

## El sistema penal oral acusatorio: retos y desafíos

Fernando García Cordero\*

PARA ILUSTRAR el amplio recorrido histórico del *corpus* jurídico y legal que viene de los códigos de 1931 y 1934 y llega hasta el 2016, año en que entrará en vigor el Código Nacional de Procedimientos Penales, trazaré un panorama de los problemas, obstáculos y desafíos que rodean al nuevo ordenamiento, tal y como queda dibujado por los estudios de los investigadores, los escándalos de la corrupción, los reportajes de los periodistas y, sobre todo, las crónicas de los fallecimientos, las desapariciones forzadas, los atentados y, brevemente dicho, la pérdida de la seguridad pública y el desprestigio de la justicia penal. Todo ello confirma la parte crítica a la que hemos llegado en las primeras secciones.

No es posible, dado que éste no es un trabajo multidisciplinario, entrar en los complejos pormenores de todos estos retos y problemas. Sin embargo, podemos ir de menos a más en algunos casos; y de más a menos, en otros. También aquí, me limito a ocho aproximaciones.

### I. ¿UN PROCESO PENAL ORAL ACUSATORIO?

En primer lugar, el nuevo proceso penal no es completamente oral acusatorio, sino —más bien— mixto; en este sentido, reincide en la práctica burocrática de contemplar diligencias y constancias orales y escritas. Veamos algunos ejemplos.

El artículo 40, que se refiere a la oralidad de las actuaciones, sostiene: “La recusación debe interponerse ante el propio Juez o Magistrado recusado, por escrito y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que se tuvo conocimiento del impedimento...”.

\* Profesor por oposición de la materia Derecho procesal penal, Facultad de Derecho, UNAM; miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

En la percepción popular y no pocas veces en las apreciaciones de los estudiosos, hay un abuso en la caracterización del nuevo sistema como sistema oral. Se trata de un fenómeno que, por un lado, introduce confusión y vaguedad y, por el otro, ausencia de claridad en la doctrina. Por eso algunos comentarios sobre esta cuestión no sólo son repetitivos, sino un tanto grotescos, ya que remiten a una experiencia fallida de cambio: el paso del sistema impropriadamente llamado inquisitivo al sistema oral, experiencia de cambio que, hasta ahora, no ha dado buenos frutos en América Latina.

El siguiente ejemplo procede del artículo 67, de las “Resoluciones judiciales”:

La autoridad judicial pronunciará sus resoluciones en forma de sentencias y autos. Dictará sentencia para decidir en definitiva y poner término al procedimiento y, autos en todos los demás casos. Las resoluciones judiciales deberán mencionar a la autoridad que resuelve, el lugar y fecha en que se dictaron y demás requisitos que este Código prevea para cada caso.

Así, “Los autos y resoluciones del Órgano jurisdiccional serán emitidos oralmente y surtirán sus efectos a más tardar al día siguiente. Deberán constar por escrito, después de su emisión oral...”.

Más adelante, el carácter escrito de las resoluciones se vuelve a subrayar en el párrafo cuarto que a la letra dice:

Las resoluciones de los tribunales colegiados se tomarán por mayoría de votos. En el caso de que un Juez o Magistrado no esté de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría, deberá emitir su voto particular y podrá hacerlo en la propia audiencia, expresando sucintamente su opinión y deberá formular dentro de los tres días siguientes la versión escrita de su voto para ser integrado al fallo mayoritario.

En los párrafos anteriores cité dos artículos como ejemplos, pero hay más: 40, 41, 50, 70, 71, 82, 83, 92, 131, fracción II, 143, 145, 159, 223, 256, 267, 283, 288, 289, 334, 337, 338, 340, 354, 397, 404, 441, 471, 478, entre otros.

## II. EL EQUILIBRIO DE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

En segundo lugar conviene destacar que el triángulo procesal: juez, Ministerio Público y defensa, no está ni equilibrado ni delimitado al

subsistir viejas fallas en la averiguación previa, ahora nombrada “investigación inicial”. Se trata de una fase procedimental que, con o sin detenido, es desahogada bajo la autoridad del Ministerio Público que por la inercia y por el peso de nuestros vicios puede actuar de modo sesgado y discrecional, contando, además, con la participación de las corporaciones policiales y de las fuerzas armadas, según la práctica anticonstitucional establecida en la administración de Calderón.

De persistir esta práctica —discrecionalidad del Ministerio Público en la “investigación inicial”— el nuevo sistema penal puede poner en un primer plano y privilegiar peligrosamente el modelo de *justicia restaurativa o justicia reparadora*, paradigma en países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra y otros, con altos índices de ingreso per cápita, y propiciar un tipo de justicia que se reduce a la reparación del agravio. Modelo que es inviable en México, país que como el resto de América Latina conserva un inmenso rezago económico, social y cultural, y arrastra bruscos contrastes y una gran desigualdad en la distribución del ingreso nacional. El nuevo Código puede debilitar la *justicia convencional o justicia retributiva*, ese paradigma que, al mismo tiempo que permite la reparación del daño, sanciona al delincuente y se eleva como ejemplo para la población al castigar las conductas antisociales.

Es penoso que el nuevo Código pueda nacer con vicios de origen y —antes de entrar en vigor— exija reformas. El sentido de tales enmiendas puede ser muy simple: el ordenamiento debe precisar que cuando se abre la “investigación inicial” con detenido, el juez de control debe entrar en funciones de inmediato, bajo un protocolo estricto, sin excepciones para esta disposición. Dicho en otras palabras, cuando un imputado es privado de su libertad, en ese momento, sin dilaciones ni pretextos, debe ser puesto a disposición del juez de control. En este sentido, el nuevo ordenamiento es contradictorio ya que en los casos de flagrancia y caso urgente, según consta en los artículos 149 y 150, el Ministerio Público puede practicar diversas diligencias en la investigación inicial sin poner al detenido o los detenidos a disposición del juez de control.

Incluso esa precoz e inviable reforma podría ser innecesaria si el legislador o, mejor aún, la comisión encargada de redactar el anteproyecto del Código Nacional de Procedimientos Penales hubiera prestado atención a las conclusiones de la Conferencia Internacional sobre Seguridad y Justicia en Democracia, hacia una política de Estado en

los albores del tercer milenio, convocada por la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrada en la Ciudad de México en junio de 2011. Los juristas y expertos que participaron en el evento propusieron de un modo claro y definitivo la urgencia de otorgar autonomía e independencia a la institución del Ministerio Público. Cualquier lector puede consultar las conclusiones de la Conferencia en la página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

### **III. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA A LA LUZ DE UNA PRÁCTICA IMPRESENTABLE**

En tercer lugar, el imprescindible principio de presunción de inocencia *pro homine*, puede ser vulnerado en la “investigación inicial”, fase que registra resabios inquisitivos en la discutible medida cautelar del arraigo, subrepticamente contemplada en México fuera del Código Procesal Penal, en otro ordenamiento.

El arraigo a pesar de su carácter de excepción a la garantía de libertad personal es una cuestión que hoy, a nivel internacional, está en debate. Se trata de una delicada anomalía —digámoslo de alguna manera—, una discordancia que contradice la Declaración Universal de los Derechos Humanos, instrumento jurídico que tiene fuerza vinculante por los tratados internacionales. También podríamos invocar el Pacto de San José. En su momento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (19 de septiembre de 2015) advirtió sobre los excesos a que podría llegarse con la medida cautelar del arraigo, pero el Congreso de la Unión, bajo presión y sin respetar la técnica legislativa, se empeñó sin soporte de doctrina y respeto a los estándares internacionales, en llevar la figura del arraigo hasta el texto constitucional. El arraigo viola derechos fundamentales de la persona: la dignidad, su libertad, su intimidad, su privacidad y, desde luego, la garantía de una defensa adecuada. Y si lo anterior fuera poco, desvirtúa la justicia pronta y expedita, y altera los plazos constitucionales de 48 y 72 horas.

Hoy en la práctica gracias a una ley paralela, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se realizan detenciones tanto por las policías como por las fuerzas armadas, sin flagrancia, sin que exista un supuesto caso urgente y lo que es peor, ayudados por un nuevo vicio procesal: la rápida admisión y desahogo de las medidas de arraigo,

cateo, autorización para intervención de las comunicaciones privadas y otros actos de investigación, por los jueces de control o de garantías que mecánicamente apoyados por información unilateral, en muchos casos, insuficiente y bajo presión, conceden las medidas por fax, por la vía de un correo electrónico o como absurdamente ordena el artículo 16 constitucional, en su párrafo décimo cuarto, “en forma inmediata y por cualquier medio,” fórmula vaga e imprecisa, sobre todo, porque la ley adjetiva conmina a los jueces de control “a resolver inmediatamente las medidas cautelares [artículo 155], providencias precautorias [artículo 138] y técnicas de investigación de la autoridad [artículo 227]”. Así, la imparcialidad judicial se da —en el mejor de los casos— a partir de la “etapa intermedia”. Hoy como ayer, la “investigación inicial”, caricatura de la averiguación previa, se conserva como un nicho de desequilibrios, injusticias, corrupción, cohecho y envilecimiento y que como veremos renglones abajo, se extiende a la fase de investigación complementaria.

#### **IV. EL NUEVO ORDENAMIENTO ADJETIVO: DÉBIL ESTRUCTURA, TERMINOLOGÍA ARBITRARIA Y EXTRAVAGANTE**

En cuarto lugar, artificialmente, de forma arbitraria y amanerada, el ordenamiento cambia la terminología del procedimiento penal. Veamos, en vez de averiguación previa, la etapa ahora se llama “investigación inicial”. En vez de expediente o acta, ahora se le denomina carpeta de investigación. En vez de resolución ministerial de reserva, hoy se usa la expresión, “archivo temporal”. En vez de auto de radicación es “audiencia inicial”. En vez de auto de formal prisión se le llama “auto de vinculación a proceso”. En vez de cuerpo del delito y de presunta responsabilidad del imputado, el artículo 19 constitucional reformado concluye su primer párrafo con los términos siguientes: “Los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”. Así, las categorías técnicas “cuerpo del delito” y “presunta responsabilidad del imputado” son substituidas por una descripción que engloba sus contenidos.

Los cambios de terminología a lo largo del procedimiento son numerosos: en vez de medios de prueba, datos de prueba. En lugar de

conclusiones, alegatos de clausura. Aquí me detengo. Los cambios no sólo afectan el ordenamiento adjetivo, sino también, como acabamos de ver, a la propia Constitución. En este terreno, Moisés Moreno Hernández es contundente. Sostiene que el nuevo Código carece de sistematización y, consecuentemente, de estructura. Afirmo que los aspectos técnicos están dispersos, esparcidos a lo largo de todo el ordenamiento y contrariando —dada la falta de rigor sistemático— al orden lógico. Seamos realistas, el proceso legislativo de 2008 no fue, como dicen tantos, una reforma de gran calado; la más completa de la historia en el ámbito penal fue por el contrario una extrapolación del modelo oral y acusatorio que no pasó por la prueba de fuego de un amplio y verdadero debate social y técnico, en el sentido de examinar nuestra tradición jurídica, idiosincrasia y las fallas tanto de nuestras leyes como de nuestras instituciones, sacudidas en las últimas décadas por una prolongada crisis de credibilidad. Por eso, por su carencia de rigor sistemático y orden lógico, difícilmente, podrá ser una herramienta eficaz para combatir la impunidad, la lentitud administrativa y las persistentes injusticias.

## **V. MÁS DE LO MISMO: ALGUNOS ACIERTOS, RESOLUCIONES JUDICIALES CONFUSAS, INEXPLICABLES DESEQUILIBRIOS, OTRAS ARBITRARIEDADES**

En quinto lugar es importante destacar —y no es algo que sea dicho de paso— que el nuevo ordenamiento incorpora a la legislación algunas posibilidades que, derivadas de los avances tecnológicos, pueden contribuir a mejorar el procedimiento penal en aras de una justicia ágil y expedita, como las notificaciones por fax o por correo electrónico; el empleo de la firma digital; las llamadas “audiencias a distancia”; las videoconferencias; y, finalmente, el uso de localizadores electrónicos.

El ordenamiento da entrada a nuevos sujetos procesales: el asesor jurídico y el supervisor de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso. Además, la autoridad judicial dispone ahora del juez de control, del tribunal de enjuiciamiento (o juez de juicio) y del tribunal de alzada. Destaca también que en el proceso se incorporan, en calidad de auxiliares de las partes, los asistentes técnicos que acompañan en las audiencias a los litigantes. En el ámbito de la ejecución de la pena se suma el juez de ejecución.

Subrayo —en otro terreno— los acuerdos probatorios, las convenciones entre las partes con la aprobación del juez de control. Hablamos de hechos no controvertidos y que, de acuerdo con los datos de prueba, acreditan la certeza de un hecho. Los acuerdos probatorios son acciones que, sin duda, pueden contribuir a depurar el régimen probatorio. El ordenamiento da entrada a nuevos actos procesales en los que las partes exponen sus derechos o simplemente rinden su declaración ante la autoridad para que el juez se manifieste de acuerdo con la ley. Así, el Código prevé las siguientes audiencias procesales: preliminares, de control, de legalidad, de individualización de la pena, de juicio oral, entre otras.

Concluyo la digresión sobre los aciertos. De oficio o a petición de parte el tema de la nulidad fue dimensionado para dejar sin efecto cualquier acto procedimental que viole los derechos humanos. La disposición tiene su corolario: se debe rectificar el error o ejecutar el acto omitido.

Regresando a los retos y desafíos conviene advertir que, paralelo a los cambios de la terminología, hay otras modificaciones imprecisas que desequilibran al proceso o que otorgan facultades excesivas a las autoridades o que enturbian los límites y los alcances de la propia terminología. Por ejemplo, se separan arbitrariamente y se confunden las providencias precautorias (artículo 138) y las medidas cautelares (artículo 153), figuras que significan lo mismo. Se otorgan facultades excesivas al ampliar las atribuciones de las policías y de las fuerzas armadas en las funciones de investigación. Facultades excesivas que en la práctica transforman, como lo hemos afirmado, al juez de control en una figura formal, que convalida, mecánicamente y sin “razón suficiente”, las medidas precautorias que solicita el Ministerio Público. Además, hay un desequilibrio real de las partes del proceso, cuando se otorgan facultades excesivas al Ministerio Público, cuando se debilita la defensa y se anula —en determinadas circunstancias— al Poder Judicial y se pone en manos de la representación social tanto la aplicación de los criterios de oportunidad (artículo 256) y las soluciones alternas (artículo 184) como las formas de terminación anticipada (artículo 201).

Durante la confección del Código y a lo largo de las sesiones que condujeron a su aprobación, *un clamor de la sociedad civil* expresado en foros, congresos, debates y artículos de periodistas y expertos jurídicos, fue la exigencia de transparencia: la aplicación del principio de

publicidad en la administración de justicia. Lamentablemente, las autoridades y el Congreso de la Unión no tuvieron la capacidad de abrir un diálogo franco de cara a los ciudadanos. Por eso, resulta incomprensible que en los artículos 55, 58 y 61 se encuentren disposiciones que impiden a los medios de comunicación grabar y transmitir por cualquier medio la audiencia, práctica que en países como Sudáfrica, España y Argentina transcurren con naturalidad, como lo demuestran los casos *Pistorius*, *Asunta* y *Mangeri*, respectivamente. En México no sólo los medios, sino también los asistentes están impedidos para grabar audio o video. Sin embargo, el órgano jurisdiccional puede grabar las actuaciones y conservarlas bajo resguardo para el conocimiento de las partes. Por lo visto, el impacto de la película *Presunto culpable*, filme que exhibió las fallas de la justicia en México, fue tomado en cuenta para reforzar el vicio de la opacidad.

En este mismo orden de ideas, encontramos en los artículos 27 y 121 una disposición que, eventualmente, podría permitir una intromisión arbitraria del juez, afectando de modo negativo el desempeño de la defensa o del asesor jurídico. En el artículo 57 se subraya la posibilidad de una “asesoría deficiente”, en el numeral 121, la posibilidad de una “manifiesta y sistemática incapacidad técnica del defensor”. En el primer caso, el juez puede informar a la víctima u ofendido sobre su derecho a nombrar otro asesor jurídico. En el segundo caso, el juez puede prevenir al imputado para que designe otro defensor. Ambos casos son proclives a excesos por parte del juez.

## **VI. EL DEBATIDO Y CUESTIONADO CRITERIO DE OPORTUNIDAD**

En sexto lugar al instaurar el criterio de oportunidad, criterio vago, oportunista, difuso y discrecional, se pone en tela de juicio (bajo el imperio de la duda) la equidad, la imparcialidad y la legalidad del procedimiento penal. En teoría, el Ministerio Público representa los intereses de la sociedad, es decir, debe asumir una actitud proporcional, neutra frente al inculpado y frente a la víctima u ofendido. La designación como representación social remite, exactamente, a esta condición de buena fe, imparcial, equilibrada y recta, para dar credibilidad y confianza a las instituciones.



Sin embargo, en la práctica, la defensa queda limitada por la amplísima discrecionalidad que goza (más bien, que explota) la autoridad administrativa. El principio de proporcionalidad se altera por una supuesta efectividad. El criterio de igualdad entre las partes se rompe. Las razones que aplica la representación social al proponer el criterio de oportunidad son de carácter práctico y operativo. En México ya sabemos a qué responden esas decisiones. En estos casos, el juez de control se convierte en un adorno burocrático. El Ministerio Público no le da el beneplácito de su intervención, “negocia” y resuelve sin ejercitar la acción penal y sin importar si existe o no delito. He aquí —a secas— el poder que ejerce el Ministerio Público en la primera fase procedimental.

A propósito del criterio de oportunidad, el conocido *plea bargaining* americano, me detengo en unas cifras estadísticas inquietantes. De acuerdo con datos oficiales, en Estados Unidos de Norteamérica el 95 % de los casos se resuelve con ese criterio que, según la doctrina, permite agilidad y rapidez en la procuración de justicia y abatimiento del trabajo judicial. Contradictoriamente y también de acuerdo con cifras oficiales, el sistema penitenciario alcanza la cifra inhumana e incomprensible de 2,300,000 reclusos. Tal es el éxito del *plea bargaining*, la cereza del pastel del proceso penal norteamericano.

Por eso me sumo a los estudiosos que han levantado su voz para exigir que la institución del Ministerio Público sea autónoma e independiente. Como es sabido por todos, las facultades de la representación social en la investigación inicial y en el proceso no pueden desplegarse con equilibrio e imparcialidad por una institución que interviene en el procedimiento como autoridad y como parte. Así, la falta de autonomía e independencia es resultado de que, por ley, el Ministerio Público dependa del Poder Ejecutivo, hecho que se presta para el tráfico de influencias y el uso faccioso de la justicia.

## VII. LA REFORMA DE 2008: CONTRADICCIONES CONSTITUCIONALES

En séptimo lugar abordo una cuestión general: es importante subrayar que, en el sentido amplio del término, la reforma constitucional de 2008 afectó, al mismo tiempo, a la ley fundamental y al ordenamiento

adjetivo penal. En ambos niveles quebrantó el principio de legalidad. Si vemos con cuidado las cosas, advertimos que la “importación” del criterio de oportunidad introduce elementos contradictorios en los artículos 14 y 21 constitucionales, elementos que se reiteran en el nuevo Código. En efecto, el párrafo tercero del artículo 21 constitucional ordena: “La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”. Quisiera poner un énfasis especial en la expresión: “son propias y exclusivas de la autoridad judicial”. Por su parte, el párrafo tercero del artículo 14 constitucional establece: “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”. Las prescripciones constitucionales contenidas en estos párrafos se contraponen con el párrafo séptimo del artículo 21 constitucional, que a la letra dice: “El ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”. A su vez, el Código en el artículo 256 establece los límites y los alcances de los criterios de oportunidad, criterios que permiten al Ministerio Público, discrecionalmente, asumir funciones propias de los jueces.

El artículo 20 constitucional en su apartado B, De los derechos de toda persona imputada, fracción segunda, ordena:

A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.

El texto de la ley fundamental es tan claro que la fracción tercera del artículo 113 del Código adjetivo se limitó a copiarlo. No sucede lo mismo con el párrafo cuarto del artículo 129, un verdadero desacierto gramatical y legislativo. Lo transcribo íntegro: “El Ministerio Público podrá, con pleno respeto a los derechos que lo amparan y en presencia del Defensor, solicitar la comparecencia del imputado y/u ordenar su declaración, cuando considere que es relevante para esclarecer la existencia del hecho delictivo y la probable participación o intervención”. El verbo *ordenar* tiene, entre otras connotaciones, la de *mandar* que se haga una cosa; en este sentido, mandar significa,

sin otra interpretación posible, dar una orden, imponer una acción. De esta manera, la inconstitucionalidad del párrafo cuarto se opone a la carta fundamental no sólo por el hecho de que contradice la garantía que protege a cualquier persona imputada para declarar o guardar silencio, sino porque deja a favor del Ministerio Público la posibilidad de intimidar al acusado, amenaza que la ley fundamental prohíbe, y advierte, además que será sancionada por la ley penal toda incomunicación, *intimidación* o tortura. Si tomamos en cuenta las denuncias permanentes sobre el autoritarismo, la prepotencia y la corrupción de las autoridades ministeriales, se pone de relieve el despropósito que representa la redacción del párrafo cuarto del artículo 129, redacción que descansa sobre el verbo *ordenar*; toda la fuerza *intimidatoria* que el texto constitucional impide.

El artículo 355 del nuevo ordenamiento en la fracción segunda y en el último párrafo contempla medidas que no encuentran justificación ni siquiera en el sentido común y que, para vergüenza del legislador, chocan con lo que el artículo 14 constitucional ordena. La fracción II contempla multas de 200 a 5,000 salarios mínimos y el último párrafo del numeral establece la privación de la libertad a testigos y a peritos hasta por quince días.

Por último, el dispositivo 381, ignorando lo prescrito en el artículo 17 constitucional, ordena que, en determinados casos, los medios de prueba contenidos en un soporte tecnológico los debe proporcionar o facilitar el oferente.

## **VIII. CONTRA LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD, DOS VOCES AUTORIZADAS: LUIGI FERRAJOLI Y GERARD E. LYNCH**

En octavo lugar, quiero cerrar estas reflexiones subrayando los cuestionamientos, duros y severos, que se han levantado en contra de los criterios de oportunidad. Me detengo en dos voces autorizadas, Luigi Ferrajoli —que no necesita presentación— y Gerard E. Lynch, destacado profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia en Nueva York.

El investigador italiano no es ajeno a los problemas que acarrea y que se amontonan con la aplicación de los criterios de oportunidad. En *Derecho y razón, teoría del garantismo penal* (Trotta, p. 569),

afirma que el sistema se introdujo subrepticamente en Italia bajo la modalidad de “negociaciones” sobre la pena o sobre el procedimiento. Dedicar un amplísimo apartado al examen del *plea bargaining* y sus diferentes figuras; no niega la ventaja de la máxima eficacia, ventaja que puede elevarse hasta el 90% de los casos. Sin embargo, “esta ventaja se obtiene al precio de una pesada connotación policial y burocrática del grueso de la justicia penal y de una evidente discriminación en perjuicio de cuantos, por su situación económica, son obligados a renunciar, no sólo como entre nosotros, a una defensa adecuada, sino incluso, a un justo proceso como si se tratase de un lujo inaccesible”. No exagera. En este sistema, el imputado queda expuesto a coacciones y amenazas, aunque también, desde otro ángulo, a la oferta de recompensas. “Vender” los derechos, unas veces por ignorancia y otras por miedo, no deja de ser un atractivo frente a la indefensión jurídica y la orfandad legal. La justicia deviene mercancía; los tribunales se transforman en un mercado en donde tanto el abogado —si acaso existe la defensa— como el fiscal miden sus fuerzas y calculan los alcances para llegar a una negociación. La negociación no pasa por el procedimiento de presentar argumentos razonados y llegar a un pacto más o menos equilibrado, tampoco tiene que ver con la obtención de una sentencia justa y equitativa, es más bien una serie de maniobras discrecionales.

Sostiene Ferrajoli:

La discrecionalidad de la acción y la consiguiente disponibilidad de las imputaciones e incluso de las pruebas, se ha conservado en algunos de los actuales sistemas acusatorios, son por lo tanto un reducto, del todo injustificado, del carácter originalmente privado y después sólo cívico o popular de la iniciativa penal. Se entiende que ésta discrecionalidad y disponibilidad —que en los Estados Unidos se manifiestan sobre todo en la negociación entre acusador público e imputado (*plea bargaining*) de la declaración de culpabilidad (*guilty plea*) a cambio de una reducción de la gravedad de la acusación o de otros beneficios penales— representan una fuente inagotable de arbitrariedades: arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación; arbitrariedades por acción, al resultar inevitable, como enseña la experiencia, que el *plea bargaining* se convierta en la regla y el juicio en una excepción, prefiriendo muchos imputados inocentes declararse culpables antes que someterse a los costes y riesgos del juicio.

Paso ahora a exponer las ideas del jurista americano Gerard E. Lynch, autor de un amplísimo estudio dedicado al examen del *Plea Bargaining: sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos* (se puede consultar en la Internet en el blog: federacionuniversitaria55.blogspot.mx). En palabras de Lynch, el propósito del ensayo es doble. Se propone, en primer lugar, describir la teoría y práctica del *plea bargaining* en los Estados Unidos y, en segundo lugar, situar la práctica de ese sistema “con respecto a la distinción entre el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo”. La traducción de Natalia Sergi aporta una serie de notas muy útiles para los estudiosos, ya que busca esclarecer la terminología que, obviamente, procede del inglés.

Coherente con su enfoque, Lynch emprende —de modo objetivo, sistemático y corrosivo— la descripción del *plea bargaining* con términos muy cercanos a los de Ferrajoli. Dice:

Un antropólogo marciano, enviado para observar la justicia penal estadounidense a un tribunal federal urbano, que no tuviera acceso a los libros de texto, tendría relativamente poco que decir sobre juicios. Es un lugar común afirmar que la mayoría de los casos penales son resueltos sin un juicio. Los porcentajes exactos son difíciles de calcular para todo el sistema de justicia penal, pero en los principales tribunales federales, alrededor del 80% o 90% de las acusaciones por hechos delictivos no llegan a juicio; concluyen, en cambio, a través de la declaración de culpabilidad del acusado (*guilty plea*) y/o por la reducción de los cargos por parte del Estado.

Nótese la simetría con el enfoque de Luigi Ferrajoli. Para apoyar la práctica penal forense norteamericana, el autor principia por definir las coordenadas de su aproximación:

El *plea bargaining*, en este sentido, deriva directamente de la noción acusatoria de que las partes se presentan como adversarios autónomos e iguales ante el tribunal, y de que el tribunal no es un elemento independiente de la administración de justicia estatal, sino, por el contrario, un árbitro de las disputas existentes entre las partes, definidas según la manera en que ellas deciden presentarlas. Así como las partes controlan la manera en que se presenta la prueba durante el juicio —ingresando sólo aquella información que se considera relevante para la presentación del caso que se pretende realizar—, del mismo modo, las partes pueden, antes del juicio, o fuera del tribunal, establecer un acuerdo que ponga fin a la disputa de cualquier manera que consideren adecuada... Empero, si bien el *plea bargaining* ha

surgido de una ideología acusatoria, su extendida práctica ha determinado el desarrollo de un sistema de justicia que en realidad se asemeja, para la mayoría de los acusados, mucho más a lo que los abogados considerarían como un sistema inquisitivo, antes que al modelo de justicia acusatorio idealizado en los libros de texto.

En otra coincidencia con Ferrajoli, el autor insiste en que no se trata de un modelo acusatorio, sino más bien de un sistema inquisitivo y administrativo (Ferrajoli lo llama policial y burocrático); un sistema caracterizado por su informalidad y por la flexibilidad *ad hoc* del procedimiento. Lynch abordando el *plea bargaining* es tajante:

A la luz de esta estructura administrativa de disposición de casos, es obvio que el término *plea bargaining* resulta inapropiado. El término, en sí mismo, es una barrera para percibir al sistema de justicia existente como un verdadero sistema, antes que como una improvisación. En efecto, el lenguaje que utilizamos para describir el fenómeno presume la primacía del juicio acusatorio e interfiere con nuestra capacidad para comprender la práctica existente... Para todos, con excepción de gran parte de los doctrinarios del libre mercado microeconómico, el propio término *plea bargaining* es más bien desagradable. Los críticos señalan que la justicia no es una cuestión de regateo de bazar, sino de resolución meditada de conflictos. Negociar es diferente a presentar argumentos razonados y cerrar un pacto, o incluso, llegar a un acuerdo, es diferente a obtener un juzgamiento.

Los criterios de oportunidad han sido repudiados no sólo en Estados Unidos e Italia, aunque, debemos decirlo, también dichos países y en otros hay voces que defienden este mecanismo procedimental. El problema, tal vez, está localizado en otro terreno, quizá sea la promoción *cuasi* imperial del modelo anglosajón la responsable de tantas pifias legislativas. En nuestro caso, la aprobación de los criterios de oportunidad no pasó por un consenso y por una deliberación profunda según las reglas impecables de la técnica legislativa como están descritas por Niceto Alcalá-Zamora. En realidad, ni la sociedad ni los académicos ni las organizaciones sociales ni los partidos políticos ni los medios ilustrados de opinión debatieron en su momento el proyecto del Código Procesal Penal. El Congreso de la Unión asumió la iniciativa sin sujetarla a un amplio debate participativo, y luego la

aprobó. No se tomó en cuenta la tradición jurídica mexicana, nuestra idiosincrasia, tampoco la contradictoria desigualdad social del país y mucho menos la crisis del sistema penal mexicano y la quiebra de la seguridad pública. La moneda está en el aire, sólo el tiempo hará el dictamen final sobre los resultados prácticos del ordenamiento oral y acusatorio.