fenómeno, en aquellos casos en que la ley se ha aplicado en su plenitud, a causa de la severidad del fiscal, no puede evitarse la sensación de que el reo ha sido tratado de forma poco igualitaria en comparación con otros delincuentes. Ello permite afirmar a autores como Feeley y Kamin, que las leyes *three strikes*, como muchas otras leyes aparentemente creadas para reducir la discrecionalidad, han tenido como efecto un aumento de los poderes discrecionales de fiscales y jueces.⁹⁰

Por último, cabe mencionar también la posibilidad de que las graves consecuencias que se vinculan a la comisión del tercer delito acaben repercutiendo negativamente en la tasa de comisión de ciertas infracciones. En este sentido, algunos autores señalan que el hecho

⁸⁷ Lungren, Dan, *op. cit.*, p. 37. Según este autor, el año que entró en vigor la ley californiana 1.335 reos en libertad condicional decidieron trasladarse a otros estados.

⁸⁸ Cifras aportadas por Schulz, David, *op. cit.*, pp. 581-582. *Cfr.* igualmente al respecto Luna, Erik, *op. cit.*, pp. 27-28 y Vitiello, Michael, *op. cit.*, pp. 456-457.

⁸⁹ *Cfr.* el interesante trabajo de Feeley, Malcom y Sam Kamin, "The Effect of 'Three Strikes and You're Out' on the Courts", en Shichor/Sechrest (eds.), *op. cit.*, Thousand Oaks, 1996, pp. 135-153. Estos autores señalan (*ibidem*, p. 150) como "punto débil" de la nueva legislación, el hecho de que sea el fiscal quien deba acreditar las previas condenas de un acusado, lo que deja en sus manos la decisión de solicitar en cada caso la aplicación de las normas para reincidentes. La enorme influencia de la discrecionalidad de los fiscales en el grado de aplicación de las leyes *three Stripes*, es apuntada también por Pillsbury, Samuel H., "A Problem in Emotive Due Process: California's Three Strikes Law", *Buffalo Criminal Law*, 2002, p. 489. En relación con la jurisprudencia de ciertos tribunales californianos, previa a las decisiones del Tribunal Supremo, dirigida a mitigar en algunos casos las consecuencias de la ley *three strikes*, *cfr. Ibidem*, p. 517 y ss. Sobre estas cuestiones, *cfr.* también Luna, Erik, *op. cit.*, pp. 25-27 y Schulz, David, *op. cit.*, p. 575.

⁹⁰ Feeley/Kamin, *op. cit.*, p. 150. Un análisis de cómo las leyes en cuestión han afectado al tradicional rol del juez en el proceso penal estadounidense, puede encontrarse en Pillsbury, Samuel, *op. cit.*, p. 506 y ss.

de que el tercer delito comporte ya para el delincuente la imposición de una pena de privación perpetua de libertad supone, en la práctica, una invitación a cometer actos más graves con el propósito de evitar el descubrimiento de la tercera conducta delictiva.⁹¹ Una invitación, por ejemplo, a matar a los testigos de un simple hurto para evitar su descubrimiento y la imposición de una pena de reclusión perpetua. O, cuando menos, a utilizar la fuerza contra los agentes de la policía para evitar la detención.⁹²

VIII

Desde una perspectiva europea, las leyes *three strikes* pertenecen sin duda a lo que para muchos observadores constituye el catálogo de excesos y extravagancias político-criminales estadounidense. Una categoría de la que también forman parte otros fenómenos más o menos arraigados en la tradición jurídica de aquel país, como los registros de delincuentes sexuales, las denominadas penas avergonzantes, la privatización del sistema carcelario o, por supuesto, el mantenimiento a ultranza de la pena de muerte en muchos estados.

Pese a que la propuesta de imponer la pena de reclusión perpetua cuando se cometa el tercer delito, cuenta en la historia jurídica europea con representantes tan ilustres como Franz von Liszt, en el actual debate político-criminal del viejo continente la lucha contra los delincuentes habituales no se plantea en términos tan rotundos como el de las leyes *three strikes*.⁹³ Así, por ejemplo, las recientes reformas de la legislación española para endurecer el régimen de los multi-reincidentes merecen ser calificadas de muy moderadas si se las compara con las leyes norteamericanas, del mismo modo que la jurisprudencia del

⁹¹ Muy interesante al respecto el trabajo de Marvell, Thomas B. y Carlisle E. Moody, "The Lethal Effects of Three-Strikes Laws", *Journal of Legal Studies*, 2001, pp. 89-106. Según estos autores, las leyes *three strikes* han supuesto un aumento de los homicidios entre el 10 y el 12 %, cifras que, a corto plazo, pueden incrementarse hasta el 29 %. Los autores se basan en la idea (*ibidem*, p. 91) de que: "cuando las penas de un delito y de su modalidad agravada son similares, cabe esperar que el delincuente cometa la modalidad agravada si ello reduce la posibilidad de ser detenido y declarado culpable".

⁹² Cfr. Luna, Erik, *op. cit.*, pp. 30-32.

⁹³ Liszt, Franz von, *La idea de fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo 1882*, (trad. C. Pérez del Valle), Granada, 1995, pp. 86-87.

Tribunal Constitucional español en materia de proporcionalidad parece ser —pese a sus vacilaciones— una barrera mucho más sólida para evitar posibles excesos del legislador que la del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Así, en la actual redacción del art. 234 del Código Penal la comisión en el plazo de un año de cuatro conductas constitutivas de una falta de hurto sólo se castiga con una pena de prisión de seis a dieciocho meses.⁹⁴ Por su parte, aunque el Tribunal Constitucional español afirma en su jurisprudencia —al igual que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos— que la decisión sobre la pena que corresponde a cada delito es una cuestión que compete fundamentalmente al legislador y que la jurisdicción constitucional sólo debe intervenir en casos extremos⁹⁵ (...) ello no le ha impedido declarar inconstitucional la pena de siete años de prisión impuesta a los miembros de la Mesa Nacional de *Herri Batasuna* por decidir divulgar en televisión un vídeo de la organización terrorista ETA, así como la imposición de una medida de cuatro meses de internamiento a un menor que cometió una falta de hurto frustrado.⁹⁶

Con todo, y pese a tan distintas sensibilidades, conviene no menospreciar la importancia de la política criminal estadounidense para el debate europeo. Cuestiones cuya discusión es relativamente reciente

⁹⁴ Para la reforma, *cf.* el texto de la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre (BOE de 30 de septiembre de 2003), de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

⁹⁵ Así, afirma este Tribunal (*vid.* STC de 22 de mayo de 1986, ponente Latorre Segura) que: “en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto. Ello se deduce, como es claro, del artículo 117 de la Constitución. Consecuentemente, no cabe deducir del art. 25.1 de la Constitución española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito”.

⁹⁶ *Vid.*, respectivamente, la STC de 20 de julio de 1999 (ponente Viver Pi-Sunyer) y la STC de 17 de marzo de 1998 (ponente Cruz Villalón). Con todo, la jurisprudencia constitucional española tampoco es un modelo de coherencia. Así, por ejemplo, en la citada STC de 22 de mayo de 1986 se consideró constitucional una pena de doce años y un día de prisión, para un sujeto que se había apropiado de varios kilos de carne pertenecientes a un organismo público.

en Europa, como la creación de registros públicos de delincuentes o el propio lema de “tolerancia cero”, vienen planteándose desde hace años en Estados Unidos, del mismo modo que este país fue en su momento precursor en la aplicación de las ideas resocializadoras, ahora en crisis también en el continente europeo.⁹⁷ Algunos indicios permiten afirmar que, como en Estados Unidos, la demanda por parte de la opinión pública europea de un tratamiento más severo de los delincuentes habituales no decrecerá en los próximos años, sino más bien lo contrario. Las condenas de Ewing y Andrade deberían servir como ejemplo de los riesgos que corren los legisladores del viejo continente, si en el futuro no ponen límites a su afán por satisfacer tales demandas.

⁹⁷ El mismo día en que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó las sentencias de los casos Andrade y Ewing, se pronunció también a favor de la constitucionalidad de los registros de delincuentes sexuales en la sentencia del caso *Smith et al. vs. Doe et. al.*, <http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/01-729.pdf>. Sobre el abandono de la resocialización en California, un estado que en su momento fue precursor de las ideas rehabilitadoras, *cfr.* Vitiello, *op. cit.*, pp. 423-424.

*Literatura y
Ciencias Penales*

LETRAS CON SANGRE. LITERATURA EN TINTA ROJA

Rafael Moreno González

Edgar Allan Poe no es sólo el padre de la novela policiaca, sino también el creador de géneros tan diversos como el cuento fantástico, los *westerns* y la narrativa del absurdo. Pero a doscientos años de su nacimiento, y como lo explica el autor de este artículo —catedrático e investigador del INACIPE—, pocos conocen los aportes que este genio literario universal, calificado en un tiempo como un dipsómano y drogadicto sin talento artístico alguno, hizo al desarrollo de la Criminalística en particular y de la investigación policiaca en general.

Las novelas policiacas tienen en contra suya la curiosidad que despiertan, la imposibilidad de abandonarlas una vez comenzadas, lo cual hace que los “intelectuales” (por llamarlos de alguna manera), que siguen aferrados al extraño esnobismo del aburrimiento, al que confunden con la seriedad, se disculpen en publico de leer lo que a escondidas les gusta.

JEAN COCTEAU

Con la publicación del relato titulado *Los asesinatos de la calle Morgue*, en abril de 1841, el escritor norteamericano Edgar Allan Poe se convirtió en el padre fundador de la narrativa policiaca, uno de los géneros más pródigos en la historia de la literatura universal. Por ello, no es de extrañar que al cumplirse el bicentenario de su nacimiento (1809-2009), la fama del autor haya vencido las infamias propaladas por su primer biógrafo —Rufus Griswold—, empeci-

nado en describirlo como un dipsómano y un drogadicto que “arrastrado por los delirios de su imaginación enferma, pretendió alcanzar la gloria del arte sin más talento que el de su arrogancia ni más inspiración que la de su locura”.

En desagravio de Poe, fue nada menos que Charles Baudelaire, el genial poeta francés, quien supo reconocer y difundir los méritos excepcionales de su colega americano, parte de cuya obra tradujo con el entusiasmo de quien ha descubierto no sólo a un gran escritor sino también a un espíritu afín: “La primera vez que leí un libro de Poe, hallé con asombro en sus páginas temas que yo había soñado, e incluso frases por mí pensadas pero escritas por él veinte años antes”.

A manera de justicia poética, fue en lengua francesa que la obra de Poe se dio a conocer en todo el continente europeo y desde éste se proyectó al mundo entero, como si el detective Auguste Dupin, concebido por la imaginación del visionario norteamericano, hubiese cobrado vida en la persona de Baudelaire para rendirle merecido homenaje.

Análoga paradoja registran los anales de la ciencia criminalística, ya que Alphonse Bertillon (1853-1914) aplicó sus teorías antropométricas valiéndose de un dibujo realizado según la descripción que hizo Poe de su personaje, antecedente del *portait parlé* o “retrato hablado” que habría de introducirse como una nueva técnica de identificación en la Prefectura de Policía de París.

Si es verdad que el arte imita a la vida, no lo es menos que la vida suele inspirarse en el arte. Así, los tres relatos protagonizados por *monsieur* Dupin, el primer detective de la literatura universal, dieron cauce simultáneo al género policiaco y a la ciencia criminalística, de tal modo que la ficción narrativa y la investigación científica han mantenido, desde entonces, una fructífera correspondencia en la que resulta imposible determinar si una es reflejo de la otra o si ambas son el resultado de una misma búsqueda por diferentes caminos.

Como es bien sabido, luego de la publicación de *Los asesinatos de la calle Morgue* (1841), en las páginas del *Graham's Magazine*, Dupin reaparece en otros dos relatos donde hace gala de su mente analítica: *El misterio de Marie Roget* (1842) y *La carta robada* (1845). Con esta formidable trilogía, Poe dejó establecido el arquetipo del investigador cuya capacidad de observación le permite reconstruir los hechos y, a partir de los mismos, aplicar el método deductivo que conducirá al esclarecimiento de un crimen aparentemente insoluble.

De muy contados autores puede afirmarse que hayan dado origen a un nuevo género literario, pero en el caso de Poe se trata no ya de uno sino de varios: el cuento fantástico moderno; el relato de terror psicológico (sin monstruos ni fantasmas); la ciencia-ficción (anticipándose a Julio Verne); la fabulación del absurdo (antes que Kafka, Ionesco y Beckett); el llamado *western* (aventuras en el lejano oeste americano); la prosa poética (cultivada luego por los simbolistas) y, por supuesto, la narrativa detectivesca.

Poe no tuvo sucesores inmediatos en Norteamérica ni tampoco en Inglaterra por cuanto se refiere al tema policiaco, así que transcurrieron veinte largos años para que fructificara la semilla de *Los asesinos de la calle Morgue*. Pero esto sucedió en Francia, cuando Emile Gaboriau (1835-1873) publicó por entregas *El caso Lerouge* (1866). A partir de entonces, Auguste Dupin se vio acompañado por el inspector Lecoq, un colega menos cerebral que no formula hipótesis alguna sin haber realizado antes meticulosas indagaciones.

Gaboriau tenía tras de sí una tradición literaria de primer orden, pues el mismo Balzac había incursionado en estos temas con su libro *Un asunto tenebroso* y, además, disponía como referente de las *Memoorias* publicadas en 1828 por Eugène François Vidocq, ex presidiario rehabilitado que fundó la primera oficina de investigación en 1817.

Con respecto a la diferencia de metodología entre Poe y Gaboriau, puede afirmarse que mientras el norteamericano personifica al genio, el francés encarna el talento. Dicho de otro modo, el detective Dupin es un maestro del pensamiento abstracto, en tanto que el inspector Lecoq es un policía experimentado; el primero, inteligencia pura; el segundo, sagacidad fincada en la práctica del oficio. Dupin y Lecoq representan, en suma, los dos personajes claves del relato detectivesco: el investigador independiente y el comisario de policía.

A su vez, ejemplifican también dos escuelas narrativas y las idiosincrasias nacionales de sus respectivos autores. Los anglosajones, en general, se interesan particularmente por las complejidades de la investigación. Por su parte, los franceses son más proclives a resaltar el aspecto melodramático. Consecuentemente, cabe hablar de una escuela anglosajona, encabezada por Edgar Allan Poe y Arthur Conan Doyle, así como de una escuela francesa representada por Emile Gaboriau y Maurice Leblanc.

Tratándose de personajes, Auguste Dupin y Sherlock Holmes son los teóricos, los razonadores, los maestros del intelecto. En cambio, el

comisario Lecoq y el audaz Arsenio Lupin son los intuitivos, los improvisadores, los hombres de acción.

A pesar de algunos ilustres detractores, curiosamente casi todos de lengua inglesa (Whitman, Eliot, James), los discípulos de Edgar Allan Poe constituyen legión y, en justa reivindicación de su nombre, no exageró Arthur Conan Doyle cuando dijo que: “si cada autor inspirado en la obra de Poe aportara un pequeño donativo con la finalidad de hacerle un monumento al maestro, se podría edificar una pirámide tan alta como la de Keops”.

Y, sin duda, el primero entre los herederos de Edgar Poe figura precisamente Arthur Conan Doyle (1859-1930), creador del más célebre detective de todos los tiempos: Sherlock Holmes quien, desde su aparición como protagonista de *Estudio en escarlata* (1887) y hasta la última de sus aventuras, relatada en el caso de *Shoscombe Old Place* (1927), despertó el más vivo interés por la literatura de temática policial e influyó poderosamente en el avance de la ciencia criminalística.

Inspirado en el personaje de ficción que inventara Edgar Poe, así como en el doctor Joseph Bell, estafalario pero brillante médico de quien Conan Doyle no sólo fue su alumno en la Universidad de Edimburgo sino también su asistente en la atención de pacientes externos, el escritor británico logró conjugar en la personalidad de Sherlock Holmes el carácter temperamental del artista y el intelecto superior del genio científico, no sin dotarlo también de algunos rasgos negativos (misógino, vanidoso, adicto a la cocaína) que, en términos de verosimilitud, le confieren una mayor complejidad psicológica y, por consiguiente, reafirman su condición humana.

Todas estas características son plasmadas de manera magistral por el testimonio de su fiel amigo y colaborador, el doctor John H. Watson, supuesto autor de las “memorias” que describen con minuciosa devoción las andanzas del detective.

Eficaz recurso narrativo que ya Edgar Poe había utilizado para hacer más convincentes y admirables las hazañas del investigador Auguste Dupin, si bien es cierto que el compañero de éste apenas aparece esbozado y, cual simple notario, no alcanza jamás la dimensión de un verdadero personaje ni llega a tener siquiera un nombre propio. Por el contrario, resulta obvio que el doctor Watson reviste una importancia capital en las narraciones de Conan Doyle pues, además de cumplir su tarea como biógrafo del protagonista, le sirve de marcado contraste. Su presencia junto a Holmes no queda reducida a

una sombra ni tampoco constituye un observador meramente pasivo ya que interviene con frecuencia en ayuda de su amigo, aunque la mayoría de las veces sea en forma modesta. Pero, sobre todo, Watson es el interlocutor imprescindible que nos permite “escuchar” la voz de Sherlock Holmes.

Este binomio de contrarios complementarios se repetirá en la narrativa policiaca como una fórmula convencional, más o menos acertada según el talento de cada autor. Sin embargo, nadie hasta ahora ha superado la estupenda combinación de virtudes y defectos que Arthur Conan Doyle personifica mediante Holmes y Watson, aunque dichos personajes no sean sino un pálido reflejo de Don Quijote y Sancho Panza, cuya trascendencia está por encima de cualquier género.

Por otro lado, no está de más recordar que la saga de Sherlock Holmes comprende sesenta casos criminales relatados en cincuenta y seis narraciones cortas y en cuatro novelas, material bibliográfico que a su valor literario añade numerosas aportaciones en el campo de la Criminalística, ya que el detective se ajusta rigurosamente a la metodología de la investigación científica, aplicándola paso a paso mediante la gradual concatenación de los indicios observados, las hipótesis formuladas y la realidad concreta de los hechos.

De ahí que Holmes consiguiera aventajar a la policía de su época, cuyos investigadores solían extraviarse en el curso de las indagaciones al soslayar los detalles y rehusarse a tomar en cuenta aquellos datos incompatibles con su hipótesis inicial.

Durante casi medio siglo, la narrativa policiaca giró en torno a la órbita trazada por Conan Doyle y su más original sucesor fue Gilbert Keith Chesterton (1874-1936), maestro de la paradoja, creador del ingenuo, regordete y distraído padre Brown, cuya preocupación no es tanto aprehender al criminal como salvar su alma. El sacerdote-detective considera que miseria, engaño y maldad son una misma locura diabólica, piezas de un rompecabezas y, por consiguiente, es necesario colocar cada una en un sitio, restablecer la verdad que es como el rostro de Dios.

Con fino sentido del humor y razonamientos de gran hondura filosófica, sin apartarse por ello del sentido común en su expresión más sencilla, Chesterton respeta las directrices de Poe y Conan Doyle manteniendo la estructura ya bien definida del relato criminal pero bajo un enfoque muy distinto: el protagonista no posee una intelligen-

cia superior, cree en la superioridad de la inteligencia frente al desorden que amenaza con su irracionalidad la convivencia entre los hombres.

Polígrafo excepcional, su obra no se circunscribe al género policia-
co y comprende títulos que ya son verdaderos clásicos, tales como: *La esfera y la cruz*, *El hombre que fue jueves* (novelas); *Ortodoxia*, *El hombre eterno* (ensayos); *La balada de Lepanto*, *La balada del caballo blanco* (poemas); y, claro está, *El candor del padre Brown* (cuentos).

Convertido al catolicismo, sostuvo polémicas de resonancia legendaria con notables personalidades de su época: H.G. Wells, Bernard Shaw y H. Bellock, resultando siempre vencedor gracias a su erudición, ingenio y caballerosidad. Con sus casi dos metros de estatura y muchos kilos de peso, infundía tanto respeto como simpatía, capaz de convencer a los más reacios incrédulos merced a sus paradójicas argumentaciones en favor de la fe, lo cual no le impedía ser sumamente olvidadizo, al grado de tener que llamar por teléfono a su mujer para que le recordase con qué propósito había salido a la calle.

En la actualidad, su obra suscita renovado interés y las traducciones se multiplican en todo el mundo, circunstancia menos sorprendente que la iniciativa emprendida por parte de ciertos sectores católicos para llevarlo a los altares. Si tal postulación, poco probable, llegare a concretarse, Gilbert K. Chesterton podría convertirse en el “santo patrono de la narrativa policia-
ca”.

Pero, llegados a este punto, sería un error inexcusable olvidar que la literatura policial también ha seguido una vertiente en la que sus personajes protagónicos no sólo se sitúan al margen de la ley sino que actúan deliberada y tenazmente en su contra; sí, delincuentes, ya sea por motivos “justicieros” a la manera de modernos Robin Hood; atraídos por el afán de aventura y los riesgos que ésta conlleva; arrastrados por la codicia y la venganza o, inclusive, verdaderos psicópatas que solamente buscan satisfacer su incontrolable deseo de violencia y destrucción. En tales casos, la denominación de narrativa criminal, no policia-
ca, resulta mucho más adecuada, aun cuando sus contribuciones para el desarrollo de las Ciencias Penales no sean menos dignas de aprecio.

Dentro de esta modalidad, los autores de la lengua francesa tomaron ventaja frente a sus colegas anglosajones, más inclinados hacia el razonamiento como se hizo notar en páginas anteriores. Entre sus exponentes de mayor renombre se encuentra Maurice Leblanc (1864-

1941), creador del famoso ladrón “de guante blanco” Arsenio Lupin, un joven elegante que ama a las mujeres, el *champagne* y los duelos. Aunque enemigo del crimen sangriento, no considera que la propiedad deba ser respetada y elige como víctimas a personas adineradas y políticos corruptos. “Yo robo en las mansiones —le dice al banquero Kesselbach—, tú robas en la Bolsa”.

Artista consumado del maquillaje y el disfraz, llega en su temeridad hasta el extremo de ejercer la profesión de detective para la “Agencia Barnett y Asociados”, creación suya, a través de la cual resuelve casos que traen en jaque a los guardias de la ley, no sin asignarse una recompensa, por así decirlo, en especie, como robar las joyas que debía recuperar. La enorme popularidad de su personaje animó a Leblanc para enfrentarlo con Sherlock Holmes en una novela, si bien tuvo que modificar su nombre por el de “Herlock Sholmes” a causa de los derechos de autor.

Conviene puntualizar que personajes de ficción como Lupin presentan rasgos similares a los de su contraparte —el policía o detective—, dado que no son ajenos a la metodología científica y aún se sirven de ella para llevar a cabo sus delitos. El ejemplo más claro al respecto lo constituye el profesor Moriarty, enemigo acérrimo de Sherlock Holmes, genio matemático y hombre de vasta cultura que supera al investigador en muchos aspectos. Tan es así que Conan Doyle lo describe, por boca del propio Holmes, como “un Napoleón del crimen” cuyas redes se extienden más allá de las fronteras de Inglaterra, y resulta ser un conspirador tan hábil que la policía carece de toda evidencia para relacionarlo con alguna clase de ilícito no obstante que planea y dirige las más siniestras operaciones criminales.

Baste recordar *El problema final*, relato donde Holmes y Moriarty se encuentran “cara a cara” para medirse en un duelo no ya de intelectos sino de fuerza física, con el sorpresivo desenlace de que ambos se precipitan al vacío en desesperado forcejeo, tras resbalar al borde de la catarata de Reichenbach, en Austria, hasta donde había llegado Holmes en su obsesiva persecución del escurridizo y brillante criminal.

Harto de escribir las hazañas del formidable y cada día más admirado detective, su creador supuso que con este recurso argumental podría liberarse para siempre de Holmes y, de paso, también eliminar a su antagonista, pero estaba muy equivocado pues las protestas de los lectores fueron tan numerosas y airadas que se vio obligado a “resuci-

tarlo” en una nueva serie de relatos, no sin tener que valerse de una forzada e inverosímil explicación, según la cual el detective había logrado asirse, en el último instante, de una rama que le permitió evitar la mortal caída.

Junto con Arsenio Lupin y el profesor Moriarty, otro protagonista famoso en la narrativa criminal es Raffles, sofisticado ladrón de joyas y obras de arte al que dio vida literaria el escritor E. W. Hornung, cuñado de Conan Doyle. Como una especie de retrato “en negativo” de Holmes, este agradable bandido se desenvuelve con la mayor naturalidad entre la aristocracia inglesa pues su educación en las mejores escuelas, porte distinguido y aire mundano consiguen abrirle todas las puertas y, si acaso encuentra alguna cerrada, no vacila en echar mano de la ganzúa o, si lo requiere la circunstancia, de afinar el oído para detectar la combinación de una caja fuerte.

Al igual que Sherlock Holmes, Raffles se hace acompañar de un asistente incondicional, el joven Bunny, quien refiere por escrito y con no disimulado placer las peripecias del maestro, tal como lo hace el doctor Watson. Y para no dejar dudas sobre su exacta equivalencia con el detective pero en sentido opuesto a la ley, aplica sus notables recursos intelectuales al servicio del crimen: “Para vivir, sólo cuento con mi inteligencia, nada más”, le dice a Bunny en el relato *Los idus de marzo*.

Completa la tercia de genios criminales —verdaderos “clásicos” de la literatura—, el misterioso Fantomas inventado por Pierre Souvestre (1874-1914) y Marcel Allain (1885-1970). Semejante a sus predecesores, Fantomas es un rebelde que desafía a la sociedad propagando el terror de la impunidad en el anonimato. Le gusta el dinero, es cierto, pero está más interesado en burlarse de la policía y agraviar a los poderes establecidos, buscando siempre superarse, haciendo cada vez una fechoría más atrevida, más atroz, más inesperada.

En las páginas iniciales del primer volumen de la serie, el presidente Bonnet hace un llamado de alerta contra él: “A veces asume la personalidad de un individuo determinado, incluso conocido; a veces se presenta bajo la apariencia de dos seres al mismo tiempo (...) No está en sitio alguno y está en todas partes (...) ¡Fantomas!”. El inspector Juve le define así: “El hombre que ha sabido concebir y llevar a cabo unos crímenes en condiciones inauditas, que ha sabido unir la temeridad a la ciencia, la imaginación del mal a la apariencia de respetabi-

lidad; el hombre que ha sabido ser un Proteo eludiendo, hasta ahora, todas las búsquedas de la policía (...).”

Al enfatizar la sensación de temor que provoca este evasivo criminal, Souvestre y Allain se alejaron de la llamada novela-problema para dar paso al relato de persecuciones y suspenso, lo cual también puede afirmarse de las narraciones protagonizadas por el maligno doctor Fu-Manchú, creación del escritor inglés Arthur Saxfield Ward (1883-1959), alias Sax Rohmer, quien recurre al factor exótico del “peligro amarillo” con el fin de hacer patente una atmósfera de misterio. Fu-Manchú conjuga el sadismo y la ambición política, impulsado por la idea de restablecer el poderío de la antigua China, delirante proyecto al que están subordinadas todas sus perversas maquinaciones.

Fantomas y Fu-Manchú, tal como aparecen en las versiones originales de sus respectivos creadores, no desmerecen frente a otros personajes de la narrativa criminal, sin olvidar que introdujeron en ésta nuevos elementos argumentales y psicológicos de gran impacto para el lector, anticipándose a las tendencias hoy predominantes: mayor crudeza, perturbadora ambigüedad y dudosa victoria sobre las fuerzas del mal.

A pesar de haber sido ridiculizados hasta lo grotesco, estos precursores del “antihéroe” anunciaban ya, quizá de manera involuntaria, cambios de mentalidad muy significativos que, a su vez, eran consecuencia de una grave y generalizada crisis moral. Los asesinos seriales (*serial killers*) y toda clase de psicópatas que actualmente son el centro de atención en las novelas, las películas y las series de televisión policiacas, fueron descritos con toda oportunidad por autores hoy casi relegados al olvido.

Queda claro el hecho de que la Literatura ha dado pautas muy valiosas, tanto para el desarrollo de la Criminalística como para el estudio de la Criminología, aportaciones no siempre bien aprovechadas y, en ocasiones, completamente ignoradas. Diríase que un idéntico prejuicio ha sido la causa del nulo interés por la narrativa policial entre los académicos y los peritos: suponer que razón e imaginación se contraponen cuando, en realidad, son los dos ojos de la inteligencia.

Conforme a los cánones del género policiaco, los últimos representantes de la vieja escuela son Agatha Christie, Elley Queen y Rex Stout, prolíficos cultivadores de la novela-problema, es decir, de las

historias centradas en dilucidar el procedimiento que se llevó a cabo para la comisión de un delito, generalmente homicidio, y en la identificación del criminal. Por su rígido esquema de sucesivos interrogatorios a los sospechosos y largas explicaciones a cargo del investigador, estas novelas suelen convertirse en un juego bastante convencional en el que, además, el autor hace trampa al ofrecer una solución inesperada aunque pretendidamente lógica.

Como si se tratara de resolver un crucigrama o de sumar puntos en un concurso de preguntas, esta clase de relatos puede alejarse totalmente de una auténtica investigación policial y, sin embargo, mantener la atención del lector gracias a una bien dosificada secuencia de trucos o efectos teatrales; técnica equiparable con la habilidad de un prestidigitador para distraer al público bajo el axioma de que: “la mano es más rápida que la vista”.

Sin desconocer, por ejemplo, los méritos narrativos de la escritora inglesa Agatha Christie (1890-1976), su célebre inspector Hércules Poirot no pasa de ser, bien mirado, sino una burda parodia de Sherlock Holmes. Más convincentes resultan el capitán Hastings y la señora Marple, ésta última una mujer detective que se parece demasiado a su creadora. En cualquier caso, desde hace ya varios años el atractivo de sus libros decrece y se percibe un gradual pero inexorable envejecimiento de las fórmulas que tanto éxito le dieron en el pasado. No en balde se dijo de ella, cuando encabezaba la lista de los libros más vendidos en todo el mundo, que había ganado más dinero por medio del crimen que Lucrecia Borgia.

Una situación inversamente proporcional corresponde a la novelista, también británica, Dorothy Leigh Sayers (1893-1957), conocida principalmente por las historias que protagoniza el aristócrata Lord Peter Wimsey, quien hizo su aparición en el mundo de la ficción detectivesca con un sonoro grito de “¡maldición!”, al que le siguieron diez novelas más y dos colecciones de cuentos. Lo cierto es que *Cinco pistas falsas*, *Veneno mortal* y *Un cadáver para Harriet Vane* son libros que le han acreditado entre los autores del género con mayor originalidad. Para ella, en cambio, su mejor obra fue la traducción al inglés de la *Divina Comedia* de Dante.

Atraída particularmente por el comportamiento criminal, la novelista estadounidense Patricia Highsmith (1921-1995), posiblemente la más talentosa de las mujeres que han abordado estos temas, demuestra una gran capacidad psicológica al explorar el mundo de persona-

jes desequilibrados o, al menos, inadaptados, como queda de manifiesto a partir de *Extraños en un tren* (1950), historia llevada a la pantalla por Alfred Hitchcock con guión de Raymond Chandler. También es autora del ciclo novelístico sobre el estafador que suplanta a sus víctimas, Tom Ripley, ladrón y homicida ocasional (*El talento de Mr. Ripley*, *La máscara de Ripley*, *El juego de Ripley*, etc.), adaptado al cine con desigual fortuna. Sin olvidar otras novelas como *Gente que llama a la puerta*; *Sirenas en el campo de golf* y los cuentos reunidos bajo el título de *Crímenes imaginarios*, por sólo citar algunas de sus obras más apreciadas.

Pero volviendo a los máximos exponentes de la novela-problema, Rex Stout, originario de Noblesville, Indiana (1886), publicó su primera narración policiaca a los cuarenta años. *Fer de Lance*, cuyo protagonista llamado Nero Wolf es un detective obeso e hipocondríaco que resuelve los casos más intrincados sin poner jamás un pie en la escena del crimen y poco afecto a entrevistarse con los involucrados en el drama, ya que prefiere cultivar orquídeas negras en su jardín y beber cerveza. Dotado de una mente prodigiosa, analiza los datos que le proporciona su secretario Archie Goodwin y, luego de una larga introspección durante la que acostumbra contemplar sus orquídeas, aplica esta lógica implacable: “Los pesimistas no hacen más que llevarse sorpresas agradables, mientras que los optimistas sólo sufren desengaños. Tal es la ventaja de ser pesimista.”

No tan extravagantes como Rex Stout ni tan autocomplacientes como Agatha Christie, los escritores norteamericanos Manfred B. Lee y Frederic Dannay hicieron perfecta mancuerna bajo el seudónimo de Ellery Queen, nombre que también corresponde al de su personaje: un detective aficionado, hijo del inspector Richard Queen de la policía neoyorquina. Colaborador eventual en investigaciones oficiales, Ellery trabaja generalmente por su cuenta sin aceptar remuneración alguna y, por su método analítico-deductivo, se identifica con Dupin, Holmes y todos aquellos investigadores que dependen casi exclusivamente de su inteligencia para desentrañar los enigmas planteados.

Hacia finales de 1928, Lee y Dannay decidieron probar fortuna en un certamen de novela policial, resultando triunfadores con su narración *El misterio del sombrero de copa* que se convirtió en un auténtico *best seller*. A partir de entonces, las obras de Ellery Queen han tenido una amplia difusión, lo cual puede atribuirse a su estilo senci-

llo y ameno pero no exento de ingenio en el desarrollo de la trama, condimentada con una sutil ironía y cierto matiz de autoparodia que se gana la simpatía del lector.

Según puede apreciarse por lo dicho hasta aquí, las características de la escuela anglosajona y más específicamente de la novela-problema, misma que se originó en los relatos de Poe pero que Conan Doyle llevó a su más alto grado de perfección o eficacia narrativa, pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Se plantea un caso “indescifrable”, el cual debe ser resuelto mediante un complicado procedimiento intelectual, similar en muchos aspectos a un juego de ajedrez.
2. La investigación efectuada para esclarecer el enigma debe conducir a una doble respuesta: a) quién cometió el crimen; y, b) cómo se llevó a cabo. Muchas veces resulta más importante la segunda respuesta, ya que las circunstancias del crimen parecen sin explicación posible y en ello radica el interés principal de la trama.
3. La violencia ha de presentarse en dosis muy reducidas, limitada por lo general al crimen que origina la investigación.
4. La solución del problema debe ser lógica pero sorprendente, y corresponde al detective explicarla en las páginas finales del relato o la novela.

Por cuanto concierne a la escuela francesa, puede incluir algunos de los elementos ya mencionados pero no privilegia el razonamiento ni busca ser sistemática. Tiende a resaltar los aspectos de carácter fortuito, las emociones antes que los razonamientos, la voluntad más que la inteligencia. El espíritu de aventura suple a la atmósfera de misterio y aun cuando no es necesariamente más violenta, sí procura una mayor intensidad en las acciones.

Ciertamente, existen narraciones que combinan características de una y otra escuela, así como las hay protagonizadas por el detective o por un delincuente. Éstas últimas pueden diferenciarse, como ya se dijo, al aplicar el adjetivo de *policiaca* o *criminal* para la historia relatada, según el carácter del protagonista y el enfoque con que se aborden los hechos.

Hacia mediados de los años veinte y, con mayor precisión, luego del *crack* que provocó la ruina económica en Estados Unidos, surgió en

este país una nueva modalidad del género conocida como “serie negra” o escuela americana, fiel reflejo de la descomposición social, el creciente número de inmigrantes europeos tras la debacle de la Primera Guerra Mundial y el desmesurado crecimiento urbano, factores que determinaron la aparición del crimen organizado con la *mafia* y muchas otras asociaciones delictivas. Es la época durante la cual entró en vigor la tristemente célebre “Ley seca” que prohibía la venta de licores y alentaba, por consiguiente, la proliferación del mercado clandestino, el contrabando y toda clase de turbios pero muy lucrativos negocios por los que disputaban, en guerra sin cuartel, los llamados *gangsters*. Panorama no muy diferente al que se puede ver hoy en día...

El padre de la serie negra es Dashiell Hammett (1894-1961), escritor norteamericano que trabajó como detective a sueldo de la “Agencia Pinkerton”, antes de dedicarse profesionalmente a la literatura. Hammett aportó una nueva técnica narrativa, más acorde con la realidad de su tiempo y la idiosincrasia del pueblo estadounidense. Desechó la figura del investigador cerebral —a la manera de Sherlock Holmes— para reemplazarla por la del detective rudo y pragmático. En sus obras el interés no gira alrededor de un crimen inexplicable sino en torno a la violencia cotidiana, dejando de lado los escenarios aristocráticos y elegantes para adentrarse en la “jungla del asfalto”, la gran ciudad.

Los héroes de Hammett están muy lejos de poseer un intelecto superior, por el contrario, se trata de sujetos mediocres e incultos cuya profesión les obliga a proceder guiados más por el instinto y la experiencia que por la razón y la ciencia, inmersos hasta el cuello en las múltiples trampas de una sociedad corrupta y brutal. *El agente de la Continental* y *Sam Spade*, sus dos personajes mejor logrados, constituyen la contraposición exacta a los investigadores de la tradición inglesa.

En términos generales, puede afirmarse que la serie negra implica una intención de crítica social, sin perder por ello amenidad ni calidad estética. Sus rasgos distintivos son el ambiente urbano; la violencia constante y en aumento; las descripciones breves, impresionistas; los diálogos ágiles y el tono mordaz. Cabe añadir que la serie negra y el cine experimentaron desde el primer momento una influencia recíproca, lo cual puede atribuirse, en cierta medida, al hecho de que no

pocos novelistas fueron atraídos por los estudios de Hollywood para escribir los guiones de sus propias obras o de otros autores.

Plenamente reconocido en su condición de iniciador de la serie negra y a quien se deben, asimismo, novelas memorables: *Cosecha roja* (1929) y *El halcón maltés* (1930), por sólo citar dos, Hammett impuso el perfil característico del detective privado con su personaje Sam Spade, como lo hiciera Poe con Auguste Dupin para el investigador cerebral que asesora a la policía. Pero, de igual modo que Sherlock Holmes superó al maestro, Philip Marlowe, creado por Raymond Chandler (1896-1959), superó a Spade.

En efecto, Chandler supo asimilar a la perfección las innovaciones de fondo y forma que trajo consigo el estilo de Hammett, añadiendo a ello su toque personal con un ritmo cinematográfico de ráfagas descriptivas que recogen el instante, diálogos espléndidos por su veracidad e ingenio, reflexiones cínicas o desencantadas pero siempre inteligentes y una pinceleada poética de entrañable valor humano, todo lo cual hace de sus relatos y novelas una prodigiosa lección de buen oficio literario.

A diferencia de Hammett que fue detective de la “Agencia Pinkerton”, Chandler sabía poco de asuntos relacionados con el crimen y el trabajo policial, pero investigó lo suficiente para percatarse de que cualquiera puede convertirse en un ladrón o en un homicida, mientras que no cualquiera puede llegar a ser un buen policía y nadie quiere ser un detective honesto. A su manera de ver las cosas, no hay en el mundo una profesión más difícil ni peor pagada, excepción hecha de los novelistas que se dedican a ese tema con la ilusión de que será tan divertido escribir narraciones policiacas como sí lo es leerlas.

La mayoría de los novelistas norteamericanos, coetáneos de Chandler, como Fitzgerald, Hemingway y Faulkner, se limitaron a escribir sobre un lugar específico con un determinado tipo de personajes. En cambio, la novela policiaca permitió a Chandler recrear la ciudad de Los Ángeles, a la que amaba y detestaba, con toda la abigarrada diversidad de sus ambientes y de quienes habitaban en ellos, tal como lo hiciera Dickens con respecto a Londres y Balzac con París.

No muy prolífico, ya que se dedicó a escribir de tiempo completo cuando había rebasado los cuarenta años, Raymond Chandler vio publicados sus primeros relatos policiacos en la revista *Black Mask*, pero puede decirse que las narraciones breves sólo fueron un adiestramiento para desarrollar su estilo, plenamente consolidado en siete

novelas, de las que cuatro son verdaderamente magistrales: *El sueño eterno* (1939), *Adiós para siempre, preciosidad* (1940), *La ventana siniestra* (1949) y *El largo adiós* (1953).

Sin vínculo discreto con la serie negra pero igualmente alejado de la novela-problema, Georges Simenon (1903-1989), escritor francés de origen belga, constituye un caso aparte en la historia de la narrativa policiaca, no únicamente por haber escrito más de doscientas novelas sino también debido a que su personaje, el inspector Maigret, es un modesto funcionario que suele desenmascarar a los delincuentes poniéndose en su situación y absteniéndose de emitir cualquier juicio moral. Magnífico recreador de ambientes, como Chandler, y profundo conocedor de la condición humana, Simenon hace de su personaje una “mezcla de médico y de sacerdote” aun cuando no es más que un veterano policía con buen juicio y mucha experiencia. Aunque fue enorme la popularidad de sus libros en Francia y otras naciones europeas, los lectores adictos al género nunca lo contaron entre sus favoritos pues, a decir verdad, sus novelas son más costumbristas que detectivescas, lo cual le confiere al conjunto de su obra un aire casi decimonónico y explica el notable eclipsamiento de su fama.

Lejos de morir, a pesar de los funestos augurios que así lo han vaticinado desde su misma aparición, la literatura policiaca mantiene una poderosa vitalidad y, como está demostrado, cuando parece decaer o incluso extinguirse, solamente es para tomar nuevo aliento, viéndose rejuvenecida, siempre actual, con el ímpetu de otra generación que asume el relevo y descubre para los lectores caminos antes insospechados.

El auge de la narrativa policial en el presente no puede negarse y, a diferencia de lo que sucedía en otros tiempos, hay destacados cultivadores del género en todas partes. Su geografía se ha ensanchado de un extremo al otro del planeta y los detectives ya no solamente hablan en inglés o en francés. Un buen ejemplo de ello es el autor sueco Henning Mankell (1948), creador de un personaje estupendo: el inspector Kart Wallander, quien podría llegar a ser uno de los grandes “clásicos”. El tiempo lo dirá, juez sabio e insobornable pero, por lo pronto, junto con Mankell hay otros muchos escritores que ya están dejando su huella en tinta roja sobre el blanco de la página: los italianos Roberto Sabinio, Giancarlo De Cataldo y Massino Carlotto; entre las mujeres, la rusa Anna Marinina, la alemana Andrea María Schenkel, la italiana Margherita Oggero, la norteamericana Patricia Cornwall y la escoce-

sa Val McDermid; los británicos Tom Rob Smith y William Broderick; los norteamericanos Harlan Coben y Stephen L. Carter; el japonés Seishi Yokomizo y un largísimo etcétera.

¿Qué mejor homenaje podría tributársele a Edgar Allan Poe en el bicentenario de su natalicio?

*Reflexiones
y Testimonios*

LOS RETOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN MÉXICO

Edgar Elías Azar

Para el Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y autor de esta reflexión —que sirviera como discurso de ingreso para ocupar el sitio número 37 de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación—, el gremio de los juristas no debe autolimitarse a señalar que algo “no se puede”, sino más bien “cómo se puede” y “qué vamos a hacer para ello”, a fin de que la lucha que actualmente libra el Estado en contra del crimen organizado resulte eficaz.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre los retos de la justicia mexicana. Si soy capaz de descomponer la expresión según sus partes, en cuanto a los retos, estos se miran en veces inconmensurables. Algunos los mirarán, imposibles de encarar, o al menos colmados de problemas, pliegues y puntas, que amenazan el intento de resolverlos y superarlos. Los retos, sin embargo, son para ser vencidos por el hombre con talento y voluntad en verdad fuertes.

Primero que nada, es necesario ubicarlos e identificarlos. Por lo que hace a la voz “justicia”, es preciso asumirla no sólo desde un mirador instrumental, sino mejor, como valor que adorna, acaso el de mayor relieve, la escala axiológica de la humanidad. Desiderata perenne de todos los hombres y en todas las épocas. ¿Qué es la justicia? Se preguntó Kelsen en algún momento de autoexplicación en sus famosos quince ensayos, que procuraban justificar su relativismo axiológico. Nosotros debemos intentar la misma pregunta, pero ya sin esas cuestiones de pureza científica que atormentaron al

maestro austriaco, pues hoy ya no miramos a una teoría de la justicia, que en perspectiva superada, colocaba vigencia y validez normativas, bajo un solo juicio.

Lo “mexicano” es, para todos nosotros, una esencia que nos explica y nos mueve y conmueve. Hoy, pareciera que hay muchos desmayos en la comprensión mexicana de la justicia; hay culpas y complejos. Hay reproches, pero también autocomplacencias. En México hemos querido confundir justicia a secas, con acción política. El problema es de conciencia, es ético, es de naturaleza jurídica. No es, ni podrá ser mecanismo al servicio del poder, para esgrimirlo como propaganda. Es, en rigor, un acto de severidad que no puede mancharse con culpas y reculpas de facciones a facciones; de personajes a personajes, sin mayor sustento que el escándalo. Ése es un verdadero reto de la justicia mexicana: regresarla a su pedestal incommovible.

Retos; justicia; y lo mexicano. He ahí expuesto el problema a abordar y a atender. La unidad en la razón práctica, nos impulsa a que intentemos conjuntar nuestro razonamiento jurídico, con las cuestiones morales y con la teoría política. Nada de ese trípode es ajeno al problema que se plantea. Las exquisiteces dogmáticas no pueden hoy mismo, en pleno siglo XXI, desatenderse de otros objetos de conocimiento diferentes, pero no distantes de la norma jurídica. Factores extrasistémicos al Derecho como la ética racionalista y la política como doctrina, pero también como *praxis*, nos conducen a terrenos epistemológicos insoslayables, y es preciso proponer nuevas visiones de la experiencia jurídica que no renuncia a su genealogía, ni tampoco a su determinante: la justicia.

En la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación seguramente lo más atinado, para procurar orden en la exposición, sea seguir puntualmente los conceptos que califican a la propia sociedad científica: veamos las cuestiones de legislación y pasemos, más tarde, a las de jurisprudencia.

LEGISLACIÓN

La actividad del legislador antecede a la del juzgador. Es natural que así sea. Un juez debe asumir la norma positiva que ha emitido el creador de normas jurídicas para resolver el conflicto de intereses, defi-

niendo lo debido como objeto, buscando dar a cada cual según su derecho y alcanzando, finalmente, un acto de igualación, no sólo ante la propia ley, que es dogma irrenunciable, sino en trato y resultados finales, estimando las diferencias entre las personas.

La justicia no es un álgebra de las estimativas jurídicas; ya lo revisaremos adelante, al ubicar los retos del juzgador moderno. Aquel acto de igualación que referí en el acto de justicia, se conforma con atender tan sólo el principio de “igualdad ante la ley” en sistemas conservadores, que aunque democráticos y libertarios, no procurarán ir más allá, pues les resulta complejo aceptar igualaciones y pluriculturalismos. Nos informa Bobbio que esas democracias conservadoras se detienen ante ese principio, anhelando solamente por parte del juez, que aplique la ley de manera imparcial y en “igual libertad”, que caracteriza lo que el propio autor ha llamado un “igualitarismo mínimo”.¹

Un liberalismo social de orden progresista buscaría ser, al mismo tiempo, libertario e igualitario, y esto —no puede ser de otra manera— impacta el quehacer del legislador, quien debe reconocer igualdades democráticas, pero siempre diferencias de grado entre las personas. Cuando en los albores del siglo XIX —dominando un Estado liberal burgués de naturaleza legalista, e ignorado el principio de supremacía constitucional—, la humanidad de Occidente se conmovió ante su nueva estructura del Estado, sujeto en ese momento ya al principio de división de poderes, tal vez le quedaba clara la tarea del Ejecutivo y, por supuesto, la de la judicatura, pues ya había contado con figuras equivalentes en los siglos pasados. Pero la presencia de un nuevo poder o función legislativa, sí que resultaba novedosa y había que brindarle rumbo y destino precisos, para no extraviarse en la molicie ni en la temida sobre-regulación, en una época de exaltado individualismo.

Las circunstancias históricas, el ejercicio del poder político, las anomias sociales, las perversiones intelectuales de conveniencia y muchos otros avatares, fueron informando la gestación de ese legislador que hoy miramos. Se inició con la pauta de una “jurisprudencia conceptualista”, que exaltó el concepto normativo y aquél “espíritu del legislador” de tanta fama, para convertir al intérprete legal en una especie de psicólogo del legislativo. Había que entender lo “que el legislador quiere”. Más tarde, al resultar eso de compleja realización,

¹ Bobbio, Norberto, *Derecha e izquierda*, Madrid, Taurus, 2001, p. 52.

se buscó con la teleología inmanente que emergiera la “voluntad de la ley”. No hay que buscar lo “que el legislador quiere”, sino lo “que quiere la ley”.

Una primera dogmática jurídica se enseñorea de nuestros campos de trabajo con el Derecho, y ha de venir Jhering a refutar todo eso, para proponer su “jurisprudencia de intereses”, en la que lo que cuenta es la vida de los hombres y no los conceptos normativos. Se corren los ejes de comprensión de lo psicológico a lo sociológico, pues para este jurista alemán, la ley ha de presentar siempre una finalidad social. Es claro que al legislador se le procura limitar, ubicar en una función social específica. Pero esas perversiones del poder que refería, insisten en contar con un legislador omnímodo, pero sobretodo, ilimitado. Si el legislador con Jhering ya no estaba “suelto”, sino limitado a esas finalidades sociales y sus intereses, la lucha por el poder de dominio volvió a colocar el “saber” en élites específicas y se perdió el intento democrático con el paso del tiempo, pues la finalidades sociales quedaron a la definición de ese saber legislativo. La famosa “sapiencia del Estado legiferante”, aportada en esos albores decimonónicos, por Feuerbach.

Un mito muy arraigado, ahora mismo, es que se quiere confundir la voluntad legislativa con la voluntad general, y eso, se ha demostrado, no es siempre puntual y de ahí el fenómeno de la ineficacia del Derecho. Desde aquellos años tan lejanos, sin dejar de atender las mismas aportaciones del siglo XX, que en mucho fijaron esa posición política del legislador, aun cuando ya se sabía del principio de supremacía constitucional, se intuyó y se instituyó un acto creativo de normas jurídicas, perteneciente tan sólo al quehacer del político, en lamentable ausencia de la impronta del jurista, en tanto *qua* jurista.

Al no aparecer en los trabajos de la dogmática jurídica del siglo XX y en la pantalla del teórico del Derecho el acto creativo de normas jurídicas, y dejarlo al puro quehacer de la teoría y ciencia políticas, se generaron consecuencias. Quien trabaja con dogmática asume su puro objeto de conocimiento, que se tiene en la norma positiva o dogma, y de ahí a su elaboración conceptual sistematizada del mismo, sin perturbarse con las preguntas: ¿cómo se crea la norma, para qué, para cuándo, para quiénes? Y todo un nutrido elenco de cuestiones en torno a la capacidad legislativa, mirada, por muchos, como ilimitada y omnímoda.

No es trivial todo este recordatorio, para sentar y fijar conceptos que hoy manejamos, más desde procesos de creencia que a partir de procesos de conocimiento. Los mitos jurídicos se fortalecieron y sus consecuencias están a la vista. Por supuesto que ha habido aportaciones de enorme valor para limitar al legislador, ahí están las “estructuras lógico-objetivas” de Welzel, o la llamada “naturaleza de la cosa” que bien trabajaron Radbruch o Garzón Valdés; o el llamado “Derecho Natural racional” que tan ampliamente explica Habermas; o Ferrajoli, cuando se ocupa de la “inflación legislativa”, sólo para colocar ejemplos muy claros y se extiende al explicar los alcances de la “reserva de ley” y de la “reserva absoluta de ley” y los principios genérico y estricto de legalidad, que se corresponden respectivamente a las reservas mencionadas, y que dirige —éste último— precisamente al legislador.

Hoy quiere hablarse —ante la desatención del poder público a estas cuestiones de tanta relevancia, por mera conveniencia política— de una medida que pareciera la panacea: el llamado “autocontrol” del Estado-ordenamiento, esto es, del legislador. Ante esta propuesta, los ciudadanos miramos que la auto-sujeción no es sujeción, sino entera libertad. Zagrebelsky nos informa:

El Estado-ordenamiento era por su propia naturaleza señor de la ley, por lo que no podía estar sujeto a ella: “estar sujeto a sí mismo no es sujeción, sino libertad”. Desde el punto de vista del Estado como legislador, los derechos no podían concebirse como una limitación al mismo, sino sólo como una autolimitación y como una concesión. Los derechos existían en la medida en que el legislador los hubiese no ya reconocido, sino creado, y el derecho subjetivo del individuo respecto a la autoridad pública consistía exclusivamente “en la capacidad de invocar normas jurídicas en su propio interés”.²

En nuestro país padecemos, desde 1917, del seguimiento a un mito jurídico muy arraigado, que compromete de manera seria el acotamiento de nuestro legislador. En efecto, la Constitución de 1917 nació de las luchas internas durante la Revolución de 1910 y obsequió nuevos principios básicos al Estado mexicano, tales como los derechos sociales y la separación del Estado y la Iglesia. Sin embargo, la nueva Constitución que sin más alteró a la de 1857, careció del dina-

² Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 48.

mismo propio que una Constitución de corte social requiere, pues además de conservar la declaración de derechos y libertades propios del constitucionalismo del XIX, reconoció y pretendió garantizar los llamados derechos sociales, mismos que requieren ya de un dinamismo institucional y no del mero reconocimiento por parte del Estado.

De esta forma, el Constituyente del 17 en ejercicio retórico, modificó el nombre del título referido y lo llamó “De las garantías individuales”, en un intento meramente declaratorio de garantizar aquello que por mera acción de las palabras es ingarantizable. El culto constitucional que siguió a la promulgación de la Constitución, tuvo como labor la de justificar este fallo —y muchos otros— de un Constituyente que pretendió, por la mera acción de las palabras, garantizar las demandas populares en un intento por acallar las disputas revolucionarias. De esta forma, durante ya más de 90 años, el constitucionalismo mexicano en materia de derechos fundamentales ha vivido bajo la fórmula decimonónica de un reconocimiento, protección y garantía, sencillamente declamatorio. Esto es así, porque al hablar de derechos se debe atender a un lenguaje de tipo normativo, esto es, cuando existe un derecho correlativamente existe un deber.

De tal forma que el Título Primero de nuestra Constitución carece de obligaciones o deberes, tanto para el poder político como para los ciudadanos. Basta señalar que no existe correlación, ni práctica ni teórica, entre lo que la doctrina mexicana denomina la parte dogmática, es decir la declaración de derechos, y la parte orgánica, o sea los siguientes títulos, dedicados a la organización del poder político, organización del Estado, servidores públicos, prevenciones generales, etc. Como si se tratase de dos partes incompatibles entre sí, lo mejor de la doctrina mexicana separa la Constitución en dos casillas, restando dinamismo y homogeneidad constitucionales, hecho que se traduce en la falta de normatividad y, en consecuencia, de garantía de los mismos derechos.

De esta forma escapa al ciudadano y, peor, al poder político, la vinculación directa e inmediata a los derechos fundamentales, pues pareciera que estos existen solamente cuando son violentados por el poder político, pues es cuando en la realización constitucional aparecen las garantías. Se ha intentado dar explicación a este vicio de la Constitución del 17, apuntando al efecto los maestros Carpizo y Madrazo que: “El Congreso Constituyente habló indistintamente de derechos del hombre y de garantías individuales (...) Podemos con-

cluid que mientras los derechos del hombre son ideas generales y abstractas, las garantías, que son su medida, son ideas individualizadas y concretas”³.

Pero lo cierto es que para que exista la garantía de un derecho no basta con su declaratoria, sino que es necesario introducirles al ámbito del lenguaje normativo. Es necesario entender, ahora mismo, que los derechos en sus diversas naturalezas y vertientes existen en tanto hombres y mujeres libres se los reconocen recíprocamente, y es deber del Estado de Derecho proteger mediante positivación, y garantizar a través de distintas vías jurídicas esos derechos. Los derechos fundamentales, puedo colocar la cuestión de otra manera, son el sustantivo constitucional y las garantías, el adjetivo y han de permanecer unidas en su trabajo.

La falta de comprensión de todo esto, nos ha llevado a adecuaciones constitucionales no siempre afortunadas. A tareas muy pedestres de “constitucionalizar” lo que no puede ser, y a llegar a una especie de disposición —como quiera y cuando sea— de lo que llamamos garantías, que en rigor son derechos intocables, por voluntarismo político, planteándose además algo que todavía es discutible: la no revisión y declaratoria del tribunal constitucional, en torno a una posible inconstitucionalidad de la propia Constitución.

Pareciera eso una imposibilidad y una contradicción, pero vale la pena plantearlo, pues, en ocasiones, se disfraza como enmienda constitucional que tiene que ver con actualizaciones dogmáticas, orgánicas o de procedimiento, a una auténtica modificación de principios constitucionales que resultan inabarcables al órgano revisor, quien sin permiso, se erige en Poder Constituyente. Es preciso deshacer ese mito del llamado “Constituyente Permanente”, pues en realidad contamos con ese órgano revisor de la Constitución, con sus límites y atribuciones conocidas. Un Poder Constituyente es, en sí mismo, una fractura con el régimen anterior —y ya sabemos de ese dilema los mexicanos— y es, además, por definición y naturaleza, efímero y específico, nunca “permanente”, pues eso encerraría contradicción. ¿Puede, entonces, un mero órgano revisor injerirse en reformas sustanciales?

³ Carpizo, Jorge y Jorge Madrazo, *Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, pp. 18 y ss.

Debemos resolver esas distancias, entre las atribuciones de quien revisa la Constitución para enmendarla y de quien actúa —para bien o para mal— con y ante principios que son intocables. Por ejemplo, el órgano revisor de la Constitución no estaría en posibilidades jurídicas de modificar nuestro sistema de gobierno o el régimen federal y cambiarlos por otros, como tampoco puede, a su gusto, acortar, cancelar, mermar, reducir o anular derechos fundamentales y sus respectivas garantías constitucionales. La obligación de un Estado constitucional es desarrollar o saturar legislativamente el ejercicio pleno de las libertades y facultamientos, pero jamás amenazarlos.

Entre jalones de un lado y del otro en el plano del ideologismo, el espectro de derechos fundamentales se rebaja, mermando su generosidad por lamentables confusiones con el concepto de garantía jurídica. Eso invita a un legislador —ordinario o revisor de la Constitución— a sin rubor injerirse en materias que debían ser parte de la intocabilidad constitucional. Paso revista a un párrafo de Habermas:

[L]a reducción de las normas jurídicas a mandatos de un legislador político implica que el derecho se disuelve, por así decirlo, en política. Pero con ello se descompone el concepto mismo de lo político. Pues, bajo tal premisa, la dominación política ya no puede entenderse como poder legítimo jurídicamente. Pues un derecho que queda totalmente al servicio del sistema político pierde su fuerza legitimante. En cuanto la legitimación se entiende como operación propia del sistema político, estamos abandonando nuestros conceptos de derecho y política. La misma consecuencia se sigue de la otra idea de que el Derecho positivo podría mantener su autonomía por sus propias fuerzas, mediante las operaciones dogmáticas de un sistema judicial fiel a la ley, autonomizado frente a la política y a la moral.⁴

Ya hacía referencia a la llamada unidad en la razón práctica, que supone conjugar racionalmente el trabajo del jurista que argumenta con los factores morales y políticos. No es posible, en estos tiempos, pensar que una aislada referencia al positivismo más elemental, puede ser autosuficiente para resolver las complejidades jurídicas, y si bien el Derecho es autónomo, siempre ha de imbricarse con un

⁴ Habermas, Jürgen, *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?*, trad. Manuel Jiménez Redondo, DOXA núm. 5, España, Alicante, 1988, p. 28.

correcto balanceo de razones éticas y de ejercicio saludable del poder. Autonomía del Derecho no implica, ni debe hacerlo, aislamiento o colocar a nuestra disciplina dentro de una campana, al vacío. Al contrario, la cualidad está hablando de interrelación, que se basa, precisamente, en mantener cada sistema que se comunica, constituido por sus propias reglas (autonomía).

Con este arsenal mínimo de argumentos, es necesario aludir a la reciente reforma constitucional en materia de justicia y seguridad pública, que ya interesa directamente al tema central del que me ocupo ahora mismo. De manera sumaria, relaciono a continuación los puntos principales que abarcó dicha reforma: establecer los estándares probatorios, por cierto disminuidos, requeridos para librar una orden de aprehensión; aclarar el concepto de flagrancia, sus efectos y alcances; liberar de requisitos y regular el arraigo de personas sujetas a investigación; definir la delincuencia organizada, hacer la reserva federal y preservar las actuaciones previas en esta materia, con restricciones en sus derechos y garantías a los miembros o presuntos miembros de la misma; regular las órdenes de cateo y las intervenciones de comunicaciones privadas; crear la figura del juez de control, para atender de manera más rápida, oportuna y especializada, procedimientos judiciales atentos a las medidas anteriores; prever mecanismos alternativos de solución de controversias; mejorar las defensorías públicas; incorporar el concepto de reinserción social; sustituir el concepto de auto de formal prisión o de sujeción a proceso, por el de vinculación a proceso; reglas restrictivas para la prisión preventiva; impulsar los juicios orales y sus modalidades, el principio acusatorio y la presunción de inocencia; imputar las cargas procesales en la prueba de culpabilidad y una novedosa acción procesal privada; la renuncia al proceso por parte del inculpado confeso y obtención de beneficios; un principio de oportunidad que rijan al Ministerio Público; reglas de reserva ante la jurisdicción penal internacional; la fundación de la extinción de dominio por vía jurisdiccional y ante juez de un ámbito material de validez diverso al penal; y un régimen de transitoriedad con ciertas permisividades.

No puedo hacer mérito a cada uno de esos temas de tanta relevancia, si los asumo como retos de la justicia mexicana. Habré de elegir, para comentar sucintamente, sólo algunos de ellos. Referiré, en primer término, la reforma al artículo 16 constitucional, que procuran-

do disminuir los “estándares probatorios” para librar una orden de aprehensión, pero con impactos serios a todo el procedimiento penal, simplemente borró —de un plumazo— conceptos y categorías jurídicos ya muy conocidos y explorados, por una “novedosa” terminología que constituirá todo un reto para la administración de justicia llegado el caso, pero indudablemente antes para el legislador ordinario.

En efecto, el texto constitucional abandonó el concepto de “cuerpo de delito”, que debía acreditarse por la autoridad investigadora, para sustituirlo inopinadamente por una fraseología hasta hoy un tanto confusa, que exige que obren “datos que establezcan que se ha cometido un delito”. Más allá, ahora mismo, de tratar de hallarle cuadratura al círculo, es necesario acudir a aquellas reflexiones ya hechas anteriormente, en torno a las distancias entre derechos y garantías y a las posibilidades reales de trabajo de un órgano revisor de la Constitución.

La noción de “cuerpo del delito”, sin injerirnos ahora en sus detalles de exploración doctrinaria y jurisprudencial, era un auténtico derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica, que tenía por garantía ostensible el que la autoridad hiciera un esfuerzo reflexivo y ponderado de acreditación. Acreditar algo proviene de darle crédito, esto es credibilidad jurídica, y tal se lograba no por una mera *bona fide* de la autoridad, sino que se funda, por esa misma naturaleza, en la conocida *uberrima fides* que comprometía al Ministerio Público a un trabajo cuidadoso y laborioso.

El empeño de lograr perfeccionar el principio de subsunción entre hecho y norma aplicable, a partir de estimar los elementos que le dan materialidad a aquél y los que exigen de cierta ponderación jurídica, mediante juicios normativos, exigidos en veces por la descripción legal, constituía un ejercicio de orden lógico impecable. El muy conocido silogismo jurídico nos da la ecuación: “Si A es, debe ser B”. En el acto que ahora refiero, se trataba de erigir “A”, el supuesto jurídico, y tal no pertenece al mundo ontológico sino al deontológico, pues se está ante una ecuación lógica y no causal-explicativa. Esto es, el salto de “A” a “B” no es de orden natural, sino estrictamente lógico, pues se une a través de un “debe ser”, no de un “es”. Con esto, quiero significar que “acreditar el cuerpo del delito”, esto es dar por realizado jurídicamente el supuesto contenido en la norma, mediante la subsunción de factores objetivos y normativos que se vinculan entre lo

fáctico y lo contrafáctico, al resultar un ejercicio válido conforme a las categorías y conceptos jurídicos fundamentales, se asumía como una posición de respeto y cuidado de cara a derechos de las personas.

El órgano revisor de la Constitución anuló esa correlación lógica y aceptada en el mundo jurídico, y nos condujo a una situación de hecho. Al exigir ahora que: “obren datos que establezcan que se ha cometido” un delito, nos ubica en la complicada situación de trabajar con relaciones causal-explicativas y no lógicas. Esto es, ya no hay ejercicio de subsunción sino meramente una confirmación fáctica de “datos que establecen”, esto es, fundan o implantan por estricto empirismo, un fenómeno. Ahora esta tarea es más de la Policiología y la Criminalística, que del reflexivo trabajo del jurista.

A querer o no ese afán del órgano revisor de la Constitución, confesado en la exposición de motivos de la iniciativa correspondiente, de “disminuir los estándares probatorios”, se logró por la vía más elemental y se cancelaron derechos de las personas, con lo que se reitera la cuestión: ¿podía ese órgano revisor hacer tal cosa? Ese será un reto inmediato para el legislador ordinario, y mediato para la administración de justicia.

Pero esa reforma al artículo 16, en este rubro específico, no quedó ahí, sino que sustituyó la vieja expresión de “hacer probable la responsabilidad” del indiciado, que exigió de la autoridad acusadora un compromiso muy serio de argumentación jurídica, que debía convencer al juez natural de que en efecto, durante el juicio que eventualmente se iniciara, el órgano acusador “probaría” dentro del contradictorio procesal esa responsabilidad penal, lo que implicaba otro derecho fundamental de las personas a ser oídas y vencidas en juicio, mediando pruebas y defensa, y su correspondiente garantía de que quien acusa no lo hace en falso, por una expresión escasamente afortunada, que ahora alude a “que exista la probabilidad de que el indiciado cometió el delito o participó en su comisión”.

No es lo mismo, como salta a la vista, “hacer probable la responsabilidad”, esto es, asumir un compromiso de acusación y prueba serias ante un juez por parte de una autoridad, que hablar de la existencia de la “probabilidad”. Esta expresión última habrá de aclararla con precisión el legislador ordinario, y claro el juez en su oportunidad, pues es anfibológica. Probabilidad de algo, puede, entre otros significados, comprender: a) que algo está probado teóricamente y falta su confirmación empírica, lo que para los científicos duros es algo cotidiano,

pero entre nosotros, adelantaría un juicio que no es válido en la fase indagatoria; o, *b*) que se sujeta todo a cuestiones probabilísticas o estocásticas, y en nuestra materia tal resulta inadmisibile.

Como se observa, no es una reforma trivial, que sólo deba mirarse con potentes pero limitadas lentes procesales. El esfuerzo de desarrollar estos conceptos en la ley y en las decisiones judiciales no será sencillo, sobre todo si consideramos —aún— que vivimos bajo un Estado de Derecho.

RETOS DE LA JUSTICIA

Hay otros. Ese llamado “criterio de oportunidad” que se concede al Ministerio Público en el nuevo texto del artículo 21 constitucional, puede ser también motivo de reflexiones duras y maduras por parte del legislador, pues el órgano revisor no quiso o no pudo referir “pertinencia”, por ejemplo, si en verdad se trata de aligerar las cuestiones de justicia y derivar lo que se ha llamado la bagatela penal a otras vías de solución de conflictos. El término “oportunidad” nos infiere cuestiones de tiempo y no de contenido. Así, la autoridad administrativa, ante una falla de la ley, podrá no decidir sobre el “qué”, sino sobre el “cuándo” y eso es oportunidad política, que riñe con el principio de legalidad. El legislador deberá tener cuidado de asociar oportunidad a proporción y no a ocasión.

Una última referencia, ya en estos terrenos de las implicaciones legislativas, como retos para el acto de justicia, es el relacionado con la llamada “extinción de dominio”. Unas breves reflexiones. Nadie puede mostrarse contrario a una política de Estado que combate frontalmente la delincuencia organizada. Más allá de calificaciones ideológicas, esto se inscribe entre los deberes sustanciales del Estado. No hay discusión a la puerta. Lo que sí es necesario puntualizar es que en esto, como en lo demás en la vida, el fin no justifica los medios.

En un Estado de Derecho no puede combatirse la ilegalidad con ilegalidad. Cuando se fractura el Estado de Derecho y dos partes en conflicto se encuentran basados en su poderío, eso se llama guerra, no persecución del delito. Los mexicanos queremos erradicar la impunidad y aplicar la ley a quien corresponda, pero no tomando veredas o atajos, sino por el camino único que marca el Derecho.

No queremos hablar de “guerras” abiertas al crimen, sino de investigaciones, persecuciones y juzgamientos apegados a la ley. ¿Qué eso resta posibilidades al Estado? ¿Qué eso impide el uso del poder total del Estado? Pues sí. Así se comprenden las reglas del juego en un Estado de Derecho. No se trata de confrontar a dos gigantes: el Estado y la delincuencia organizada. Tal situación es absurda e inaplicable. Es reducir al Estado a condición de igual con un delincuente, y es rebajar la política y cancelar el Derecho.

No podemos, como los jacobinos de París, simplemente hacer de lado la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, para justificar la guillotina indiscriminada y la era del terror. Así no se llega a ningún lado, ni siquiera al homenaje a los valientes, pues estos se habían colocado ya del mismo lado que sus enemigos. Extinguir derechos fundamentales mediante una disposición jurídica, así los fines sean anhelados y los afanes justos, debe ser tarea muy cuidada. Recordemos siempre que una disposición jurídica, en el acto legislativo, responde, durante su creación, a una razón de mayoría y eso es irrefutable en una democracia. Pero una vez que se vota esa ley, se convierte en razón constitucional y en razón perentoria para la acción, y se extiende no a una parcela de la comunidad de hombres, sino a todo el espectro social.

Los derechos a la vida, a la libertad o a la propiedad, para citar extremos muy conocidos por su antigüedad y relevancia, son en principio, intocables. Hoy estamos ante una figura novedosa que autoriza a un juez autónomo de materia penal, a extinguir la propiedad de alguien respecto de bienes involucrados en posibles comisiones delictivas. La idea puede tener buenas bases; puede, incluso, ser eficaz; pero lamentablemente, sin cuidado legislativo y sin atención esmerada del juez, puede convertirse en un “abuso de ley” y en un acto de justicia injusta, por paradójico que parezca.

Es de recomendar que si no hay título judicial suficiente que fije la responsabilidad penal de alguien respecto de una efectiva comisión delictiva, al menos, no se funde la actuación de ley en meras presunciones, intuiciones o estándares probatorios disminuidos, para extinguir un derecho fundamental. Tómese en cuenta que abrir una puerta de extinción de derechos, que lo mismo pueden referirse a cosas materiales o bien —seguramente mal— a valores como la vida, la libertad, la dignidad u otros de similar jerarquía, es abrir las puertas mismas del infierno jurídico.

¿Quién actuará como parte en ese juicio que no es de orden penal, y que eventualmente concluirá con una afectación que sólo legalmente no se llama pena? Un particular *versus* una autoridad —que, por cierto, debía contar con atribuciones específicas para excitar a un juez en estas materias no penales— se presentaría como un caso evidente de una pura “pretensión de poder”, un acto *ex parte principis*, que en verdad anula y avasalla al ciudadano, así sea probablemente culpable de algo. Y, ¿si en ese juicio de extinción de dominio el juez falla contra los intereses de esa autoridad actuante, ésta podría acudir a un juicio extraordinario de garantías?, ¿durante el juicio mismo, antes de esa resolución, las dos partes en conflicto contarán con igualdad de armas procedimentales?, ¿podría obrar un principio equivalente al de presunción de inocencia, ya que se litiga contra una autoridad? Los problemas a la vista no parecen de fácil solución, y constituyen un reto enorme para la justicia mexicana.

Los temas de una legislación vigente que nos impele a actuar como ciudadanos, no es tema que podamos soslayar. El problema de quienes dicen que no les interesa la política, es que a otros sí interesa, y son ellos quienes rigen sus destinos. Es nuestro deber involucrarnos en estos asuntos, pues ya sabemos, según resolución afortunada de la Suprema Corte norteamericana de 1950, que: “No es función de nuestro gobierno impedir que el ciudadano cometa un error; es función del ciudadano impedir que el gobierno cometa un error” (sentencia de Robert H. Jackson).

JURISPRUDENCIA

No voy a insistir, por ahora, en retos y problemas de la justicia mexicana muy explorados, difundidos y, por ello, conocidos, como los relacionados con la capacitación judicial; la autonomía presupuestal; o las muy en boga cuestiones de la oralidad judicial, para colocar extremos muy destacados, que por supuesto no pueden quedar y seguir desatendidos, pero que mucho ya se ha dicho al respecto. Esos son retos que deben ir hallando respuestas puntuales, pronto y bien.

No puedo quedarme en mirar a la justicia mexicana y sus retos, con una visión meramente procedimental e instrumental. En realidad, estimo más relevante ahora asumir a la justicia como valor. Así de sencillo, pero así de complejo. Ese valor es el que existe y se reconoce en

la norma superior y en los principios constitucionales, a los que siempre deben atenerse y adecuarse las reglas jurídicas ordinarias y las actuaciones institucionales.

Si ya he mencionado que el acto de justicia es uno de igualación, un primer reto es lograr, en lo jurídico y metajurídico, un bien cincelado concepto de igualdad, pues ya se sabe que no podemos conformarnos con aquel “igualitarismo mínimo” que denunció Bobbio, propio de los más conservadores, y aspiramos a no trabajar tan sólo con el insoslayable principio de “igualdad ante la ley”, sino de alcanzar mejores y más elaborados conceptos en torno a ello, a fin de ubicar a la justicia en terrenos más cómodos, que atienden simultáneamente, libertad e igualdad, sin prevalencia de un valor por sobre el otro.

El valor igualdad, al que ahora hago mérito, se avvicina al valor justicia y se presenta como parte fundamental del concepto de Estado social de Derecho que nos distingue, y que por tal estamos obligados a atender. En ese tenor, la igualdad no es sólo una vertiente formal que se contempla en los textos actuales de la Constitución, pues tal indicaría tan sólo un deber de abstención del propio Estado en la provocación de diferenciaciones arbitrarias, pues hoy mismo resulta imperioso pensar en una vertiente material de ese valor, que obligara —mediante esos deberes a que ya hemos aludido— a todo poder público —por supuesto en primer lugar, desfilando la función jurisdiccional— a promover condiciones para una efectiva igualdad de las personas y de los grupos.

Entre nosotros se ha emprendido el camino de interpretar los textos, pongo por caso los artículos 1 y 4 constitucionales, como la protección de un derecho a la igualdad jurídica, prohibiéndose, por ejemplo, la discriminación. En rigor, tales mandatos quieren decir que en realidad estamos ante un derecho subjetivo a recibir un trato igual, evitando privilegios y desigualdades arbitrarias. Me auxilio, para sustentar lo dicho, con una afirmación interesante de Fernández Segado: “No estamos, por consiguiente ante el derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado de la misma forma que los demás, lo que evidentemente es distinto”.⁵ Abundo, porque lo considero necesario, ya que las diferencias entre personas existen y son innegables, con la confianza de que en futuras reformas a nuestra Constitución —que

⁵ Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 21.

no deben insistir en mermar el catálogo de derechos, sino en su fortalecimiento y ampliación— asumamos algo que el Tribunal Constitucional español ha refrendado en interpretación de su propio texto de la ley superior de 1978, con la siguiente tesis:

En todo caso, y para delimitar negativamente este derecho, conviene significar que el principio de igualdad jurídica no constituye un mandato de igualdad absoluta que obligue en todo caso al tratamiento igual de supuestos iguales, pues como ha dicho el juez de la Constitución, ello sería contrario a la propia dinámica jurídica, una de cuyas manifestaciones es la razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad.

El concepto de igualdad, factor fundamental del concepto justicia, no impide cualquier diferencia y sólo se refiere a aquélla que esté basada en lo objetivo y razonable. No diferencias arbitrarias o convencionales. De esa “igualdad de trato”, como derecho subjetivo, es que derivamos la razonabilidad de las diferencias. Así los poderes públicos, con la función jurisdiccional integrada, en su actuar, implican el ajuste a determinados requisitos cuando conduzcan a establecer una diferencia entre individuos. Esos requisitos reconocen como fuente natural a la doctrina constitucional, la ciencia jurídica y en ello axiología y sociología políticas.

Resulta entonces básico que en el estudio de los conceptos españoles se entienda, o quede claro, que los supuestos de su artículo 14 reconocen como presupuesto esencial para un enjuiciamiento, “que los supuestos de hecho, las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente comparables”. Si pretendemos hablar de desigualdad, hemos de decir con el mismo Fernández Segado: “Para que pueda hablarse de trato desigual, se presenta la exigencia dada por la necesidad de que quien alega la vulneración del principio de igualdad jurídica, solicitando el juicio de igualdad, aporte lo que se conoce como un *tertium comparationis*, esto es, un término de comparación que sirva de base para razonar acerca de la posible vulneración del principio de igualdad”.⁶

Todo esto pudiera parecer evidente, pero lamentablemente no lo es, y en nuestros medios judiciales solemos ajustarnos tan sólo a esa igualdad formal ante la ley, lo que al cimentar el acto de justicia, pue-

⁶ *Idem.*

de generar situaciones de auténtica injusticia. Para evitarla, es necesario entender que el principio de igualdad de trato exige siempre que la diferenciación, en su caso, persiga una determinada finalidad legítima y que de ser necesario un trato desigual basado en un hecho real, debe atenerse siempre al principio de proporcionalidad. Se reconoce, entonces, un principio de igualdad en la ley, y otro de igualdad en la aplicación de la ley. El primero se direcciona al legislador, pero el segundo directamente al juzgador, y tal implica para éste la imposibilidad de fijar diferencia alguna en razón exclusiva de personas o circunstancias, ajenas a las implicadas en la propia norma aplicable.

En el acto de justicia no puede entonces aspirarse a resoluciones siempre iguales, y lo que funda esta alternativa es un principio de “razonable confianza” en los órganos jurisdiccionales, pues a partir de él se impiden interpretaciones voluntaristas o arbitrarias de la norma jurídica, y ello mismo confirma el principio de independencia judicial.

Al tratar de visualizar retos de la justicia mexicana, repasado el problema fundamental de la igualdad, aún a vuelapluma, ubiquemos ahora el discurso en conceptos tan usados como confundidos, que se advierten en las voces: interpretación y aplicación de la ley, funciones propias al órgano jurisdiccional. La interpretación tiene como objeto textos enteros de orden normativo, en tanto la aplicación atiende como objeto normas jurídicas en su sentido estricto. De tal manera que Guastini,⁷ con toda razón, afirma: “Por tanto, la aplicación no coincide con la interpretación por la buena razón de que la presupone o la incluye como una parte constitutiva”.

Así pues, aplicar la ley refiere especialmente a que los órganos jurisdiccionales realizan un conjunto de operaciones que implican no sólo la interpretación propiamente dicha, sino calificaciones y decisiones en torno a hechos concretos y específicas controversias. Todo esto tiene implicaciones serias en la comprensión del acto de justicia, pues a esa “razonable confianza” que se deposita en las resoluciones judiciales, mirando directamente a la seguridad y certidumbre jurídicas, se le encara la posibilidad siempre presente, ante la dinámica social, del “cambio de criterio”, pues sobre los órganos del Poder Judicial no pesa la exigencia de resolver siempre en los mismos términos sobre supues-

⁷ Guastini, Ricardo, *La interpretación: objetos, conceptos y teorías*, México, Fontamara, 2002.

tos que se pretendan iguales, pues como vuelve a afirmar el ya invocado Fernández Serrano:

(...) cada caso, para el mismo juzgador, puede merecer una consideración diversa, ya por las peculiaridades que a su juicio muestre, ya porque el entendimiento judicial de la norma aplicable varíe a lo largo del tiempo, ya, incluso, porque parezca necesario corregir errores anteriores en su aplicación. Es precisamente por todo ello por lo que el Tribunal ha considerado que lo único que en estos supuestos de aplicación de la Ley protege el principio de igualdad es la previsibilidad en la resolución judicial, esto es, la razonable confianza de que la propia pretensión merecerá del juzgador la misma respuesta obtenida por otros en casos iguales.⁸

Estas consideraciones, ciertamente incómodas para algunos, informan el quehacer cotidiano del quehacer justiciero y conforman uno de los retos de comprensión social más acusados, pero nunca debe perderse de vista que gracias a esta dinámica posible, se impulsa el cambio social y su prosperidad. Carlos Santiago Nino⁹ abunda: “El estudio de la posibilidad de promover cambios sociales a través del derecho se ha concentrado generalmente en la creación de normas jurídicas por los órganos legislativos. Sin embargo, la aplicación que los jueces hacen de las normas jurídicas a casos concretos no tiene menos relevancia en cuanto a las posibles consecuencias sociales”.

Ante esa realidad teórica y práctica, se abren puertas anchas al ejercicio jurisdiccional, pero en ello y por ello responsabilidades muy serias y retos que deben superarse. Una última reflexión en este apartado del trabajo, tendría que ver con problemas que asocian justicia y constitucionalismo en un régimen federal como el nuestro. Los tiempos cambian e imponen —en veces como emergencia que se da en la práctica de todos los días— situaciones que exigen ser abordadas desde ópticas académicas y teóricas, pero sin resultar ajenos a la práctica más realista de nuestra especialidad. Disculparán mi constante invocación a normas jurídicas vigentes de aquí en adelante, pero quiero fijar mi juicio en la dogmática mexicana y no sólo en apreciaciones intuitivas o caprichosas.

⁸ *Idem.*

⁹ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999.

El artículo 39 de nuestra Constitución dice textualmente: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”. A su vez, el artículo 40 de la propia Carta de Querétaro, establece: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

A su vez, el artículo 115 constitucional es encabezado por el siguiente párrafo, que es suficientemente explícito: “Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre (...)”. El párrafo tercero de la fracción I de ese mismo artículo 115, mantiene una atribución exclusiva de los estados: “Las Legislaturas locales, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes, podrán suspender ayuntamientos, declarar que éstos han desaparecido y suspender o revocar el mandato a alguno de sus miembros, por alguna de las causas graves que la ley local prevenga, siempre y cuando sus miembros hayan tenido oportunidad suficiente para rendir las pruebas y hacerlos alegatos que a su juicio convengan”.

El artículo 116 es claro al decir: “Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos (...)”, lo que sienta una base ineludible del constitucionalismo local. Por supuesto, sin dejar de lado jamás, lo establecido en el artículo 41 constitucional: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal”.

Un caso que muestra la fortaleza y sentido real del federalismo, se expone aún en casos extremos, en el artículo 119 de la propia Carta magna: “Los Poderes de la Unión tienen el deber de proteger a los Estados contra toda invasión o violencia exterior. En cada caso de sublevación o trastorno interior, les prestarán igual protección, siempre que sean excitados por la Legislatura del Estado o por su Ejecuti-

vo, si aquélla no estuviere reunida”. El mismo precepto agrega, en su segundo párrafo: “Cada Estado y el Distrito Federal están obligados a entregar sin demora a los indiciados, procesados o sentenciados, así como a practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito, atendiendo a la autoridad de cualquier otra entidad federativa que los requiera”. Y en relación con la federación, dicho párrafo concluye: “Para los mismos fines, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios de colaboración con el Gobierno Federal, quien actuará a través de la Procuraduría General de la República”.

Todo esto nos habla, clara y fuertemente, de una co-soberanía que se da en un régimen federal. La soberanía es una y reside en el pueblo, pero éste deposita en el poder público, que dimana de él mismo, dicha soberanía, y al reconocerse dos niveles de gobierno en una federación, uno de orden federal y otro local, a ambos distribuye esa cesión y se constituye así esa co-soberanía. Uno no está por sobre el otro. No es, bajo ninguna consideración, ni la federación superior jerárquico de las entidades federativas ni al revés, en estima a que son las entidades federativas las fundantes del pacto federal y quienes cedieron atribuciones a la federación, que le eran de competencia originaria.

Un analista tan conocido y ya clásico como Tocqueville, reconoció al referir el federalismo norteamericano, que constituye nuestra propia base en México, la tesis invocada de la co-soberanía, pues afirmó que tanto la federación como los estados miembros son soberanos. Los autores mexicanos, Carpizo y Madrazo,¹⁰ en torno a esa co-soberanía, sustentan los siguientes principios:

- a) Las entidades federativas son instancia decisoria suprema dentro de su competencia (artículo 40);
- b) Entre la federación y las entidades federativas existe coincidencia de decisiones fundamentales (artículos 40 y 115);
- c) Las entidades federativas se dan libremente su propia Constitución en la que organizan su estructura de gobierno, pero sin contravenir el pacto federal inscrito en la Constitución general, que es la unidad del estado federal (artículo 41); y

¹⁰ Carpizo, Jorge y Jorge Madrazo, “El sistema constitucional mexicano”, en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992.

- d) Existe una clara y diáfana división de competencia entre la federación y las entidades federativas: todo aquello que no esté expresamente atribuido a la federación es competencia de las entidades federativas (artículo 124).

El arsenal dogmático y doctrinario es suficiente ahora mismo, para tratar de analizar una situación singular que se presenta en los ámbitos de la justicia mexicana, y que hemos de despejar bien y pronto. Léase con cuidado el primer párrafo del artículo 108 constitucional, inscrito en el Título relacionado con las responsabilidades de los servidores públicos: “Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular (...)”, y continúa enumerando clases de servidores públicos que se desempeñen en los distintos poderes federales o del Distrito Federal y en organismos autónomos. Dicho artículo cierra con un párrafo que no puede ser soslayado: “Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios”.

El siguiente artículo no es omiso al referir el ámbito competencial de los estados: “El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, expedirán las leyes de responsabilidades de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad (...)”.

El artículo 111, que regula el mal llamado “fuero” de los servidores públicos, y que en rigor se trata de un requisito de procedibilidad que puede ser removido a través del llamado “juicio de procedencia”, refiere, para el ámbito federal, a los servidores públicos con los que se requeriría de dicho procedimiento extraordinario, para proceder penalmente contra ellos. Sin embargo, claramente no deja de mostrar la Constitución General su respeto por la soberanía local, aún tratándose de servidores públicos estatales que hubieren incurrido en una posible comisión delictiva pero que es de orden federal, al expresar en su quinto párrafo:

Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales

Superiores de Justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas Locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

Esto es, siempre existe, aún para quienes se hallan relacionados en el primer párrafo de éste artículo III, una previsión expresa de correlación y respeto en esa co-soberanía.

A la luz de estas disposiciones, y de cara a los conceptos ya revisados sobre interpretación y aplicación de la ley, la circunstancia de que la Constitución General de la República, que en materia de responsabilidades adquiere un carácter federal, pues ella misma deja al Poder Constituyente u órgano revisor de las constituciones locales la regulación soberana de estos temas, no aluda a los servidores públicos municipales —ya de elección popular, que podrían quedar considerados en el texto transcrito del artículo 108, o de orden administrativo—, no significa que les niegue la necesidad del juicio de procedencia, pues éste para poder proceder penalmente contra uno de ellos, así se trate de delitos del orden federal, es imprescindible, si está previsto en la Constitución local.

Y eso no constituye ninguna contradicción con la Constitución General, antes al contrario, la sigue al “pie de la letra”. No es posible que en nuestro régimen federal, que ya se sabe reconoce una co-soberanía y no ubica a ningún nivel de gobierno como superior del otro, cuando se está ante una disposición constitucional, uno de los niveles de gobierno no acate ese mandato. Los niveles de gobierno son iguales jerárquicamente y se tratan como entidades equivalentes, aunque con ámbitos de competencia diferentes. Una soberanía no es mayor ni mejor que la otra. Las meras posibilidades constitucionales de la vertiente de coordinación entre niveles de gobierno, para atender diversos ramos de sus respectivas responsabilidades, así lo plantean.

Nadie autorizaría a que una entidad federativa cualquiera intentara proceder penalmente contra un servidor público de la federación o de otra entidad federativa, que por supuesto no se halla relacionado en su dispositivo local constitucional como sujeto a juicio de procedencia, pero seguramente sí en el régimen jurídico a él aplicable, sin desahogar antes los requisitos y remover los obstáculos procesales que

la ley del lugar o del ámbito competencial respectivo, prevengan. Sería absurdo e inconstitucional.

Estos son retos de la nueva fase de la justicia mexicana que debemos resolver a satisfacción de todos. Bajo ninguna circunstancia, puede nadie colocarse en el papel de obstáculo para combatir la delincuencia más atroz; pero no de cualquier manera ni a cualquier costo, incluido el derrumbe del Estado de Derecho.

Afirmé con anterioridad, que el fin no justifica los medios. Es nuestro deber no decir simplemente que “no se puede”. Debemos los juristas mexicanos decir “cómo se puede”, a fin de resultar eficaces en esta lucha contra la delincuencia organizada que a todos interesa, y hacerlo todo de acuerdo a Derecho, pues el Estado no puede incurrir en actos, al menos de dudosa constitucionalidad, sin riesgo de caer en lo mismo que persigue. Los retos son muchos, de gran diversidad y enormes dimensiones. Hemos de enfrentarlos con seriedad y con la ley en la mano, pues lo contrario rebaja la Política y cancela el Derecho.

EL JUICIO DE AMPARO Y LA REFORMA PENAL

Ricardo Ojeda Bohórquez

En esta colaboración su autor, Magistrado del Séptimo Tribunal Colegiado en materia penal del Primer Circuito, propone que las inminentes reformas que se harán a los códigos procesales penales tanto federal como locales con base en los principios introducidos en la última reforma constitucional en materia penal, deben estar adecuadas a las garantías consagradas en nuestra Constitución, con lo que prácticamente subsistiría en su integridad la vigente Ley de Amparo.

La reforma constitucional en materia penal de 18 de junio de 2008, ya está vigente ahora. Lo que queda, es implementarla en los estados que aún no lo hacen y en toda la República a nivel federal. Pero hay que hacerlo, ahora sí, de manera correcta y acorde a nuestra cultura jurídica y social mexicana, si queremos que sea un éxito. Así, debemos tener muy en cuenta las normas constitucionales vigentes y los medios de defensa de las mismas.

Ahora bien, ante esta modificación a nuestra Constitución, muchos se preguntan: ¿qué va a pasar con el amparo ante el nuevo sistema penal acusatorio oral? Yo mejor me cuestionaría a la inversa: ¿qué va a pasar con el nuevo sistema penal acusatorio oral, ante el amparo mexicano? Cabe recordar que esta labor legislativa que comento, estableció, entre otras cosas, el nuevo proceso penal acusatorio oral, y frente a ello, algunos han pensado que es necesario suprimir el amparo, a fin de evitar obstáculos, dado que para eso ya tendremos el juez de garantías o de control, quien estará atento al respeto de la Constitución.

Pero no perdamos de vista que éste no deja de ser un juez de proceso, y estará sujeto a la aplicación de la ley penal, ya que en México, como sabemos, no se permite el control difuso de la Constitución,

como en otros países, donde la República es centralista y no federal, y en donde al funcionario judicial de este ramo se le permite el control de las normas constitucionales.

En la reforma de la ley procesal secundaria del estado de Morelos, se permite ese control difuso a los jueces de control. Pero esto obedece a copiar por copiar modelos extranjeros, que no corresponden a nuestra realidad jurídica nacional. ¡No nos confundamos!

Otros opinan que tan sólo hay que reestructurar la Ley de Amparo, o bien hacer una nueva con reformas que no entorpezcan los fines del nuevo sistema penal. Sin embargo, considero que la primera opinión, la supresión del juicio de amparo, está totalmente fuera de objetividad, pues el amparo mexicano no sólo abarca los actos penales, sino también protege los de naturaleza civil, administrativa, agraria, fiscal o del trabajo. Y la protección de los actos penales es indispensable, por estar en juego bienes jurídicos importantes como son la vida y la libertad personal.

Soy de la opinión que, tal vez, haya que hacer algún cambio sustancial con motivo de la reforma penal y, por ello, la segunda idea de hacer adecuaciones a la actual ley reglamentaria en cita es la más aceptable, ya sea en la vigente Ley de Amparo o en una nueva, bajo la misma normatividad. Lo interesante es definir en qué parte de la ley y en qué temas, hay que hacer esas modificaciones. Lo anterior, por las siguientes razones:

La reforma constitucional penal de referencia, evidentemente, tiene muchas cosas positivas, pero también tiene algunas cuestiones que habría que corregir por ser incongruentes y no muy claras, como es la duración de los procesos y la prisión preventiva. Afortunadamente, se cuenta con algunos párrafos de los artículos 14 y 16 que no fueron tocados y que habrá que observar, como son las garantías de legalidad, de exacta aplicación de la ley, de seguridad jurídica de mandamiento escrito y de fundamentación y motivación.

Digo lo anterior, puesto que aun cuando ya está la reforma vigente, efectivamente en el artículo 20, apartado B, fracción VII, de la Constitución federal, se establece un término máximo de un año para terminar con un proceso penal. Sin embargo, en la fracción IX, párrafo segundo, de la misma norma, se prevén hasta dos años como duración

para la prisión preventiva, que es lo que durará el proceso. De ahí que se cuestione entonces: ¿su duración será de un año o dos?

Al respecto, transcribo el precepto y fracción en mención que a la letra dice:

Artículo 20.- El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

...

B. De los derechos de toda persona imputada:

...

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

...

IX. ...

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

Por otra parte, se ha dicho hasta el cansancio que en un juicio acusatorio adversarial la regla general es que el imputado enfrente su proceso en libertad, y así se plasmó en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional reformado. Sin embargo, en el artículo 18 constitucional se establece que habrá lugar a prisión preventiva cuando el delito amerita pena privativa de libertad. Es decir, la ley secundaria es la que fija los casos en que la prisión preventiva procede.

Sin embargo, cabe decir que actualmente el 90% de delitos ameritan pena privativa de libertad, lo que se contrapone con el espíritu de la reforma, que pretende que el proceso, en su gran mayoría, se realice con el procesado en libertad, y que sea el juez quien disponga en qué casos habrá lugar a prisión preventiva, tal como lo señala el segundo párrafo del numeral 19 reformado.

Se transcriben los ordenamientos en cita para mayor comprensión:

Artículo 18.- Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

...

Artículo 19.- ...

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

En este sentido cabe preguntarse: ¿o es el juez o es la ley, quién fijará la prisión preventiva?

Es muy peligroso y riesgoso dejar en manos de los jueces la decisión de la prisión preventiva, pues se puede prestar a los abusos de algunos de ellos en uso de esa abierta facultad. O bien, los jueces pueden ser objeto de cohechos, amenazas o represalias por parte del crimen organizado o delincuentes comunes con tal de evitar la prisión preventiva. Es preferible siempre que la ley señale los lineamientos para la prisión preventiva, así, será el juez quien decida, pero basado en los linderos de la ley.

Este mismo objetivo de la reforma de privilegiar la libertad en el proceso, contrasta con el tercer párrafo del artículo 16 de la citada norma fundamental, que establece los requisitos para librar orden de aprehensión, entre ellos, que el delito amerite pena privativa de libertad (y en este sentido, repito, son más de un 90%). Ello implica que la ejecución de esa orden llevará a la cárcel a la mayoría de los imputados, con la sorpresa de que en la Constitución ya no existe la figura de la libertad provisional bajo caución; y ante eso, ahora se está incluyendo dicha figura jurídica en los códigos de procedimientos penales de las entidades federativas. Una garantía constitucional tan importante

fue suprimida como tal, para pasar como medida cautelar a la ley secundaria.

Cito el precepto en la parte en comento:

Artículo 16.- ...

...

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

...

Otro de los principios del nuevo procedimiento acusatorio, es la oralidad, pues en este sentido se copió o se tomó como modelo el existente en Chile, Colombia y desde luego Estados Unidos de América, con la sorpresa y diferencia que en México están aún vigentes las garantías de mandamiento escrito y la de fundamentación y motivación en el artículo 16 constitucional, garantías que en estos países no se tienen. Se transcribe el primer párrafo del artículo 16 constitucional.

Artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

De tal manera, que los jueces tendrán que respetar estas garantías ante el amparo, e incluso el legislador local contemplarlas en la ley secundaria, al momento de elaborarla. Como el estado de Oaxaca tuvo que hacerlo, por ponerles un ejemplo. En Colombia un magistrado de ese país, con quien platiqué sobre el tema, al comentarle sobre estas garantías de mandamiento escrito y fundamentación y motivación expreso: “eso sí va a constituir un verdadero problema en México, para el modelo acusatorio oral”.

Pero además, el artículo 14 constitucional no fue reformado y aún están establecidas dos grandes premisas como garantías de legalidad y de seguridad jurídica. El juicio previo para poder privar de la libertad, propiedades, posesiones o derechos a un gobernado, y la exacta aplicación de la ley. El citado precepto dice:

Artículo 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

...

Ante tales garantías, cuestiono: ¿cómo arraigar a una persona que ha cometido un delito, que no sea delincuencia organizada, sin juicio previo?, ¿cómo privarlo de sus bienes sin juicio previo?, ¿cómo adecuar la conducta realizada por el imputado al tipo penal en un juicio oral, donde la reflexión está reñida con el tiempo que se tiene en la audiencia relativa y en la que se dictará la sentencia de forma oral?

Es necesaria una reflexión más profunda, y con base en evidencias escritas poder realizar este ejercicio que en el procedimiento escrito se tiene y, aún así, el juez en ocasiones no hace una exacta aplicación de la ley. ¿Cuántos amparos directos no conceden los tribunales colegiados, por la inexacta aplicación de la ley? ¡Muchos!

Considero que la ley penal deberá tener tipos penales básicos y no complejos para que puedan funcionar los juicios orales, frente a la garantía de exacta aplicación de la ley penal, que aún se conserva en nuestra Constitución en su artículo 14. En todos estos casos, sin duda, se acudirá al amparo por las posibles violaciones a los artículos 14 y 16 constitucionales. Pues resultaría inadmisibles pensar en cambiar la Constitución nuevamente para reformar estos preceptos, y suprimir las garantías contenidas que los mexicanos hemos disfrutado durante muchos años.

Cómo suprimir el amparo, cuando se pueden dar casos como los siguientes:

1. Una detención arbitraria.
2. Una orden de aprehensión que no reúne los requisitos constitucionales.
3. Un auto que decrete la prisión preventiva.

4. Un auto de vinculación a proceso que se aparte de las exigencias constitucionales.
5. Una sentencia penal privativa de libertad que no respete las garantías constitucionales de los artículos 14 y 16.

Por ello, es necesario que el amparo penal en nuestro país subsista y no desaparezca nunca.

Ahora bien, si pensamos que se ha abusado del juicio de garantías y que la reforma penal llegó para quedarse, es necesaria una reforma a la Ley de Amparo y, en todo caso, tal vez valdría la pena hacer algunas reflexiones, en cuyo caso propongo lo siguiente:

1. Acotar o suprimir la acción en el amparo penal indirecto, pero sólo para los actos no privativos de libertad personal; debiendo subsistir en aquellos que sí atentan contra este derecho y los que recaigan en los bienes y derechos del gobernado.
2. Eliminar las excepciones al principio de definitividad en materia penal a que se refieren las fracciones XIII, XIV y XV del artículo 73 de la Ley de Amparo; y no permitir el amparo indirecto si no se agotan los recursos existentes en la ley secundaria.
3. Aumentar los requisitos para la procedencia de la suspensión contra los actos de los jueces de control.

En suma, que la ley secundaria que establezca el nuevo proceso penal acusatorio oral se adecue a las garantías vigentes en nuestra Constitución y a nuestro juicio de amparo, con algunas modificaciones en el sentido señalado.

La reforma penal ya no tiene marcha atrás. Por ello, cambiemos en su totalidad, adecuadamente, los códigos de procedimientos penales, por ser necesario para implementarla, pero la Ley de Amparo no la toquemos con ese pretexto. Sólo hagámosle algunas adecuaciones.

Documentos

LAS REFORMAS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN HONDURAS Y BOLIVIA. RAZONES QUE HAN OBSTACULIZADO SU ÉXITO Y CÓMO ENFRENTARLAS

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL

CAPÍTULO III. *La situación en Bolivia*

III.1 *Dificultades en el proceso de implementación de la reforma procesal penal boliviana*

III.1.1 *Los órganos de la implementación*

Para la correcta implementación de la reforma, en sus disposiciones finales el Nuevo Código de Procedimiento Penal (NCPP) creó una serie de organismos interinstitucionales con diferentes funciones, tendientes a dar seguimiento y desarrollar adecuadamente las políticas diseñadas para el cambio. A continuación se describen dichos organismos.

III.1.1.1 *Comisión Nacional de Implementación*

Este órgano fue creado por la disposición final segunda del NCPP, con funciones de decisión y de fiscalización en la implementación de la reforma procesal penal. Su presidencia está a cargo del Presidente Nato del Congreso Nacional y, además, conformada por:

1. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia.
2. El Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

3. El Presidente de la Comisión de Constitución, Justicia, Policía Judicial, Ministerio Público, Derechos Humanos y Régimen Electoral de la Cámara de Senadores.
4. El Presidente de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados; y,
5. El Fiscal General de la República.

El NCPP establece para la Comisión Nacional las siguientes atribuciones:

1. Definir políticas institucionales para una adecuada implementación de la reforma; y,
2. Fiscalizar las actividades del Comité Ejecutivo de Implementación, requiriendo informes e impartiendo las instrucciones necesarias.

III.1.1.2 *Comité Ejecutivo de Implementación*

Este órgano se crea en la disposición final tercera del NCPP, como entidad de ejecución de las políticas diseñadas por la Comisión Nacional de Implementación. Se constituye en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y está presidido por el Ministro o su representante e integrado, además, por un representante técnico acreditado por:

1. La Comisión de Constitución, Justicia, Policía Judicial, Ministerio Público, Derechos Humanos y Régimen Electoral de la Cámara de Senadores.
2. La Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados.
3. El Poder Judicial a través del Consejo de la Judicatura.
4. La Fiscalía General de la República.
5. El Ministerio de Gobierno.
6. La Policía Nacional.
7. El Colegio Nacional de Abogados; y,
8. El Comité Ejecutivo Universidad Boliviana.

Sus atribuciones se detallan a continuación:

1. Presentar la propuesta del Plan Nacional de Implementación a la Comisión Nacional de Implementación de la Reforma.
 2. Adecuar y ejecutar planes y programas de implementación, intra e interinstitucionales;
 3. Realizar un seguimiento de la ejecución de los programas de implementación de las instituciones operadoras del sistema de administración de justicia penal.
 4. Formular o presentar el proyecto de presupuesto de la implementación; y,
 5. Otras atribuciones de carácter ejecutivo que se le encomienden.
- III.1.1.3 *Equipo Técnico de Implementación*

El Reglamento de funcionamiento de la Comisión y el Comité Ejecutivo de Implementación creó un nuevo órgano, el Equipo Técnico de Implementación, que fue el ente ejecutor de las políticas diseñadas y aprobadas por aquellos dos espacios. El Equipo Técnico de Implementación estuvo a cargo de un Coordinador y tuvo cuatro componentes: adecuación normativa, adecuación institucional, capacitación y difusión a la sociedad civil.⁹⁴

A diferencia de la Comisión Nacional de Implementación y el Comité Ejecutivo de Implementación que no tuvieron un trabajo de carácter permanente, sino que su labor se desarrolló a través de reuniones periódicas de trabajo para evaluar los avances y problemas generados a partir de la implementación de la reforma procesal penal, el Equipo Técnico de Implementación, como ente ejecutor, sí tuvo un trabajo permanente de desarrollo de los cuatro componentes mencionados.

III.1.1.4 *Las Jornadas de Evaluación de la Implementación: problemas señalados en materia de medidas cautelares*

Transcurrido un año de la vigencia plena del NCPP, en junio de 2002, la Comisión Nacional de Implementación realizó una jornada de evaluación de la implementación de la reforma procesal penal con la participación de miembros de las cuatro instituciones operadoras a nivel nacional. Uno de los temas a discusión en las mesas de trabajo

⁹⁴ En un punto específico, se analizará el trabajo que se desarrolló en esas áreas vinculado con el tema en tratamiento.

fue el de las medidas cautelares, surgiendo una lista de problemas detectados en relación con su uso:

1. Imposibilidad de aplicación efectiva de la detención domiciliaria por limitaciones materiales.
2. Inadecuada comprensión de las normas establecidas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, sobre la aplicación de las medidas cautelares.
3. Inadecuada valoración por parte de los operadores de documentos que acreditan el domicilio del imputado para fundamentar el peligro de fuga, y en general todos los fundamentos para las medidas cautelares.
4. Uno de los grandes inconvenientes en la aplicación de estas medidas es que los operadores de justicia, al solicitar, conceder o negar no fundamentan.
5. Para dictar una medida cautelar se prescinde del criterio policial sobre la seguridad de su presentación. Se desaprovecha la valiosa información que posee el investigador.
6. Falta de material fáctico para pedir una medida cautelar. El Ministerio Público no aporta suficiente fundamento para su pedido.
7. No existe un control del juez de oficio de las medidas cautelares.
8. Las audiencias para las apelaciones son a muy largo plazo.
9. La presunción de culpabilidad dentro de las consideraciones de medidas cautelares.
10. Apreciación de la sociedad civil de la existencia de favorecimiento al imputado con las medidas cautelares.⁹⁵

En julio de 2005 la Comisión Nacional de Implementación tuvo una nueva reunión de evaluación en la ciudad de La Paz, en la que se realizó una nueva evaluación de la implementación y se aprobó el Informe Base para la Evaluación de la Reforma Procesal Penal y el Plan Estratégico de Evaluación y Seguimiento en sus líneas de acción.

En relación con las medidas cautelares, dicho informe estableció que: “la aplicación incorrecta del régimen de medidas cautelares inci-

⁹⁵ *Memoria de la Primera Jornada de Evaluación de la Implementación del NCPP*, Comisión Nacional de Implementación, junio de 2002.

de en la sensación de inseguridad de la población en general”. Para corregir este problema, los operadores propusieron y consensuaron las siguientes soluciones:

- Diseñar e implementar programas de capacitación que fortalezcan el uso eficaz de las medidas cautelares.
- Emitir instructivos al interior de las instituciones operadoras de justicia, para posibilitar la aplicación efectiva de las medidas cautelares reales, cuyo fin es asegurar la reparación del daño civil emergente del delito.⁹⁶

III.1.2 *Los lineamientos originarios de la implementación y las dificultades para su efectivo cumplimiento*

A continuación, intentaremos analizar los lineamientos señalados para la reforma procesal penal, su efectivo cumplimiento luego de seis años de implementación plena del NCPP y su específica relación con el régimen de medidas cautelares.⁹⁷

III.1.2.1 *Efectivo cumplimiento de las garantías constitucionales*

Como se ha mencionado, uno de los principales objetivos de la reforma procesal penal fue la adecuación de la norma procesal al diseño constitucional. En este sentido, se procuró el diseño de un proceso donde las funciones estén claramente diferenciadas entre las partes (acusación, defensa y decisión), con un debate oral como etapa central del proceso y un diseño de preparación y control del juicio suficiente para garantizar la garantía del juicio previo.

En materia de detención preventiva, como ya se ha descrito, se procuró establecer a nivel normativo los principios de excepcionalidad y proporcionalidad como bases para la procedencia de esta medida cau-

⁹⁶ *Resumen ejecutivo de las Jornadas de Evaluación y Análisis de la Implementación de la Reforma Procesal Penal*, Viceministerio de Justicia de Bolivia, 2005.

⁹⁷ Los lineamientos que se desarrollarán a continuación han sido extraídos de la Exposición de Motivos del NCPP, y de las diversas presentaciones a organizaciones de la sociedad civil y público en general, que se realizaron durante los años de trabajo del Equipo Técnico de Implementación. No se desarrollarán los lineamientos referidos a participación ciudadana ni respeto a la diversidad cultural en este punto, en función de que no se encuentra relación directa con el tema que desarrollamos.

telar. A su vez, se estableció un tiempo máximo de duración para la detención preventiva, en función de poner fin a uno de los problemas más frecuentes en relación con este tema: el excesivo tiempo que las personas pasaban en detención sin sentencia, por la inexistencia de un límite temporal en la legislación anterior.

Uno de los objetivos centrales del proceso de difusión de la reforma procesal penal, fue el de transmitir a la ciudadanía la idea de la reforma como un proceso de adecuación y respeto por los derechos fundamentales y las garantías establecidas en la Constitución Política del Estado. Quizá sea este un punto a reconsiderar, en función a la forma en que debe desarrollarse un proceso de difusión, puesto que esta idea, sumada a las voces que surgieron en reclamo de mayor “seguridad ciudadana”, generó en la ciudadanía la impresión de la reforma como una ley “blanda” o “a favor de la delincuencia”.

III.1.2.2 *Investigación eficiente-lucha contra la impunidad*

Una de las comprobaciones que la reforma procuró superar, fue la que mostraba que el sistema procesal penal dedicaba sus esfuerzos a la reacción contra los delitos más leves y sencillos, sin haber alcanzado ni siquiera una mínima eficacia en la investigación de los hechos graves y complejos, de los delitos no tradicionales, del crimen organizado y del narcotráfico, que tanto preocupan a nuestra sociedad. En este sentido, desde el punto de vista normativo se procuró establecer claramente la separación de funciones, normando al Ministerio Público como director funcional y estratégico de la investigación, y dejando al poder judicial la tarea de control de garantías y juzgamiento, sin posibilidad de intervención en la investigación criminal.

Un segundo mensaje que se procuró enviar en relación con la reforma, fue el de vinculación entre el NCPP y la lucha contra la impunidad y la corrupción. Sin embargo, echando una mirada a la estadística penitenciaria, salta a la vista que los delitos que siguen siendo perseguidos son los relacionados con la “delincuencia común”: delitos contra la vida, la libertad sexual, la propiedad y/ o delitos vinculados con el tráfico de sustancias controladas.

Esto indica que el mensaje enviado no fue acompañado con un cambio sustancial en la forma de trabajo de las instituciones, y es así que la sensación social en relación con la justicia penal se mantiene intacta en relación con la situación anterior a la reforma: quien tiene

poder económico puede salir librado fácilmente de un proceso penal. En la actualidad, si bien se tiene un discurso de “mano dura contra la corrupción”, no existen procesos penales finalizados en los que se hayan logrado condenas por casos de corrupción.

Cabe señalar en este punto, que la detención preventiva ha jugado un papel clave en determinados procesos donde la misma ha pasado a hacer las veces de pena anticipada, en tanto los fiscales se han conformado con lograr dicha medida sin dar continuidad a las investigaciones para lograr una sentencia condenatoria. Ante esta situación y la falta de claridad que existe a nivel social sobre la finalidad específica de esta medida cautelar, una y otra vez se oyen voces de protesta cuando el tiempo máximo de detención preventiva se cumple y los imputados por delitos de corrupción quedan en libertad; pero no se hace ningún esfuerzo por aclarar que esta situación se genera a partir de la negligencia del Ministerio Público para llevar adelante investigaciones que le permitan formular una acusación sustentada en forma eficiente y lograr así una sentencia condenatoria.

Adicionalmente, resulta preocupante la presión que los medios o determinados sectores políticos suelen ejercer sobre los jueces de instrucción para la aplicación de la detención preventiva en casos de resonancia social, que generan decisiones basadas en las presiones externas antes que en los hechos puntuales acreditados en la audiencia.

III.1.2.3 *Oralidad plena*

Sin lugar a dudas uno de los grandes cambios traídos por la reforma procesal penal ha sido la instalación plena de la oralidad, que ha implicado no sólo la ejecución de juicios orales sino también la oralización de la etapa preparatoria. Afirmamos que éste ha sido uno de los grandes cambios, debido a que la oralidad ha obligado a la transformación total en las prácticas de los operadores de justicia.

Quienes anteriormente pasaban su tiempo preparando escritos para lograr sus peticiones, hoy deben concurrir a una audiencia en la que deben fundar su pretensión en forma oral, inmediando con la contraparte y el juez. Consideramos que esta lógica de actuación, que fue la base de muchas capacitaciones sobre la reforma procesal penal, no ha sido aún incorporada en lo que implica cambios de prácticas sustanciales adecuadas al nuevo modelo.

Como se ha mencionado, durante las Jornadas de Evaluación y Análisis de la Implementación de la Reforma Procesal Penal de 2005, se aprobó un plan de acción. Uno de los lineamientos de ese plan de acción estaba orientado a la generación de una capacitación que permitiera el diseño de un formato de audiencia preliminar que, a la vez de respetar los principios de contradicción, intermediación y continuidad, agilizará los tiempos en los que se estaban llevando adelante las audiencias y permitiera generar una práctica organizativa adecuada a la oralidad, que evitara la cantidad de suspensiones de audiencias que se daban al momento de iniciar el trabajo de capacitación.

Algunas de las observaciones surgidas del trabajo de campo desarrollado previamente a la capacitación (se realizó la observación y filmación de audiencias de medida cautelar durante un mes en el distrito judicial en que se desarrollaría la capacitación)⁹⁸ tienen, a nuestro entender, directa incidencia en la problemática vinculada con la aplicación de medidas cautelares y en el incumplimiento de los principios que efectivizarían a la oralidad como un lineamiento de la reforma:

Deficiente fundamentación

Uno de los principales defectos observados en las audiencias fue la escasa relevancia de las argumentaciones expuestas por las partes (tanto por la acusación como por la defensa), para sustentar o repeler la imposición de una medida cautelar.

En el caso de la acusación, se observa que con frecuencia la fiscalía se limita a “oralizar” el informe escrito por el policía investigador, sin haber hecho previamente una valoración de los elementos importantes para sustentar su solicitud. No se nota que haya habido un análisis previo del caso, que le permita a la acusación proyectar a futuro su

⁹⁸ *Informe de Resultados sobre Observación de Audiencias Previas en La Paz*, Centro de Estudios sobre Justicia y Participación (CEJIP), 2005. Para la elaboración de este informe, realizado en el marco del trabajo de capacitación organizado por el Viceministerio de Justicia en coordinación con el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), se observaron las audiencias celebradas en los nueve juzgados de instrucción de la Corte Superior de Distrito de La Paz durante un periodo de dos semanas (21 de noviembre al 2 de diciembre de 2005), centrándose en las audiencias de consideración de medidas cautelares, y salidas alternativas. Al efecto se utilizaron pautas para observar, registrar y ordenar la información recolectada, facilitando así la labor de sistematización y de formulación de conclusiones plasmados en él.

caso como probablemente en juicio y, en varias ocasiones, se ve que el caso en el que se está pidiendo la medida cautelar podría culminar probablemente con la aplicación de una salida alternativa (con lo que no se comprende la necesidad de una medida cautelar, si el caso puede resolverse rápidamente por la vía de una alternativa al juicio).

No se ve en las audiencias un relato concreto del hecho que se subsuma adecuadamente en el tipo penal que se alega (en varias ocasiones, se vio la imputación formal de un tipo agravado cuando en el relato del hecho realizado no se llegaban a cubrir los elementos del tipo base), y tampoco se da un relato de la prueba probable a obtener en caso de llegar a juicio. Los relatos son desordenados, y desorientan al juez al momento de tomar una decisión.

En cuanto a los criterios específicos para demostrar el peligro procesal, en la mayor parte de las audiencias se observa que la acusación busca acreditar tanto el peligro de fuga como el peligro de obstaculización (en algunos casos se hace referencia también a la reincidencia), lo que indica que pese a la claridad de la norma en sentido de obligar a mostrar uno de los presupuestos, la fiscalía sigue considerando que debe acreditar todos los presupuestos procesales, haciendo argumentaciones débiles e incluso, en algunas ocasiones, inconsistentes.

En relación con la defensa,⁹⁹ se observa que su actuación en las audiencias suele quedarse en la obligación formal de brindar asistencia técnica a la persona imputada. Así, por su actuación en la mayor parte de las audiencias, se puede presumir que no han tenido ningún tipo de entrevista previa con la persona imputada que les permita obtener datos adicionales para repeler la petición del Ministerio Público. Sus argumentaciones, en ocasiones, van más allá de los límites fijados por la acusación, incorporando elementos que no han sido alegados por aquélla. Inclusive se ven casos en que es la defensa la que solicita la procedencia de alguna medida cautelar sustitutiva, a la vez que intenta que el juzgador considere que no se han acreditado suficientemente los elementos para la procedencia de la medida cautelar.

Los principales obstáculos que los defensores suelen encontrar para cumplir con su obligación en audiencia de medida cautelar, tienen relación con la imposibilidad de acceder al cuaderno de investigación del fiscal y el número de casos que deben atender a la vez, lo que les impide realizar un trabajo de calidad.

⁹⁹ Haremos referencia a la actuación de la Defensa Pública.

Excesiva duración de las audiencias

Los aspectos señalados en el punto anterior, hacen que la audiencia de medida cautelar tenga una duración por encima del tiempo necesario. Aquí es necesario dejar establecido que no se pretende una duración “tipo” para la audiencia; pero de la observación efectuada se concluyó que audiencias que habían durado más de 60 minutos, podrían haberse resuelto en un tiempo mucho menor si las partes hubieran tenido claros los hechos y hubieran establecido sólo los elementos necesarios para argumentar sus peticiones.

Por el contrario, se vio que en muchas ocasiones las partes pretenden hacer de la audiencia de medida cautelar una especie de “mini juicio”, en el que se debe determinar la culpabilidad o inocencia del imputado, e incluso producir prueba a tal efecto, como si se estuviera discutiendo la sentencia definitiva para el caso.

Decisiones con escasa valoración y dirección formalista de la audiencia

De la misma forma que se observaron falencias en la fundamentación de las partes, en lo que respecta a la actuación de los jueces se vio una situación similar: no se da una identificación puntual de los hechos relevantes para la imposición o no de una medida cautelar, sino que los jueces se limitan a repetir las argumentaciones que han hecho una y la otra parte, para luego dar su decisión sin aclarar cuáles han sido los elementos concretos tomados en cuenta para llegar a la misma. En la mayoría de los casos se impone la medida cautelar sin más, pese a que un mínimo análisis de los elementos daría un resultado negativo en cuanto a la procedencia de la misma.

En relación con la dirección de audiencia, sostenemos que la misma se basa en criterios excesivamente formales, pues no se permite una verdadera dinámica de contradicción. En ocasiones los jueces parecen estar preocupados por el destino que tendrá la audiencia, si permiten que las partes dialoguen y contradigan los argumentos la una de la otra, dando espacios de tiempo demasiado prolongados a cada una antes de permitir que la otra responda, con lo que la dinámica se vuelve bastante difícil de seguir en cuanto a la acreditación de los hechos.

Suspensiones

Otro gran inconveniente notado es el de la suspensión de audiencias de medida cautelar. El principal factor para las suspensiones es la inasistencia de alguna de las partes, y esto, en una gran cantidad de oportunidades, se debe a la superposición de actuaciones por la falta de coordinación de agendas (un mismo fiscal/ defensor suele estar citado para audiencias en varios juzgados distintos a la misma vez) y la forma de organización de las instituciones (organización del trabajo por carteras), que impide que otro funcionario pueda llevar adelante las audiencias.

La suspensión se ha convertido en una situación tan frecuente que en el distrito de La Paz, por ejemplo, algunos juzgados de instrucción tienen días “reservados” sin programación de audiencias, para reprogramar en esos días las audiencias que suspenderán durante la semana.

Encontramos entonces, en lo que hace al lineamiento de la oralidad, una ventaja y una desventaja:

- Consideramos ventajoso el hecho de haber extendido la práctica de tomar las decisiones de la etapa preparatoria (las medidas cautelares concretamente) en forma oral, a partir de la realización de una audiencia. Esto ha resultado, sin duda, un beneficio en tanto permite un principio de respeto hacia las garantías del imputado de un delito, a la vez que posibilita un mayor control social sobre la forma en que se está administrando justicia.
- Sin embargo, la desventaja está dada por la transmisión de prácticas inquisitivas al nuevo sistema. Vemos con preocupación, que la forma de organización de las instituciones y los formalismos exigidos para la realización de audiencias siguen patrones propios del sistema inquisitivo, pese al sustento del acusatorio.

III.1.2.4 Revalorización de la víctima-reconceptualización de la víctima

En relación con este lineamiento, la reforma buscó instalar la idea de que la víctima no es ni debe ser un pretexto para la persecución penal. Por ello se establecieron una serie de mecanismos para su participación, independientemente de la tradicional forma del querellante.

Sin embargo, el punto sobre el que nos interesa reflexionar referido a la actuación de la víctima en el proceso penal versa sobre quién es considerada víctima. La reforma procesal penal procuró ampliar de alguna forma el concepto tradicional de víctima, a través de la regulación de la posibilidad para actuar en calidad de víctimas dada a fundaciones y asociaciones legalmente constituidas, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la fundación o asociación se vincule directamente con estos intereses (artículo 76.4 NCPP). Esta regulación es, a nuestro entender, coherente con el lineamiento vinculado a la lucha contra la impunidad, anteriormente desarrollado: si con la reforma se pretendía generar mecanismos que permitieran una investigación eficiente en delitos vinculados a la criminalidad organizada, la corrupción, etcétera, es lógico pensar que el legislador tuvo también en cuenta la necesidad de involucrar en ese tipo de investigaciones a las organizaciones/asociaciones que, en representación de la sociedad, pudieran contribuir para lograr resultados efectivos.

No obstante, hasta la fecha se desconocen casos en los que alguna organización haya asumido la calidad de víctima para intervenir en el proceso penal. Las llamadas “organizaciones de víctimas” que se han constituido a partir de la reforma no han tenido la orientación pretendida por el artículo 76.4 NCPP, sino que se trata en su mayoría de organizaciones de familiares de víctimas de delitos violentos o de delitos contra la libertad sexual. Personas que, no habiendo encontrado una respuesta estatal a tiempo, han asumido al NCPP como principal “enemigo” y causante de su desdicha. Por ello, las organizaciones de víctimas han sido las principales impulsoras de la contrarreforma. En 2003, cuando se comenzó la discusión de la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (comentada anteriormente en este informe), fue una organización de víctimas de delitos contra la vida de Santa Cruz la principal impulsora del cambio. Durante la gestión 2005 hubo un nuevo intento de modificación normativa, impulsado por una organización de víctimas de delitos contra la libertad sexual del departamento de Oruro. Vemos entonces que, en la actualidad, las víctimas siguen jugando un rol posterior al momento del proceso penal, y aparecen en escena en aquellos casos donde el sistema ha fracasado en dar una respuesta efectiva, lo cual genera allí una línea de oposición a temas como el de las medidas cautelares, en tanto son consideradas como “premios para los delincuentes”.

III.1.2.5 *Control sobre la retardación de justicia*

En relación con la retardación de justicia, la impronta de la reforma fue que el imputado no puede pagar la ineficiencia estatal con la detención preventiva. La inexistencia de limitación temporal en el anterior sistema hacía que las personas pasaran tiempos incluso superiores, a los que luego serían su condena en detención preventiva.

Por esta razón se establecieron como límites para el encarcelamiento preventivo:

- El mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga.
- 18 meses sin sentencia condenatoria; o
- 24 meses sin sentencia condenatoria con calidad de cosa juzgada.

Nuevamente en el ámbito normativo la solución estuvo dada: se establecieron límites temporales al encarcelamiento preventivo. Sin embargo, si observamos las cifras penitenciarias veremos que hasta la fecha seguimos contando con personas detenidas que han superado ampliamente el tiempo legalmente establecido como máximo, y sobre las que no hay ninguna decisión judicial. Si tomamos al año 2003 como año de inflexión, en el sentido que para entonces ya no debería haber habido personas en detención preventiva que estuvieran siendo procesadas por el sistema anterior, encontramos el siguiente dato: del universo de detenidos preventivos, aproximadamente el 26% se encontraba procesado con el anterior sistema. Esto podría llevarnos a afirmar, como lo hizo en su momento la Pastoral Penitenciaria Católica de Bolivia en su Informe Anual sobre Personas Privadas de Libertad, que en ese momento un 26% de la población penitenciaria se encontraba detenida en forma ilegal.¹⁰⁰

III.1.2.6 *Simplificación del proceso*

Si bien este punto no hace directamente al régimen de medidas cautelares —la simplificación del proceso se buscó principalmente a par-

¹⁰⁰ Pinto, Juan Carlos y Leticia Lorenzo, *Las cárceles en Bolivia*, Ediciones No ha lugar, 2004.

tir de la regulación del juicio oral y del establecimiento de diversas salidas alternativas al juicio—, hacemos referencia a este lineamiento en función de algo que ya hemos señalado con anterioridad y que consideramos afecta la lógica del proceso penal: en la observación de audiencias que hemos tenido la oportunidad de realizar, hemos comprobado que en muchos casos que podrían haberse solucionado por la vía de la aplicación de una salida alternativa, los fiscales concurren a audiencia a solicitar la imposición de una medida cautelar.

Con esto se contribuye a generar, a nuestro entender, varias distorsiones en el procedimiento:

- Innecesaria utilización de la detención preventiva: en función de que al tratarse de casos en que posteriormente se llegará con probabilidad a la aplicación de una salida alternativa, se está utilizando la detención en contra del principio de proporcionalidad, sin proyección ni dirección estratégica del caso.
- Utilización extorsiva de la detención preventiva: en el sentido que una persona que ha sido sometida a la detención estará más “dispuesta” a llegar a cualquier solución que le signifique poner fin al proceso (aunque ello conlleve la asunción de culpabilidad, como sucede en el caso de la aplicación del procedimiento abreviado), que aquella que ha tenido la posibilidad de negociar con la fiscalía en libertad.
- Desconocimiento de los derechos del imputado y la víctima: ya que en ocasiones, la víctima desconoce la posibilidad de buscar una salida alternativa que le permita llegar a una solución rápida y eficiente a sus intereses.

III.1.2.7 *Judicialización de la ejecución penal*

El NCPP establece a la ejecución de la pena como una etapa del proceso penal, y en ese sentido se ha dado el desarrollo normativo correspondiente, como se señalará en el punto específico referido al tema.

La nueva Ley de Ejecución Penal y de Supervisión No. 2298, ha establecido dentro de sus principios la necesaria separación que debe existir entre detenidos preventivos y condenados, estableciendo para los primeros una serie de derechos adicionales (artículo 156, Ley No. 2298) y la posibilidad de, en tanto lo acepten voluntariamente, incorporarse al sistema progresivo de ejecución de la pena (artículo 154,

Ley No. 2298). Sin embargo, no se han generado hasta la fecha los mecanismos necesarios para lograr esa separación, y en la realidad cotidiana los detenidos preventivos se encuentran en idéntica situación que los condenados.

III.1.3 *El trabajo de implementación de la reforma*

A continuación intentaremos desarrollar, brevemente, la jurisprudencia que se ha desarrollado sobre la materia, así como también algunas líneas del trabajo que el Equipo Técnico de Implementación desarrolló en sus áreas específicas de labor, vinculadas al tema en desarrollo.

III.1.3.1 *Desarrollo jurisprudencial*

Las decisiones del Tribunal Constitucional han definido aspectos fundamentales de la reforma procesal, a partir de la posibilidad de revisar los autos supremos. Alegando que la cosa juzgada no puede estar por encima de la sentencia justa, el Tribunal ha establecido líneas jurisprudenciales más allá de su rol como control del legislador, pasando a definir temas como legislador.

Los recursos constitucionales relacionados al proceso penal —*habeas corpus* y amparo constitucional— se tramitan ante los jueces de partido o cortes superiores de distrito en un plazo de 2 a 4 días. La sentencia constitucional emitida es de cumplimiento inmediato, y se tramita bajo los parámetros de un proceso por audiencia, es decir en forma oral, pública y contradictoria entre las partes. Estas decisiones pasan al Tribunal Constitucional en la ciudad de Sucre, para que esta instancia los resuelva. De acuerdo a la Ley del Tribunal Constitucional, esta instancia no tiene un plazo legal para resolver este tipo de recursos; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha estado resolviendo los recursos en un plazo promedio de un año.

Sentencias relacionadas con la aplicación de medidas cautelares

En un primer momento, los jueces cautelares asumieron por presión social la aplicación de las medidas cautelares de detención preventiva en forma discrecional, y en ese ámbito el Tribunal Constitucional debió fundamentar los alcances de la Ley No. 1970 en relación con los alcances de esta medida, siendo la línea principal que la detención

preventiva constituye la *ultima ratio* y no la regla general. De esta forma, ha establecido la obligación de fundamentación, la determinación judicial, el cumplimiento de la libertad otorgada por encima de las formas, la imposibilidad de otorgar fianzas de imposible cumplimiento, y la prohibición de detener por los antecedentes de la persona. Algunos ejemplos son:

1. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 321/01-R.- El incumplimiento de requisitos para su procedencia, convierte en ilegal la medida cautelar de detención preventiva. Existe una detención indebida, si la fundamentación de la detención no es efectuada caso por caso, estimando las características concretas que se presentan respecto de cada persona.

2. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 392/01-R.- La detención dispuesta por autoridad competente se convierte en ilegal e indebida por incumplimiento de requisitos establecidos por ley. Debe cumplir, describiendo de manera clara y objetiva, en qué elementos de convicción se funda el razonamiento jurídico que lleva a tomar la decisión. La libertad personal sólo puede ser restringida por resolución judicial fundamentada.

3. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 917/01-R.- La suspensión de las medidas sustitutivas sólo pueden ordenarse por el juez de la causa, cuando concurren las causales contenidas en el artículo 247 de la Ley No. 1970, es decir cuando el imputado incumpla cualesquiera de las condiciones impuestas o cuando se compruebe que éste realiza actos preparatorios de fuga o de obstaculización en la averiguación de la verdad.

4. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1018/01-R.- Se incurre en apresamiento ilegal e indebido, cuando la autoridad judicial competente no otorga u obstaculiza los beneficios que le franquea la ley al procesado para gozar de la libertad. Al fijar una fianza económica elevada se ha impedido el ejercicio del derecho a la libertad física, al fijarse una fianza de imposible cumplimiento.

5. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1067/91-R.- La restricción por decisiones indebidas del juez cautelar atenta contra la libertad del recurrente, al ordenar su detención preventiva sin que la justifique haciendo abstracción de ellos, violando el verdadero sentido de protección de los derechos fundamentales, haciendo exclusión de unos a

favor de otros, y vulnerando el principio de igualdad, presunción de inocencia y respeto al debido proceso.

6. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1157/01-R.- Se prohíbe la detención por antecedentes. No puede constituir justificativo legal el detener a una persona por sus antecedentes. Están terminantemente prohibidas por el orden legal boliviano.

Determinada la necesidad de fundamentación de estas decisiones, los jueces dejaron de fundamentar las mismas, para que se habilite el derecho a un *habeas corpus* y el imputado pueda obtener su libertad. Previendo esta posibilidad el Tribunal Constitucional, determinó que en caso de “falta de fundamentación” correspondía declarar procedente el recurso, y sin embargo no se disponía la libertad del imputado, sino sólo la corrección del procedimiento. Lamentablemente, esta generalización determinó que la aplicación de una medida cautelar “arbitraria” sea solamente corregida y no la libertad del imputado, distorsionando de forma grave la naturaleza del *habeas corpus*.

7. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 850/01-R.- Al haberse constatado que los jueces, de manera reiterada, incurrían en la misma infracción de la Ley No. 1970 de no fundamentar la medida cautelar de detención preventiva, provocaban el uso indebido del *habeas corpus*. Se modificó la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal, disponiéndose en esos casos la regularización del procedimiento y no la libertad del imputado.

A partir de esa línea jurisprudencial se produjeron dos fallos relevantes en esta materia, el primero relacionado con la verificación que debe realizar el juez sobre las condiciones de la detención:

8. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0957/2004-R.- La obligación del juez cautelar, cuando un detenido o aprehendido es puesto a su disposición, como contralor de derechos y garantías constitucionales antes de aplicar alguna medida cautelar, es analizar la legalidad formal y material de la detención.

Una sentencia constitucional que determinó en la práctica que el recurso contra las decisiones referidas a privación ilegal de la libertad, sean tramitadas por la vía del amparo constitucional, norma que requiere dos condiciones: (i) agotar la vía, es decir el reclamo ante el juez cautelar y la apelación ante la corte de distrito; y, (ii) la mayor amplitud de los plazos y formalidades. Con lo que la salida más efectiva para los imputados no es cuestionar la legalidad de la detención, sino solicitar la “cesación de la detención” por vulneración de los pla-

zos máximos de la detención preventiva. Esto, nuevamente, muestra la debilidad de las cortes de recursos en resolver en forma razonable las peticiones de las partes.

9. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1865/2004-R.- “(...) el sentido de protección que la ley fundamental otorga a través del *habeas corpus* no está destinado a que los procesados que por negligencia no impugnaron la supuesta lesión al debido proceso y dentro de éste el derecho a la defensa, puedan hacerlo a través del *habeas corpus*, que por la índole del bien jurídico que protege no requiere de impugnación previa ni agotamiento de recursos; pues ello significaría, de un lado, un desvío o elusión de las competencias de los órganos y, de otra, como se precisó líneas arriba, una desnaturalización del recurso de *habeas corpus*; asignándole fines distintos a los diseñados por el legislador constituyente, en desmedro del rol que le otorga al amparo constitucional (...).”

Regulación de competencias procesales de los sujetos procesales expresamente regulados por la Ley No. 1970.

El Tribunal Constitucional se vio forzado, en muchas ocasiones, a establecer y regular aspectos de sentido común como es el horario de funciones y la validez de las actuaciones fuera del horario de apertura de las oficinas o la naturaleza de las funciones de la Defensa Pública, determinando que sus actuaciones no sólo deben ser formales.

Control jurisdiccional

10. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 972/2002-R.- Toda investigación debe estar sujeta al control jurisdiccional, por cuanto a que por una parte garantiza que la actividad funcional del fiscal no sea utilizada arbitrariamente, y por la otra permite al investigado realizar ante la autoridad judicial todos los reclamos que considere pertinentes, para la protección de sus derechos fundamentales.

11. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 824/2001-R.- Los actos del juez cautelar son válidos las veinticuatro horas compuestas por el día y noche, lo cual precisamente es para resguardar y garantizar los derechos como también la legalidad de la investigación, tarea que no es única del Ministerio Público que también tiene la obligación de ejercer sus funciones las veinticuatro horas.

12. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1659/2004-R.- La facultad del juez de instrucción de rechazar la aplicación del procedimiento abreviado, cuando no hubiese formado convicción de la aplicación del mismo, no obstante la admisión del imputado de haber participado en el hecho delictuoso.

Ministerio Público

13. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0653/2003-R.- En la nueva estructura del procedimiento penal actual rige el principio acusatorio, según el cual el fiscal no juzga y en consecuencia no realiza acto jurisdiccional alguno. Sólo tiene que limitar su acción a dirigir la investigación, a efecto de realizar la imputación formal o alternatively a desestimar o rechazar una denuncia, aplicando al efecto el trámite correspondiente y no otro.

14. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 91/2003-R.- Conforme lo dispone el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, el fiscal está facultado para librar mandamiento de aprehensión cuando el imputado no se presente en el término que se le fije, ni justifique un impedimento legítimo. Sin embargo, esta facultad procede solamente con respecto a los imputados.

15. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 273/2003-R.- El arresto procede sólo en el marco del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, y no en lo previsto por el artículo 224 del mismo, que establece el mandamiento de aprehensión. Al haber desobedecido los recurrentes la citación para prestar su declaración, el fiscal debió librar el mandamiento de aprehensión y no ordenar el arresto. Este caso es de relevancia, porque plantea los límites en relación a la justicia comunitaria, indirectamente estableciendo la posibilidad de concurrencia de las partes que concluyeron su conflicto por vía extra penal.

Defensa Pública

16. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 313/2002-R.- La función que debe cumplir un defensor oficial en el sentido de la ley, no se agota en la formalidad legal de su designación, sino en la realización efectiva de la defensa que le fue encomendada.

17. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0791/2003-R.- Los defensores públicos, para otorgar una asistencia y defensa técnica-legal, no tienen restricciones en sus entrevistas con sus defendidos por estar vinculadas con el derecho a la defensa de quienes son asistidos, a los que representan sin la exigencia legal de acreditar su personería.

18. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0142/2004.- Esta sentencia afecta la continuidad de la defensa pública, eliminando el ingreso del 5 % fijado en el artículo 62 de esta ley, al Servicio Nacional de Defensa Pública.

Víctima

La evolución de los alcances y contenido del rol de la víctima dentro del proceso, pasó de la exigencia de formalidades a la comprensión real del sentido de su participación y los alcances de la misma (en la realidad el caso Lemaitre, en el que un fallo judicial negó al padre de la víctima personería para seguir el juicio penal, determinó se entiendan los alcances reales de las facultades de la víctima en el proceso).

19. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1844/2003-R.- Al no ser las personas directamente ofendidas por el delito, no tienen la calidad de víctimas, razón por la que tampoco pudieron promover el proceso mediante querrela al ser simplemente denunciante. En esa última calidad (denunciante), no es obligación ni responsabilidad del fiscal ni del juez informarles sobre el resultado de las investigaciones ni del proceso, como tampoco de la existencia de alguna decisión que implique la extinción de la acción penal.

20. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0015/2004-R.- La notificación con auto de vista en proceso penal debe ser personal o por cédula, con objeto de ejercitar el derecho a la defensa e interponer recursos pertinentes.

21. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0023/2004-R.- La persona que se creyere ofendida por un delito podrá promover el juicio mediante querrela. Se está refiriendo no sólo a la víctima, pues aquí se habla de ofendido, y en el caso, en defecto de la víctima, puede accionar el ofendido, quien de un razonamiento lógico podrá ser un hijo por su padre, cumpliendo ciertos requisitos que no necesariamente sería tener un mandato legal expreso, pues entender como lo hace el recurrente implicaría que, por ejemplo, en casos de asesinato

no exista acción penal posterior al mismo, dado que el asesinado no podría por sí iniciar ninguna, sino necesariamente tendrían que hacerlo sus herederos quienes actuarían como víctimas.

22. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1716/2004-R.- Por medio de la querrela el ofendido expresa su deseo de que el autor sea perseguido por el delito cometido, y al igual que el imputado está necesitado de la protección jurídica del órgano jurisdiccional, que puede intentar por medio de un representante mediante una declaración de voluntad, como ocurrió en el caso, cuando el recurrente ratificó expresamente la querrela presentada ante el fiscal asignado al caso. Por consiguiente, cualquiera de los representantes del recurrente se encuentran facultados para presentar la acusación.

23. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1954/2004-R.- La víctima puede presentar su acusación particular en sede del tribunal de sentencia, cuando éste le hace conocer la acusación del fiscal, teniendo dicho tribunal la obligación de tomar en consideración ambas acusaciones.

Para concluir es bueno citar la sentencia constitucional 0129/2004-R, por la cual el Tribunal Constitucional determinó que puede analizar la conducta omisiva del representante del Ministerio Público, el juez cautelar u otra autoridad competente para intervenir en la etapa preparatoria, por conductas omisivas como no recibir, producir o compulsar prueba inherente al caso, en no recibir o providenciar memoriales denegando el derecho de petición, en no realizar actos solicitados por las partes a fin de demostrar su acusación o desvirtuar la misma, en negar el trámite de las impugnaciones o, en su caso, en la no aplicación objetiva de la ley. Como quiera que el Tribunal Constitucional en sus sentencias al declarar procedente el caso puede determinar responsabilidad civil o penal del juez o fiscal, se ha determinado un avance significativo en el cumplimiento de las funciones del juez cautelar.

Regulación del sistema de recursos

Como quiera que el nuevo régimen procesal de recursos constituía una novedad y los litigantes desconocían su naturaleza, el Tribunal debió incidir al respecto y precisar la normativa definida por la Ley No. 1970:

24. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 370/2002-R.- No todos los autos de vista pueden ser recurridos de casación, si no solamente aquellos respecto de los cuales se evidencie la existencia de jurisprudencia contradictoria.

25. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1075/2003-R.- El rechazo de la apelación, sólo puede ser dispuesto cuando previamente se ha concedido el plazo establecido en el artículo 399 CPP, pues si se tienen en cuenta que los requisitos de forma tienen por finalidad facilitar a la autoridad judicial el conocimiento del objeto de impugnación, la misma ley, para lograr esta finalidad, sin violar el principio *pro actione*, establece que no se debe rechazar un recurso por defectos de forma *in limine*, sino que se debe conceder el plazo establecido por ley y, si la parte recurrente no corrige o amplía su recurso, corresponde recién su rechazo.

26. SENTENCIA 401/2003-R.- En los supuestos en los que a tiempo de interponer el recurso de apelación restringida, no exista precedente (auto de vista) que la sentencia impugnada contradiga la invocación del precedente contradictorio, debe ser realizada recién al momento de presentar el recurso de casación.

Regulación en relación a la naturaleza de la acción pública y la acción privada

Otro aspecto novedoso fue la regulación y la posibilidad de convertir la acción pública en privada, lo cual nuevamente determinó la intervención del Tribunal Constitucional:

27. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 363/2003-R.- Las acciones de carácter público y privado, por su naturaleza, no pueden ser ejercidas simultáneamente por el Ministerio Público, por ser incompatibles y excluyentes conforme resulta de la aplicación de los artículos 16 y 18 del Código de Procedimiento Penal.

28. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0600/2003- R.- La disposición legal que regula la conversión de la acción penal pública en acción privada, no condiciona, en todos los casos previstos en ella, como requisito previo y *sine qua non* a la conversión, la realización obligada de la investigación.

29. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0390/2004-R.- No es posible por delitos de acción pública y de acción privada simultánea-

mente, y en caso de inobservancia el incidente de incompetencia debe ser resuelto por el tribunal de sentencia dentro del juicio.

30. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1289/2004-R.- Si bien es factible la conversión de la acción penal pública en acción penal privada, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos, no es menos evidente que la misma se refiere únicamente a la acción penal pública que se convierte en acción penal privada, lo que no implica la conversión de los delitos de acción pública en delitos de acción privada, porque son tipos diferentes con sanciones distintas. Por otra parte, los delitos de acción privada están claramente señalados en el artículo 20 del CPP, y es a estos que se refiere el artículo 232 del CPP, cuando dice que no procede la detención preventiva en los delitos de acción privada.

Regulación en razón a los plazos procesales

Como referimos anteriormente, la participación del Tribunal Constitucional en la regulación de la forma de control de la duración razonable del proceso, determinada por la Ley No. 1970, tiene consecuencias impredecibles, pues en la práctica los alcances de su interpretación lo convierten en legislador positivo e intérprete de aspectos “claros y expresos” de la ley, que no merecían mayor interpretación.

31. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 865/2002-R.- Es posible la ampliación del plazo de 6 meses señalado en el artículo 134 de la Ley No. 1970 para la etapa preparatoria del juicio, cuando la investigación sea compleja en razón de delitos cometidos por organizaciones criminales, tipificada en el artículo 132 *bis* del Código Penal.

32. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1036/2002-R.- El desarrollo de la etapa preparatoria empieza a partir de que el juez cautelar pone en conocimiento del encausado la imputación formal, siendo éste el actuado jurisdiccional que marca el inicio del proceso penal, y a partir de ahí se tiene un término máximo de seis meses para presentar la acusación, ampliable únicamente en el supuesto establecido por el segundo párrafo del artículo 134 CPP. Debe precisarse que este entendimiento interpretativo, no significa que nuestro sistema procesal se aparte del mandato de justicia pronta y efectiva que contiene el artículo 116 constitucional, por cuanto el plazo de tres años (artículo 133 CPP) en el que deben finalizar los juicios no se amplía

con este razonamiento interpretativo. El plazo en que la imputación formal debe ser presentada por el fiscal, se entiende que la misma debe emitirse a la conclusión de los actos iniciales de investigación, cuando, obviamente, existan indicios suficientes sobre la existencia del hecho y la participación del imputado. Sin embargo, del contenido del artículo 301.2 CPP, en el que se concede al fiscal la facultad de “ordenar la complementación de la diligencias policiales, fijando un plazo para el efecto”, se extrae que, en el sentido de la ley, al fiscal no le es exigible presentar la misma en la generalidad de los casos en el momento señalado, sino sólo en aquellos supuestos en los que existen indicios suficientes. El plazo para presentar la imputación formal debe ser fijado por el juez, atendiendo a la complejidad del asunto, en los casos en que el fiscal no lo haga en un plazo razonable. Plazo que, en ninguna circunstancia, puede exceder al establecido por el artículo 134 CPP, para la conclusión de la etapa preparatoria (6 meses). El fiscal no puede emitir acusación de manera simultánea a la imputación formal o próxima a ésta, sino que debe existir un lapso de tiempo razonable entre la imputación formal y la acusación, que posibilite al imputado ejercer ampliamente su derecho a la defensa. Dicho término debe ser fijado por el juez cautelar, y puede ser ampliado, en su caso, a petición de las partes, pero nunca más allá del límite de tiempo fijado para la etapa preparatoria.

33. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1173/2004-R.- “El juez cautelar está obligado a declarar la extinción de la acción penal, si el Ministerio Público no presenta acusación o solicitud conclusiva en el plazo de cinco días impostergablemente (...) sin embargo debe precisarse que en virtud al derecho a la tutela judicial efectiva y a los derechos que le asisten a la víctima, el juez, antes de emitir la resolución correspondiente, deberá notificar a la víctima a efecto de que sea escuchada y, en su caso, impugne la determinación a tomarse.”

34. SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0105/2005-R.- Desde el punto de vista procesal, para interponer la extinción de la acción de retardo procesal es necesario que el proceso se encuentre en trámite y se hayan sobrepasado los plazos establecidos por ley para su conclusión, correspondiendo en este caso a la parte afectada invocar la extinción de la acción penal por ese motivo durante su sustanciación, resultando en consecuencia inoportuna y extemporánea su formulación cuando el proceso haya concluido, y por existir una sentencia firme con calidad de cosa juzgada.

Capacitación

Consideramos importante referirnos específicamente a este tema, debido a que la capacitación ha sido considerada, durante mucho tiempo, como una herramienta preponderante para la generación del cambio cultural necesario en la implementación de la reforma procesal penal. Así, una gran parte del esfuerzo en la implementación ha estado volcado a diseñar procesos de capacitación, que permitieran a los operadores adquirir determinadas competencias clave para el trabajo en el nuevo sistema. Si bien consideramos que la capacitación es un elemento importante para el cambio, creemos también que su capacidad para contribuir a la reforma ha sido sobredimensionada, e incluso en ciertas circunstancias ha tenido efectos negativos para el propio proceso, como lo veremos líneas abajo en detalle.

En el marco del trabajo del Equipo Técnico de Implementación, esta área tuvo a su cargo la ejecución de un plan de capacitación para los operadores del sistema que se llevó a cabo en tres fases:

- La primera, dispuesta para que los operadores del sistema estén en condiciones de aplicar las instituciones que entrarían a regir en forma anticipada a la vigencia plena del nuevo sistema (salidas alternativas y el nuevo régimen de medidas cautelares).
- La segunda fase dispuesta para la vigencia plena del sistema, cuyo contenido programático giraba alrededor de los lineamientos políticos de la reforma y de los principios fundamentales del sistema acusatorio, razón por la cual los cursos programados en esta fase eran esencialmente teóricos; y
- La tercera fase, dispuesta para que los operadores adquirieran las destrezas y habilidades de litigación que requiere el nuevo sistema procesal penal, de ahí que estos cursos tuvieran un carácter esencialmente práctico.

A continuación, nos interesa estudiar las debilidades identificadas en la concepción e implementación del proceso de capacitación, ya que consideramos que varias de ellas han influido directamente en la forma de aplicación del régimen de medidas cautelares y, adicionalmente, porque creemos que deben ser tomadas especialmente en

cuenta para no volver a generar las mismas disfunciones en procesos futuros:¹⁰¹

- *Aislamiento de la capacitación respecto a las políticas públicas. Baja incidencia de la capacitación como instancia promotora de cambios.* La capacitación fue concebida durante el proceso de implementación de la reforma como un *plus* o “premio” para determinados operadores que concurrían a los cursos, pero no se logró desarrollar un plan que permitiera evaluar posteriormente los resultados de la capacitación en el puesto de trabajo. Esto hizo que el espacio de capacitación y el espacio de trabajo se convirtieran en compartimentos separados, con las consiguientes consecuencias negativas: operadores que en el espacio de capacitación se declaraban garantistas radicales, pero que luego en el espacio de trabajo olvidaban los principios firmemente sostenidos durante la capacitación.
- *Equívocada concepción en muchos actores, fundamentalmente de las instituciones de capacitación y de las instituciones operadoras, de que el proceso empieza y acaba en el “curso”, lo que conlleva la falta de diagnóstico de necesidades, falta de diseños metodológicos de capacitación adecuadamente formulados, discordancia en los contenidos, atomización de los cursos, falta de evaluaciones y falta de seguimiento al impacto de la capacitación.* En materia de medidas cautelares esta debilidad es notoria: la capacitación estuvo casi siempre desarrollada desde un punto de vista teórico, a partir del estudio de doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, pero jamás se desarrolló un curso en el que los operadores pudieran poner en práctica los contenidos teóricos adquiridos. En otras palabras: no se desarrollaron capacitaciones destinadas a establecer una forma de litigación en audiencias de medida cautelar. Hemos comentado en el apartado referido a la oralidad en las audiencias previas, las consecuencias negativas que hoy en día pode-

¹⁰¹ Ver Ledezma Jemio, Rosaly, “Límites y posibilidades de la capacitación en la implementación del sistema acusatorio oral en Bolivia”, parte del curso *Instrumentos para la Implementación del Sistema Acusatorio Oral*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2004. La autora ha sido consultora del Equipo Técnico de Implementación en el área de capacitación, durante gran parte del período de implementación de la reforma procesal penal.

mos observar en las audiencias: los operadores concurren a las audiencias a “oralizar” actuaciones escritas. Consideramos que esto se debe, en gran parte, a la debilidad señalada, ya que no sólo no se realizaron estudios previos (observaciones de audiencias para identificar falencias, por ejemplo) sino que tampoco se generaron mecanismos de seguimiento que permitieran evaluar el impacto de la capacitación en el puesto de trabajo. Nuevamente, el resultado de esta debilidad fue la separación de parte de los operadores entre el espacio de capacitación y el espacio de trabajo, como dos islas que no pueden ni deben juntarse en una práctica común.

- *Falta de articulación entre la capacitación y las políticas de personal (escalafón, carrera fiscal o judicial).* Dado que los Institutos de Capacitación propios de las instituciones fueron surgiendo en los últimos años como entidades articuladoras de los procesos de capacitación, durante los primeros años de la reforma las capacitaciones se desarrollaron sin una base objetiva de selección, lo cual generó incentivos negativos en sentido a que la imagen que se transmitía era que concurrían a las capacitaciones los operadores que tenían un mejor nivel de relación con los organizadores o con las autoridades de la entidad, y no así quienes más necesitaban la capacitación específica.
- *Falta de visión conjunta de los procesos de capacitación que recibieron asistencia técnica y financiera de distintos órganos de cooperación internacional, que derivó en la superposición de ofertas, duplicación de esfuerzos y, lo más grave, la contradicción en los objetivos y la visión misma del proceso.* Aquí nos encontramos frente al problema de “competencia entre agencias de cooperación”, ya que en la medida en que no existía una política pública impulsada desde las instituciones operadoras en materia de capacitación, sino que ellas se encontraban más bien dispuestas a recibir cualquier oferta que se les presentara, estas ofertas en más de una ocasión fueron contradictorias entre sí. Principalmente debe considerarse el trabajo que desarrollaron USAID y la Cooperación Técnica Alemana GTZ, que fueron las agencias con mayor presencia en materia de implementación durante los primeros años de implementación de la reforma. La falta de coordinación entre estas

dos agencias y la inexistencia de una entidad estatal que generara un espacio de encuentro y consenso sobre el trabajo a realizar, llevó a que en numerosas oportunidades los capacitadores de una de las agencias contradijeran los conceptos vertidos por los capacitadores de la otra, generando confusión en los participantes.

- *La reforma curricular en las universidades se manejó a nivel teórico, descuidando la formación docente para su aplicación. Por otra parte, no se tomó en cuenta que la capacitación también involucra una “cuestión política”, como toda la reforma, y por tanto los docentes de las universidades que no fueron los “actores” de las reformas y que constituyeron uno de los principales grupos opositores porque no intervinieron en la “negociación”, optaron por ignorar el nuevo sistema y continuar formando a los estudiantes para el viejo sistema.* A diferencia de los extremos anteriormente señalados, que involucran en forma más directa a los operadores del sistema y son puestos en discusión hoy en día al intentarse nuevas formas de encarar los procesos de capacitación, la cuestión de la currícula universitaria continúa siendo hasta la fecha una de las grandes debilidades de la reforma en su conjunto. Hasta donde llega nuestro conocimiento, las universidades —ni las públicas ni las privadas— no cuentan con materias específicas destinadas a la enseñanza de la litigación oral. La Universidad Católica Boliviana de La Paz tuvo durante algunos años un curso optativo destinado a la enseñanza de la litigación, pero luego el mismo fue suprimido, retornándose a la enseñanza del proceso penal a partir de la enseñanza del NCPP en forma teórica, sin ningún tipo de ejercicio práctico. Esto genera que, contrario a lo que podría esperarse en el sentido de que los nuevos abogados, formados en un sistema acusatorio, puedan desempeñarse mejor en el nuevo sistema, los abogados egresados asuman las viejas prácticas ritualistas y burocráticas como su forma de litigar, ya que la universidad no les ha dado los elementos suficientes para desarrollarse en forma idónea en un sistema oral.

Fortalecimiento institucional

Esta área de trabajo tuvo como objetivo fortalecer el proceso organizacional de las entidades operadoras, a cuyo efecto se establecieron las siguientes directrices:

- Que la infraestructura y bienes materiales que formaban parte del activo fijo de las instituciones fuese efectivamente reasignado, reubicado o readecuado de conformidad a los requerimientos del nuevo sistema procesal.
- Que se fortaleciera el presupuesto anual de las instituciones operadoras, consignando en sus planes operativos anuales todas las actividades y requerimientos necesarios para la implementación de la reforma.
- Que las entidades operadoras interactuaran basándose en los requerimientos de las otras, generando canales de comunicación y retroalimentación permanentes, para agilizar la transmisión de información, directrices, instructivos y otros documentos o herramientas de trabajo.
- Que se generaran objetivos centrales de organización y métodos al interior de cada institución operadora, mejorando la eficiencia en el trabajo, simplificando y eliminando operaciones innecesarias. Para ello, deberían desarrollarse al interior de cada institución instrumentos de dirección como: manuales de organización y funciones, manuales de procedimientos, reglamentos internos por áreas de trabajo y normas de control interno.

Dejando de lado los aspectos vinculados a la infraestructura necesaria para la implementación del nuevo sistema (que mínimamente fueron cubiertos con anterioridad a la vigencia plena del NCPP), consideramos que en el área de fortalecimiento institucional se descuidó un tema central para el logro efectivo del cambio al sistema acusatorio: la organización institucional. Sólo a partir de 2004, se han comenzado a realizar esfuerzos institucionales aislados para mejorar la organización (es el caso específico del Ministerio Público, con la instalación de plataformas de atención inmediata que permitan descongestionar al sistema), pero estos esfuerzos resultan poco producti-

vos si no se coordinan adecuadamente con el resto de las instituciones operadoras.

Para el caso puntual de las medidas cautelares, la inexistencia de una organización institucional adecuada al sistema acusatorio genera diversos problemas que ya hemos venido señalando en líneas anteriores, pero que quisiéramos puntualizar en función a esta área de trabajo específica:

- Suspensión de audiencias. Hemos señalado que una de las principales causas para la suspensión, es la inasistencia de las partes a las audiencias. Ello, a su vez, tiene dos causas relacionadas con la organización de las instituciones:
 - o No existe una coordinación de agendas entre instituciones, lo que hace que varios jueces, por ejemplo, citen al mismo operador en el mismo momento, con lo que alguna actuación será suspendida (de hecho, otra distorsión generada a partir de esta situación, es que los jueces citan varias audiencias para la misma hora, en conocimiento de que alguna se suspenderá por inasistencia de las partes).
 - o La organización de las instituciones no está pensada aún en función a la realización de las audiencias. El paso del paradigma del expediente al paradigma de la audiencia puede haber quedado claro en el plano teórico, pero en la práctica sigue siendo más importante el “cuaderno de investigaciones” (figura que ha reemplazado al expediente en los hechos) que la asistencia a la audiencia. Así, las instituciones no han implementado aún una organización de flujos, que les permita designar a un funcionario determinado para litigar todas las audiencias de medida cautelar que se presenten en un mismo juzgado, sino que serán distintos operadores los que vendrán al mismo juzgado a litigar cada uno su propia audiencia (sistema de cartera de causas), con la consecuente pérdida de tiempo y recursos que ello genera y con el riesgo de suspensión acentuado.
- Subutilización de los recursos. Pese a que la normativa tanto del Ministerio Público como de la Defensa Pública lo permite, no se han generado equipos de trabajo específicos para

determinadas áreas. En un sistema con recursos humanos escasos (una debilidad permanentemente señalada por todas las instituciones operadoras del sistema, es la escasez de personal operativo), consideramos que sería mucho más eficiente generar equipos específicos que se dedicaran a litigar, por ejemplo, todas las audiencias de medidas cautelares que se presenten, que tener a todos los operadores trabajando en todas las etapas del proceso. Afirmamos que esto implica una subutilización de los recursos, debido a que se desaprovechan las habilidades específicas de determinados operadores, que bien podrían especializarse en un área de trabajo produciendo mejores resultados para toda la institución.

- Inexistencia de evaluación de resultados. No tenemos conocimiento, hasta la fecha, de la existencia de una evaluación realizada sobre el trabajo de los operadores. Esto genera, a nuestro entender, una cierta laxitud en el trabajo de los operadores, ya que si no tienen indicadores de evaluación ni se ha conformado hasta la fecha una instancia que se dedique a hacerles seguimiento, se encuentran en una posición cómoda que les permite seguir ocupando su puesto de trabajo, independientemente de lo bueno o malo que sea su resultado laboral.

Trabajo con la sociedad civil

Finalmente, se trabajó en el área de difusión de la reforma procesal penal hacia la sociedad civil. Esta área estuvo encargada de facilitar el entendimiento y apoyo público respecto del NCPP a través de una estrategia de comunicación, información y promoción. Las acciones comunicativas fueron ejecutadas en tres fases sucesivas e instrumentadas a través de planes de acción, campañas publicitarias, instalación de espacios de orientación y educación, actividades de capacitación a sectores vitales y establecimiento de alianzas estratégicas con organizaciones de la sociedad civil, para la aplicación de acciones educativas en ambientes urbanos y rurales del país.

Si bien con la estrategia de comunicación se logró que la mayor parte de la población del país estuviera familiarizada con la reforma, consideramos que uno de los aspectos a revisarse dentro de este trabajo fue la excesiva difusión del “contenido garantista” del NCPP. Cree-

mos que ello fue lo que llevó a la población a entender al NCPP como una ley “blanda” y, en momentos de crisis, reclamar su modificación como una forma de lograr mayor seguridad ciudadana.

Adicionalmente, al estar la difusión del NCPP centrada en aspectos directamente vinculados con los derechos de las partes (especialmente del imputado) en el proceso penal, consideramos que se obvió un elemento central para el control ciudadano sobre la administración de justicia: las responsabilidades y obligaciones de las instituciones operadoras.

III.1.4 *La actuación de las agencias de cooperación durante la implementación*

Un punto aparte, dentro de lo que ha sido hasta la fecha el trabajo de implementación de la reforma procesal penal, merece la reflexión sobre el trabajo realizado por las agencias de cooperación involucradas en la reforma. Los principales cooperantes para la implementación de la reforma procesal penal en Bolivia fueron USAID y la cooperación técnica alemana GTZ. Fueron estas agencias quienes financiaron el trabajo del Equipo Técnico de Implementación. A partir de ese trabajo, definieron las líneas de trabajo de la implementación.

Las áreas encargadas de la implementación (que fueron los componentes del Equipo Técnico de Implementación) fueron apoyadas en forma externa a las instituciones a partir de la contratación de consultores dependientes de estas agencias de cooperación, y si bien se procuró mantener un contacto permanente con el Ministerio de Justicia como entidad a cargo de la presidencia del Comité Ejecutivo de Implementación, en los hechos fue el Equipo Técnico de Implementación el que marcó el ritmo del trabajo en materia de implementación. Si bien en principio este hecho pareciera no tener mayor incidencia negativa, sí deben puntualizarse algunos aspectos problemáticos que consideramos deben ser tomados en cuenta como una forma de mejorar el trabajo en procesos similares y que parten, básicamente, de la inexistencia de una instancia estatal que hiciera las veces de coordinación de la recepción de la cooperación técnica y financiera. Algunas de las discrepancias que pueden señalarse son:

- En materia de capacitación, como ya se ha señalado, la disparidad e incluso, en ciertas ocasiones, contradicción de criterios vertidos por las distintas agencias, no sólo en cuanto a la capacitación en sí, sino incluso en relación con la visión metodológica y el impacto deseado por los procesos.
- En materia de adecuación normativa donde, por ejemplo, mientras el área de adecuación normativa del Equipo Técnico de Implementación trabajaba en un proyecto de modificación a la Ley de Organización Judicial —con el financiamiento de USAID—, la cooperación española financiaba consultorías sobre el mismo tema con criterios disímiles. O en cuanto a legislación específica, como la Ley de Ejecución Penal y de Supervisión, donde en el último momento previo a la aprobación se excluyó de los beneficios de salida anticipada y acortamiento de la pena a las personas condenadas por delitos vinculados al narcotráfico, por presiones externas al criterio de los parlamentarios.
- El proceso de difusión con la sociedad civil fue íntegramente financiado por la cooperación de USAID y, si bien en principio no hay objeciones en cuanto al desarrollo del mismo, sí resulta una realidad que ninguna instancia estatal (ni el Ministerio de Justicia desde el ejecutivo ni el poder judicial o alguna instancia vinculada a la administración de justicia) ha asumido ese proceso como propio, incorporando a las organizaciones que hicieron parte de la difusión y sensibilización social en el ámbito de la discusión sobre temas que hacen a la reforma.¹⁰²

En alguna medida, el escaso interés manifestado por el Estado en la implementación de la reforma procesal penal, sumado al gran involucramiento que tuvieron las agencias de cooperación en la materia,

¹⁰² En la actualidad, las organizaciones que hacen parte de la Red Participación y Justicia siguen trabajando con la cooperación financiera de USAID en el marco del programa desarrollado por Compañeros de las Américas, y el único nexo con el Estado que tienen en materia de trabajo coordinado es a través del proyecto de Casas de Justicia, que es desarrollado por el Ministerio del área con el objetivo de mejorar el acceso a la justicia, pero alejado ya de lo que implica el trabajo en la implementación de la reforma procesal penal. Para más información ver: www.participacionyjusticia.org.

generó una sensación de “reforma de la cooperación internacional”, que en la actualidad política del país suma un anticuerpo más a los ya mencionados en relación con la “ley blanda” o la incredulidad social en relación con la administración de justicia. A su vez, el rol protagónico asumido por las agencias de cooperación generó en alguna medida rechazo infundado al ingreso de otras entidades técnicas, o a la enunciación de voces disidentes con determinadas tareas llevadas adelante.¹⁰³

III.2 *Dificultades de las reformas destinadas a mejorar la independencia judicial*

III.2.1 *Sistema de selección*

III.2.1.1 *Contexto general*

En el caso boliviano, es importante mencionar que dentro de las atribuciones del Consejo de la Judicatura está la de administrar el sistema de carrera judicial. En este entendido, la ley ordinaria del Consejo instaura la carrera judicial definida como el sistema que regula el ingreso, permanencia y cesación de funciones de los funcionarios

¹⁰³ Sobre este punto, resulta paradigmático a nuestro modo de ver lo sucedido cuando el CEJIP tomó bajo su responsabilidad la elaboración del *Informe de seguimiento a la implementación de la Reforma Procesal Penal en La Paz*. Este estudio, impulsado y financiado por el Centro de Estudios de las Américas (el cual puede consultarse en su página web www.cejamericas.org), fue presentado por el CEJIP en el año 2004, en el tercer aniversario de la implementación plena del NCPP. Pese a la rigurosidad con que el mismo fue elaborado, funcionarios de USAID cuestionaron duramente la metodología con que el mismo había sido elaborado, e impulsaron la elaboración de un “contrainforme” que negara la información producida por el CEJIP. Dado que los datos obtenidos para la elaboración del informe habían sido recolectados con la mayor seriedad, el informe elaborado por la agencia contratista de USAID llegó prácticamente a las mismas conclusiones que el informe del CEJIP, y el asunto quedó en el olvido (para ver la comparación entre los dos informes puede consultarse el *Informe sobre la Reforma Procesal en Bolivia*, elaborado por Ileana Arduino durante el año 2006 para el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, el mismo que puede encontrarse en la página web del CEJA). Sin embargo, esa experiencia nos dio cuenta de lo difícil que es para quien ha llevado adelante la mayor parte del proceso asumir luego una evaluación crítica, prefiriendo en ocasiones continuar con medidas que tener un impacto negativo antes que asumir a tiempo los errores.

judiciales sobre la base del reconocimiento, evaluación de méritos y acreditación progresiva de conocimientos y formación jurídica, como condiciones para garantizar la estabilidad e inamovilidad funcionaria. En consecuencia, la estructura del sistema de carrera judicial comprende los siguientes subsistemas: 1) ingreso; 2) evaluación y permanencia; 3) capacitación y formación; 4) información.

El proceso de selección, se encuentra inmerso dentro del subsistema de ingreso a la carrera judicial, que a su vez se vincula y nutre con los otros subsistemas descritos anteriormente.

El sistema de carrera judicial se encuentra además vinculado a la administración del escalafón judicial a cargo del Consejo de la Judicatura, como parte del subsistema de evaluación y permanencia que tiene la finalidad de estructurar la categorización de los funcionarios judiciales, para regular su permanencia y promoción en las respectivas categorías conforme a ley.

Resulta importante indicar que la necesidad de instaurar un sistema de carrera judicial en Bolivia, se presentó sobre la base de tres aspectos principales:

- La urgencia de evitar la injerencia de los otros órganos del Estado en el nombramiento de los jueces y magistrados.
- La instauración de un proceso gradual de ascensos, marcado por la constante capacitación e información, y de forma paralela el control disciplinario de los jueces.
- La desconfianza generalizada que existía en la ciudadanía, respecto al accionar de los funcionarios judiciales y del poder judicial en conjunto.

La Fundación Konrad Adenauer, a tiempo de comentar sobre la implementación del Consejo de la Judicatura en Bolivia y en particular sobre la instauración de un régimen de carrera judicial, sostuvo lo siguiente: “Conocemos que una de las vías para someter al Órgano Judicial hacia el Ejecutivo y Legislativo, en el pasado y todavía en el presente, fue y es el mecanismo de selección y designación de los miembros del Órgano Judicial, desde los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Vocales de las Cortes Superiores del Distrito, hasta los jueces. Las designaciones, salvo honrosas excepciones, se han realiza-

do con base en favoritismos políticos u otro tipo de apadrinamientos (...).¹⁰⁴

Con el objeto de cumplir las atribuciones señaladas por la Constitución al Consejo de la Judicatura (artículo 123-1, 2) es decir, proponer nóminas al órgano elector respectivo para la designación de ministros de la Corte Suprema, vocales de las cortes superiores de distrito, jueces, y en general a todo funcionario judicial, es que la Ley del Consejo de la Judicatura (artículo 21) prevé que la Gerencia de Recursos Humanos, dependiente del Consejo y en coordinación con la Comisión de Evaluación, el Instituto de la Judicatura y el Pleno del Consejo, sea la responsable de la administración de las funciones de control, inspección e implementación de los Sistemas de Carrera Judicial y selección de personal.

El subsistema de ingreso, que es el relevante para el presente punto, es el proceso de selección que comprende las fases de concurso de méritos, exámenes de oposición y cursos de capacitación, para acceder al cargo respectivo y, en consecuencia, ingresar a la carrera judicial (artículo 25 Ley del Consejo de la Judicatura). En esta línea, el sistema de carrera judicial y sus correspondientes subsistemas están regulados por el Acuerdo No. 160/2000 de 13 de diciembre de 2000, Reglamento del Sistema de Carrera Judicial, aprobado por el Pleno del Consejo de la Judicatura, que entró en vigencia el 2 de enero de 2001. Asimismo, el 9 de enero de 2001 el Directorio del Instituto de la Judicatura aprobó, mediante Resolución No. 01/2001, el Manual Regulador del Subsistema de Ingreso a la Carrera Judicial, homologado posteriormente por el Plenario del Consejo, mediante el Acuerdo No. 020/2001.

III.2.1.2 *Ascensos y estabilidad en el cargo*

Existe concordancia al manifestar que la independencia del poder judicial se fortalece y consolida con el cumplimiento de los siguientes factores: un correcto procedimiento para la selección y posterior designación de jueces y magistrados; la estabilidad de estos en sus cargos; y una remuneración acorde con la función ejercida.

¹⁰⁴ Ver, *Constitución Política del Estado Boliviano. Un comentario crítico*, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, Ed. Artes Gráficas Latinas, 1998, p. 136.

Puede decirse que en Bolivia existió el propósito de mejorar cualitativamente el sistema de administración de justicia, a partir del reconocimiento de un nuevo mecanismo legal de selección y designación de funcionarios judiciales. Dentro de los sistemas tradicionales al efecto, la creación del Consejo de la Judicatura trajo consigo al sistema de carrera judicial, que integra un conjunto de procesos destinados a la selección correcta de aquellas personas que reúnan las más amplias condiciones para cumplir la importante tarea de administrar justicia.

El proceso de selección en Bolivia está inserto dentro del subsistema de ingreso a la carrera judicial, cuyo manejo es potestad del Consejo de la Judicatura. Es un proceso extenso y complejo a la vez, que culmina con el envío de nóminas por parte del Consejo a órganos externos que están facultados legalmente para designar a jueces y magistrados. Sin embargo, esta última situación desnaturaliza completamente el sistema de carrera judicial y al subsistema de ingreso.

La elección y designación de ministros de la Corte Suprema de Justicia por disposición constitucional, es atribución de un órgano eminentemente político como lo es el poder legislativo, manteniendo vigente los conflictos que ello representa. Los ministros designados por este órgano político tienen, por su parte (también por mandato constitucional), la facultad de designar a vocales de las cortes superiores, y estos últimos a su vez de nombrar a jueces, albergando la existencia de sistemas de selección tradicionales donde priman los intereses particulares y sectarios.

Es indiscutible que la implementación del sistema de carrera judicial, en contraposición al antiguo sistema de designación, es ya un importante avance. En su elaboración se pretendió contar con un mecanismo sistematizado y organizado, donde se encuentren determinadas las funciones y procedimientos de cada una de las etapas que integran el proceso. Sin embargo, en dicho intento lo que se obtuvo fue la presencia de un sistema de carrera judicial confuso, poco accesible en la información y demasiado burocrático.

Puede afirmarse, como conclusión general, que el subsistema de ingreso a la carrera judicial funcionó hasta la tercera promoción del Instituto de la Judicatura. Al constituir el sistema de carrera judicial el mecanismo más efectivo para evitar injerencias provenientes de partidos políticos y grupos de poder en la selección y designación de funcionarios judiciales, originó en estos sectores resistencia y maqui-

naciones para frenar su inmediato funcionamiento, entre las cuales se puede citar: a) la creación de un curso exclusivamente para los departamentos de Santa Cruz y Beni; b) la entrevista personal como un factor esencial para incluir o excluir a los postulantes; c) el nivel de los docentes, su forma de selección y los criterios de evaluación.

Mientras no se elimine el principal mal que afecta a la justicia boliviana, como es la injerencia política partidaria y los intereses de grupos de poder (principalmente los de tipo económico), poco puede esperarse del verdadero funcionamiento del sistema de carrera judicial, pues hay que reiterar que los consejeros de la judicatura cuya labor es administrar el régimen de ingreso, evaluación, capacitación y ascensos de los jueces, obedecen a una designación política y de intereses sectoriales.

Una vez que el postulante asume como juez, se le presentan niveles de ascenso. El inicial es asumir como juez instructor de provincias alejadas, posteriormente como juez instructor de las ciudades capitales y luego como juez de segunda instancia. El sistema de evaluación, permanencia y ascenso, hasta la fecha no se ha implementado, por lo que las cortes de distrito y la Corte Suprema de Justicia realizan el ascenso y la designación dentro de la carrera con criterios arbitrarios, en los que lamentablemente se privilegia el ascenso político y no los méritos del juez.

Para revertir este panorama, es indispensable transparentar el proceso de selección de jueces y magistrados, facilitando una apertura del Consejo de la Judicatura hacia la sociedad civil mediante la utilización de mecanismos adecuados. Ello posibilitará su legitimación y además la concientización de su importancia.

III.2.1.3 *Designación de ministros de la Corte Suprema de Justicia*

Actualmente la elección de cuatro ministros de la Corte Suprema de Justicia ha determinado la posibilidad de incorporar estos mecanismos a criterios meritocráticos. La Comisión Mixta de Constitución, Justicia y Policía Judicial del Congreso de la República, acordó que los 66 postulantes serán calificados de acuerdo a los siguientes parámetros:

a. Formación profesional alcanzada:	100 puntos
b. Experiencia profesional:	200 puntos
d. Producción intelectual, docencia e investigación	200 puntos
Total de puntaje posible:	500 puntos

Cada uno de los parámetros está sujeto a los siguientes criterios:
Formación académica alcanzada (100 máximo)

a.1 Con título de doctorado	100 puntos
a.2 Con título de maestría	90 puntos
a.3 Con título de diplomado o especialidad	85 puntos
a.4 Con título de licenciatura	75 puntos

Experiencia profesional (200 máximo)

Se considera experiencia profesional al desempeño profesional reflejado en la hoja de vida con documentación que respalde, de acuerdo a los siguientes criterios:

Experiencia en el ejercicio profesional de la abogacía (máximo de 100 puntos)

Ejercicio libre de la profesión	10 puntos por año
Asesor de empresas públicas o privadas	10 puntos por año

Experiencia en la judicatura (máximo de 100 puntos)

A nivel de ministro, magistrado, consejero, fiscal general, fiscal de sala suprema	20 puntos por año
A nivel de presidente de corte, vocal de corte, fiscal de distrito y fiscal de sala superior	15 puntos por año
Funciones de conjuez de corte suprema y/o magistrado suplente	10 puntos por año
Juez de primera instancia, fiscal de materia, agente fiscal	12 puntos por año

Producción intelectual y docencia (máximo 200)
 Dominio de idiomas

Idioma nativo debidamente certificado	15 puntos
Idioma extranjero debidamente certificado	10 puntos

Publicación de libros, textos universitarios y artículos científicos
 (máximo 150)

Por publicación de libros relativos a su profesión	25 por cada uno hasta 75
Por publicación de textos universitarios	15 por cada uno hasta 60
Por publicación de artículos científicos relativos a su profesión	5 por cada uno hasta 15

Ejercicio de la docencia universitaria (máximo 50)

Como docente titular	10 por año hasta 50 puntos
Como docente invitado	5 por año hasta 25

Los postulantes que obtuvieron los tres primeros lugares en cada distrito de acuerdo a la calificación meritocrática, fueron sometidos a un examen de conocimientos cuya calificación pasó a formar parte de la evaluación meritocrática. La metodología para la evaluación, fue la siguiente:

- a) La Comisión Mixta invitó a doce juristas destacados a realizar, cada uno, diez preguntas con sus respectivas respuestas en el área de su especialidad. Dichas preguntas fueron enviadas a la Comisión Mixta de Constitución en sobre cerrado y lacrado.
- b) Cada postulante seleccionó al azar cinco preguntas de todas las recepcionadas. Posteriormente, la Comisión Mixta de Constitución procedió a la calificación de los exámenes pre-

sentados por los postulantes, de acuerdo a las respuestas brindadas por los juristas que han formulado las preguntas.

Con esta información, el Congreso Nacional procedió a escuchar a cada postulante por un tiempo de 15 minutos para expresar ante el Congreso Nacional su visión sobre la administración de justicia y el rol de la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente a oír la exposición de cada uno de los postulantes, y conociendo el informe de calificación de la Comisión Mixta de Constitución, se procedió a la votación de selección de los cuatro magistrados, los cuales fueron elegidos por 2/3 de votos. Este sistema ha demostrado la posibilidad de que el órgano legislativo se despoje de criterios políticos y asuma criterios técnicos y meritocráticos para lograr la designación de las personas más capacitadas. Esta vez, las personas seleccionadas fueron los ministros Teófilo Tarquino, José Luis Baptista, Hugo Suárez y Ángel Irusta.

III.2.2 *Sistema disciplinario*

III.2.2.1 *Contexto general*

Antes de la instauración del Consejo de la Judicatura, el Poder Judicial en Bolivia carecía de un sistema disciplinario que identificara de manera específica las faltas, estructurara un procedimiento y estableciera las sanciones, conforme a las características y exigencias propias del órgano judicial del Estado.

Al margen de no existir un sistema especializado en el control disciplinario de los funcionarios judiciales, tampoco existía la institución encargada de su ejecución, puesto que la función disciplinaria en la práctica nunca fue ejercida por la Corte Suprema. Son las reformas judiciales materializadas a través de las modificaciones constitucionales de 1994, las que dieron nacimiento a esta atribución, como una función básica y fundamental a cargo del Consejo de la Judicatura.

En este entendido, la Constitución se limita a definir al Consejo de la Judicatura como el órgano disciplinario del poder judicial. Es la ley ordinaria del Consejo y sus reglamentos los que regulan de manera específica los órganos, el alcance, sus procedimientos y ejecución de la atribución disciplinaria.

Es necesario explicar en términos generales la naturaleza, estructura y alcances del sistema disciplinario en Bolivia para su mejor com-

prensión. En principio, el órgano facultado para ejercer poder disciplinario sobre funcionarios judiciales es el Consejo de la Judicatura. La ley del Consejo dispone un diseño primario del procedimiento disciplinario, las faltas y sanciones, pero es el reglamento de procesos disciplinarios el instrumento que define con exactitud el procedimiento, órganos intervinientes, su composición y los mecanismos de impugnación.

La ley del Consejo clasifica las faltas en leves, graves y muy graves, y dependiendo de ello la sanción aplicable podrá variar, es decir, que según la gravedad de la falta, la sanción puede ser desde una simple amonestación hasta la destitución.

Es menester hacer una diferenciación a efectos del presente acápite. La utilización de los vocablos remoción y sistema disciplinario tienen en Bolivia un significado distinto al que otras legislaciones les asignan. Por ejemplo en el caso argentino, se entiende por remoción la separación del cargo producto del juicio político. En contrapartida, la legislación boliviana no utiliza el término remoción, que más bien se asemeja al proceso disciplinario de naturaleza administrativa. En igual forma, se entiende que la consecuencia del juicio (político) de responsabilidades es la destitución, que vendría a ser el equivalente del vocablo remoción para la Argentina. En todo caso, el juicio político de responsabilidades en la legislación boliviana tiene un tratamiento especial que recae sólo sobre autoridades jerárquicas del poder judicial, diferenciándose sustancialmente del proceso disciplinario. Por otro lado, el poder disciplinario en el Consejo argentino no implica en ningún caso la separación del cargo, que en el Consejo boliviano —como ya se mencionó— puede derivar en la separación del cargo de acuerdo a la gravedad de la falta.

Sin embargo, el 18 de octubre de 1999 el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la facultad de destitución del Consejo de la Judicatura por la comisión de faltas muy graves y ciertas graves, abrogando el artículo 53 de la ley del Consejo. El argumento fue la ilegalidad de la norma recurrida porque iba en contra del principio de supremacía de la Constitución, pues ésta contiene una disposición en el artículo 116-VI que establece: “Los Magistrados y Jueces no podrán ser destituidos de sus funciones, sino previa sentencia ejecutoriada”. El Tribunal Constitucional consideró, además, que el Consejo de la Judicatura no tiene atribuciones jurisdiccionales sino administrativas y disciplinarias, siendo sus actos siempre revisables

judicialmente, y por tanto no constituyen sentencias y carecen de calidad de cosa juzgada.

En conclusión, es posible expresar que la facultad de destitución del Consejo de la Judicatura fue parte integrante del sistema disciplinario, y que a la fecha la destitución de autoridades jurisdiccionales ya no procede mediante proceso disciplinario, sino únicamente por la vía jurisdiccional ordinaria.

III.2.2.2 *Doble rol de Consejo como acusador y juez*

La Ley del Consejo de la Judicatura establece que el proceso disciplinario puede realizarse de oficio; la instancia que corresponda dispondrá por auto fundado la apertura del mismo. En este caso, la instancia que actúe de oficio acusará y sancionará. El Acuerdo No. 32/2000 de 20 de marzo de 2000, Reglamento de Procesos Disciplinarios del Poder Judicial, establece que la acción disciplinaria se ejerce de oficio por el Consejo de la Judicatura, por intermedio de las unidades administrativas y disciplinarias. Por otro lado, establece que el proceso puede ser iniciado a instancia del Ministerio Público o por denuncia de parte, y el Consejo podrá encomendar que se realice una investigación previa.

III.2.2.3 *Órganos que intervienen en la acusación y sanción disciplinaria de los miembros de la Corte Suprema*

Con referencia a este punto, debe decirse que en la legislación boliviana no se encuentran regulados los órganos, las causales y las sanciones respecto al régimen disciplinario de los miembros de la Corte Suprema de Justicia. Se debe destacar el hecho de que si bien la misma Constitución dispone que el Consejo sea el órgano disciplinario del poder judicial, no incluye dentro de su competencia a los ministros de la Corte Suprema, magistrados del Tribunal Constitucional y los vocales del Tribunal Agrario Nacional, que también forman parte del poder judicial. La Constitución sólo indica que ejerce poder disciplinario sobre vocales de cortes de distrito, jueces y funcionarios judiciales de acuerdo a ley (arts. 116-V, 122 y 123 artil. 3^a).

El juicio político de responsabilidades contra ministros de la Corte Suprema de Justicia, establecido por la Constitución y cuya competencia corresponde al poder legislativo en virtud del sistema de control de poderes, no puede ser interpretado como un mecanismo de

control disciplinario, ya que se aplica por la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones. La Constitución dispone que es atribución de la Cámara de Diputados acusar ante el Senado a los ministros de la Corte Suprema, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (artículo 62 atrib. 3ª), y que será el Senado quien juzgará en única instancia a estas autoridades, imponiéndoles la sanción y responsabilidad correspondientes (artículo 66 atrib. 1ª).

La ley del Consejo sólo enuncia que el régimen de responsabilidad disciplinaria para ministros de la Corte Suprema de Justicia, magistrados del Tribunal Constitucional y consejeros de la Judicatura, será establecido por ley (arts. 37 de la Ley del Consejo y 21 del Reglamento de Procesos Disciplinarios), la misma que no ha sido promulgada hasta la fecha y se desconoce su posible elaboración.

III.2.2.4 *Órganos que intervienen en la acusación y sanción disciplinaria de vocales de distrito*

El Consejo de la Judicatura interviene en el proceso disciplinario de los vocales de distrito a través de la Unidad de Régimen Disciplinario, que es el órgano encargado de la investigación previa y de la recomendación para iniciar o no el proceso disciplinario. El órgano competente para sustanciar el proceso disciplinario a los vocales de distrito es el Tribunal Sumariante que conocerá, tramitará y resolverá en primera instancia los asuntos disciplinarios.

El órgano dependiente del Consejo que interviene en la acusación de los vocales de las cortes de distrito, es la Unidad de Régimen Disciplinario, creada por el Reglamento de Procesos Disciplinarios del poder judicial, que en el artículo 45 define que es competente para:

- Recomendar ante el Pleno del Consejo de la Judicatura o ante la delegación distrital la apertura del proceso disciplinario.
- Realizar las investigaciones previas que le encomiende el Pleno del Consejo, o de oficio en los casos de su competencia.

La Unidad de Régimen Disciplinario (URD), por la naturaleza de sus funciones, es el órgano técnico dependiente del Pleno del Consejo de la Judicatura que ejerce el control disciplinario sobre los funcionarios del poder judicial, excepto los ministros de la Corte Suprema de Justicia, los magistrados del Tribunal Constitucional y los Conse-

jeros de la Judicatura. La comprobación de faltas disciplinarias las realiza mediante inspecciones ordinarias o extraordinarias, investigaciones previas y cuantas actividades o trabajos le sean encomendados por el Pleno del Consejo de la Judicatura.

El Tribunal Sumariante es el órgano competente para conocer, tramitar y resolver en primera instancia los procesos disciplinarios. Conforme al artículo 76 del Reglamento de Procesos Disciplinarios, está integrado por tres funcionarios judiciales de igual o mayor jerarquía que el denunciado, y que no tengan antecedentes disciplinarios. Si como consecuencia de la investigación, se establece en el informe de la U.R.D. participación y/o responsabilidad en los hechos denunciados de vocales de la corte, será el Pleno del Consejo quien ordenará la conformación del Tribunal Sumariante.

Por otra parte, se debe indicar que las instancias encargadas de la ejecución de las sanciones son la Gerencia de Recursos Humanos, la Gerencia Administrativa y Financiera, y la Unidad de Régimen Disciplinario (artículo 31).

III.2.2.5 *Órganos que intervienen en el procedimiento de acusación y sanción disciplinaria de los jueces*

Los órganos que intervienen en proceso disciplinario contra jueces son los mismos que participan en los procesos disciplinarios contra vocales de las cortes de distrito.

III.2.2.6 *Evaluación del Régimen Disciplinario*

El impacto funcional del Consejo de la Judicatura en cuanto a la función disciplinaria, se ve coartada desde un inicio por las previsiones que el ordenamiento jurídico prevé (contenidas tanto en la Constitución Política del Estado con en la ley) al excluir de dicha función a ciertos miembros del poder judicial, como son los ministros de la Corte Suprema, magistrados del Tribunal Constitucional y vocales del Tribunal Agrario Nacional, vulnerando claramente el principio de independencia interna del poder judicial, mejor conocido como “horizontalidad”, que determina la igualdad de todos sus integrantes (jueces y magistrados). El hecho de pertenecer a instancias “superiores” de la organización judicial, no puede eximir de ninguna manera del necesario control disciplinario.

Para tratar de justificar este tratamiento desigual, se indicó que los ministros de la Corte Suprema, magistrados del Tribunal Constitucional e inclusive los mismos consejeros de la Judicatura, tienen establecido en la Constitución un tratamiento especial que es el juicio político de responsabilidades, cuya competencia recae sobre el Congreso Nacional. De ello puede inferirse que su naturaleza responde al sistema de control de poderes, propio de un gobierno republicano, que en ningún caso puede confundirse con un mecanismo disciplinario.

Por otra parte, en un inicio el Consejo poseía facultades disciplinarias sobre jueces de 2ª y 1ª instancia (vocales de distrito y jueces) y, en consecuencia, podía imponer las sanciones respectivas que en el supuesto más grave era la destitución, mejor denominada separación, por su naturaleza administrativa. Empero, hubo confusiones y malas interpretaciones que llevaron a afirmar que dicha facultad disciplinaria, concretamente la destitución, era violatoria del principio de inamovilidad que la Constitución reconoce a los jueces, la cual dispone que estos sólo pueden ser destituidos por sentencia condenatoria ejecutoriada. Por ende, se consideró que las resoluciones del Consejo de la Judicatura no revisten tal calidad, siendo inconstitucionales.

Esta interpretación no es cierta, por lo siguiente: el control disciplinario tiene como fundamento una relación administrativa. Su propósito es que los funcionarios judiciales cumplan con calidad y eficiencia sus labores, siendo indispensable para ello establecer mecanismos de evaluación y seguimiento que establezcan si se tiene o no a la persona idónea en el cargo. Si se llega a determinar que esta persona no es la indicada para seguir en el puesto, es razonable y lógico desvincular a dicha persona del puesto.

El control jurisdiccional presupone la comisión de un ilícito penal por parte del funcionario judicial, cuya naturaleza es sancionatoria, dejando en segundo plano la relación administrativa entre el funcionario y el Estado. Es posible idear y enumerar varios supuestos, en los que un funcionario judicial no ejerza sus labores de acuerdo con los parámetros exigidos o no posea el perfil requerido para el puesto, que en ningún caso suponga la comisión de un delito, haciendo inviable su alejamiento del cargo al no existir otro mecanismo que el proceso penal.

En consecuencia, no es posible de manera alguna confundir y tratar de mezclar el proceso disciplinario con el proceso penal, mucho menos con el juicio político de responsabilidades, pues son de natu-

raleza y fines distintos, por lo que el control disciplinario debería abarcar a todas las esferas del poder judicial.

No obstante, el Tribunal Constitucional tuvo una apreciación distinta a las consideraciones que hicimos precedentemente. Ello se tradujo en otro de los factores que han ocasionado que la función disciplinaria del Consejo de la Judicatura no se ejerza con la eficiencia esperada, debido a la abrogación de la facultad de destitución que el Consejo tenía anteriormente, que era la imposición de una sanción dentro de un proceso disciplinario debido a la comisión de una falta muy grave. El 18 de octubre de 1999, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 53 de la Ley del Consejo de la Judicatura, generando así su efecto abrogatorio. La fundamentación legal de la resolución pertinente indicaba que el Consejo de la Judicatura no posee facultades jurisdiccionales, ya que el artículo 116 inc. V de la Constitución Política del Estado, establece que los jueces son únicamente destituidos en virtud de una sentencia ejecutoriada pasada a calidad de cosa juzgada.

En la actualidad se presenta un enorme vacío, ya que existe determinación legal de las sanciones que deben aplicarse para el caso de haberse cometido faltas leves y graves, pero no existe en cuanto a las faltas muy graves. Ello demuestra que es evidente la confusión y la incorrecta interpretación de los alcances y fines del proceso disciplinario, en contraposición al proceso netamente jurisdiccional.

III.2.3 La afectación de la independencia judicial por la inexistencia de estudios sobre carga procesal razonable y criterios de gestión. El problema de los recursos

III.2.3.1 Contexto general

Las decisiones de los jueces de primera instancia en la práctica carecen de relevancia, ya que los criterios que siguen las cortes de apelaciones (cortes superiores de distrito) y la corte de casación (Corte Suprema de Justicia), en la tramitación de las causas, carecen de una regulación y organización que permita discriminar en un primer momento los defectos de forma del recurso o la impertinencia manifiesta. El sistema da a cada apelación la misma relevancia, invirtiendo el mismo tiempo para todo tipo de recursos. Empíricamente, los funcionarios auxiliares clasifican y dan mayor celeridad a los trámites en

función de criterios arbitrarios, por lo que no es aventurado decir que entre la remisión del juzgado de primera instancia y la decisión (sea auto de vista o auto supremo), no existe algún filtro o gestión, siendo el turno de llegada el único criterio que determina el conocimiento de la causa. En este periodo, se da un tiempo promedio de 4 meses en las cortes superiores de distrito y más de un año en la Corte Suprema de Justicia.

Estos plazos van en contra de la normativa vigente, ya que la legislación boliviana ha determinado, como criterio de control de la retardo de justicia penal —a través de la Ley No. 1970—, definir “plazo razonable” legislativamente en 3 años, siendo que el cumplimiento del plazo determina la extinción de la acción penal. Cabe mencionar que el plazo se computa desde el primer acto de investigación penal en sede judicial o en fiscalía.

La etapa preparatoria del juicio sólo puede tener un plazo de 6 meses, ampliable a 18 meses en casos de delincuencia organizada. Si bien el Tribunal Constitucional ha determinado que el plazo de los seis meses se computa desde la notificación con la imputación iormal por parte del Ministerio Público al imputado; dichas ampliaciones no afectan el plazo máximo de tres años.

El modelo boliviano carece de etapa intermedia, lo cual ha determinado una grave distorsión del proceso. La acusación del fiscal una vez remitida al tribunal de sentencia, y en tanto se conforme éste (en Bolivia, el tribunal de sentencia está conformado por un jurado escabino), no está sometida a control jurisdiccional. El auto de apertura del juicio es dictado por el tribunal una vez conformado, y esto puede demorar varios meses por problemas de gestión referidos a la notificación a los jurados, la sobreposición de audiencias y la suspensión de las mismas esencialmente por problemas de notificación a las partes, jurados, peritos y testigos.

Una vez iniciado el juicio, el promedio de duración es de una semana. El marco normativo es muy rígido en relación al control del principio de inmediación y contradicción, por lo que esta etapa al menos formalmente es la más exitosa, siempre que llegue a realizarse la audiencia. El problema central del juicio es la carencia de criterios de calidad de la prueba y graves distorsiones en la teoría del delito. Adicionalmente, al no existir cesura del juicio, la discusión y la determinación judicial de la pena son casi inexistentes.

Con dificultades, y concluido el juicio en términos razonables, la etapa de recursos distorsiona completamente el modelo acusatorio del juicio. Renace el expediente más fuerte que antes, desaparece por completo la intermediación y el incumplimiento de los plazos señalados no aparece ninguna sanción. Esta situación parte del concepto normativo de que toda resolución en todo tipo de proceso es recurrible, con lo cual todo proceso penal contradictorio termina ante la Corte Suprema de Justicia.

Bajo ese marco, los problemas de organización se presentan desde la forma de distribución de los jueces y vocales, lo que exponemos en el siguiente punto.

III.2.3.2 *Criterios de distribución territorial de los jueces y vocales de corte de distrito*

El informe presentado al inicio del año judicial 2006 por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Héctor Sandoval, establece que: “(...) para tener un panorama global de la situación en el Poder Judicial, es pertinente mencionar que el número total de jueces entre individuales y miembros de tribunales colegiados se calcula en algo más de 800, mientras los empleados judiciales suman un total de 2,700. Es decir, existen 10.5 jueces por cada cien mil habitantes (...)”¹⁰⁵

Esta situación contrasta con otros datos del mismo poder judicial, ya que en función a la población en los distritos urbanos con mayor crecimiento se tiene que el distrito judicial de El Alto cuenta con un juez para cada 30 mil habitantes (3.3 jueces por cada 100 mil habitantes), y el Distrito Judicial de Santa Cruz cuenta con un juez para cada 16 mil habitantes. (6.25 jueces por cada 100 mil habitantes).

Número de juzgados y tribunales			
Distrito Judicial	Ciudades capitales y El Alto	Providencias	Total
Chuquisaca (1)	28	29	57
La Paz	87	44	131

¹⁰⁵ Ver, *Discurso-informe 2005 del Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Judicatura*, Dr. Héctor Sandoval, en la inauguración del año judicial 2006.

El Alto	21	0	21
Cochabamba	56	49	105
Oruro	32	18	50
Potosí	25	45	70
Tarija	29	24	53
Santa Cruz	71	41	112
Beni	21	27	48
Pando	16	4	20
Total país	386	281	667

FUENTE: Consejo de la Judicatura, Gerencia de Servicios Judiciales

Estos datos son confirmados por el informe elaborado por la consultora DPK en el año 2001, en el que se señala que existían 667 juzgados y tribunales de primera instancia. La población de Bolivia, de acuerdo al censo del 5 de septiembre de 2001, es de 8,274,325 habitantes, lo que da 12,405 habitantes por juzgado. De acuerdo a ese criterio de distribución, se determina que existe una inadecuada distribución de los recursos humanos. Por ejemplo, el departamento de Pando contaría con un juez por cada 2,626 habitantes, y el departamento de Santa Cruz tendría un juez por cada 18,120 habitantes.

Distrito	Población (censo 05/09/2001)			Número de juzgados que correspondría a cada distrito según promedio nacional de 12,405 habitantes/juzgado				Total	
	Total	Capital	Provincia	Total	Capital	Provincia	Número de juzgados	Diferencia	
Chquisaca	531,522	215,778	315,744	43	17	26	57	(+14)	
La Paz	2,350,466	794,061	924,033	189	64	74	152	(-37)	
El Alto	-	632,372	-	-	51	-	-	-	
Cochabamba	1,455,711	517,367	938,344	117	42	75	105	(-12)	
Oruro	391,870	215,660	176,210	32	18	14	50	(+18)	
Potosí	709,013	145,057	563,956	57	12	45	70	(+13)	
Tarija	391,226	153,457	237,769	32	13	19	53	(+21)	
Santa Cruz	2,029,471	1,135,526	893,945	164	92	72	112	(-52)	
Beni	362,521	79,963	282,558	29	6	23	48	(+19)	
Pando	52,525	22,324	30,201	4	2	2	20	(+16)	
Censo país (05/09/2001)	8,274,325	3,911,565	4,362,760	667	317	350	667	-	

La distribución de los jueces no sigue criterios técnicos que permitan distribuir los recursos de forma eficiente, pues como se ve en el cuadro anterior, los recursos son destinados siguiendo criterios políticos de distribución de los juzgados, descuidando las necesidades de la población y afectando gravemente el principio de igualdad y el derecho a una sociedad solidaria y justa.

La situación en relación con los jueces penales o la distribución por materia de los juzgados es aún más grave. La situación en las provincias no es determinable por dos factores: (a) en provincia los jueces son mixtos, asumiendo competencias civiles, familiares y penales; (b) en provincia no existe un sistema adversarial, tanto el Ministerio Público como la Defensa Pública ven a las provincias como un paso previo al despido o la renuncia al cargo.

La situación en las 9 capitales de departamento puede ser determinada de forma genérica, es decir, agrupando a todos los jueces con sede en las capitales de departamento y El Alto de La Paz. De ese análisis se pueden extraer algunos datos relevantes, basados en que la población de las 9 capitales más El Alto es de 3,911,565 habitantes:

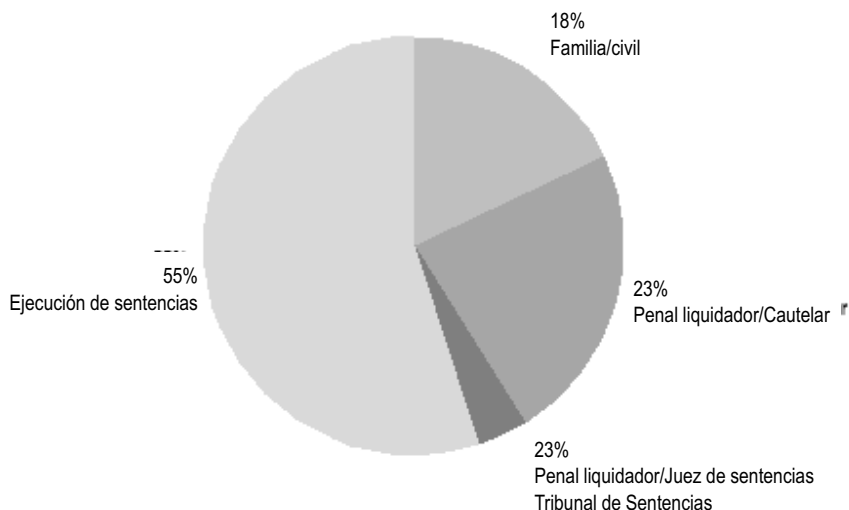
Materia del juez	Número de jueces	Promedio juez por habitante
Familia/civil	213	18,364
Penal liquidador/cautelar	68	57,523
Penal liquidador/juez de sentencia/tribunal de sentencia	88	44,449
Ejecución de sentencias	17	486,725 (el juez de ejecución no existe en las provincias)
Total general	386	—

La distribución de los jueces encargados de resolver la etapa de recursos contra las decisiones de primera instancia de la justicia penal, es también desproporcionada.¹⁰⁶ En Bolivia existen 9 distritos

¹⁰⁶ El Código de Procedimiento Penal establece un sistema de apelaciones incidentales (contra los autos dictados por el juez cautelar), apelaciones restringidas (contra las sentencias pronunciadas por la corte de distrito) y recursos de casación contra los autos de vista.

judiciales, dentro de los cuales existe como cabeza una corte de apelaciones, denominada corte superior de distrito,¹⁰⁷ la cual cuenta con un número variable de vocales definido por ley, sin un criterio equitativo que realice la distribución:

Gráfico 1



	Población	Número de vocales	Vocales por habitante
Total	8,274,325	98	84,431.00
Santa Cruz	2,029,471	15	135,298.06
La Paz	2,350,466	20	117,523.30
Cochabamba	1,455,711	13	111,977.76
Potosí	709,013	10	70,901.30
Chuquisaca	531,522	10	53,152.20
Beni	362,521	7	51,788.71
Tarija	391,226	8	48,903.25
Oruro	391,870	10	39,187
Pando	52,525	5	10,205

FUENTE: Elaboración propia en función de datos del INE.

¹⁰⁷ La corte superior de La Paz cuenta con veinte vocales; Santa Cruz con quince vocales; Cochabamba con trece vocales; Oruro, Potosí y Chuquisaca con 10 vocales; Tarija con ocho vocales; Beni con 7 vocales y Pando con cinco vocales.

Como se ve las distorsiones son graves, mientras en el distrito judicial de Pando cada vocal de la corte de apelaciones debería —solo matemáticamente— atender a 10,205 ciudadanos, en Santa Cruz un vocal debe atender a 135,298 ciudadanos.

III.2.3.3 *El recurso de casación o nulidad ante la Corte Suprema de Justicia*

La relación juez-ciudadano se complica aún más, cuando los procesos son recurridos en casación o nulidad por las partes. La Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la Constitución vigente, está compuesta por 12 miembros, los cuales se dividen en Salas. En materia penal existen dos Salas, cada una formada por dos ministros. En esta instancia, los “expedientes” formados durante el proceso son remitidos ante la Corte Suprema de Justicia, instancia que debe resolver dichas causas en los plazos señalados por la Ley No. 1970.

Sistema de recursos dentro del proceso penal

El sistema de recursos contra las decisiones de primera instancia ocasiona una grave congestión dentro del proceso penal, y crea un sentimiento grave de impunidad y discriminación económica, ya que usualmente sólo las personas con recursos económicos recurren las resoluciones y no así la Defensa Pública, la cual no cuenta con un sistema de gestión de casos ante la Corte Suprema de Justicia.

Los plazos señalados para esta etapa del proceso son los siguientes:

1. Trámite del recurso de apelación incidental. Presentado el recurso, se otorga a la otra parte 3 días para contestarlo. Con o sin contestación se remiten obrados a la corte de apelaciones en 24 horas. Recibidas las actuaciones dentro de los 10 días siguientes, la corte deberá resolver la admisibilidad y la procedencia del recurso. Si se ofrece prueba y el tribunal lo estima pertinente, señalará audiencia dentro de los 15 días siguientes de recibidas las actuaciones y resolverá en la misma audiencia (plazo entre 14 y 19 días).

2. Trámite del recurso de apelación restringida. Se presenta por escrito dentro de los 15 días de notificada la sentencia, se corre traslado a las otras partes para que lo contesten en el plazo de 10 días, y con contestación o sin ella se remitirán obrados en 3 días a la corte de apelaciones. Si se solicitó la fundamentación oral, se señalará

audiencia en el plazo de 10 días, y concluida la audiencia se dictará resolución en el plazo de 20 días (plazos de 38 y 48 días)

3. Trámite del recurso de casación. Se presenta dentro de los 5 días de notificado el auto de vista, y se remiten obrados a la Corte Suprema en el plazo de 48 horas. La Corte Suprema, dentro de los 5 días de recibidos los antecedentes, determina si el mismo es admisible. Admitido el recurso, la Sala Penal resuelve el mismo dentro de los 10 días de admitido (plazo de 22 días).

En conclusión, el proceso de recursos que idealmente debiera durar un promedio de tres meses (74 a 89 días), en la práctica se ha distorsionado y ha retomado todos los problemas del sistema inquisitivo. Lo más relevante es la recuperación del expediente, ya que a partir de que se dicta la sentencia, se acumulan el acta de juicio y las pruebas, las cuales son foliadas, debidamente costuradas y pasan a hacer “turno” en los despachos de las cortes de distrito y la Corte Suprema de Justicia.

Situación de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia

De acuerdo a la Constitución, la Corte Suprema de Justicia está conformada por 12 miembros de los cuales, a la fecha, sólo están en funciones 8 ministros. El Presidente no conforma ninguna de las Salas, y los restantes 7 ministros se distribuyen en: una sala civil, dos social-administrativas y dos penales.

La Corte Suprema de Justicia tiene con una página web (<http://suprema.poderjudicial.gov.bo>), que cuenta con dos modalidades de búsqueda: una de seguimiento de causas en trámite y la otra referida a los autos supremos ya emitidos por la respectiva sala. En la ciudad de Sucre, cada una de las salas penales cuenta con una computadora en la cual las partes deben realizar el seguimiento y consulta del movimiento de las causas; adicionalmente, existen libros manuales de seguimiento de las causas por gestión y distrito judicial de remisión de los expedientes.

Durante el periodo 2002 al 2006, se habrían dictado en materia penal 3,388 autos supremos. En el siguiente cuadro se hace un detalle de los mismos:

Gestión	Autos supremos emitidos	Promedio auto supremo por sala (250 días hábiles por año)	Promedio auto supremo por ministro (2 ministros por sala)
Sala Penal I 2002	439	1.7	0.8
Sala Penal I 2003	620	2.4	1.2
Sala Penal I 2004	719	2.8	1.4
Sala Penal I 2005	540	2.1	1.08
Sala Penal II 2005	285	1.1	1.1 (una sola ministra)
Sala Penal I 2006	401	1.6	0.8
Sala Penal II 2006	294	1.1	1.1 (una sola ministra)

Estos datos deben ser interpretados en el siguiente contexto: los ministros de la Corte Suprema de Justicia adicionalmente a su función como jueces de casación, cumplen otras labores que se refieren a viajes de inspección, inauguración y participación en cursos y seminarios, funciones administrativas y misiones oficiales que sin duda consumen una parte del tiempo de estas autoridades. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que los ministros cuentan con un sólo Secretario de Cámara por sala y asesores legales que cumplen la función de asesorar en aspectos referidos a las causas.

Lamentablemente, la mora procesal en estos procesos es significativa. Al realizar la relación de los casos del distrito judicial de Pando, se ha establecido la siguiente metodología: se realizó una revisión de la base de datos de seguimiento de causas, identificándose 78 casos del distrito judicial de Pando. Desgraciadamente, la base de datos incluía 54 casos ya resueltos como casos en trámite. Los 24 casos en trámite son los siguientes:

Delito	Recepción proceso	Radicatoria/autos	Admisión de la causa/5 días después de recibido el proceso	Auto supremo no pronunciado Demora en relación al plazo legal de 10 días
Homicidio	22/04/2002	23/04/2002	-	4 años y 5 meses
Asesinato	17/09/2002	05/10/2002	-	4 años

Robo agravado	24/09/2002	25/09/2002	-	4 años
Robo agravado	21/02/2003	15/03/2004	14/06/2006	3 años y 7 meses
Apropiación indebida	24/02/2003	19/07/2004	-	3 años y 7 meses
Despojo	20/06/2003	14/07/2003	-	3 años y 3 meses
Tráfico	17/07/2003	18/07/2003	-	3 años y 2 meses
Robo agravado	18/07/2003	19/07/2003	-	3 años y 2 meses
Tráfico	18/07/2003	08/03/2004	-	3 años y 2 meses
Robo agravado	17/09/2003	18/09/2003	-	3 años
Tráfico	14/06/2005	15/06/2005	29/07/2005	1 año y 3 meses
Violación	21/12/2005	22/12/2005	06/01/2006	8 meses
Asesinato	03/04/2006	04/04/2006	02/06/2006	4 meses
Calumnia	13/04/2006	15/04/2006	-	4 meses
Peculado	18/04/2006	19/04/2006	04/05/2006	4 meses
Violación	27/06/2006	30/06/2006	-	2 meses
Tráfico	27/06/2006	01/07/2006	-	2 meses
Apropiación indebida	03/07/2006	06/07/2006	-	2 meses
Tráfico	03/07/2006	06/07/2006	-	2 meses
Robo agravado	08/07/2006	11/07/2006	-	2 meses
Estelionato	11/07/2006	13/07/2006	-	2 meses
Tráfico	24/07/2006	31/07/2006	-	1.5 meses
Transporte	28/07/2006	01/08/2006	-	1.5 meses

Es importante el análisis de este cuadro, pues establece una serie de constataciones de gran relevancia:

- a) Los casos con mayor demora corresponden al anterior sistema de enjuiciamiento penal. Antes de la aprobación de la Ley No. 1970 (norma de carácter acusatorio), la norma que regulaba el proceso de enjuiciamiento penal era el D.L. No. 10426 de 1972. Dicha norma establecía un plazo formal de tramitación del recurso de casación de 40 días, de acuerdo con su artículo 306.

Esta norma carece de un sistema de control de retardación de la justicia penal. Sin embargo, el Código Penal sanciona como delito, en el artículo 177 del Código Penal, la retardación de justicia. El tipo objetivo de la norma señala: “(...) el funcionario judicial (...) que en ejercicio de la función pública con jurisdicción y competencia, administrando justicia, retardare o incumpliere los términos en los cuales le corresponda pronunciarse sobre los trámites, gestiones, resoluciones o sentencias conforme a las Leyes Procedimentales (...)”.

Demás está decir que no se ha sancionado a ningún juez, y tampoco a ningún ministro de la Corte Suprema de Justicia por este delito. Es decir que no se trata de un problema normativo de la Ley No. 1970, que amplió la carga procesal, y por tanto no existe la excusa de que el nuevo sistema generó mayor trabajo. El modelo inquisitivo reformado ha generado una demora procesal excesiva, y la misma se mantiene hasta la fecha, 7 años después de la aprobación normativa del nuevo sistema procesal. Nuevamente la convivencia de la ineficacia y el sistema inquisitivo son evidentes.

- b) El modelo de migración del sistema antiguo se define en la norma transitoria tercera de la Ley No. 1970, en el sentido de que las causas del régimen procesal anterior deberán ser concluidas en el plazo máximo de 5 años. Este plazo vencía el mes de mayo de 2004.

De acuerdo al Informe 20/2003 de 29 de septiembre, emitido por la Corte Suprema de Justicia, existirían en el país 4 mil causas pendientes de resolución hasta mayo de 2004. En vista de que no existía la capacidad de la Corte Suprema de Justicia de resolver esas causas (recordemos que en su mejor año la Corte Suprema dictó 2.8 autos supremos por día, por lo que a ese ritmo de trabajo estas 4 mil causas le representarían 3.9 años, trabajando los 365 días del año).

La Ley No. 2683 de 12 de mayo de 2004, derogó la disposición transitoria tercera de la Ley No. 1970 CPP, y determinó que las causas que se vienen tramitando bajo el anterior régimen procesal penal continuarán tramitándose hasta la conclusión de las mismas, sin fecha límite, es decir con carácter indefinido. Mediante Sentencia Constitucional No. 101/2004, el Tribunal determinó la inconstitucionalidad de la Ley No. 2683, sin embargo, por conexitud analizó la constitucionali-

dad del artículo 133 de la Ley No. 1970, dicha norma establece: “Artículo 133.- Vencido el plazo, el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal”.

El plazo al que se refiere esta norma es de 3 años. Analizadas ambas normas, el Tribunal determinó que la fijación de un plazo razonable es constitucional, sin embargo, también establece que no procede la extinción “(...) cuando la dilación del proceso más allá del plazo máximo establecido, sea atribuible al órgano judicial y/o al Ministerio Público, bajo parámetros objetivos; no procediendo la extinción cuando la dilación del proceso sea atribuible a la conducta del imputado o procesado.” Para concluir que: “(...) no habrá lesión a tal derecho, cuando a consecuencia del uso de los distintos medios de defensa y recursos que el sistema legal le dispensa; el imputado, por un exceso de previsión, provoca la dilación del proceso (...)”.

- c) Con base en dichos antecedentes, el control planteado por la Ley No. 1970, es decir control de la retardación de justicia mediante la extinción de la acción penal, ha dejado de tener relevancia. Como ejemplo nos referiremos a un caso concreto referido entre los 24 casos analizados: el Auto Supremo No. 192 de 24 de junio de 2006, que resuelve la solicitud de extinción de la acción penal porque el plazo ha superado lo “razonable”.

El caso de referencia se inicia el 28 de marzo de 1998, el auto de procesamiento en contra del imputado corresponde al 28 de diciembre de 1998. Con fecha 9 de enero de 1999, se le recibió su declaración confesoria, dictándose sentencia con fecha 29 de septiembre de 2002, donde lo condenaron a 5 años de presidio en la cárcel de San Martín. Se apeló la sentencia por auto de vista del 22 de enero de 2003, que confirmó la sentencia dictada en su contra; y a su vez recurrió en casación el expediente ante la Corte Suprema de Justicia, el 21 de febrero de 2003. A partir de esa fecha y hasta ahora, el expediente ha estado a cargo de la Corte Suprema de Justicia por 3 años y 7 meses, sin que el imputado solicitante pueda hacer otra cosa que no sea esperar la decisión de la Corte Suprema de Justicia.

Presentada la solicitud de extinción de la acción penal, debido a que el proceso en su contra se había iniciado el 28 de marzo de 1998 (hace 9 años), y que la causa se encontraba ante la Sala Penal de la

Corte Suprema desde el 21 de febrero de 2003 (hace 3 años y 7 meses), la Sala Penal Segunda negó la solicitud con base en los siguientes fundamentos (los cuales transcribimos en su integridad, por su novedad y aporte a la ciencia jurídica contemporánea): “Finalmente se evidencia que el imputado Eder Villarroel Isita de la misma manera, perjudicó el desarrollo normal del proceso por su inasistencia o la de su abogado defensor a las audiencias de fojas 291-297-298-369-370-383 y 429, aspectos que inviabilizan declarar la extinción de la acción a favor de su persona”.

Este primer argumento es muy claro, al determinar que el imputado o su abogado entre el 28 de marzo de 1998 y el 29 de septiembre de 2002 no asistieron a 7 audiencias. Es bueno precisar que según el artículo 225 del Código Procesal derogado, las audiencias pueden suspenderse por un plazo no mayor a 8 días, por lo que esta demora debió representar 56 días. Sin embargo, debemos recordar que el principio de continuidad del juicio existe normativamente y no en la realidad. Es claro que ese hecho —el incumplimiento del señalamiento de audiencias— es responsabilidad del juez y no del imputado.

Como consecuencia lógica, el Estado debe perseguir de oficio los delitos para cumplir debidamente con la función represiva que le ha sido asignada, sin posibilidad de “dividir la acción penal” a favor de unos y en contra de otros sujetos procesales. Es en ese sentido que el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal establece la “indivisibilidad de juzgamiento”, en relación al artículo 4 del mismo cuerpo adjetivo penal.

La norma relacionada constituye un *lapsus*, ya que la misma se refiere a la Ley No. 1970, que no corresponde a este caso que se regula por el artículo 26 del D.L. No. 10426. Ambas normas corresponden al principio del *non bis in idem*, es decir a la imposibilidad del doble juzgamiento por el mismo hecho. La referencia en este caso se debe a que existió imputación contra tres personas, y dos fueron declaradas rebeldes. Una de ellas, la que presenta la solicitud de extinción, permaneció detenido por estos 9 años, y como se menciona faltó a 7 audiencias. La seguridad, o más bien el sentimiento subjetivo de inseguridad, en este caso luego de 9 años, difícilmente se verá disminuido por una reacción tan tardía del poder judicial, que no sanciona a los declarados rebeldes sino al ciudadano imputado que ha asumido en el país las consecuencias de un proceso de 9 años.

En la fundamentación del recurrente no se fundamenta, específicamente, que la mora procesal sea responsabilidad del órgano jurisdiccional o del representante del Ministerio Público (en la etapa preparatoria o el plenario), concluyéndose de la revisión de obrados que el tiempo transcurrido no se debió a omisión o falta de diligencia de los órganos competentes.

En este último argumento queda clara la distinción que se da entre los procesos antiguos y los procesos nuevos. El sistema inquisitivo reformado de la Ley No. 10426, no contemplaba el plazo de duración razonable de 3 años, y por ello no es importante demorar 3 años y 7 meses para desempolvar el expediente y ver que los imputados deben seguir esperando para que se resuelva su causa, ya que el referido auto supremo rechazó la solicitud de extinción pero aún no se pronunció sobre el fondo de la causa.

III.2.3.4 *Control de la decisión judicial por parte del Tribunal Constitucional*

Los jueces de primera instancia realizan un seguimiento y rigen sus actividades en función a las sentencias constitucionales, y dejan de lado en caso de conflicto la “doctrina vinculante” definida por la Corte Suprema de Justicia. En muchos distritos judiciales, los jueces de primera instancia y la cortes de distrito dejan de lado la fundamentación o la decisión incluso de los conflictos constitucionales (que deben conocer en primera instancia), y remiten en revisión los casos al Tribunal Constitucional (la revisión es obligatoria, y se da en todas las causas) para que esta instancia se pronuncie sobre el problema. Si a esto sumamos el hecho de que cada vez son más los casos de anulación de autos supremos dictados por la Corte Suprema, a través del Tribunal Constitucional, evidenciaremos que la función del poder judicial de “juzgar” cada vez es menor, y que el rol del Tribunal Constitucional es definitivamente de mayor relevancia y que el “ejercicio real” del poder judicial está en esta instancia.

La segunda constatación es que los conflictos penales se agotan por cansancio de las partes, la “duración razonable” del proceso ha determinado que sea la Corte Suprema de Justicia la instancia que tenga o recobre el control político sobre el ejercicio del poder penal en forma absoluta y arbitraria, ya que sin necesidad de verificar el fondo de la causa puede extinguir la acción penal por transcurso del proceso

mayor a 3 años, o puede definir en otro caso similar que es razonable continuar un proceso de 9 años de duración.

En definitiva, el control legislativo del plazo razonable en 3 años determinado legislativamente como una decisión política expresa es modificado por el Tribunal Constitucional, a un plazo razonable indeterminado. Este hecho de devolver al juez (léase Corte Suprema) la interpretación sobre la razonabilidad judicial del plazo, ha determinado una tensión grave entre la población y el poder judicial. El día de hoy, la confianza en el sistema judicial no existe.

El caso extremo de esta tensión, se presenta en el juicio de mayor relevancia para la democracia del país (el juicio de responsabilidades contra Gonzalo Sánchez de Lozada, por la muerte de 87 ciudadanos), en el cual luego de 3 años de “etapa preparatoria” el sistema judicial no ha podido notificar con la imputación formal al imputado principal. Nuevamente, esto ha llevado a una deslegitimación absoluta del sistema de garantías no atribuible al diseño mismo de la norma (en el anterior sistema se permitía el enjuiciamiento en rebeldía), sino más bien al control político de la Corte Suprema de Justicia y a las decisiones asumidas por esta instancia que, como se ha sostenido en este trabajo, no sólo se ha visto superada por la gran cantidad de causas, sino que ha asumido un control arbitrario en función al control de la duración de sus procesos. Esto, sin duda, ha generado una tensión política entre la democracia representativa y la democracia directa, lo cual ha llevado a una Asamblea Constitucional en la que el cambio del poder judicial en forma absoluta es una prioridad y una decisión esencial.

III.3 *Otras dificultades de las reformas al sistema penal en Bolivia*

Consideramos necesaria una referencia a otras cuestiones vinculadas a la reforma procesal penal y el acontecer político actual de Bolivia, que creemos deben ser consideradas a la hora de realizar un análisis sobre los avances y retrocesos en materia de reforma a la justicia penal.

III.3.1 *La aplicación de salidas alternativas*

El establecimiento de diversas salidas alternativas al juicio se estableció, desde el inicio de la discusión sobre la reforma procesal penal, como una necesaria herramienta para descongestionar el sistema y

brindar respuestas adecuadas y oportunas a conflictos que podían resolverse en tiempos breves, y sin la necesidad de llegar a un juicio.

Pese a ello, dos de los grandes inconvenientes actuales en materia de salidas alternativas son su escasa utilización y, en los casos en que se utilizan, su uso tardío.¹⁰⁸ Ya hemos hecho referencia a aquellos casos donde se solicita una medida cautelar y luego se solicita la aplicación de una salida alternativa, cuestión ésta que consideramos como una disfuncionalidad en la utilización de las diversas herramientas que la ley procesal establece.

Pero adicionalmente a ello, no podemos perder de vista que los casos que ingresan al sistema y permanecen en el mismo durante tiempos prolongados (incluso llegando a los límites máximos establecidos para la duración de la etapa preparatoria) hacen parte de la supuesta “sobrecarga de trabajo” del Ministerio Público, cuando podrían en realidad ser solucionados en plazos breves, al inicio del proceso penal y a través de un adecuado análisis del caso en cuestión.

III.3.2 *La justicia comunitaria*

En materia de justicia comunitaria, uno de los lineamientos establecidos por la reforma procesal penal ha sido el respeto por la diversidad cultural. Así el NCPP establece, por una parte, la posibilidad de extinción de la acción penal en aquellos casos penales que habiendo sucedido en una comunidad indígena o campesina y teniendo como protagonistas a miembros de la comunidad, hayan sido resueltos por sus autoridades sin vulneración de los derechos fundamentales de las partes. La justicia “formal” sólo tiene cabida en este tipo de casos para revisar vulneraciones a derechos fundamentales, en aquellos casos en que uno de los afectados lo solicite. Sin embargo, uno de los problemas que se ha presentado en este ámbito ha sido la pretensión de algunos jueces de convertirse en una “instancia de apelación” a las decisiones de las autoridades comunitarias, con el consiguiente desmedro del respeto por la diversidad cultural y la generación de descon-

¹⁰⁸ Sobre el punto, puede profundizarse en los estudios sobre la implementación elaborados para el CEJA en 2004 y 2006. También fue éste uno de los temas de discusión en la Jornada de Evaluación sobre la Reforma Procesal Penal llevada adelante por la Comisión Nacional de Implementación en 2005.

fianza por parte de las autoridades originarias en relación con la justicia formal.

Por otra parte, el NCPP también ha establecido que en aquellos casos en los que el imputado de un delito provenga de una comunidad indígena o campesina, el Ministerio Público, durante la investigación, y el juez o tribunal de sentencia, durante el juicio, deberán contar con un experto perito que asesore la investigación y el juicio respectivamente, haciendo conocer a los funcionarios las particularidades propias de la cultura de la que provenga la persona imputada. Hasta la fecha no existe una efectivización de este derecho, por lo que nuevamente vemos que el lineamiento de respeto por la diversidad cultural ha sido una cuestión más lírica que real.

Finalmente, en relación con la justicia comunitaria, un problema existente en la actualidad boliviana es la asimilación que se pretende realizar (principalmente a través de los medios de comunicación, pero también a través de supuestos “expertos” que emiten opiniones interesadas en desacreditar los sistemas de justicia indígena) entre lo que se conoce en Bolivia como justicia comunitaria y la justicia por mano propia. No contamos con estadísticas precisas, pero es un hecho comprobado que en los últimos años en Bolivia el número de muertes a causa de linchamientos en radios urbanos ha ido en constante crecimiento. Cada vez que se da un linchamiento o un intento de ello, aparece inmediatamente la afirmación acerca de la justicia comunitaria como la promotora de ese tipo de prácticas. Como hemos mencionado, estos hechos se dan generalmente en radios urbanos o peri urbanos, con lo que la justicia comunitaria no tiene cabida sino que se suceden justamente por la falta de presencia de la justicia formal o el descrédito social en la misma.

III.3.3 *Jueces ciudadanos*

Uno de los grandes avances generados por el NCPP, ha sido la incorporación de tribunales conformados por dos jueces técnicos y tres jueces ciudadanos para la ejecución de todos los juicios por delitos sancionados con pena privativa de libertad, cuyo máximo legal sea mayor a cuatro años. Sin embargo, pese al inmenso beneficio que ha significado la incorporación ciudadana en el juzgamiento penal, la dificultad para la conformación de los tribunales sigue siendo una cuestión cotidiana. Las cortes departamentales electorales, encarga-

das de acuerdo al NCPP de hacer llegar a las cortes superiores de distrito las listas de ciudadanos habilitados para ser jueces ciudadanos, no cuentan con una adecuada depuración de datos, enviando listas que incluyen ciudadanos que no tendrían aptitud para ser jueces ciudadanos (ya sea porque son menores de 25 años, porque son abogados o estudiantes de Derecho, o porque son miembros de la iglesia, de las fuerzas armadas o policiales, circunstancias que impiden a la persona ser juez ciudadano) o datos incorrectos, lo que vuelve engorroso el trámite de conformación del tribunal. A continuación, quisiéramos señalar algunos de elementos importantes sobre la incorporación de jueces ciudadanos:¹⁰⁹

- Existe disparidad en los medios: mientras algunos utilizan recursos informáticos para efectuar el sorteo, en otros lugares lo hacen manualmente, lo que genera suspicacias sobre el manejo de las nóminas.
- La información provista a los ciudadanos aparece concentrada en las sanciones y en advertencias, tanto al momento de constitución del jurado como en forma previa a la audiencia de juicio.
- Según las entrevistas, el nivel de influencia de los jueces técnicos sobre los ciudadanos es ínfimo (un 98% manifiesta no haberse sentido presionado).
- Se advirtió en algunos distritos (Sucre) un claro apego de los jueces ciudadanos a las circunstancias fácticas presentadas en el juicio, y no necesariamente un endurecimiento de las penas.
- La ciudadanía valora muy alto su participación en la administración de justicia, y los jueces manifiestan que advierten una mejora en la percepción social sobre el funcionamiento de la justicia desde su incorporación.
- Existen demoras en los plazos de efectivización de la remuneración a los jueces ciudadanos (*v. gr.* dos meses en La Paz). La situación es notablemente mejor en Santa Cruz, donde el pla-

¹⁰⁹ Enunciados en el documento: *El rol de los jueces ciudadanos en la administración de justicia*, análisis desarrollado en cinco departamentos (La Paz, Cochabamba, Tarija, Santa Cruz, Sucre) durante el año 2004, en el marco del Programa “Ciudadanos Trabajando por la Justicia”.

zo para efectivizar el pago es de 20 días. Según el Consejo de la Judicatura, eso ha implicado en 2002 Bs. 227,047.55 y en 2003 Bs. 418,320. 98.

Puede notarse, a partir de esta descripción tomada del mencionado informe, que desde el punto de vista ciudadano la incorporación de la figura del juez ciudadano ha significado una credibilidad mayor en la administración de justicia. Si bien se mantienen una serie de inconvenientes organizativos, vinculados principalmente a la notificación de las personas sorteadas para integrar un tribunal de sentencia y a la cobertura posterior de su remuneración, consideramos que éste es un avance que debe rescatarse para Bolivia y difundirse en la región como una buena práctica en materia de participación ciudadana en la administración de justicia.

III.3.4 *El nuevo contexto político y su posición frente a la justicia*

El gobierno del Movimiento al Socialismo, posesionado en enero de 2006, es el primer gobierno que logra una mayoría de 54% desde el retorno de la democracia en Bolivia. Esto, sumado a la propuesta de cambio impulsada por el partido de gobierno, ha generado una gran expectativa en la población, la cual se mantiene hasta la fecha. Ahora bien, en materia judicial y de reformas en el área, no parece haber una intención de diseño de política pública, sino que se continúa en la lógica de las respuestas coyunturales. En la propuesta de plan de gobierno previa a la elección presidencial, la referencia al tema judicial se realizaba en función de la lucha contra la corrupción, a través de la promesa de una ley especial que regulara el tema con dureza y pusiera fin a la impunidad.

Haciendo un breve análisis —sin intención de que el mismo sea acabado—, podríamos señalar en lo que hace al tema judicial algunos hitos en este gobierno, tanto de carácter negativo como positivo:

- En cuanto a lo negativo, debemos señalar el Proyecto de Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz que, con el pretexto de endurecer la lucha contra la corrupción, está intentando modificar el NCPP retornando a una lógica inquisitiva: juicio en ausencia; imprescriptibilidad de delito e inversión de la carga de la prue-

ba, son las cuestiones relevantes. Si bien esta ley no ha sido aún aprobada por el Congreso, el impulso mediático que se ha dado a la misma y la presión para su aprobación, hacen pensar que en un plazo no demasiado largo contaremos con una norma que, desde nuestro punto de vista, no sólo no será una herramienta efectiva de lucha contra la corrupción (pareciera tratarse de una respuesta simbólica más) sino que, adicionalmente, contribuirá a generar un mayor número de personas encarceladas y sin condena en el país.

- En relación con lo positivo, debemos rescatar el impulso que ha dado el gobierno a la elección transparente de autoridades del poder judicial, proceso que se ha iniciado con la elección de ministros de la Corte Suprema de Justicia y que se continúa perfeccionando ante la actual elección de magistrados del Tribunal Constitucional y Fiscal General de la República.¹¹⁰ Consideramos que este tipo de elección ha configurado un hecho histórico en el Congreso Nacional, que debe ser tomado como un ejemplo de práctica positiva y democrática.

En lo que hace al trabajo propiamente del poder ejecutivo a través del Ministerio de Justicia, es de rescatar la tarea que se ha desarrollado en materia de justicia comunitaria, sistematizando y difundiendo experiencias e intentando generar un canal de diálogo con la justicia formal a partir de la creación del Viceministerio de Justicia Comunitaria. En cuanto a lo negativo, lamentablemente vemos que el Programa Nacional de Acceso a la Justicia, que fue creado con la finalidad de brindar una mayor posibilidad de acceder a formas de resolución de conflictos a la comunidad que no puede concurrir a la vía judicial, ha sido prácticamente abandonado en la actual gestión.

¹¹⁰ En este punto es de hacer notar que ya desde octubre de 2003, cuando se realizó la última elección de magistrados del Tribunal Constitucional, organizaciones de la sociedad civil reclamaban la transparencia en la elección congresal de autoridades del poder judicial sin haber recibido respuesta positiva. Afortunadamente, muchos de los criterios de selección propuestos por el CEJIP en aquella oportunidad, han sido recogidos actualmente por la Presidencia del Congreso para su propuesta de selección transparente.

III.3.5 *La Asamblea Constituyente*

La Asamblea Constituyente ha sido convocada por el actual gobierno, con la finalidad de refundar Bolivia a través de un pacto político que incluya a aquellos sectores que históricamente han estado al margen de la vida social y política del país. Por ello, es que se nota un protagonismo saliente de los pueblos indígenas, las comunidades campesinas y los diversos movimientos sociales que han reclamado desde inicios de la década de los 90' la realización de esta Asamblea.

La coyuntura actual del país dificulta proyectar con certeza los resultados de la Asamblea Constituyente. Sin embargo, podemos afirmar que en materia judicial no habrá grandes cambios, más allá del establecimiento de la justicia indígena en igualdad de condiciones con la justicia formal.¹¹¹ Las discusiones en torno a la administración de justicia, se han dado en torno a la posibilidad de elección popular de las autoridades del poder judicial y a la posibilidad de supresión del Tribunal Constitucional pero, fuera de ello, la estructura judicial sigue manteniéndose prácticamente intacta en todos los proyectos que existen en la actualidad.

¹¹¹ Si bien esto significa una reivindicación de mayúscula importancia para los pueblos postergados, que han visto siempre negada su justicia, consideramos que no implicará grandes modificaciones en relación con el sistema de justicia formal, ya que los sectores urbanos, que conforman la mitad de la población, seguirán recurriendo a la justicia formal y encontrando los mismos inconvenientes que en la actualidad.

CAPÍTULO IV. RAZONES QUE HAN OBSTACULIZADO EL ÉXITO DE LAS REFORMAS

IV.1 Razones que obstaculizan el éxito de las reformas en el ámbito penal

IV.1.1 La situación en Honduras

IV.1.1.1 Reforma procesal penal

De la información jurídica y empírica, se colige que se han destinado importantes recursos económicos de la cooperación internacional a la reforma judicial. Sin embargo, los espacios abiertos para el desarrollo de la independencia judicial y autonomía del Ministerio Público, han sido limitados y cooptados por poderes de distinta naturaleza.

En la práctica, los fiscales no han podido asumir el rol de dirigir la investigación de los delitos, la policía no ha podido profesionalizarse, y consecuentemente las acusaciones no son bien fundadas. Todo ello traslada la presión social a los jueces de letras para que dicten prisión preventiva a los imputados, y a los jueces de sentencia para que emitan fallos condenatorios.

El monopolio de la acción penal ha impedido el acceso de los agraviados a la justicia, y obstruye el derecho de las víctimas a promover la función jurisdiccional, por lo que se está ante un desequilibrio procesal, a saber, ni persecución penal eficiente por las limitaciones del Ministerio Público, ni sanción a los delincuentes, ni protección a las víctimas.

En la etapa de investigación, el modelo deja en sede administrativa la ponderación de derechos fundamentales y exige una coordinación entre el fiscal y el investigador, lo cual aún no se ha podido lograr, vulnerando derechos y garantías judiciales al no materializar el principio de objetividad (aporte de pruebas de cargo y de descargo) y de contradicción (cuestionamiento de argumentos por las partes) en el ejercicio de la defensa técnica en la etapa investigativa. Por ende, esta situación viene a limitar la eficacia de la acción penal.

Con la puesta en marcha del nuevo modelo policial, el Ministerio Público se vio seriamente afectado por el traslado, en 1998, de su Dirección de Investigación Criminal a la Policía Nacional, lo cual debilitó la labor investigativa y generó un alto grado de impunidad.

Esta medida constituyó un serio retroceso y, a la vez, un contrasentido en el sistema de justicia, ya que el Congreso Nacional, en lugar de potenciar una investigación profesional en el marco del nuevo proceso penal a implementarse, contribuyó con esa reforma a debilitar la lucha contra la impunidad.

Dada la debilidad de la investigación criminal y de la acusación fiscal, así como de la dificultad de los fiscales de cumplir con la carga de la prueba, existe la tendencia a producir la prueba en las etapas previas al juicio, entrando éstas al debate por lectura y como prueba documental, sin contradictorio, por lo que tiende a prevalecer la escritura sobre la oralidad, desnaturalizando de esta manera el garantismo y fortaleciendo los rasgos inquisitivos.

El poco profesionalismo del personal investigativo, su falta de idoneidad, así como la carencia de equipo y de materiales para el desarrollo de la investigación criminal, son factores que inciden negativamente en la calidad de la acusación fiscal, y por ende en la eficacia de la justicia penal. Esto produce, indefectiblemente, altos niveles de impunidad y, consecuentemente, una falta de credibilidad y de confianza por parte de la población en las instituciones del sistema de justicia.

No se aprecia en el Ministerio Público una política institucional de persecución penal coherente, que dé pautas comunes para el manejo de los casos de impacto social y que dé certeza a los funcionarios fiscales a partir de lineamientos generales expresos.

La existencia de normas garantistas junto a normas inquisitivas en el nuevo Código Procesal Penal, ha provocado la desnaturalización de la actividad probatoria y de las funciones del juez en la materia, aunado a que creen que parte de su función es la lucha contra la delincuencia por lo que asumen un papel de parte acusadora, rompiendo el equilibrio entre ellas y su imparcialidad, afectando así principios del proceso penal democrático.

Asistimos, pues, a una situación en la que se comenzó a confundir los actos de investigación con los actos de prueba, y la prueba documental con la documentación de los actos de investigación, o sea, con las actas. Debido a esta gravísima confusión, no se cita a los testigos porque se cuenta ya con sus declaraciones rendidas anticipadamente, y tampoco se cita a los peritos para que informen de viva voz sino que se leen sus dictámenes, los cuales no se cuestionan, con lo cual la prueba documental ha pasado a convertirse en la *regina probatorum*.

En muchas ocasiones, no sólo se incorporan al debate piezas enteras de la etapa de investigación, sino que por acuerdo de las partes se dan por incorporadas sin lectura previa, eliminando con las pretendidas pruebas la oralidad y la publicidad del juicio, cuestión que hace volver a la justicia escrita, la cual se ha caracterizado por ser semisecreta y, por tanto, opaca y dudosa.

En términos generales, en Honduras todavía asistimos a la construcción del Estado de Derecho. Sin embargo, en el proceso actual se observa una tendencia a limitar los controles recíprocos entre poderes, y se avanza más bien hacia la invasión de funciones. Se moderniza el poder judicial, sin que ello suponga poner en riesgo la forma tradicional del ejercicio del poder en el país.

IV.1.1.2 Impacto en la prisión preventiva y en la eficiencia de las investigaciones

El nuevo proceso penal garantista ha coexistido con el anterior procedimiento escrito e inquisitivo, por lo que los casos que se encontraban en trámite antes de la vigencia del nuevo Código debían continuar hasta su finalización en diciembre de 2006, cuestión que no ocurrió y hoy aún persiste la mora en causas con detenidos que han sobrepasado los límites temporales de la prisión preventiva.

Se constata que las personas en prisión preventiva conforme al código anterior, han permanecido detenidas sin que se les haya declarado culpables de algún delito durante al menos cinco años, por lo que esta situación da como resultado una grave violación del derecho a un juicio imparcial, que incluye el derecho a un juicio pronto de las 1,007 personas que se encuentran en prisión preventiva con arreglo al antiguo Código de Procedimientos Penales.

Al haber caducado en diciembre de 2006 la vigencia de la Ley Especial de Transición y Seguimiento Interinstitucional del Sistema Penal, el fundamento jurídico para la restricción de la libertad personal de las 1,007 personas que se encuentran en prisión preventiva con el anterior Código de Procedimientos Penales de 1984, está en seria duda, por lo que de no resolverse su situación seguirán sufriendo una detención que sólo puede calificarse de arbitraria.

Durante el periodo de vigencia del nuevo Código Procesal Penal (2002-2006) se han adoptado un total de 49,348 medidas cautelares, de las cuales las más utilizadas han sido, en ese orden, la prisión preven-

tiva (24%), la presentación periódica del imputado y la prohibición de salir del país. La tendencia ha sido al aumento progresivo en la aplicación de medidas cautelares, observándose poco incremento en los años 2004 a 2006.

Con el nuevo Código, las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva más utilizadas son: 1) la presentación periódica del imputado ante el juez o autoridad que se designe (22%); y, 2) la prohibición al imputado de salir del país, del lugar de su residencia, o del ámbito territorial que el juez determine (14%).

De las circunstancias concurrentes para que el juez adopte la prisión preventiva, la más frecuente es “el peligro de fuga del imputado”. La circunstancia determinante para que, a su vez, los jueces establezcan el peligro de fuga, lo constituye principalmente la falta de arraigo en el país.

En la práctica judicial, la valoración del arraigo que hacen los jueces se basa principalmente en el hecho de si el imputado es propietario o no de la casa en que vive. Por lo que en la realidad hondureña un imputado que no tenga la propiedad de su casa de habitación, o su domicilio no sea verificable por vivir en “cuarterías” (viviendas precarias), o no tenga ocupación fija e ingresos regulares, y no disfrute de un grupo familiar constituido, tiene altas probabilidades que se le dicte la medida cautelar de prisión preventiva.

Pese a que es distinta a la pena de privación de libertad, la realidad en la aplicación de la prisión preventiva permite señalar que ésta revisite un carácter punitivo y desconoce que a la persona que se le impone tal medida cautelar le ampara el principio constitucional de presunción de inocencia.

Aún persiste una percepción social en el sentido que la cárcel es el medio para combatir la criminalidad, por lo tanto, los fiscales se ven compelidos a solicitar en el requerimiento fiscal auto de prisión y medida cautelar de prisión preventiva y, a su vez, los jueces se ven presionados a dictar auto de prisión con medida de prisión preventiva. Igualmente, el endurecimiento de las penas se sigue utilizando como una medida “disuasiva” al crimen, obviando que el correcto disuasivo es saber que si se comete un delito grave, éste se va a investigar, a identificar a sus autores y a sancionarlos.

Se estima que la nueva cultura jurídica que supone el modelo garantista de justicia penal aún no ha sido asimilada por los servidores judiciales, fiscales y policiales, así como por la ciudadanía en gene-

ral, por lo que todavía persisten los rasgos del sistema inquisitivo, cuestión que se aprecia, por ejemplo, en el excesivo uso de la prisión preventiva como una pena anticipada.

Con la aplicación de la prisión preventiva, se pretende dar satisfacción a las demandas sociales de seguridad, dado que el aumento de la criminalidad y de victimización de la ciudadanía —alarma social que no debe confundirse con el reflejo que de los hechos hacen los medios de comunicación— exigen una respuesta, argumento de política criminal que atribuye más bien un sentido retribucionista a la prisión preventiva, sobrepasando la naturaleza cautelar de la medida para convertirse en un fin punitivo.

El número de personas detenidas en aplicación de la denominada “Ley Antimaras”, que no es más que la reforma al artículo 332 del Código Penal que tipifica el delito de asociación ilícita, asciende a 1,028 personas, por lo que se confirma el efecto directo en el uso y estancamiento de la prisión preventiva en el país.

Dos ejemplos que vienen a asegurar la adopción de la prisión preventiva y acentuar la cultura inquisitiva en el país, lo constituye en primer lugar: el *Instructivo sobre la aplicación de medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva en delitos de crimen organizado*, aprobado por la Corte Suprema de Justicia, que señala que: “en casos de extrema gravedad (...) la medida cautelar de prisión preventiva es la idónea para el éxito del proceso (...)”; y, en segundo lugar, lo constituye la reforma por adición al Código Procesal Penal en su artículo 184 *in fine*, el cual establece que: “en ningún caso procederá la sustitución de la prisión preventiva por otra medida cautelar en los delitos cometidos por miembros del crimen organizado o integrantes de asociaciones ilícitas”.

El manejo político de la criminalidad —que no la criminalidad como tal—, pareciera ser que está incidiendo en el uso de la prisión preventiva como la regla general y no la excepción, ya que es considerada como la respuesta lógica en la lucha contra la delincuencia, respondiendo además a la presión social ejercida por distintos sectores, entre ellos, los medios de comunicación.

En la justicia penal se da una distorsión de los tiempos y de las fases del proceso, debido a la expansión simultánea penal-procesal en la etapa de investigación, en la que se predetermina el juicio y se precastiga al imputado, siendo que los jueces de letras en la práctica dictan los autos de prisión, cediendo a la presión social, mediática y a la

petición fiscal de emitir la medida cautelar de prisión preventiva, lo que en la realidad penitenciaria hondureña se convierte en un anticipo de pena.

El traslado de la Dirección de Investigación Criminal del Ministerio Público a la Policía Nacional (efectuado en 1998, en el marco del traspaso de la Fuerza de Seguridad Pública —Policía Nacional— como rama de las Fuerzas Armadas, a la Secretaría de Seguridad en el ámbito civil de la Administración Pública Central), bajo el argumento de la conformación de una “Policía única”, ha implicado un contrasentido en el sistema de justicia, ya que no ha permitido potenciar la investigación profesional y la celeridad en el marco del nuevo Código Procesal Penal, por lo que ha contribuido a debilitar la capacidad investigativa del ente fiscal y su eficacia en la persecución penal, situación que ha venido a impactar en la prolongación de la detención de las personas en prisión preventiva, en la impunidad y ha puesto de manifiesto la ineficacia de la justicia en la materia, afectando la legalidad y legitimidad con que deben funcionar las instituciones del sistema de justicia penal.

La ineficacia de la investigación criminal en el país se traduce en altos porcentajes de impunidad, lo que se puede deducir a partir de las cifras siguientes: del total de denuncias recibidas por el Ministerio Público durante el período 2002-2006, el 65% fueron remitidas para investigación a la DGIC de la Policía Nacional; de las cuales, sólo el 21% fueron devueltas con informe de investigación. De éstas, llegaron a sentencia el 14%; resultando que el 24% fueron sentencias absolutorias. La mora en materia de investigación criminal, corresponde a un 79% del total de denuncias remitidas a la DGIC.

Honduras, para el año 2005, tenía una población reclusa de 11,592 personas, correspondiente a una tasa de 161 privados de libertad por cada 100 mil habitantes. Así, la tasa de crecimiento promedio de la población penal en Honduras para los años 1992 a 2005 fue de 16%; en tanto, el porcentaje de crecimiento de 2005 en relación con 1992, fue del 103%.

A manera de conclusión preliminar, se puede afirmar que a mayo de 2007 en Honduras el número de personas en prisión preventiva vinculadas al anterior Código de Procedimientos Penales asciende a 1,007 (30%). Que el número de personas en prisión preventiva con el nuevo Código Procesal Penal asciende a 4,776 (57%). Que sumados el número de personas en prisión preventiva con ambos códigos, la cifra ascien-

de a un total de 5,783 personas con esta medida cautelar, lo que corresponde a un 49% del total de la población penal en el país (11,793). Que el porcentaje de personas en prisión preventiva antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal era de 85%, por lo que la prisión preventiva a mayo de 2007 se ha reducido de manera general en un 36%.

En el proceso penal se aprecia un creciente uso de medidas sustitutivas a la prisión preventiva sin embargo, en los años 2005 a 2006 se observa un estancamiento en la utilización de estas medidas. No obstante, la sociedad en general no comprende el carácter excepcional de las medidas cautelares distintas a la privación de libertad, por lo que son percibidas como parte de la corrupción judicial o impunidad.

Muchos de los jueces de letras y de ejecución, los fiscales y los defensores públicos, han renunciado en gran medida a su responsabilidad de ejercer la fiscalización de la legalidad de la detención, particularmente de la prisión preventiva. Los defensores públicos se limitan a ejercer una función meramente formal y tener una presencia pasiva en las audiencias en que se decide sobre la legalidad y la necesidad de la prisión preventiva.

Al constatar la inexistencia de un sistema penitenciario, la Policía Nacional administra los centros de detención, lo que supone que ejerza un control físico sobre los reclusos en todas las fases de su detención, por lo que esa situación pone en grave peligro la integridad del proceso penal, para el que se requiere un sistema eficaz de contrapesos y salvaguardias.

En el Taller promovido por DPLF en julio de 2007 en Tegucigalpa, los expertos nacionales e internacionales brindaron valiosos aportes sobre este tema, entre los que destacan, por ejemplo, que el “escriturismo” y la oralidad no hacen diferencia en cuanto a la prisión preventiva, aunque si hay mayor tecnicismo con el segundo; que la reforma legal no es suficiente para bajar los índices de prisión preventiva; falta internalizar en la sociedad y en los operadores de justicia el principio de presunción de inocencia; que los fiscales creen que lo que se espera de ellos es que siempre soliciten la prisión preventiva; que los cambios de gobierno afectan la situación de la prisión preventiva; que es necesario fortalecer a la defensa pública; que no basta capacitar a los jueces sobre el régimen de aplicación de las medidas cautelares, si éstas no van acompañadas de las condiciones requeridas para su adopción.

Por último, se puede decir que con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal en 2002 se sentaron las bases para una justicia garantista, sin embargo, debido a varias reformas que ha sufrido, a la falta de formación y capacitación de los servidores judiciales, fiscales, defensores y policiales, su garantismo en la etapa investigativa se ha matizado y diluido, por lo que subyace en el mismo el peso de la cultura inquisitiva que por siglos ha regido en Honduras.

IV.1.2 *La situación en Bolivia y su comparación con Honduras*

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha producido recientemente un informe sobre Bolivia.¹¹² En el capítulo sobre administración de justicia, la CIDH ha tomado en cuenta las falencias que fueron mencionadas en estudios tenidos en cuenta al elaborar este informe. Fundamentalmente, dentro de los problemas identificados por la CIDH se mencionan la falta de adecuación institucional por la ausencia de capacitación, infraestructura, apoyo técnico y estabilidad del personal, y por la distribución inequitativa de las causas en los distintos juzgados.¹¹³

A partir de la información expuesta en el presente informe, podemos identificar inconvenientes en relación con las reformas en el ámbito de la justicia penal, específicamente vinculados a la detención preventiva en tres ámbitos diferentes: el que hace exclusivamente a las instituciones operadoras; el referido a la generación de políticas públicas en materia de justicia penal; y el ámbito social. A continuación desarrollamos los principales puntos problemáticos que hemos podido identificar.

IV.1.2.1 *A nivel de las instituciones operadoras: expediente vs. audiencia. Una lucha que no se ha ganado*

Consideramos que la dificultad primordial para el avance de la reforma y el cumplimiento de sus objetivos iniciales en materia de respeto de los derechos de las partes y uso excepcional de la detención pre-

¹¹² Ver, *Acceso a la justicia e inclusión social. El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, Washington D.C., CIDH, 2007, en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/BOLIVIA.07.ESP.pdf>.

¹¹³ *Ibidem*, parr. 117.

ventiva, tiene su origen en la falta de claridad que aún existe sobre el significado de la audiencia como metodología de trabajo en el sistema acusatorio. Si bien la reforma procesal penal ha avanzado en el sentido de establecer la oralidad como principio no sólo del juicio sino también de las demás etapas del proceso, no es menos cierto que las audiencias se han convertido en una versión oral del trámite escrito que se realizaba con el anterior procedimiento. Una de las conclusiones para el caso de Honduras, es que los sujetos procesales cumplen un rol formal en relación con la aplicación de la prisión preventiva. Una situación similar se da en el sistema boliviano, lo que genera las siguientes cuestiones problemáticas puntuales:

- *Carencia de análisis del caso.* Se observa que tanto la fiscalía como la defensa pública, acuden a las audiencias sin realizar una proyección del caso que les permita litigar en función a una posible llegada a juicio o la búsqueda de una salida alternativa. Asumiendo las prácticas formalistas inquisitivas, la solicitud de una medida cautelar parece haberse constituido en un requisito esencial para avanzar en la investigación, y esta razón ocasiona que los fiscales soliciten la audiencia de medida cautelar y pretendan la imposición de la detención preventiva sin mayor análisis sobre su necesidad. Por su parte, la defensa llega a la audiencia para cumplir con el requisito formal de brindar asistencia técnica a la persona imputada, pero sus argumentaciones suelen ser impertinentes en relación con las exposiciones del Ministerio Público, y no falta la ocasión en que la propia defensa solicita una medida sustitutiva a la detención preventiva, aún sin existir acreditación de los presupuestos necesarios para la imposición de cualquier medida cautelar por parte de la fiscalía.
- *Solicitud de detención preventiva en casos que podrían resolverse vía salida alternativa.* La inexistencia de proyección del caso genera esta segunda situación problemática, que no sólo lo es en función a la imposición desproporcionada de detenciones preventivas en casos que probablemente terminen con salidas alternativas (incluso en algunas circunstancias con rechazo de la causa), es decir, con la no imposición de una sanción privativa de libertad.

También resulta problemática esta situación, porque genera una duración innecesaria de causas que podrían tener un final rápido y con acuerdo de las partes. Como se ha mencionado, la utilización de la detención preventiva en estos casos puede devenir en situaciones extorsivas, en las que la persona imputada accede a una solución alterna al juicio no por un real convencimiento, sino por el temor a sufrir una privación de la libertad prolongada.

- *La retardación de justicia y el escaso control jurisdiccional.* Hemos visto también que la imposición de detención preventiva por parte de los jueces, resulta ser una decisión casi automática con escasa fundamentación y más bien decidida en función a una costumbre antes que a una valoración consciente de los elementos argumentados por las partes. La fundamentación para la imposición de la detención preventiva, suele reducirse a una relación de las argumentaciones realizadas por la acusación y la defensa, sin una valoración concreta de parte del juez que permita conocer cuál es la razón por la que está considerando determinado extremo en determinada forma.¹¹⁴ Adicionalmente, pese a existir una disposición normativa que establece un control, incluso de oficio, sobre la duración de la detención preventiva, hemos visto también que hasta la fecha siguen existiendo en el sistema penitenciario boliviano personas con detención preventiva cuyas causas han sido iniciadas con el sistema anterior; es decir, personas que se encuentran en detención preventiva habiendo superado en mucho el límite temporal establecido por el NCPP, pero sin control jurisdiccional al efecto. Nuevamente aparece aquí el peligro de trasladar las prácticas inquisitivas al sistema acusatorio: pese a la realización de audiencias y a la intervención oral de las partes en la misma, la lógica de la decisión parece seguir siendo la del trámite escrito, donde el juez se limita a poner una hoja más en el expediente para posibilitar que el proceso siga su curso.
- *Organización institucional.* Como hemos señalado, pese a la conciencia sobre la necesidad de adecuar las instituciones

¹¹⁴ Aquí vemos una situación similar a la señalada para el caso de la prisión preventiva en Honduras.

operadoras al nuevo sistema procesal, la realidad indica que, de una parte, la organización asumida continúa bajo la lógica del sistema inquisitivo. Quizá donde más llamativo resulte esto es en el Ministerio Público, que se ha organizado prácticamente en forma refleja al poder judicial propio del modelo inquisitivo, y pese a las posibilidades legales que se le otorgan para determinar organizaciones funcionales a sus diversos objetivos institucionales, se ve que la costumbre de seguir trabajando con la organización que tradicionalmente ha tenido genera resistencias y problemas varios cuando se pretenden hacer ciertas modificaciones (por ejemplo, constituir equipos especializados que descongestionen el sistema aplicando salidas alternativas y rechazos oportunos). La forma de gestión de las causas al interior de las instituciones también parece arrastrar la lógica inquisitiva, donde cada operador funciona individualmente y sin contacto con el resto de la institución, haciéndose cargo de un número determinado de casos y despreocupándose de cuestiones ajenas a sus casos. Es de notar que esta forma de organización genera hoy suspensiones, retardaciones, desencuentros para la realización de actuaciones y, en definitiva, prolonga los tiempos de procedimientos que podrían terminarse en forma rápida y de conformidad con los involucrados. La duración excesiva de los procedimientos vuelve a presentarse —quizá no al nivel que se presentaba con el anterior sistema, pero sí es claro que hay muchos procesos que duran más de lo necesario para el logro de una solución adecuada— y, en función de ello, la detención preventiva aparece como el comodín que permite a los operadores la tranquilidad de no recibir cuestionamientos, ya que si la persona imputada se encuentra detenida, aunque sea en forma preventiva, los reclamos sociales serán mínimos. Por ello, parece evidente que en la medida en que se permitan duraciones excesivas del procedimiento, la detención preventiva seguirá siendo sobreutilizada, ya que es el mecanismo que permite dar cierta sensación de “tranquilidad” hacia la sociedad. Y en la medida en que las instituciones operadoras del sistema no asuman, como un tema central para una mejor implementación de la reforma procesal penal, el de organizarse en función a la posibilidad de realizar audiencias y generar

resultados concretos, que puedan ser medidos y evaluados tanto interna como externamente, las duraciones excesivas seguirán siendo moneda corriente.

- *Orientación de la capacitación.* Finalmente, dentro de este primer punto otro tema que aparece como problemático es el de la orientación de la capacitación. Si bien ha existido un plan estructurado de capacitación para la implementación de la reforma, no es menos cierto que la manera en que se ha encarado esta capacitación no ha posibilitado el impacto que con la capacitación se esperaba. En cuanto a la metodología de capacitación, quizá el inconveniente esté dado porque, en el afán por inculcar los valores de un sistema acusatorio, los programas de capacitación que se desarrollaron fueron demasiado teóricos, dejando de lado un tema central para la efectivización de esos valores acusatorios: las prácticas necesarias en un sistema oral. Así, la litigación en sí misma apareció siempre —o en la mayoría de los casos— como una cuestión secundaria, priorizándose el estudio de textos y el análisis de casos también desde el punto de vista teórico. El tiempo y el análisis de otras experiencias de reforma, nos han enseñado que la mejor forma de hacer capacitación es aquella que toma en cuenta las necesidades puntuales de los operadores (abandonando la organización de cursos en función a demandas) y orienta los contenidos en función a brindar herramientas útiles para el puesto de trabajo específico. También se ha visto como una necesidad la de dar continuidad a la capacitación, a través de evaluaciones periódicas sobre la utilización de los contenidos para mejorar la calidad del servicio.

IV.1.2.2 *A nivel político: la conveniencia de la respuesta coyuntural*

Más arriba, en relación a la situación en Honduras, dijimos que: “El manejo político de la criminalidad —que no la criminalidad como tal— pareciera ser que está incidiendo en el uso de la prisión preventiva como la regla general y no la excepción, ya que es considerada como la respuesta lógica en la lucha contra la delincuencia, respondiendo además a la presión social ejercida por distintos sectores, entre ellos, los medios de comunicación”. Esta afirmación, perfectamente puede asumirse como una conclusión del capítulo sobre Bolivia. La

pregunta de fondo sobre este tema es: ¿quién se beneficia con un mayor uso de la detención preventiva? O dicho de otra manera, ¿quién se beneficia con la inexistencia de respuestas de fondo al problema de la criminalidad?

Hemos visto en el Capítulo 1, al describir la evolución normativa en relación con la reforma procesal penal, cómo la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana fue una respuesta dada por el poder político al reclamo social de seguridad. Sin embargo, analizando las percepciones sociales que se presentaban en ese momento, la modificación al régimen de medidas cautelares no aparecía, desde el reclamo ciudadano, como una cuestión prioritaria. La respuesta coyuntural, sin embargo, fue en el sentido de posibilitar, al menos en forma simbólica a través de la modificación normativa, un mayor uso de la detención preventiva. Veamos algunas situaciones problemáticas vinculadas a este punto.

- *Escaso interés en la generación de políticas públicas en materia de implementación.* Si bien se han creado organismos de coordinación para la correcta implementación de la reforma procesal penal (Comisión Nacional de Implementación, Comité Ejecutivo de Implementación), el trabajo de estos organismos ha tenido un carácter más bien esporádico, a partir de las reuniones de evaluación que han sido organizadas y programadas por las agencias de cooperación internacional. No ha existido un seguimiento a los planes elaborados en dichas reuniones para mejorar la implementación y, generalmente, cada institución operadora ha seguido su propio camino en el diseño de políticas institucionales. En el caso del Congreso Nacional, con presencia en ambos organismos, el seguimiento que desde esa instancia se ha realizado a la implementación ha sido prácticamente nulo, asistiendo a algunas reuniones de evaluación pero sin demasiado interés en informarse y conocer la situación real en materia de implementación de la reforma. Prueba de ello es, como lo comentábamos líneas arriba, la decisión asumida al momento de aprobar la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana donde, tal como ocurriera en Honduras, se pretendió dar satisfacción a las demandas sociales de seguridad dado que el aumento de la criminalidad y de victimización de la ciudadanía exigían una respuesta,

argumento de política criminal que atribuye más bien un sentido retribucionista de la prisión preventiva, sobrepasando la naturaleza cautelar de la medida para convertirse en un fin punitivo. Pero más allá de esta reforma normativa o de enunciaciones meramente discursivas, lo cierto es que no existe en Bolivia una política pública clara en materia de justicia penal, sino que se siguen asumiendo soluciones de carácter temporal, para “tapar agujeros”, pero sin mirar al largo plazo de la reforma.

- *La impunidad deseada: la generación de leyes que hacen imposible la persecución penal.* Otra cuestión sobre la que debe llamarse la atención, es la de las leyes de enjuiciamiento para personas con privilegio constitucional o para la persecución de determinados delitos. En el caso de las leyes de enjuiciamiento a altos funcionarios del poder judicial y del poder ejecutivo, se ha mencionado en la descripción normativa que si bien estas leyes han tenido una intención de adecuación al sistema acusatorio, los hechos han demostrado que su diseño hace prácticamente imposible el enjuiciamiento de las personas comprendidas en esas categorías. En la actualidad, por otra parte, se encuentra en discusión un proyecto de ley para el enjuiciamiento de los delitos de corrupción pública que, tras un pretendido mandato de “mano dura” con este tipo de delincuencia, lo único que generará al largo plazo será una mayor posibilidad de personas de escasos recursos en la cárcel, ya que establece una serie de limitaciones a las garantías reguladas por el NCPP que incluso rayan en la inconstitucionalidad (por ejemplo: posibilidad de realizar juicios en ausencia; imprescriptibilidad de delitos; retroactividad de la ley penal, entre las cuestiones más salientes). Esta situación, que si bien no guarda una relación directa con la utilización de la detención preventiva, sí parece importante por el mensaje que envía hacia la sociedad que, como mencionábamos en otro lugar de este informe, termina dudando de aquel mensaje que se pretendió enviar con la reforma en el sentido que este NCPP permitiría una lucha seria contra la impunidad. La realidad de las cárceles de Bolivia y del análisis de la estadística penitenciaria, nos muestran que los delitos perseguidos y encarcelados siguen siendo las categorías de siempre: delitos

contra la vida, contra la propiedad, contra la libertad sexual y delitos relacionados con el tráfico de sustancias controladas (donde la mayoría de los detenidos preventivos y condenados, lo son por haber servido de “mulas” en el tráfico de sustancias controladas). En el caso de las persecuciones por delitos de corrupción, lamentablemente hasta la fecha sólo hemos tenido cortinas de humo.

IV.1.2.3 A nivel social: el reclamo de seguridad ciudadana

Finalmente, creemos que se hace necesario el análisis del nivel social en relación con la reforma procesal penal. Se ha señalado que parte del trabajo del Equipo Técnico de Implementación estuvo orientado a difundir hacia la sociedad civil los contenidos y valores de la reforma. Sin embargo, las afirmaciones del tipo “es un código copiado” o “es una ley que beneficia a los delincuentes”, siguen siendo moneda corriente a la hora de escuchar el sentir de la ciudadanía en relación con la reforma procesal penal. Quizá una de las causas por las que esto sucede, deba encontrarse en la forma en que se encaró la difusión de la reforma procesal penal, donde se asumió al NCPP prácticamente como una marca que debía hacerse conocida.¹¹⁵ En este sentido, al no haber conseguido una profundización a nivel social en el conocimiento de los valores y principios constitucionales que están detrás de la reforma y su importancia para la convivencia pacífica, es que subsisten determinadas situaciones problemáticas, que son hábilmente aprovechadas por distintos sectores de poder (los medios de comunicación, algunos sectores políticos) para obtener percepciones negativas de parte de la sociedad hacia la reforma procesal penal. Entre ellas tenemos:

- *El efecto de seguridad simbólico que tiene la detención preventiva.* Es una realidad que para el ciudadano común no existe una diferencia marcada entre la detención preventiva y la condena. Así, al no existir una formación profunda que permita

¹¹⁵ En ese sentido, se produjeron anuncios publicitarios, vallas en las carreteras, etc., que hacían referencia a las garantías constitucionales; micro programas radiales, donde se intentaba explicar el beneficio de la reforma y una serie de acciones comunicativas que si bien eran necesarias, no fueron al parecer suficientes para inculcar los valores propios de un sistema acusatorio.

dar a conocer a la sociedad las distintas fases del procedimiento, la percepción social sobre la libertad del imputado suele ser que esa persona ya ha quedado fuera del sistema penal, esto es, en libertad definitiva. Por el contrario, la detención preventiva es entendida como la imposición de una pena. Este es uno de los cambios que no se ha logrado dar a través de la difusión de la reforma, ya que la gente sigue entendiendo a la detención preventiva como la pena que debe pagar la persona acusada de haber cometido un delito. En este contexto, los medios de comunicación influyen enormemente para que esta creencia se mantenga, tanto a través de la crítica —infundada la mayor parte de las veces— hacia los operadores que no solicitan o no imponen una medida cautelar, como a través de la imposibilidad de brindar explicaciones que permitan que la sociedad conozca los verdaderos efectos de la detención preventiva y su diferencia con una pena impuesta luego de la realización de un juicio oral.

- *Desconfianza social en la posibilidad de disminuir la impunidad a través del sistema penal.* Hemos analizado a profundidad este tema en puntos anteriores, pero creemos que en función a los diversos niveles de análisis que hemos planteado, es necesario volver sobre el punto aquí, ya que la lucha contra la impunidad fue una de las grandes promesas del poder político para su efectivización. No podemos obviar en este punto, la desconfianza generalizada hacia las instituciones operadoras de justicia, que son percibidas por la sociedad como entidades corruptas, que no dan respuesta al ciudadano.

IV.2 Razones que obstaculizan una mejora de la independencia judicial en Honduras

Se constata que la justicia es influenciada por los poderes institucionales, así como por los fácticos. Esta influencia se manifiesta en la politización partidaria de la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en las votaciones ocho-siete del pleno del tribunal supremo, en el nombramiento del personal, en la falta de independencia e imparcialidad de los jueces y magistrados, así como en la persistencia de la impunidad en los casos de corrupción de impacto social, entre otros.

Como se señaló, en el poder judicial convergen dos tipos de injerencias, una externa y otra interna. La externa está conformada por los poderes institucionales, así como por los poderes fácticos, en la nominación y elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. La interna, es el resultado de la influencia de las dos anteriores, pero que tiene su particularidad en la concentración de la función administrativa *per se* y en su incidencia en la función jurisdiccional, debilitándose la independencia de este poder del Estado y la imparcialidad de la judicatura.

Las injerencias en la independencia del poder judicial han proveni-do de los poderes públicos, como lo constituyó el intento por parte del Congreso Nacional de reformar una norma constitucional para arrogarse la facultad de interpretar la Constitución Política de la República, atentando, paradójicamente, contra el mismo Estado democrático de Derecho. Asimismo, el ex Secretario de Seguridad (poder ejecutivo), en manifestación pública con el entonces presidente del Congreso Nacional (poder legislativo), exigió la destitución de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, lo que supuso una clara injerencia en la independencia del poder judicial y una amenaza a la estabilidad política y al Estado de Derecho.

Se confirma que la justicia hondureña es influenciada tanto por los poderes institucionales (legislativo, ejecutivo) como por los fácticos (grupos económicos, familias tradicionales, crimen organizado, medios, otros), lo que se constata en la politización partidaria en el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la concentración de la función administrativa en el manejo del personal, así como en la persistencia de la impunidad en los casos de corrupción de impacto social.

La imparcialidad e independencia de los jueces y magistrados son temas de trascendencia para el sistema de justicia en particular y para la democracia en general, ya que estos principios tienden a eliminar la discriminación y los privilegios, y aseguran la equidad en la justicia. Por ello, es importante que la elección de altos funcionarios por el Congreso Nacional, como son los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, así como el Fiscal General y adjunto del Ministerio Público, no responda a los intereses económicos y políticos, sino a los intereses de la sociedad y de la democracia hondureña.

No existen controles internos ni externos del proceso de nominación de los candidatos a magistrados de la Corte Suprema de Justicia,

lo que facilita la influencia de intereses de distinta naturaleza y la distribución de cuotas de poder. Para ello, es necesario revisar los mecanismos de nominación y elección, así como establecer controles al proceso de nominación, asegurando que los méritos, la idoneidad e integridad de los candidatos, su vocación de servicio y de respeto por la Constitución Política de la República y las leyes, estén por encima de los intereses particulares de los grupos políticos y económicos, procurando asegurar de esta manera, las bases del bien común.

Podemos decir que las reformas al poder judicial, desde la percepción de los ciudadanos, no han tenido significado alguno en sus vidas, ya que no ven un impacto directo o individual y tampoco tienen conocimiento de ellas.¹¹⁶ No obstante que los datos señalan una mejoría en términos de eficiencia en ciertos aspectos y cobertura de servicios, la ciudadanía aún no percibe un cambio significativo en la justicia hondureña.

Las reformas al poder judicial han sido importantes para el proceso de institucionalización de la justicia en el país. Sin embargo, se trata de reformas insuficientes e incompletas de cara a los desafíos de independencia respecto de los poderes públicos y fácticos, de acceso por parte de la población a una justicia pronta y cumplida, de la seguridad jurídica, y de su contribución a la consolidación del Estado democrático de Derecho.

Asimismo, la reforma ha sido limitada y fragmentaria respecto de temas relacionados con la independencia judicial en relación a los poderes públicos y fácticos, la corrupción judicial, la necesidad de mayor transparencia dentro del poder judicial, así como el funcionamiento eficaz y eficiente de los órganos de control. Todo ello posibilitaría el acceso por parte de la población a una justicia imparcial, pronta y cumplida, y potenciaría su capacidad de contribuir con la consolidación del Estado democrático de Derecho.

En relación con el sistema de justicia, se constatan avances en cuanto a la modernización de la justicia hondureña. Sin embargo, se confirma la existencia de una percepción generalizada en el sentido que el sistema de justicia sostiene una estructura de impunidad para los corruptos de cuello blanco, lo que reafirma la creencia que la justicia no funciona y que no es imparcial, ya que el sistema judicial puede ser influenciado por presiones económicas así como por presiones

¹¹⁶ Ver, *Informe sobre Desarrollo Humano*, *supra* nota 36, p. 92.

políticas, y tiene poca confianza y credibilidad. Esta percepción se vincula con el debilitamiento y deterioro progresivo de la institucionalidad pública, que destruye las bases sociales y políticas de la legitimidad del Estado democrático de Derecho.

En síntesis, el proceso de reforma judicial en buena medida se ha orientado a aspectos organizativos, técnicos y administrativos, ya que es notable el impulso por la reorganización interna del poder judicial, lo cual queda en el ámbito de la modernización. Ahora bien, todas estas medidas de reforma parecen estar desconectadas de lo fundamental, a saber, fortalecer la independencia judicial respecto de los demás poderes del Estado. Este tema debería constituir el aspecto central para la cooperación internacional en el corto y mediano plazo, por lo que su eventual apoyo a otros temas debe pasar por la previa verificación medible de avances cuantitativos y cualitativos en materia de independencia judicial, lo cual es constatable a partir de la aprobación y aplicación de las Leyes Orgánica del Poder Judicial, del Consejo de la Judicatura y Carrera Judicial, así como de la Orgánica de la Junta Nominadora para la Elección de Candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

IV.3 *¿Hacia dónde deberíamos apuntar?*

Para finalizar sobre la base de lo expuesto en este informe, enunciamos algunas recomendaciones posibles que podrían contribuir a mejorar la calidad de la implementación de las reformas, tanto en el ámbito de la selección de los jueces como en el ámbito del sistema penal.¹¹⁷

IV.3.1 *La situación en Bolivia*

A continuación proponemos una serie de recomendaciones que podrían ser implementadas en distintos niveles:

¹¹⁷ La similar problemática constatada en ambos países, conduce a similares propuestas. Sin embargo, dado que existen algunas particularidades e instituciones diferentes en cada caso, hemos preferido separarlas.

IV.3.1.1 A nivel de instituciones operadoras: profundizar la lucha por la oralidad

- *Organización institucional adecuada a la implementación de un sistema de audiencias.* En este punto consideramos esencial asumir que los recursos son y serán escasos. Por ello, creemos que es necesario variar la lógica de planificación y organización actual, en la que las instituciones operadoras aparecen siempre lamentando la escasez de recursos humanos, técnicos, económicos y comenzar a organizarse en función de las reales posibilidades. Durante la última década, la experiencia comparada de la región ha demostrado que es posible, incluso con recursos limitados, lograr metas institucionales y establecer un sistema respetuoso de los derechos de las personas. Aún no hemos logrado un nivel de aprendizaje en relación con la experiencia comparada que nos permita no cometer los mismos errores, y creemos que ése es el camino que se debe comenzar a recorrer. Concretamente, en materia de organización, parece esencial abandonar la lógica de la “cartera de causas”, que genera compartimentos estancos al interior de las instituciones. En el caso del Ministerio Público y la Defensa Pública, debe asumirse que fiscales y defensores están en las instituciones para litigar, no para hacer tareas administrativas o secretariales; y que, por tanto, la organización debe estar dada en función a posibilitar que los operadores cumplan su trabajo. En el caso del poder judicial es necesario imponer una organización para las audiencias: la tarea del juez es tomar decisiones de calidad sobre la información brindada por las partes en el marco de una audiencia; contar con personal que no sirve a esos fines (como el caso del secretario abogado, que hace las veces de fedatario en un sistema que ya no lo precisa) es sub-utilizar los escasos recursos existentes.
- *Capacitación orientada a la litigación en audiencias orales.* De la mano con el punto anterior, la capacitación a los operadores debe orientarse a mejorar su efectividad en las audiencias, por lo que debe estar pensada para perfeccionar sus herramientas de litigio. Con esto no queremos decir que debe abandonarse la capacitación en fundamentos doctrinales y jurisprudenciales del sistema acusatorio, sino más bien que debe

generarse una conexión entre la teoría y la práctica que permitan al operador identificar las herramientas de litigación como sus instrumentos de trabajo, y no como “elementos para el teatro”. La capacitación no debe convertirse en un espacio de improvisación, sino que debe ser planificada y pensada para lograr resultados concretos al interior de las instituciones. En ese sentido, realizar relevamientos de necesidades, identificar claramente a los operadores que participarán en la capacitación y establecer mecanismos idóneos de evaluación de resultados, parecen ser elementos que no pueden faltar en los procesos de capacitación orientados a la profundización de la reforma. La selección de los docentes es otro elemento fundamental, ya que debe considerarse que la persona que esté frente a un curso que combine teoría y práctica, transmitiendo a los participantes la necesaria conexión entre ambos aspectos, debe tener la experiencia e idoneidad suficiente como para no banalizar el espacio de capacitación.

- *Generación de indicadores de evaluación que permitan medir la efectividad del trabajo de los operadores.* Es necesario evaluar el trabajo de los operadores, pues en caso contrario no se pueden dar mensajes claros a la sociedad sobre lo que está pasando con la administración de justicia penal. La manipulación de las medidas cautelares son el ejemplo más claro en este sentido: como no tenemos evaluaciones de los operadores, terminamos evaluando la norma y calificándola como “inadecuada a nuestra realidad”, “blanda”, “importada” o diversos sinónimos con el mismo efecto: exigir modificaciones normativas para suplir deficiencias en el trabajo de los operadores; para hacerles la labor más fácil. Es necesario generar indicadores que nos permitan medir el trabajo de jueces, fiscales y defensores, ya que es a partir de esa medición que podremos decir con certeza dónde y qué recursos son necesarios para mejorar el sistema.
- *Monitoreo ciudadano a la acción de los operadores del sistema de administración de justicia.* La participación ciudadana no debe darse solamente a través de la posibilidad de intervenir en un juicio como juez ciudadano, sino que la administración de justicia debe abrirse a la sociedad. Deben generarse mecanismos de promoción hacia la ciudadanía para que sea el pro-

pio ciudadano el que evalúe, en cada caso concreto, el trabajo que están realizando los operadores. En la actualidad, son los medios de comunicación los que intermedian entre el trabajo de los operadores y la ciudadanía, y son también los medios los que califican el trabajo de los operadores, muchas veces basados más en prejuicios o conveniencias del momento que en hechos ciertos. Por ello, promover una mayor participación y control ciudadano en lo que hace a la justicia penal, debe ser una forma de preservar un sistema respetuoso de los derechos y garantías constitucionales.

- *Obligación de generar información estadística confiable y consolidada a nivel interinstitucional.* En la actualidad, la información del sistema de justicia penal varía de institución a institución. El poder judicial genera una serie de datos; el Ministerio Público hace lo propio; la Defensa Pública, por su parte, realiza su propia estadística y la Fuerza Especial de Lucha contra el Crimen también desarrolla su propia información. Cualquier persona que se acerque a la información de las cuatro instituciones, verá que la misma no sólo no coincide sino que en algunos casos dista tan considerablemente, que pareciera provenir de sistemas de justicia distintos.¹¹⁸ Una institución que no puede brindar información sólida a la ciudadanía es una institución poco creíble, y los resultados, nuevamente, impactan en el mundo normativo: pese a los esfuerzos que se realizaron previamente a la aprobación de la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, en el sentido de mostrar que el número de medidas cautelares aplicadas por el nuevo sistema no había disminuido, la confianza en la información estadística es tan débil en Bolivia que nadie tomó en serio dicha información y se avanzó en la solución normativa. Deben establecerse mecanismos que obliguen a las instituciones a presentar socialmente la información de su trabajo periódico, de forma tal que se pueda conocer y evaluar la efectividad y credibilidad del mismo.

¹¹⁸ Una de las principales dificultades que atravesó el CEJIP al momento de elaborar el *Informe sobre la implementación de la Reforma Procesal Penal en La Paz*, fue la de lograr información estadística consolidada, debido a las enormes diferencias que existían de institución a institución.

IV.3.1.2 A nivel político: generar apropiación del proceso

- *Asumir la reforma procesal penal como un proceso propio, no una imposición de la cooperación internacional.* Como hemos mencionado durante el desarrollo de este informe, la preponderante presencia de la cooperación internacional en la implementación de la reforma procesal penal ha generado, en determinados sectores, la sensación de tratarse de una “reforma impuesta”. Frente a esto, la tentación de la contra reforma como respuesta aparece en forma permanente.¹¹⁹ Consideramos que resulta imprescindible para la profundización de la reforma y para evitar posibles retrocesos involucrar al sector político y responsabilizarlo del proceso, reubicando a la cooperación en su rol de asistencia y quitándola del centro protagónico de los resultados.
- *Controlar la efectividad en la acción de las instituciones operadoras.* Vinculado al punto en que mencionamos la necesidad de generar indicadores de evaluación para los operadores, desde el poder político deben impulsarse acciones tendientes a efectivizar ese control sin convertirlo en “caza de brujas” esporádicas, sino a través de una institucionalización real de estos procesos.
- *Generar una normativa que dé respuestas de fondo y superar la solución de coyuntura.* Hemos mencionado a lo largo del informe, varios ejemplos de respuestas coyunturales (que van desde la modificación al régimen de medidas cautelares, hasta la actual intención de establecer el juicio en ausencia como una forma de “perseguir la corrupción”). Consideramos que es necesario generar presión, no en el sentido de esta búsqueda de respuesta coyuntural, casi como un parche a situaciones que están mal desde el fondo, sino más bien en el sentido de generar una legislación que sea eficiente con las necesidades de la población, y permita el establecimiento de verdaderos mecanismos de respuesta, propiciando la participación de la

¹¹⁹ Sin ir más lejos, durante la última semana de agosto de 2007, la actual Ministra de Justicia de Bolivia declaró en varios programas radiales que la reforma procesal penal no había respondido a las necesidades bolivianas porque no había sido hecha por bolivianos.

comunidad, el conocimiento de la norma y la intervención informada en su implementación.

IV.3.1.3 *A nivel social: profundizar la participación y el control social*

- *Programas de monitoreo a las instituciones operadoras del sistema.* Nos remitimos en este punto a lo mencionado en relación con los operadores: la participación ciudadana en el monitoreo del trabajo de las instituciones, es esencial para la profundización de la práctica democrática que implica la reforma procesal penal.
- *Difusión a través de medios alternativos de comunicación, que permitan fomentar una cultura respetuosa de las garantías constitucionales.* Hablamos en este punto de medios alternativos de comunicación, debido a que una de las lecciones aprendidas en cuanto a la difusión de la reforma es que en un país con una mitad de la población en el área rural, la difusión a través de los grandes medios de comunicación no parece ser la vía más adecuada para llegar a la ciudadanía. La generación de espacios de reflexión, debate y formación parecen ser una forma más adecuada y real de promover conocimiento en un tema tan profundo y complejo, como es la reforma procesal penal.

IV.3.2 *La situación en Honduras*

IV.3.2.1 *Recomendaciones vinculadas a la independencia judicial*

Es necesario revisar los mecanismos de nominación y elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, así como asegurar que los méritos, la idoneidad e integridad de los candidatos, su vocación de servicio y de respeto por la Constitución Política de la República y las leyes estén por encima de los intereses particulares de los grupos políticos y económicos, para de esta manera asegurar las bases del bien común.

Asimismo, se debería revisar la Ley Orgánica de la Junta Nominadora (cuyo mecanismo se puso en marcha en julio de 2008), para la realización de un proceso de nominación y elección de magistrados

transparente y público, que ponga de relieve las cualidades éticas y profesionales, así como la filosofía constitucional de los candidatos.

Es necesario aprobar la ley que crea y pone en marcha el Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial, para que impulse el correspondiente proceso de estructuración de la carrera judicial y la reorganización del sistema de selección y nombramiento de los funcionarios del poder judicial, así como su capacitación y mejoramiento en el ejercicio de su actividad jurisdiccional. Esta ley tendrá que garantizar la estabilidad en el cargo, la evaluación y la promoción a puestos superiores a partir de elementos objetivos, alejados de criterios clientelistas para asegurar, además, la independencia e imparcialidad de los jueces y magistrados en la toma de sus decisiones.

La separación de la función jurisdiccional y la administrativa es esencial. Se debe procurar que sean asumidas por órganos distintos, lo que daría lugar a la consecución de una gestión transparente y a la minimización de los riesgos de corrupción de los funcionarios judiciales.

Es conveniente impulsar la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como parte del componente estratégico para el fortalecimiento de la independencia de este poder del Estado.

Se podría promover en las facultades de Derecho y escuelas judiciales y fiscales una formación académica que responda al perfil de la magistratura democrática, así como una capacitación a los servidores de justicia para una judicatura independiente e imparcial.

Finalmente, se debería promover que la sociedad civil desarrolle auditorías sociales al sistema de justicia, que coadyuven al mejoramiento de la impartición de justicia en el país; asimismo, exijan a las instituciones que integran el sistema de justicia una mayor y mejor eficacia y eficiencia en los asuntos que son sometidos a su decisión.

IV.3.2.2 Recomendaciones vinculadas a la reforma procesal penal en general

Es sumamente importante el desarrollo de una jurisprudencia que oriente la aplicación de la legislación penal, ya que es casi inexistente la doctrina legal en materia de derechos fundamentales, lo que redundará en una judicatura más democrática al prescindir de los lineamientos para la aplicación de la ley procesal penal.

Se debería reimpulsar un proceso penal para la solución del conflicto, con prevalencia de los principios acusatorios sobre los inquisitivos, de tal manera que las pruebas sean ofrecidas, presentadas, producidas y discutidas por las partes para hacer valer sus pretensiones, el juez las valore y constate para su validez su licitud en relación con la observancia del debido proceso y demás derechos y garantías constitucionales.

Para el cumplimiento de las funciones y atribuciones del Ministerio Público se requiere que la institución se despolitice de la influencia partidaria, promueva la carrera fiscal, tenga un presupuesto adecuado, y cuente con un órgano de investigación criminal para un eficaz y eficiente ejercicio de la acción penal.

Habría que revisar la ley procesal penal, a efecto de depurar aquellas disposiciones de inspiración inquisitiva y que obstruyen el paso a un proceso garantista.

Sería deseable retomar la senda de la oralidad, de tal manera que la producción de la prueba y los alegatos de las partes sean ante el tribunal que decidirá la causa.

Finalmente, se debe promover una formación académica garantista en las facultades de Derecho y escuelas judiciales y fiscales, así como una capacitación a los servidores de justicia basada en el procedimiento oral y en la teoría y práctica de la prueba penal.

IV.3.2.3 *Recomendaciones vinculadas a la prisión preventiva*

Creemos importante formular las siguientes recomendaciones:

- Resolver, de manera inmediata y prioritaria, la situación de las personas que se encuentran en prisión preventiva con arreglo al anterior Código de Procedimientos Penales de 1984. Asimismo, aquellos casos que han sobrepasado el límite temporal para la privación de libertad del imputado, conforme al Código Procesal Penal vigente.
- En el marco del nuevo Código Procesal Penal, las instituciones que integran el sistema de justicia penal deben impulsar políticas institucionales que promuevan el garantismo en el proceso penal.
- Desarrollar las condiciones institucionales y presupuestarias necesarias para el uso y aplicación como regla general de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, conside-

rando esta última como una excepción; generando, además, lineamientos específicos para cada una de ellas.

- Resulta fundamental crear programas de capacitación interinstitucional que promuevan una sólida formación a los servidores judiciales, fiscales, policiales y defensores públicos, en materia de derechos humanos, con énfasis en el derecho a la libertad e integridad personal, garantías judiciales y el uso de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.
- Desarrollar jurisprudencia de amparo sobre el derecho a la libertad personal, desarrollando las condiciones y alcances de este derecho, respetando el contenido esencial del mismo y tomando en cuenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- La figura del arraigo debería tener criterios racionales para su configuración, como circunstancia del peligro de fuga. En tal sentido, se podrían considerar aspectos tales como: la estabilidad de la persona en el municipio o ciudad; su residencia en el país; domicilio (que no signifique tener la propiedad de una casa); su asiento familiar y social; profesión u ocupación (que no ingresos); y el criterio de un arraigo mínimo.
- Fortalecer la responsabilidad institucional, promoviendo que los centros penales lleven registros únicos, completos y transparentes, en los que figure el fundamento jurídico de la privación de libertad y la información pertinente sobre cada persona en prisión preventiva.
- Garantizar que en los centros penales se respete la separación entre las personas con medida cautelar de prisión preventiva, y los condenados por sentencia judicial; mejorando las condiciones de las instalaciones, y asegurado la vida e integridad física y psicológica de las personas privadas de libertad.
- Impulsar una política pública de seguridad, que dé respuesta de manera integral a la situación de la criminalidad en que vive la sociedad, y contribuya a bajar los niveles de victimización de la población hondureña.
- Realizar acciones de difusión social, respecto de los valores garantistas que conlleva el nuevo proceso penal, para que la sociedad comprenda, de mejor manera, el papel de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

- Eliminar la figura jurídica del auto de prisión, por ser propia del modelo inquisitivo y no ser necesaria para la aplicación del nuevo Código Procesal Penal.
- Dotar al Ministerio Público de un órgano de investigación criminal, que garantice eficacia y eficiencia en el desarrollo de sus actividades, particularmente, en aquellos casos de personas con medida cautelar de prisión preventiva.
- Fortalecer la institucionalidad de la Defensa Pública, a fin de que pueda brindar un servicio profesional de defensa técnica autónomo, con igualdad de armas en el proceso, y que los defensores públicos sean capaces de defender activamente los derechos fundamentales y garantías judiciales de las personas privadas de libertad.
- Impulsar que los jueces de ejecución desempeñen su mandato de control de la legalidad de la prisión preventiva, para lo que deben disponer de los recursos necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones conforme al Código Procesal Penal.
- Establecer un sistema penitenciario, rectorado por una institución autónoma, independiente de la Secretaría de Seguridad y de la Policía Nacional, dotada de infraestructura y recursos adecuados, gestionada técnica y administrativamente por personal profesional penitenciario.



APÉNDICE

Conclusiones del Seminario Internacional *Vested interests in legal and judicial reform projects* Banco Mundial, 5 y 6 de noviembre de 2007

El 5 y 6 de noviembre, bajo el auspicio del Banco Mundial, se llevó adelante el seminario *Vested interests in legal and judicial reform projects*. Los expertos y expertas que participaron en el evento expusieron los resultados de investigaciones sobre reformas legales realizadas en Bolivia, Guyana, Honduras y Paraguay.

El debate permitió compartir las distintas experiencias y, en ciertos casos, advertir que ciertos grupos de interés influyen positiva o negativamente en las reformas al sistema de administración de justicia que se han iniciado en los países señalados.

Para el caso de Bolivia y Honduras, países que fueron estudiados por DPLF, pueden señalarse distintos grupos de interés que han obstaculizado el éxito de la reforma procesal penal (especialmente en el cumplimiento del objetivo vinculado a mejorar la situación del mal uso de la prisión preventiva). En algunos casos, también se ha advertido la influencia negativa de esos grupos de interés en el éxito de las reformas vinculadas al proceso de selección de los jueces. Señalamos a continuación algunos de los grupos que, por sus propios intereses, han obstaculizado las reformas en ambos países.

En primer término, los expertos y expertas reunidos coincidieron que el propio poder judicial ha sido un grupo de interés que ha obstaculizado el éxito de las reformas procesales penales. Como señalamos en nuestro informe sobre Honduras: “A pesar de las reformas y de los procesos de capacitación, la nueva cultura jurídica que supone el modelo garantista de justicia penal aún no ha sido asimilada por los servidores judiciales, fiscales y policiales, así como por la ciudadanía en general, por lo que todavía persisten los rasgos del sistema inquisitivo, cuestión que se aprecia, por ejemplo, en el excesivo uso de la prisión preventiva como una pena anticipada.” Durante el seminario, se discutió acerca del significado de la cultura inquisitiva a que se hacía referencia, llegándose a la conclusión de que es más adecuado hablar de una “cultura judicial”.

La situación en Bolivia es similar: “Si bien la reforma procesal penal ha avanzado en el sentido de establecer la oralidad como principio no sólo del juicio sino también de las demás etapas del proceso, no es menos cierto que las audiencias se han convertido en una versión oral del trámite escrito que se realizaba con el anterior procedimiento; los sujetos procesales (fiscales, defensores y jueces) cumplen un rol formal en relación con la aplicación de la prisión preventiva, lo que genera problemas como la carencia de análisis del caso; la solicitud de detención preventiva en casos que podrían solucionarse vía salidas alternativas previstas en la ley; la retardación de justicia; y, el escaso control jurisdiccional.”

Dentro de este contexto, hemos señalado cómo el poder judicial ha interpretado el nuevo ordenamiento procesal penal de manera con-

traría a los principios que lo inspiran. El ejemplo de la interpretación de la “falta de arraigo” como indicio para el peligro de fuga, es claro. Como expusimos en el informe: “En la práctica judicial, la valoración del arraigo que hacen los jueces se basa principalmente en el hecho de si el imputado es propietario o no de la casa en que vive. Por lo que en la realidad hondureña, un imputado que no tenga la propiedad de su casa de habitación, o su domicilio no sea verificable por vivir en “cuarterías” (viviendas precarias), o no tenga ocupación fija e ingresos regulares, y no disfrute de un grupo familiar constituido, se puede afirmar que tiene altas probabilidades de que se le dicte la medida cautelar de prisión preventiva. Es decir, aún reformas inspiradas en principios aceptables son desvirtuadas por su aplicación práctica.”

Las instituciones financieras internacionales (Banco Mundial, Banco Interamericano, etc.) y las agencias de cooperación (USAID, GTZ, etc.) han sido fundamentales para impulsar las reformas, pero también han sido un grupo de interés obstaculizador.

En Bolivia y en Honduras no sólo se dio apoyo en infraestructura, sino también en capacitación a jueces y fiscales. Sin embargo, de acuerdo con lo que hemos detallado a largo del documento, en el caso de Bolivia, la falta de coordinación de las agencias de cooperación las ha puesto como grupos de interés contradictorios que obstaculizaron las mejoras durante el proceso de implementación. Particularmente: “La falta de coordinación entre estas dos agencias (USAID y GTZ) y la inexistencia de una entidad estatal que generara un espacio de encuentro y consenso sobre el trabajo a realizar, llevó a que en numerosas oportunidades los capacitadores de una de las agencias contradijeran los conceptos vertidos por los capacitadores de la otra en forma previa, generando confusión en los participantes.”

Como se señaló en el párrafo anterior, en el caso de Bolivia no existió un “apropiamiento” de la cuestión vinculada a la reforma procesal penal, dejándola en gran medida en manos de las agencias de cooperación. Esta situación permite señalar otros poderes públicos del Estado, tanto el ejecutivo como el legislativo, como grupos que, por falta de interés, obstaculizaron el éxito de las reformas.

Particularmente en el caso de Bolivia, en nuestro informe concluimos que: “Otro problema es que en Bolivia se evidencia un escaso interés en la generación de políticas públicas en materia de implementación. Si bien se han generado organismos de coordinación para la correcta implementación de la reforma procesal penal (Comisión

Nacional de Implementación, Comité Ejecutivo de Implementación), el trabajo de estos organismos ha tenido un carácter más bien esporádico a partir de las reuniones de evaluación que han sido organizadas y programadas por las agencias de cooperación internacional.” En Honduras, la reforma al código penal impulsada por el ejecutivo y sancionada por el legislativo, fue la respuesta que se ha dado a problemas de seguridad urbana, como por ejemplo el problema de las maras. Tales reformas, con principios contrarios a los que inspiraron la reforma procesal penal, impactaron negativamente en el éxito de la reforma procesal penal en el ámbito de un mejor uso del instituto de la prisión preventiva.

El papel que han jugado los medios de comunicación en el éxito de las reformas fue también objeto de discusión. En el caso de Honduras, en el seminario internacional que la DPLF organizó en Tegucigalpa, los operadores de justicia fueron claros en señalar la confusión que existe en la ciudadanía acerca del papel del juez, y aclararon que su trabajo no era luchar contra la inseguridad ciudadana sino defender la legalidad. En relación con este tema, se discutió también el papel que la prensa puede jugar en desinformar a la ciudadanía. Como expusimos en el informe: “Se da cuenta, entonces, de una tensión entre las instituciones del sistema de justicia y los medios de comunicación, que se aprecia en el desarrollo de lo que se denominan “juicios paralelos” —ampliamente difundidos por la prensa— a los procesos judiciales ante los órganos jurisdiccionales. Así, el público guiado por los medios de comunicación, entiende el caso a partir de la información difundida por la prensa y no a partir del procesamiento que hacen los órganos fiscales y jurisdiccionales. Se llega al punto que cuando la decisión judicial no coincide con la anunciada por los medios, se deslegitima la labor de los funcionarios de justicia y se afecta consecuentemente la independencia de la judicatura.” En Bolivia, gracias a la oralidad del proceso, los medios de comunicación comenzaron a difundir los casos, pero con una valorización negativa cuando las decisiones no coincidían con el supuesto reclamo de “mano dura”.

En definitiva, queda claro en el papel que los medios de comunicación pueden convertirse en un grupo de interés que influye en el éxito o fracaso de las reformas judiciales, pero ello de ningún modo puede llevar a la conclusión que se deban adoptar medidas contra los medios de comunicación que puedan afectar la libertad de prensa. En este sentido, tender puentes entre medios de comunicación y quie-

nes están encargados de las reformas desde el inicio, puede verse como un ejemplo de lo que puede hacerse para beneficiar el entendimiento mutuo entre prensa y sistema judicial.

Finalmente, los partidos políticos pueden ser un grupo que obstaculice el éxito de las reformas. En nuestro estudio hemos dado cuenta que en Honduras se innovó con la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, quienes son ahora electos con el voto de las dos terceras partes del total de los miembros del Congreso Nacional, de una nómina de 45 candidatos propuesta por una junta nominadora integrada por un representante de la Corte Suprema de Justicia, del Colegio de Abogados, el Comisionado Nacional de Derechos Humanos, del Consejo Hondureño de la Empresa Privada, de los claustros de profesores de las escuelas de ciencias jurídicas, de las organizaciones de la sociedad civil, y de las confederaciones de trabajadores. Durante el seminario del 5 y 6 de noviembre, se expuso cómo alguna de esas entidades habían sido también manejadas por los partidos políticos, por lo que el efecto de la reforma, que pretendía la despolitización, no llegó a su cometido.

Más allá de los países objeto de este estudio, durante el seminario también se señalaron otros grupos de interés que jugaron un papel importante en la reformas del sistema judicial de los otros países. En el cuadro que incluimos a continuación hacemos referencia a esos grupos de interés.

Grupo de interés	Ejemplos sobre obstáculos al éxito de las reformas
Poder Judicial	Honduras y Bolivia: persistencia de una cultura judicial no ajustada a las reformas. Se aplican principios no garantistas a procedimientos garantistas que no mejoran la situación respecto del mal uso de la prisión preventiva.
Agencias de cooperación	Bolivia: competencia de intereses dificultaron la implementación de la reforma.
Poder ejecutivo y poder legislativo	Honduras: responden a un problema de seguridad (maras) con una legislación penal contraria a los principios del nuevo código procesal. Bolivia: el poder ejecutivo no hizo suya la reforma procesal penal, dejando la sensación que se trataba de una reforma copiada.
Medios de comunicación	Jueces y fiscales indican que son “presionados” por los medios de comunicación, para decretar prisión preventiva en lugar de otras medidas previstas en el código.
Política partidaria	En Honduras, el nuevo sistema de selección de jueces de la corte fue cooptado por intereses políticos.
Abogados	En Guyana se oponen a las reformas que impulsan la mediación.
Organizaciones de la sociedad civil	En Guyana, al no ser consultados previamente a la reforma, se oponen durante la implementación

Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales núm. 12, Cuarta Época, se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2009, en Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V. (IEPSA), Tel. 59-70-26-65 y 59-70-26-16. Su composición se hizo en Elante 13:17, 11:13, 10:11 y 9:11 puntos. Se usó papel AB90 CREAM de 51.5 g para interiores y cartulina sulfatada 2/c 12 puntos para forros.

Tiraje de 1 000 ejemplares.