

### III. LA RACIONALIZACIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL Y LA CARGA DE TRABAJO

La Constitución ha consagrado la posibilidad de que dentro del proceso penal se utilicen los siguientes institutos:

A) Mecanismos discrecionales. Así, el principio de oportunidad, regulado en el artículo 21, párrafo séptimo, de la norma fundamental: “el ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”. Tiene relación con este principio lo establecido en el artículo 20, apartado B, fracción III, segundo párrafo, que establece: “la ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de los delitos en materia de delincuencia organizada”.

B) Salidas alternativas. El artículo 17, tercer párrafo, señala: “las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

C) Mecanismos de simplificación procesal. El artículo 20, A, fracción VII, autoriza la simplificación de los procedimientos. Dice la norma: “si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad”.

La Constitución introduce y autoriza a utilizar criterios de oportunidad, salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal. Con ellos, en general, traduce o explica que el objetivo o finalidad del sistema penal es dar respuestas a los conflictos so-

ciales generados por la comisión de delitos. Lo importante pasa a ser la capacidad del sistema para resolver casos y por ello se crean diversas vías de solución a los mismos. Esto tiene por lo menos dos consecuencias: primero, una reconcepción del significado del proceso penal que se convierte en un instrumento de resolución de conflictos, como dicen Duce y Riego: “el proceso penal pasa a ser una actividad con propósitos múltiples, esto es, se utiliza para buscar diversas formas de solución al conflicto planteado”,<sup>80</sup> y segundo, un nuevo entendimiento sobre el uso del poder coactivo del Estado y de la posición de los individuos cuando lo enfrentan basado en los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*. Aquel nuevo significado y este novedoso entendimiento descartan sostener que el tratamiento de los delitos se efectúe siempre por la vía del proceso judicial, la sentencia y la pena y obliga a todos los actores procesales a buscar, antes que el castigo, la solución del conflicto penal y a promover la paz social.<sup>81</sup>

Este programa de respuestas a los conflictos sociales, que implica la retracción de la intervención del Estado, parte del reconocimiento de la autonomía de los sujetos inmersos en la comisión de ilícitos y su facultad de entender y aceptar el mal que causaron, y busca no incapacitarlos, sino al contrario, capacitarlos para la vida en sociedad con el apoyo de los miembros de la comunidad, incluida la víctima. Esta orientación deriva de una convicción: en vez de excluir de la comunidad a las personas que han lesionado bienes jurídicos apreciados como valiosos y que con ello manifiestan problemas de integración, primero hay que esforzarse por incluirlos. Es decir, hay que “vincular el reproche social con respuestas *inclusivas* en lugar de *excluyentes*”.<sup>82</sup> La

<sup>80</sup> Duce J., Mauricio y Riego R., Cristian, *Proceso penal*, cit., p. 359.

<sup>81</sup> Con Maier se puede decir que se produce en nuestro país, con la introducción de estos mecanismos, un “ataque contra las bases ideales originarias del sistema” penal. Maier, Julio B. J, *Entre la inquisición y la composición*, [http://www.uclm.es/aidp/pdf/homenaje\\_vol4.pdf](http://www.uclm.es/aidp/pdf/homenaje_vol4.pdf), p. 810.

<sup>82</sup> Como escribe Gargarella, desde esta concepción, “todos, pero particularmente aquellos que experimentan problemas de integración social, necesitan ser recuperados como miembros plenos de la sociedad”. Gargarella, Roberto, *Mano*

expulsión no es solución ética ni produce efectos positivos al individuo infractor o a la sociedad. A quienes tienen dificultades en la convivencia no hay que apartarlos de la comunidad, más bien hay que buscar formas para ayudarlos a incorporarse a ella. Como escribe Kemelmajer: “los ofensores son parte de nosotros y no enemigos de fuera. Más aún, el aislamiento es una estrategia altamente imprudente porque conducimos al infractor a la subcultura de los criminales. Por el contrario, hay que acercarlo a nosotros; sólo así estará dispuesto a reparar el perjuicio causado”.<sup>83</sup>

Lo anterior exige replantear la forma de entender el poder penal del Estado dirigiéndolo no a la reproducción de la violencia, sino a su reducción, no a la generación de conflictos, sino a su superación a través del medio que representa el derecho. Como postula Ferrajoli, el poder punitivo utilizado para “reducir, o sea minimizar, la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad; no solo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos”,<sup>84</sup> con lo que el derecho penal adquiere “una función más digna que la mera represión de los excluidos. Le cabe la tarea, justamente, de la defensa de los vínculos sociales, de los valores sustantivos de la comunidad y de la readaptación y reinserción social de los que han roto esos vínculos y atacado esos valores”.<sup>85</sup>

Los nuevos mecanismos procesales precisamente representan respuestas diferentes que el sistema penal consagra ante la comisión de delitos. Son la mejor muestra de la orientación del nuevo

*dura sobre el castigo: autogobierno y comunidad*, [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica07.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica07.pdf).

<sup>83</sup> Kemelmajer, Aída, “En búsqueda de la tercera vía. La llamada ‘justicia restaurativa’, ‘reparativa’, ‘reintegrativa’ o ‘restitutiva’”, en García Ramírez, S. (coord.), *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho Penal*, México, UNAM, 2005, p. 318.

<sup>84</sup> Ferrajoli, Luigi, *Garantías y derecho penal*, Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2006, p. 4.

<sup>85</sup> Carbonell, Miguel, “Democracia y derecho penal en México”, *cit.*, p. 94.

programa penal de la Constitución que, como hemos dicho antes, se organiza bajo renovadas formas de legitimación basadas en la premisa de que la respuesta estatal coactiva es *ultima ratio*. Estas instituciones tienden a proteger los derechos de las personas sujetas al sistema penal, tienen una propensión inclusiva y su potencialidad reside en que sean utilizadas de forma acorde con las características de cada sociedad y cada sujeto, y se organicen bajo un esquema que permita incidir en la remoción de las causas que generan conflictos sociales.

A través del principio de oportunidad, el Ministerio Público tendrá la posibilidad de establecer un sistema de selección de casos para organizar su carga de trabajo y concentrarse en los asuntos más graves o que más interés representen a la sociedad.<sup>86</sup>

La regulación constitucional de este instrumento impone que se configure como una excepción al principio de obligatoriedad en la persecución de los delitos y, por tanto, se aplique en base a supuestos concretos regulados en las leyes procesales, mediante un procedimiento definido y sujeto a controles jurídicos para garantizar su adecuada utilización. Con ello la norma básica ordena “la canalización jurídica del proceso de selección”. Su incorporación en la normativa procesal, por la situación actual del sistema de investigación, ayudará a revertir tres procesos que lo condicionan negativamente: la arbitraria selección de casos derivada de la gran cantidad de asuntos que llegan a las procuradurías de justicia; la ineficiencia producida por la ausencia de mecanismos racionales que regulen la carga de trabajo y la falta de controles a la actuación de los operadores jurídicos;<sup>87</sup> la criminalización

<sup>86</sup> He abordado con detalle la regulación de este mecanismo procesal en Vasconcelos Méndez, Rubén, “Constitución, Ministerio Público y principio de oportunidad”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Inacipe, núm. 8, 2009, pp. 55 y ss. También en *Principio de oportunidad y salidas alternativas en el nuevo proceso penal mexicano*, México, Flores Editor y Distribuidor-México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, 2012, pp. 1 y ss.

<sup>87</sup> “La variable principal que condiciona el correcto funcionamiento de un Ministerio Público, y del sistema de justicia criminal en su conjunto, es el ma-

inversa producida por concentrar su actividad en la resolución de delitos menores.<sup>88</sup> Estas funciones las realizará siempre y cuando se cumplan cuatro condiciones, según Bovino: *a)* se asuma que es una herramienta al servicio de la facultad del Ministerio Público de organizar la política persecutoria; *b)* su regulación permita establecer pautas genéricas de organización de las prácticas persecutorias; *c)* considere las diferentes necesidades regionales y locales y los factores propios de la coyuntura política y social, y *d)* sea aplicado en los casos cuyas particulares circunstancias así lo exijan.<sup>89</sup>

Pero además, el principio de oportunidad, al objetivizar y racionalizar criterios de persecución penal, puede hacer posible ejecutar políticas dirigidas a evitar que se acrecienten las desigualdades que el sistema social produce contra determinados grupos sociales. Entre sus fines más importantes están: lograr justicia material, eliminar la discriminación provocada por la aplicación estricta del principio de legalidad y hacer posible la igualdad ante la ley. Desde esta perspectiva, el principio puede verse como “una fórmula de compensación social a favor de sectores desprivilegiados contra los cuales, tradicional y sistemáticamente, han venido operando los órganos de represión y persecución penales”, es decir, como instrumento de la política criminal del Estado y, por tanto, de su política social, dirigido a hacer efectivo el principio de igualdad. Se introducen así, en el propio proceso penal, políticas dirigidas a combatir las desigualdades que la práctica del sistema produce inevitablemente.

nejo y el control de este flujo de casos”. Duce, Mauricio *et al.*, *Desafíos del Ministerio Público fiscal en América Latina*, *cit.*, p. 37.

<sup>88</sup> Al respecto puede verse, Marchisio, Adrián, *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*, <http://www.cejamericas.org/sistemas-judiciales/muestrapagina.php?revista=10&idioma=espanol&secc=417&TemaNiv2=415>.

<sup>89</sup> Bovino, Alberto y Hurtado, Christian, “Principio de oportunidad y proceso de reforma en América Latina. Algunos problemas de política criminal”, en *Justicia penal y derechos humanos*, *cit.*, p. 228.

En suma, los criterios de oportunidad pretenden realizar objetivos diversos, unos relacionados, en general, con el sistema de justicia y, otros, con el propio imputado de la comisión del delito. La suma o combinación de ambos objetivos, utilitarios y sociales, coadyuvará a la elaboración y ejecución de la política estatal en materia de delincuencia.

Por lo anterior, podemos decir que la inclusión del principio de oportunidad en el ordenamiento constitucional y en la legislación procesal, ante la situación actual de la justicia penal en el país,<sup>90</sup> tiene, por lo menos, un fundamento y dos motivos. El primero está en una nueva concepción sobre el poder penal del Estado que ha pasado de estar únicamente relacionado con el castigo a concebirse unido también, como escribe Pastor, a la no incriminación. Con ello se acepta que no está estructurado unilateralmente, “se ejerce prohibiendo y no prohibiendo, condenando y absolviendo, castigando y perdonando”.<sup>91</sup> Con base en esta reconcepción sobre el poder penal estatal, la inclusión en el proceso penal del principio de oportunidad cumpliría dos objetivos. Primero, fungir como remedio, según escribe Bovino, para eliminar las consecuencias negativas producidas por el principio de legalidad, formalizar y racionalizar el mecanismo “natural” de selección de casos, hacerlo transparente, guiado por criterios ciertos y conocidos, y controlar y exigir responsabilidad a quienes lo aplican;<sup>92</sup> segundo, encauzar y propiciar el desarrollo de políticas de persecución penal dirigidas a la realización de ciertos fines,<sup>93</sup> entre ellos: la aplicación justa e igualitaria del derecho;

<sup>90</sup> Al respecto se puede ver Zepeda, Guillermo, *Algunas modalidades del principio de oportunidad en las reformas penales de América Latina: lecciones prácticas para México*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1726/17.pdf>.

<sup>91</sup> Pastor, Daniel R., *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, <http://www.juramentum.unifi.it/es/surveys/latina/pastor.htm>.

<sup>92</sup> González, Daniel, *El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal*, <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/gonzal07.htm>.

<sup>93</sup> El Dictamen de la reforma constitucional federal justificó la inclusión del principio de oportunidad con los siguientes argumentos: “el deber de raciona-

el control de la carga de trabajo; el descongestionamiento del sistema judicial; la canalización de recursos económicos, materiales y humanos solo a ciertos delitos; la concentración en los asuntos más trascendentes y que más daño causan a la sociedad, distinguiendo entre criminalidad mayor y menor; la resolución, de forma rápida, justa y equitativa, de los conflictos derivados de la comisión de delitos; el impulso hacia un proceso de descriminalización, ya que si bien el principio no trata de deslegalizar, sí provoca que ciertos delitos, bajo determinados supuestos, no sean perseguidos,<sup>94</sup> y la reinserción de las personas que han delinquido a la sociedad. En suma, como escribe Gauriglia, “la tarea de formalización de estos mecanismos supone... un doble cometido: canalizar jurídicamente la selección y excluir una selección irregular deformante”.<sup>95</sup>

lizar y de generar una política coherente de persecución penal es ya ineludible como directriz para la eficaz administración de recursos públicos, sortear los problemas económicos y maximizar hasta el máximo los recursos disponibles y la consecución de los objetivos político-criminales deseados. La aplicación irrestricta del principio de oficiosidad en la persecución penal genera una sobrecarga del sistema de justicia con delitos menores que en nada afectan el interés público pero que las autoridades de persecución penal se ven precisados a perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal, que provoca costos constantes de persecución en asuntos que no lo ameritan. En esta tesitura es que considera necesario conferir al Ministerio Público la facultad de aplicar criterios de oportunidad, que le permitan administrar los recursos disponibles de persecución y aplicarlos a los delitos que más ofenden y lesionan a los bienes jurídicos de superior entidad”.

<sup>94</sup> Por ello dice Maier que lo que se pretende con el principio de oportunidad es liberar a los habitantes del poder del Estado evitando su persecución. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal. I. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 831. De la misma forma, Ricardo Gil Lavedra: “lo que se pretende con el principio de oportunidad no es, precisamente, someter a un habitante al poder del Estado, sino, por el contrario, liberarlo de él y de ese riesgo, evitando su persecución”. Gil Lavedra, Ricardo R., “La reforma del sistema de enjuiciamiento y la consolidación democrática”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 6, 1990, p. 137.

<sup>95</sup> Guariglia, Fabricio O., “Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad”, en *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, p. 88.

La inclusión en el proceso penal de mecanismos de discrecionalidad exigirá al Ministerio Público actuar, al adoptar sus resoluciones, con una visión general del sistema y especial dedicación, ya que una vez recibidas las denuncias tendrá que proceder a evaluarlas y determinar, caso por caso, como parte de la facultad de selección de asuntos que se le atribuye, si es materialmente posible continuar con la investigación, si se cumple alguno de los supuestos reglados, si el ilícito afectó el interés público y la entidad de la lesión al bien jurídico protegido. Además, analizará las circunstancias del hecho y del presunto delincuente,<sup>96</sup> las consecuencias de su decisión para el imputado y la sociedad y, en su caso, comprobará la presencia de daños que requieran estudios técnicos específicos como cuando sea necesario determinar la existencia de daño moral ocasionado por el ilícito.

Toda decisión de adoptar un criterio de oportunidad debe estar fundamentada, y sus presupuestos de aplicación, objetivados, por ello es tan importante que el titular del Ministerio Público formule políticas generales para su aplicación y se cree un sistema de trabajo o gestión dedicado a apoyar su utilización adecuada y extensiva.<sup>97</sup> Es decir, no basta con la atribución de estas facultades al Ministerio Público, le sigue la confección de “una práctica sistematizada y organizada bajo ciertos parámetros institucionales, normativos, económicos y político criminales acorde a la orientación de esa nueva forma de paradigmas generados por la reforma”.<sup>98</sup> Esto es importante para el control jurídico de las

<sup>96</sup> El Ministerio Público, dice Sainz Moreno, no puede “prescindir de la realidad social, de la valoración de las circunstancias y de las consecuencias sociales y morales de su acción”. Sáinz Moreno, Fernando, “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 108, 1985, p. 157.

<sup>97</sup> Duce, Mauricio, *Principio de legalidad y selección de casos en el nuevo Código Procesal Penal*, en <http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/728/article-4081.html>.

<sup>98</sup> Maya Cobar, Edgardo A. y Feusier Ayala, Oswaldo E., *Relación entre la Fiscalía General de la República y la Policía Nacional Civil en el marco*



decisiones que se adopten, pero también para que la misma ciudadanía pueda controlarlas y aceptar a dichos mecanismos como instrumentos legítimos.<sup>99</sup> En el nuevo sistema penal van unidos el control del público y una nueva cultura de trabajo del Ministerio Público.

Es importante señalar que la inadecuada, oscura o ilegal aplicación de los criterios de oportunidad podría ocasionar en la sociedad la percepción de creciente impunidad y desatención de casos, y en vez de que el sistema contribuya a mejorar la confianza de la ciudadanía en la procuración de justicia, puede producir mayor deslegitimación y desconfianza. Me parece, por tanto, que junto con la implementación de este mecanismo hay que diseñar una política de control de la aplicación del mismo. Debe haber un monitoreo constante de la forma en que se aplican estos criterios. Es preciso vigilar si los agentes cumplen las disposiciones establecidas para su aplicación y las reglas dictadas por el procurador general;<sup>100</sup> analizar el razonamiento que justifica la aplicación del

*de la investigación criminal*, San Salvador, Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (Fespad), 2005, p. 13.

<sup>99</sup> Me parece que esto último es especialmente importante en nuestro país. En Colombia ha sido un problema precisamente este aspecto. Dice Toledo Carreño: “Hace algunos meses cuando el Fiscal General de la Nación, Mario Iguarán, sugirió la aplicación del principio de oportunidad, arreciaron fuertes críticas y protestas de todos los sectores de la sociedad, lo que claramente indica que además de los problemas materiales que afronta nuestro sistema procesal penal, se suma el fuerte arraigo cultural que no tolera estas licencias por parte del ente acusador, pues alimenta un concepto de justicia inquisitiva sin importar que la aplicación de este principio vaya a generar mayores beneficios a largo plazo”. Toledo Carreño, Genith, “Resultados primarios del sistema penal acusatorio en Colombia”, *Iter Criminis*, México, Inacipe, núm. 5, septiembre-octubre de 2008, p. 147.

<sup>100</sup> En el Estado de México, el Acuerdo General 01/2010 del Procurador General ha introducido resguardos al respecto. El artículo 3.14 dice: “Cuando se advierta negligencia en la prestación del servicio encomendado o se desobedeciere sin justa causa lo indicado en éste Acuerdo y por ello operare la extinción de la acción penal en los términos señalados en el Código Penal del Estado de México, el Agente del Ministerio Público que determinó o provocó el no ejercicio de la acción penal o determinó la reserva o el archivo temporal y

principio; la relación entre el criterio normativo y el caso específico, es decir, los hechos que configuran el caso; la forma en que se consideraron los intereses de la víctima, etcétera.

Lo anterior, desde la práctica, responde principalmente a dos razones. Primero, a que la experiencia indica que muchos casos seguirán este camino. En Costa Rica, por ejemplo, se ha documentado que desde 1999 hasta 2007, entre la mitad y las dos terceras partes de los casos que terminan en sede ministerial se han archivado o desestimado.<sup>101</sup> Segundo, porque, como escribe Pásara,

...este es un fenómeno que, socialmente, no es percibido de manera adecuada. Las partes involucradas en estos conflictos a menudo achacan a deficiencias del sistema el que su problema no fuera atendido. La opinión pública, acicateada por los medios de comunicación, tiende a interpretar como ineficiencia la decisión de prescindir de un caso en el sistema. En definitiva, el sistema penal resulta perjudicado, cuando menos en términos de imagen, por esta situación; desde la reforma procesal penal, el MP en especial asume protagónicamente el costo de “desechar” casos.<sup>102</sup>

el superior jerárquico inmediato que otorgó el visto bueno, se harán acreedores a las responsabilidades penales y administrativas correspondientes”. El artículo 3.15 señala: “El Visitador General deberá practicar inspecciones, conforme a sus lineamientos, sobre las determinaciones de no ejercicio de la acción penal, reserva o archivo temporal, así como respecto del otorgamiento de libertad o, en su caso, medidas de aseguramiento personales y reales, para verificar de manera técnico-jurídico que la actuación de los servidores públicos se ajuste a las normas aplicables”.

<sup>101</sup> Pásara, Luis, *Elementos para un política de persecución penal en Costa Rica*, <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/proyectos/elementos%20para%20una%20politica%20de%20persecucion%20penal%20en%20cr/Informe%20%20de%20PPP.pdf>.

<sup>102</sup> *Idem*. Dice Andrés Domínguez: “Nos encontramos, entonces, que la gente descubre que sus casos no importan, los que importan son los que aparecen en las portadas de los diarios, aquellos que causan espectacularidad; pero los delitos que les afectan a ellos, que son la mayoría, no importan. Esto a quien más perjudica es a la policía, porque entonces la población no ve porqué tiene que colaborar en una investigación penal si tratándose de los delitos que les afectan nadie hace nada”. Domínguez, Andrés, *Reforma procesal penal y mo-*

Sin embargo, este costo va de acuerdo con la propia forma de actuación del Ministerio Público y la policía, ya que la aplicación de un mecanismo discrecional de ninguna manera tiene que significar que el sistema no responda de alguna manera a esos casos. El Ministerio Público no puede permanecer inactivo ante los mismos, al contrario, tiene la obligación de demostrar a la sociedad que realiza sus funciones persecutorias también ante ellos. Domínguez señala que frente a ellos los órganos de investigación pueden asumir tres respuestas: a) agruparlos para trabajarlos en conjunto en vez de individualmente,<sup>103</sup> y así extender la posibilidad de descubrir a los autores, principalmente cuando actúan en grupo; b) identificar las circunstancias de la comisión de los delitos e informar de las mismas a la sociedad para que ella misma se proteja, y c) descubrir los factores de riesgo que son la causa de la comisión de ilícitos para diseñar planes de prevención de los mismos.<sup>104</sup>

También se ha incluido la suspensión condicional del proceso dentro de la nueva legislación procesal penal nacional. Esta, como enseña Duce, es

...una salida alternativa al proceso en virtud de la cual se puede detener provisoriamente la persecución penal a favor de una per-

*modernización de las policías. El caso de la policía de investigaciones de Chile, [http://www.academia.cl/biblio/revista\\_academia/09/La%20Reforma%20Procesal%20Penal%20Chilena/Reformaprocesalpenalmodernizacion.pdf](http://www.academia.cl/biblio/revista_academia/09/La%20Reforma%20Procesal%20Penal%20Chilena/Reformaprocesalpenalmodernizacion.pdf).*

<sup>103</sup> Es el caso también de la utilización también de mecanismos discrecionales como el archivo temporal. Así, por ejemplo, se dice en el Instructivo núm. 75 del Ministerio Público chileno: “Lo que se busca con el archivo provisional es descongestionar el sistema criminal, ya que existe una numerosa cantidad de delitos denunciados que no tienen posibilidad de ser aclarados por lo que es necesario archivarlos, sin perjuicio de procesar los datos y antecedentes que contengan las respectivas denuncias, para acumularlos a otras de similares características y eventualmente de esta manera lograr el esclarecimiento futuro de alguno o algunos de aquellos”.

<sup>104</sup> Domínguez, Andrés, *Reforma procesal penal y modernización de las policías. El caso de la policía de investigaciones de Chile, [http://www.academia.cl/biblio/revista\\_academia/09/La%20Reforma%20Procesal%20Penal%20Chilena/Reformaprocesalpenalmodernizacion.pdf](http://www.academia.cl/biblio/revista_academia/09/La%20Reforma%20Procesal%20Penal%20Chilena/Reformaprocesalpenalmodernizacion.pdf).*

sona imputada por un delito, quedando ella sometida, dentro de un determinado plazo, al cumplimiento de un conjunto de condiciones, impuestas por el juez de garantía, al término del cual —si son cumplidas estas condiciones de forma satisfactoria— se extingue la acción penal y si no lo son, o bien se vuelve a imputarle un nuevo delito, se revoca la medida reiniciándose la persecución penal.

Como hemos dicho antes, el nuevo sistema penal constitucional consagra, ante la ocurrencia de delitos, respuestas distintas o alternativas al proceso judicial, a la sentencia y a la pena. Lo importante, según la actual regulación, no es castigar, sino resolver el conflicto social que subyace a los delitos y dar soluciones satisfactorias a las necesidades de integración social que manifiestan los ofensores con su conducta y a quienes sufrieron daños por la comisión de aquellos. Esta finalidad del sistema penal, que debe impregnar el diseño y funcionamiento de todos los mecanismos procesales que operan dentro del mismo, se concreta aceptando la quiebra, como escribe Bovino, del principio de obligatoriedad de la persecución penal, es decir, decidiendo excepcionar el deber estatal de perseguir todos los delitos y otorgando al Ministerio Público diversas facultades, entre ellas la de solicitar al juez no continuar con un proceso cuando se trata de hechos que no revisten mayor gravedad ni trascendencia social. La aplicación de este instrumento implica la renuncia al juicio, a la imposición de penas en supuestos concretos y bajo ciertos requisitos o condiciones y a la cárcel como respuesta a la comisión de ilícitos, poniendo a la persecución penal al servicio de los fines de la justicia penal.

Mediante la suspensión condicional del proceso, el Ministerio Público podrá contribuir a realizar los siguientes objetivos:<sup>105</sup> a) evitar la eventual imposición de una sanción punitiva al imputado y, con ella, su estigmatización; b) atender los intereses

<sup>105</sup> He analizado este mecanismo en Vasconcelos Méndez, Rubén, “La suspensión del proceso penal a prueba”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 28, 2009, pp. 123 y ss.

de la víctima a quien se le reparará el daño causado; *c*) racionalizar la intervención de la justicia penal y lograr, evitando el trámite del proceso, el ahorro de recursos estatales, la descongestión o descarga de casos tramitados y la concentración de los órganos del sistema penal en la persecución y juzgamiento de los delitos más graves, y *d*) producir efectos preventivos especiales sobre el presunto infractor para hacer posible el fin de la reinserción social.<sup>106</sup>

Los objetivos relacionados con evitar producir un proceso de criminalización secundaria y el consecuente etiquetamiento o estigmatización del imputado<sup>107</sup> y propiciar y promover su resocialización y, con ello, otorgar al sistema la posibilidad de controlar la comisión de delitos, me parece que deben guiar la aplicación de este mecanismo. Desde esta perspectiva, la suspensión del proceso se ha consagrado en el ordenamiento jurídico porque se considera que su instrumentación coadyuvará a realizar el programa penal de la Constitución que busca cumplir el fin de la reinserción social sin tener que dictar una sentencia, atender los intereses de la víctima que, desde la nueva regulación constitucional, se vuelven prioritarios, y beneficiar al imputado sustrayéndolo del proceso judicial y evitando su contacto con la cárcel.

Según lo dispuesto por el Código Nacional, este mecanismo procede en los casos en que el auto de vinculación a proceso se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años; no exista oposición fundada de la víctima u ofendido, y el imputado en forma previa no haya incumplido con una medida similar. Cuando concurren estas circunstancias se considera más conveniente para el imputado y para lograr los fines de reinserción social del sistema, no sujetarlo a juicio y al riesgo de una eventual sentencia, suspender el proceso, procurar la reparación del daño causado y someter al

<sup>106</sup> Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal...*, cit., p. 4.

<sup>107</sup> Houed V., Mario, *Los procesos alternativos*, República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2005, p. 39.

acusado a algunas condiciones que, una vez cumplidas, den por terminada la acción penal estatal.

El sistema busca, con este mecanismo, dar una segunda oportunidad al infractor en caso de que cometa un delito menor, propiciar que se percate del daño que causó, asegurar su reinserción a la sociedad sometiéndolo a ciertas condiciones de tipo correctivo en vez de estigmatizarlo con una pena impuesta mediante una sentencia, evitando, además, los efectos negativos de la misma y dar una respuesta diferente a las conductas de personas que pertenecen a los sectores sociales desprotegidos, principales sujetos del sistema penal.<sup>108</sup> En estas reglas se encuentra la potencialidad de este instituto. Por ello es importante considerar las reglas de conducta que se han regulado en el Código Nacional (artículo 195): residir en un lugar determinado; frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas; abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas; participar en programas especiales para la prevención y el tratamiento de adicciones; aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el juez de control; prestar servicio social a favor del Estado o de instituciones de beneficencia pública; someterse a tratamiento médico o psicológico, de preferencia en instituciones públicas; tener un trabajo o empleo, o adquirir, en el plazo que el juez de control determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia; someterse a la vigilancia que determine el juez de control; no poseer ni portar armas; no conducir vehículos; abstenerse de viajar al extranjero; cumplir con los deberes de deudor alimentario, y cualquier otra condición que, a juicio del juez de control, logre una efectiva tutela de los derechos de la víctima.

<sup>108</sup> En esto insiste Vitale, Gustavo L., *La suspensión del proceso penal a prueba*, 2a. ed., Argentina, Editores del Puerto, 2004, p. 30. Dice este autor que este instituto propicia que la sociedad vea “incrementadas las chances de integración comunitaria de las personas sometidas a proceso penal y, con ello, encontrará resueltos ciertos conflictos de una mejor manera”. *Op. cit.*, p. 49.

Hay que apreciar que muchas de estas condiciones pueden ser cumplidas con el apoyo de la sociedad o bajo la supervisión de la comunidad, lo que es acorde con sus objetivos de prevención especial. Además, el Código establece que para fijar las condiciones, el juez de control podrá disponer que el imputado sea sometido a una evaluación previa con lo que se abre paso a la posibilidad de considerar, al imponer las reglas de conducta, y con el objeto de lograr objetivos de integración social, las circunstancias y condiciones personales y sociales de los imputados. Este instrumento procesal hace visible que el nuevo sistema presupone que no es mediante la intervención del sistema penal como se van a resolver los problemas derivados de la comisión de delitos y que las penas tienen efectos negativos sobre las personas y, más aún, sobre aquellos que viven en situación de desventaja.<sup>109</sup>

Se han incorporado también en el Código Nacional los denominados acuerdos reparatorios que incluyen la posibilidad de aplicar en un gran número de casos la justicia restaurativa y todos los instrumentos que esta comprende: conciliación, mediación, mesas de diálogo, etcétera.

Como se sabe, estos son métodos o formas de respuesta a los delitos mediante los cuales la víctima y el imputado, y todos los afectados por su comisión, con plena información sobre la naturaleza del procedimiento y sus derechos, buscan una solución al conflicto suscitado por aquel. El presupuesto es la voluntad de cooperación y el libre consentimiento de todos los intervinientes de participar en la solución del conflicto. Adviértase que son los individuos y la

<sup>109</sup> Como escribe Baratta, el principio de proporcionalidad concreta, guía de la ley penal, debe tener en cuenta su aplicabilidad a sujetos provenientes de diversos estratos sociales. “De ello deriva la exigencia de introducir, por razones de justicia, en el reglamento de las sanciones y los beneficios, criterios dirigidos a compensar y limitar las desigualdades de los efectos de la pena en los condenados y en su ambiente social, como, por ejemplo, la suspensión condicional, la semilibertad, la libertad condicional y las medidas alternativas”. Baratta, Alessandro, “Principio de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en *Criminología y sistema penal*, Argentina, Editorial B de f, 2004, p. 312.

comunidad, y no el Estado, a quienes se consideran perjudicados por el delito. Los resultados del proceso, que deben ser siempre razonables y proporcionales y contar con el acuerdo de las partes, pueden ser diversos y podemos agruparlos en dos vertientes generales: primero, la restitución de los daños causados a la víctima, que “reaparece” como sujeto central del procedimiento, y segundo, la fijación de responsabilidades para el delincuente, provocando que este se dé cuenta del daño ocasionado y de las consecuencias perjudiciales de su conducta tanto para la víctima como para la sociedad. Hay otros efectos más generales producidos por estos instrumentos restaurativos, como su contribución a la prevención del delito, a la eliminación de la reiterancia o reincidencia delictiva y la rehabilitación del ofensor.

Estos métodos tienden a propiciar la colaboración y participación social en la búsqueda de soluciones adecuadas a los casos (de esta forma se incluye a la ciudadanía como factor activo en la administración de justicia) y al resarcimiento de las fracturas provocadas en las relaciones entre las personas por la comisión de delitos. Asimismo, excluyen por completo la posibilidad de privar de libertad al ofensor y, por tanto, de utilizar las instituciones carcelarias, por ello parece adecuado incluirlos dentro del paradigma del derecho penal mínimo.

La inclusión de la justicia restaurativa dentro del sistema de justicia penal implica el replanteamiento de sus fundamentos. Se pasa, como se ha dicho reiteradamente, de una justicia retributiva que contempla el castigo como la solución principal a los conflictos sociales, a un sistema de justicia donde lo importante ante estos casos es llegar a soluciones eficaces, apropiadas y oportunas. El núcleo de esta concepción es la idea de que el proceso penal no es la única ni la mejor vía para resolver los conflictos sociales, lo que hace preciso racionalizar la administración de justicia y desterrar cualquier intento de panjudicialismo.

Para el sistema, la justicia restaurativa implica reconocer la capacidad de los sujetos de resolver los conflictos en que estén inmersos. La reforma constitucional penal tiene que ser vista,



desde aquí, como el fortalecimiento de la autonomía personal y, en virtud de ello, el Estado devuelve a las personas la resolución de sus conflictos. Este y su aparato no desaparecen, permanecen como mecanismos posibilitadores de este programa y, en su caso, como instancia subsidiaria de intervención.

Por ello podemos decir que este cambio de paradigma también conlleva, indefectiblemente, la necesidad de andar por las vías de una nueva cultura jurídico penal, que tenga como objetivo y medidas principales la búsqueda de acuerdos y la plena asunción de responsabilidades.

Con estos mecanismos procesales, el Ministerio Público adquiere, como advierte Duce, la llave de entrada al sistema y, por tanto, amplias facultades para decidir sobre la persecución penal. El objetivo de las normas constitucionales es atribuirle la responsabilidad de ser el órgano encargado de planear y ejecutar la política criminal del Estado,<sup>110</sup> misma que establecerá los objetivos de sus funciones y condicionará y definirá sus estrategias de persecución. Esta política criminal, según puede deducirse de las directrices que inspiran la reforma, debe basarse en el principio de intervención mínima de los órganos de la justicia penal y se realizará, precisamente, a través de instrumentos de racionalización que le permitirán controlar la carga de trabajo<sup>111</sup> y seleccionar o priorizar los delitos o casos a investigar, lo que tendrá que reflejarse en mayor eficiencia y calidad de sus

<sup>110</sup> La política criminal la fija el Estado a través del Poder Legislativo, el Ministerio Público fija los criterios de actuación de dicha política criminal, es decir, criterios de orientación derivados de las normas contenidas en la Constitución y en la Ley. Piedrabuena Richard, Guillermo, “Atribuciones de los fiscales en la nueva instrucción”, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, núm. 2, 2000, p. 286.

<sup>111</sup> Como escribe Binder: “si un programa de reforma de la justicia penal (o un Código Procesal Penal) no incluye una clara y firme política de control de la sobrecarga de trabajo y de duración del proceso, corre grandes peligros de fracasar en los restantes objetivos políticos”. Binder, Alberto, “Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal”, en *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 139.

actividades y en la descarga de trabajo del sistema de justicia. Incluidos ineludiblemente entre los principios guías de esta política estarán, como lo hemos señalado antes, los intereses de la víctima y el fin de composición de conflictos sociales que tiene el proceso.

Por todo lo anterior, podemos asegurar que estas normas fijan la nueva posición institucional del Ministerio Público. La reconcepción del fin del proceso penal cambia el papel y las funciones de aquel en el mismo. Su actividad se concentrará, en gran medida, en la búsqueda de soluciones a los conflictos generados por los delitos.<sup>112</sup> En palabras de Binder, de “gestor de castigo” se convierte en “gestor de paz”. Pero la introducción de estas funciones también provoca que el Ministerio Público sea no solo ejecutor de la política criminal del Estado, sino uno de los entes que la definan basándose en ciertos principios. Con los instrumentos que la Constitución pone en sus manos y el renovado papel que se le atribuye, está en posibilidad de “convertirse en un agente positivo de la mínima intervención”, en “exponente institucional de *una política de reducción del derecho penal*”<sup>113</sup> y, de esta forma, contribuir en la realización del nuevo programa constitucional que pugna por reducir las reacciones violentas frente a los delitos.

Todo lo anterior nos permite constatar que los mecanismos incluidos en la nueva regulación procesal forman parte de un programa ideológico guiado por dos principios que orientan la organización de la convivencia social: primero, el reconocimiento de que los sujetos destinatarios de las normas son entes autónomos,

<sup>112</sup> Me parece importante citar el artículo 7o. de la Ley Orgánica del Ministerio Público de Bolivia: “Solución del conflicto. El Ministerio Público buscará prioritariamente, dentro del marco de la legalidad, la solución del conflicto penal, mediante la aplicación de los criterios de oportunidad y demás alternativas previstas en el Código de Procedimiento Penal. Asimismo, promoverá la paz social privilegiando la persecución de los hechos punibles que afecten gravemente el interés público”.

<sup>113</sup> Rusconi, Maximiliano A., “Luces y sombras en la relación...”, *cit.*, p. 55.

capaces de razonar y darse cuenta de las consecuencias de sus conductas y susceptibles de ser disuadidos para modificarla, en caso de que causen daños, y segundo, la mejor estrategia para evitar la criminalización es la inclusión y no la exclusión de las personas de la comunidad, lo que implica, a su vez, aceptar la importancia de que estas permanezcan en el contexto social y cultural del que provienen. Ambas reglas suponen que, como escribe Rodríguez Fernández, la sociedad sienta que la víctima y el autor del delito son parte de ella. Este es el parámetro a través del cual el nuevo sistema de justicia penal pretende cumplir con sus fines. Así, “eficacia significa tener la capacidad de contribuir al control de la criminalidad con el menor contenido de violencia posible”.<sup>114</sup>

Al implementar estas instituciones no podemos dejar de considerar, para su regulación adecuada y evitar generar consecuencias diversas y hasta contrarias a las que se busca, algunas cuestiones importantes relacionadas con su naturaleza y finalidades. La imposición de medidas, como sanciones o dentro del proceso, no puede ser apreciada como algo benéfico, bueno o positivo para los sujetos acreedores a las mismas. Su aplicación, cuyo dictado proviene de órganos judiciales, es un mal y no un bien, un reproche de la sociedad por la realización de una conducta ilícita.<sup>115</sup> Su principal objetivo es generar responsabilidad en quien se imponen. Por ello hay que ser enfáticos en afirmar que su consagración no es expresión de una especie de “populismo compasional” o la adopción de un tipo de presunción de victimización a favor de ciertos grupos de personas que hace automática su salida del sistema penal.

Solo concibiendo de esta manera la naturaleza de las medidas podremos evitar tres consecuencias indeseables: primero, que se

<sup>114</sup> Binder, Alberto, *Tensiones político-criminales en el proceso penal*, <http://hhermoza0.googlepages.com/Tensionespolitico-criminalesenelproce.pdf>.

<sup>115</sup> Como escribe Pastor: “todo lo que es penal, por el hecho de ser necesario, no deja de ser un mal”. Pastor, Daniel R., *La deriva neopunitivista de organismos y activistas...*, cit.

impongan por cualquier conducta, aun cuando no fueren necesarias, extendiéndose a través de ellas los controles del sistema sobre ciertos grupos sociales (efecto “ampliación de la red”). Segundo, que su imposición y aplicación sea arbitraria, exenta de controles jurídicos, resultando más perjudiciales que la propia cárcel. De ninguna forma se pueden reducir o flexibilizar los mecanismos de control al regularse e imponerse estas medidas, al contrario, estos deben confeccionarse de tal manera que fácilmente se detecten abusos y se sancionen.<sup>116</sup> Como escribe Baratta:

...el principio de preservación de las garantías formales exige que, en caso de desplazamiento de los conflictos fuera del campo de la intervención penal hacia otras áreas del control social institucional o comunitario, la posición de los sujetos no sea reconducida a un régimen de menores garantías respecto de aquel formalmente previsto por el derecho penal.<sup>117</sup>

Tercero, que los operadores jurídicos utilicen estas nuevas facultades para deshacerse de asuntos con el pretexto de la descongestión de las instituciones de justicia generando impunidad y, con ella, inseguridad e insatisfacción social. No podemos correr el riesgo, del que nos alerta Gonzalo Vargas, de hacer que la nueva justicia penal se vuelva, a través de sus instrumentos procesales, una puerta giratoria. Si fuera así, el sistema repetiría las contradicciones que se tratan de eliminar. Antes, dice el autor citado, la opinión pública se refería a la “puerta giratoria” cuando se conocían casos de personas detenidas por la policía y liberadas por los jueces después de algunos días, semanas o incluso meses, sin haber recibido condena ni sentencia absolutoria. La reforma procesal penal no puede

<sup>116</sup> Freedman, Diego, *Los miedos de los penalistas. Algunos comentarios a Mano Dura sobre el castigo*, [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica08.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica08.pdf).

<sup>117</sup> Baratta, Alessandro, *Principios de derecho penal mínimo...*, cit., p. 326.

transformarse en una “puerta giratoria” más sofisticada, en la que la persona es detenida, enjuiciada y condenada, y poco después protagoniza un nuevo delito, no porque el juez le dé la libertad, sino porque “la respuesta penal no fue la adecuada”.<sup>118</sup>

Es preciso decir, también, que todos estos mecanismos exigen una cuidadosa implementación, requieren una orientación adecuada al momento de proceder a su desarrollo y demandan el diseño riguroso de los programas que prometen.<sup>119</sup> No en su consagración jurídica, sino en su implementación, diseño, desarrollo y efectiva aplicación está la posibilidad de que cumplan con los objetivos que se proponen. Sus efectos positivos están confiados a su correcta aplicación.<sup>120</sup> Por ello es necesario dotar de recursos a las instituciones encargadas de su ejecución. De nada servirá tener estos mecanismos procesales si no están acompañados por los instrumentos adecuados para su puesta en funcionamiento. Al contrario de lo que en algunos sectores se ha señalado, los recursos que se necesitan no son más cuantiosos que los que ahora se ocupan para investigar, procesar y sen-

<sup>118</sup> Vargas, Gonzalo, en su participación en el Seminario “Seguridad ciudadana y reforma procesal penal”, [http://www.pazciudadana.cl/upload/areas\\_info\\_rpp/RPP\\_20071002124105.pdf](http://www.pazciudadana.cl/upload/areas_info_rpp/RPP_20071002124105.pdf).

<sup>119</sup> Como escribe Bovino, para la suspensión del proceso a prueba, el control de su ejecución “es uno de los aspectos esenciales de los que depende que, en la práctica, el mecanismo funcione adecuadamente y resulte capaz de cumplir con las finalidades que se le atribuyen”. Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento...*, cit., p. 202.

<sup>120</sup> Dice Zepeda: “dada la importancia cuantitativa y cualitativa de los mecanismos alternos al juicio oral es del mayor interés vigilar la instrumentación legal y práctica de estos mecanismos, pues de la información, asesoría y apoyo a la víctima en defensa de sus intereses, así como de la transparencia, imparcialidad y equidad del procedimiento (en un país con tantas desigualdades como el nuestro, en el que los más pobres son los usuarios del sistema más numerosos), dependen la eficacia y efectividad de las salidas alternas (restaurar el orden social, reparar el daño de la víctima y sancionar las conductas ilícitas) y la legitimidad de todo el sistema penal”. Zepeda Lecuona, Guillermo, *La reforma constitucional en materia penal de junio de 2008*, <http://www.cidac.org/vnm/pdf/pdf/La%20reforma2008.pdf>.

tenciar a los inculpados. Entre sus ventajas están, precisamente, generar economías,

...no sólo por lo que evitará en materia de comisión de delitos (el delito tiene un costo social significativo, económica y moralmente) sino por lo reducido de los aportes presupuestarios a los patronatos respecto de las necesidades de los establecimientos penitenciarios. Además existirá un gran ahorro de actividad jurisdiccional e incluso policial.<sup>121</sup>

<sup>121</sup> Así se manifestó la Federación Argentina de Instituciones Post-Penitenciarias, opiniones que están reproducidas en Vitale, Gustavo L., *La suspensión del proceso...*, *cit.*, p. 350.