

V. EVIDENCIA EMPÍRICA Y DESAFÍOS DE INSTRUMENTACIÓN

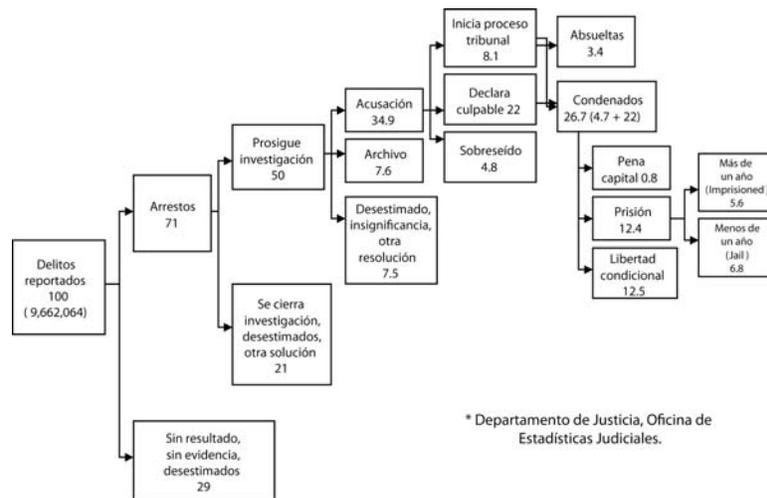
Las instituciones de justicia restaurativa, justicia consensual y la aplicación de criterios de oportunidad comenzaron a ser adoptadas en ordenamientos de la tradición del derecho civil hace ya varias décadas. A finales de los ochenta, países como Portugal (1987) e Italia (1988) incorporaron en sus ordenamientos figuras de justicia consensual, criterios de oportunidad y compactación de procesos; en tanto que otros, como Alemania (1987) y España (1988 y 1994), reformaron sus ordenamientos para fortalecer o ampliar el ámbito de aplicación de instituciones de tal naturaleza, ya existentes en sus normas penales. En muchos de estos países los criterios de oportunidad y la justicia consensuada se utilizan en una considerable proporción de los casos.

Durante las últimas dos décadas, países de Latinoamérica han seguido un rumbo similar. Así, países como Perú (1990), Chile (1997 y 2000), Venezuela (1998), Colombia (2002), Bolivia (1999), Ecuador (2001), Honduras (2000 y 2002), entre otros, con mayor o menor profundidad y con mayor o menor éxito, han introducido criterios de oportunidad, justicia consensual y procesos abreviados. Si bien en la instauración de estas instituciones se han señalado argumentos como la mínima intervención penal y la economía procesal, el mayor peso en la fundamentación de la incorporación de estas figuras en orde-

namientos identificados con la tradición del derecho civil, lo ha tenido el diagnóstico de sistemas de investigación criminal e impartición de justicia penal congestionados y saturados.

De esta manera, frente a los principios tradicionales de nuestros sistemas, el discurso de reforma parece privilegiar criterios de eficacia y eficiencia del sistema penal que implican la posibilidad de disponer de la acción penal, debilitar la persecución oficial y darle preeminencia a la prevención general sobre la prevención particular.

GRÁFICA 7. FLUJO DE CASOS EN ESTADOS UNIDOS (2001)*



Uno de los ejemplos paradigmáticos del uso intensivo de mecanismos alternos al juicio oral es Estados Unidos de América. En ese país, de acuerdo con cifras de 2001 (gráfica 7), se

registró una gran cantidad de desestimaciones, archivos y cierres de investigación, derivados en muchos casos de la aplicación de criterios de oportunidad por parte de las fiscalías. De los casos en los que se llegó a la acusación (34.9% del total), casi en dos de cada tres casos se realizó una negociación de la que se derivó una declaración de culpabilidad por parte del imputado (como se ha visto, a cambio de sanciones menos gravosas que las que se podrían derivar del proceso penal).

La extensa aplicación de mecanismos distintos del proceso penal ha motivado muchos estudios doctrinarios⁵⁹ y sociológicos⁶⁰ sobre estas figuras, con base en los que se han formulado críticas y advertencias sobre las precauciones que deben tomarse para que las finalidades eficientistas de descongestión no desplacen las motivaciones que hacen compatibles los principios del derecho penal mínimo con un sistema penal con garantías, y atento a evitar que los sesgos y asimetrías sociales entre las partes del conflicto penal se traduzcan en actos de injusticia. Este argumento es particularmente atendible en sociedades como las latinoamericanas (con notable énfasis en países como Brasil y México) con tanta desigualdad y considerables rezagos sociales.⁶¹

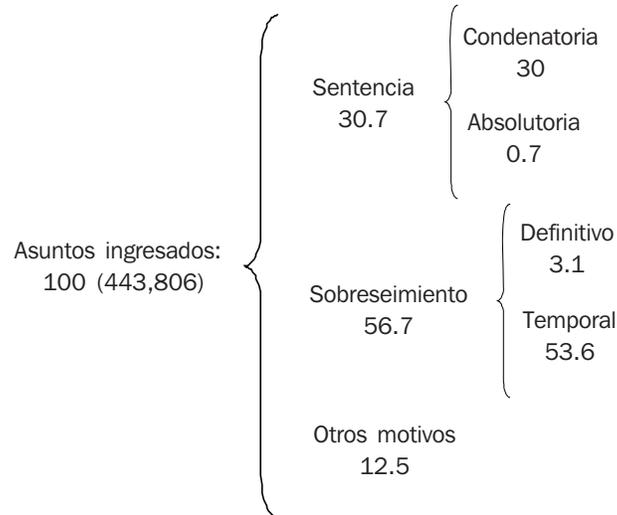
En el caso de Chile, antes de la reforma de 1997 el sistema penal se regía por el principio de legalidad y quedaba constancia por escrito en voluminosos expedientes. El porcentaje de casos concluidos formalmente a través de la sentencia o sobreseimiento definitivo (véase gráfica 8) era de 33.8%, quedando el resto pendiente de conclusión.

⁵⁹ En este campo, un estudio clásico es ALCALÁ (2001).

⁶⁰ En la aplicación de estos mecanismos en la unión americana, resulta particularmente crítico VAN CLEAVE (1998).

⁶¹ Particular énfasis en la desigualdad de las partes puede encontrarse en ARMENTA (2005), p. 46.

GRÁFICA 8. ANTES DE LA REFORMA



A partir de la reforma, que implicó una amplia transformación legal, institucional y de gestión en las organizaciones del sistema penal, se ha dado una notable descongestión del sistema, y como en la mayoría de los casos de los sistemas reformados, la utilización de mecanismos alternativos al proceso penal han rebasado las expectativas previas a la instrumentación de los nuevos modelos procesales.

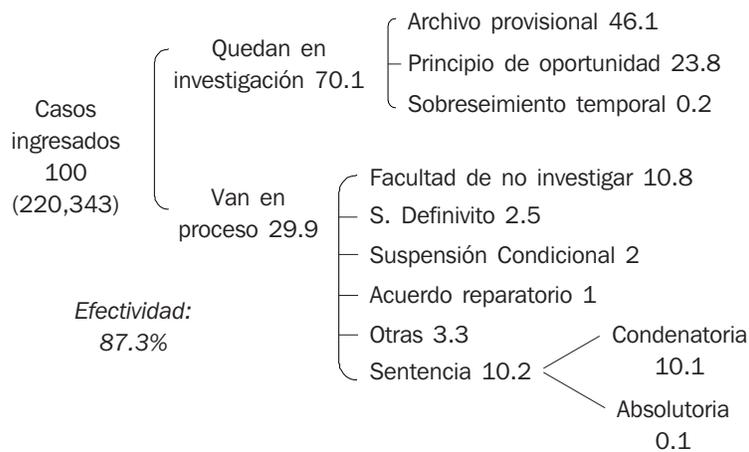
En el caso de Chile, la capacidad de terminación de expedientes del sistema llegó a 87.3% (véase gráfica 9). De los mecanismos distintos al proceso penal oral, los más significativos son los criterios de oportunidad. Como señalan los analistas de la reforma, otros mecanismos consensuales y restaurativos no han desarrollado todo su potencial:

Analizadas las cifras por categorías de término, es posible observar que el sistema ha alcanzado óptimos en materia de desesti-

maciones de casos, pero todavía le falta por alcanzar dichos óptimos en materia de soluciones. Particularmente bajos aparecen los porcentajes de casos concluidos a través de juicios orales (0.22% del total de términos), procedimiento abreviado (0.48% del total de términos), suspensiones condicionales del procedimiento (2% del total de términos) y acuerdos reparatorios (1% del total de términos). Estas instituciones representan las soluciones de más alta calidad que el sistema ofrece y todas ellas admiten incrementos significativos en su uso. Por estas mismas razones surge la necesidad del Ministerio Público de desarrollar metodologías de trabajo al interior de las fiscalías locales que apoyen y potencien el trabajo de los fiscales adjuntos en el logro de este tipo de términos del sistema.⁶²

GRÁFICA 9. DESPUÉS DE LA REFORMA

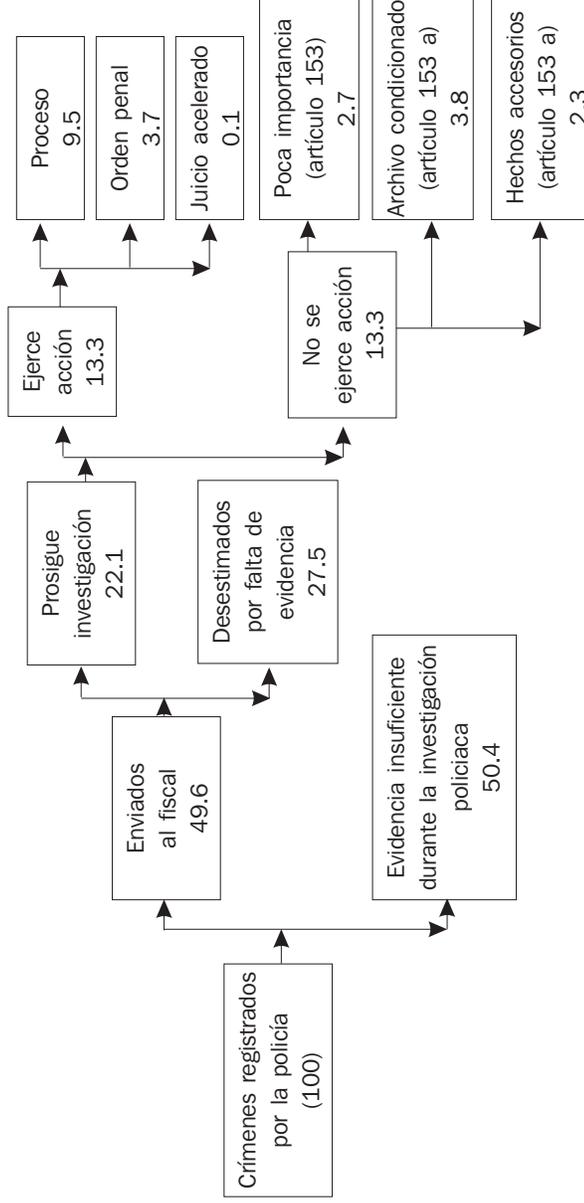
FLUJO DE CASOS EN CHILE (2002)*



* Cifras tomadas de BAYTELMAN y DUCE (2003).

⁶² BEYTELMAN y DUCE (2003), p. 22.

GRÁFICA 10. FLUJO DE CASOS EN ALEMANIA (2004)*



* Esta información corresponde a la Baja Sajonia, por lo que el flujo de casos no puede extrapolarse para toda Alemania. Con información de Julia Fionda (2005).

Asimismo, información de la región de la Baja Sajonia, Alemania (gráfica 10), muestra que en aquel país también los criterios de oportunidad son los más utilizados dentro de las variantes alternativas al juicio penal oral.

También en Coahuila y Nuevo León las salidas alternas han descongestionado las agencias ministeriales y los juzgados, y brindan un significativo ahorro y la posibilidad de reorientar recursos en el sistema penal.

Así como una transformación cualitativa del sistema incrementa la calidad, el garantismo y la legitimidad de las instituciones penales, estas medidas, con el presupuesto de reformas cualitativas, permite canalizar una gran cantidad de asuntos a cauces alternativos, destinando mayor número de recursos al esclarecimiento y persecución de los delitos más violentos y graves, que tienen considerable impacto en la percepción ciudadana.

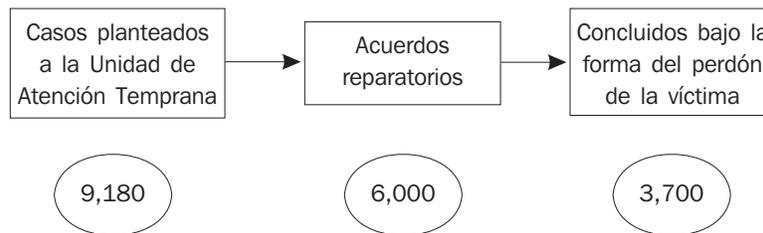
Las salidas y medidas cautelares alternativas son, desde el punto de vista cuantitativo, las medidas que mayor potencial ofrecen para reducir a su mínima expresión la impunidad y la insatisfacción de las víctimas de los ilícitos.

La información sobre cifras desagregadas de la justicia restaurativa es escasa. La literatura reporta casos particulares y programas piloto. En términos generales, la aceptación y aplicación de los mecanismos son alentadoras. MARCHISIO (2002) señala que en algunos países han sido instrumentados a una proporción muy significativa de los casos; aunque destaca que en Bolivia las medidas no han podido desarrollar todo su potencial.

Además de las cifras que nos indiquen las tendencias generales de la aplicación de los mecanismos específicos de la justicia restaurativa, urge un estudio cualitativo (quizá con entrevistas e instrumentos de satisfacción de usuarios) para saber

que los objetivos últimos de los mecanismos alternativos restaurativos están siendo cumplidos.

GRÁFICA 11. ESTIMACIÓN DE FLUJO DE CASOS
EN LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN EL SISTEMA PENAL REFORMADO
DURANTE EL PRIMER AÑO DE INSTRUMENTACIÓN (2007).
DISTRITO JUDICIAL MORELOS DE CHIHUAHUA



En el caso de Chihuahua, la información empírica disponible sobre el primer año de instrumentación de la justicia alternativa en materia penal está escaseando. El esquema que se muestra a continuación se toma de las notas de una conferencia que a principios de 2008 se dio en dicha entidad sobre la instrumentación del nuevo modelo procesal.⁶³ Las cifras agregadas son alentadoras. Más del 80% de los asuntos ingresados a la procuraduría de justicia fueron resueltos en la vía alternativa (aunque se ha comentado que los acuerdos reparatorios también pueden contener convenciones derivadas de mecanismos de la justicia consensual; sin embargo, no se dispone de infor-

⁶³ Foro Binacional México-Estados Unidos, “La reforma penal en México: experiencias en el estado de Chihuahua y su perspectiva nacional”, *Justice in Mexico Project*, Centro de Investigación para el Desarrollo, Poder Judicial de Chihuahua, Instituto Transfronterizo de la Universidad de San Diego, Chihuahua, marzo de 2008.

mación desagregada al respecto). De los seis mil acuerdos que se obtuvieron sólo se han registrado 300 casos de incumplimiento, cifra que muestra la efectividad y eficacia de los convenios logrados. Por otra parte, se señaló que 3,700 de esos casos culminaron con el perdón de la víctima.

Para la elaboración de este trabajo se solicitó al Centro de Justicia Alternativa información desagregada actualizada, pero se nos informó que el procedimiento para obtenerla era enviando un oficio de solicitud directamente a la procuradora General de Justicia del Estado. Lamentablemente, los tiempos del proyecto no permitieron aguardar por esta información. Pero sería muy importante en estas etapas de instrumentación que se divulgaran estos resultados, que parecen en términos cuantitativos muy positivos. La disposición de información es fundamental para mantener las constantes infusiones de apoyo de la opinión pública que tanto demandan las reformas penales exitosas.⁶⁴

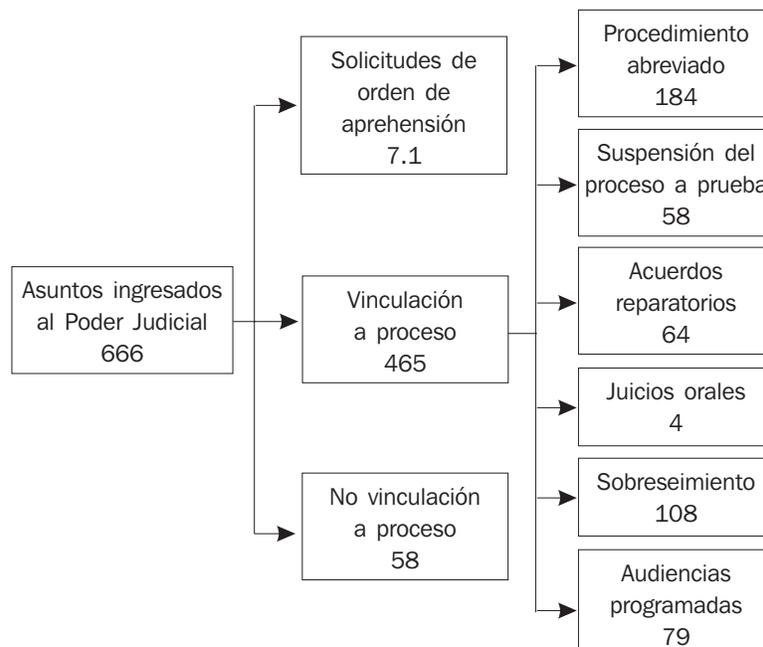
La información debería estar disponible en Internet (como la del tribunal). No sería deseable que el área de justicia restaurativa de Chihuahua, además del riesgo de contagio por la visión retributiva del sistema penal, también se viera impactada por la tradición inquisitiva del secreto.

Por lo que se refiere a la estadística del Supremo Tribunal de Justicia de Chihuahua, se pudo apreciar un contraste impactante. De acuerdo con esta información, de cada 10 casos ingresados al sistema penal en el Distrito Judicial Morelos (donde inició la instrumentación de la reforma en 2007), nueve casos habrían quedado en la instancia de investigación, canalizando una gran cantidad a mecanismos alternativos no jurisdiccionales (muchos de ellos en la justicia alternativa), y sólo uno de

⁶⁴ PÁSARA (2004).

esos diez habría cruzado el umbral de la impartición de justicia (véanse gráficas 11 y 12). Este indicador, que implicaría un gran éxito en la instrumentación de los criterios de selección de casos, amerita un urgente análisis cualitativo para proponer ajustes o, en su caso, corroborar el éxito cuantitativo y cualitativo de la transformación del sistema.

GRÁFICA 12. TENDENCIAS GENERALES DEL FLUJO DE EXPEDIENTES EN EL PODER JUDICIAL DE CHIHUAHUA, EN EL SISTEMA PENAL REFORMADO DURANTE EL PRIMER AÑO DE INSTRUMENTACIÓN (2007). DISTRITO JUDICIAL MORELOS



FUENTE: Área de Estadística del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua.

Como se puede apreciar, todavía en sede judicial muchos casos se concluyen con acuerdos reparatorios y con la suspensión del proceso a prueba; casi una tercera parte optó por el procedimiento o juicio abreviado, y en ese periodo sólo cuatro casos habían llegado a juicio oral.

En la instrumentación de la justicia restaurativa hay dos conjuntos de desafíos, uno de ellos consustancial a la justicia restaurativa (“dificultades intrasistémicas” las denomina RODRÍGUEZ, 2000), con planteamientos técnicos fundamentalmente dirigidos a obtener el mejor provecho de un encuentro cara a cara entre los protagonistas del conflicto. La calificación técnica de los facilitadores permitirá dar buena cuenta de este conjunto de desafíos.

Por otra parte las dificultades extrasistémicas provenientes del propio sistema penal y sus inercias de castigo y “educación para el estigma”.⁶⁵ Ya se ha señalado que una institución independiente, la reducción de sesgos e inercias retributivas (como la participación de agentes de la autoridad penal formal) son fundamentales para disminuir la presión de estas inercias.

Volviendo a la advertencia que se formula en el epígrafe de este trabajo, si se sucumbe a esta inercia retributiva, si las ansias de descongestión y los imperativos de política criminal inciden en la orientación de la justicia restaurativa, el facilitador se tornaría un juez informal,

...el principio general de devolución del conflicto a las partes se romperá, surgiendo con toda fuerza un sistema de adjudicación disimulada, sin las garantías de la adjudicación explícita (defensa, inocencia, juicio justo, etcétera); frente a la evidencia de un facilitador “directivo” las partes reasumirán el lugar de sujetos de la decisión del tercero, y con éste dirimirán sus pretensiones;

⁶⁵ RODRÍGUEZ (2000), pp. 4 y ss.

a poco de andar, estaremos nuevamente en un sistema apropiador, donde víctima y ofensor jugarán, una vez más, al juego de los pedidos no satisfechos por el poder (mediador). Entonces, no habremos creado nada nuevo.⁶⁶

La actuación del facilitador violaría el principio de horizontalidad, se tornaría en funcionario con actos imperativos y significaría la violación de garantías, porque aunque informales (y aún más riesgoso por ser así) dejarían de ser actos descentralizados y restaurativos para convertirse en actuaciones de un agente del Estado.⁶⁷

Vale la pena considerar las advertencias de Teresa ARMENTA DEU, que ha analizado desde hace un par de décadas la instrumentación de salidas alternas. La procesalista española señala que hay que establecer un buen sistema de pesos y contrapesos que no genere espacios sin garantías para los justiciables dentro del diseño e instrumentación de los mecanismos alternativos introducidos en los modelos reformados. Al respecto señala los siguientes puntos críticos de los que puede derivarse desamparo para las garantías:⁶⁸

- 1) La adopción acrítica de figuras propias del proceso civil (diseñadas para atender a los fines del derecho civil, muy distintos de los fines del derecho penal).
- 2) Las implicaciones de pasar de un sistema basado en la búsqueda de la verdad material a uno que pretenda una verdad consensuada.
- 3) La aplicación de estos mecanismos en un contexto de desigualdad entre las partes que interactúan (en el caso de

⁶⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁶⁷ SOZA (2000), p. 65. En el mismo sentido, ARMENTA (2005).

⁶⁸ ARMENTA (2005), pp. 38 y ss.

la justicia consensuada, negocian) en estos procedimientos penales.

- 4) La relevancia de los derechos a los que se renuncia en la aplicación de estos mecanismos.

La autora referida concluye advirtiendo que debe sopesarse “muy bien la necesidad de pesos y contrapesos entre derechos y garantías y sus limitaciones, y procédase simultáneamente en su articulación. Lo contrario dejará invertebrado el sistema y mermadas las garantías”.⁶⁹

Algunos problemas detectados en la revisión de experiencias internacionales destacan la necesidad de un buen sistema de gestión que registre y supervise el cumplimiento de los acuerdos reparatorios; el desarrollo de las sanciones alternativas, como servicio a la comunidad y servicios a favor de la víctima; eliminar o simplificar los procedimientos de homologación de acuerdos; dar mejores instrumentos para hacer eficaz la reparación del daño; así como la necesidad de que apliquen estos instrumentos mediadores especializados.⁷⁰

⁶⁹ *Ibidem*, p. 48.

⁷⁰ MARCHISIO (2002a), p. 546.