

LA JUSTICIA PENAL QUE VIENE. EL CASO BAJA CALIFORNIA

Candelaria PELAYO

Daniel SOLORIO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Del uso del lenguaje en el nuevo sistema*. III. *De los medios alternativos de solución de conflictos*. IV. *De los jueces del nuevo sistema*. V. *De los criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal (79-82)*. VI. *Presunción de inocencia y prisión preventiva (artículo 5o.)*. VII. *Las nuevas facultades de los agentes policiacos (artículo 112)*. VIII. *Nuestro modelo frente a la Constitución nacional*. IX. *Sobre la asimilación cultural del nuevo sistema*. X. *Comentarios finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Baja California tiene el dudoso mérito de haberse adelantado a la reforma de junio de 2008 practicada a la Constitución nacional.

En 19 de octubre de 2007, el P. O. de Baja California publicó un nuevo Código de Procedimientos Penales cuya aplicación fue programada sucesivamente. Para el municipio de Mexicali sería aplicado a partir del 1o. de febrero de 2009; después fue postergada para el 1o. de febrero de 2010. Aún no hay certeza de que esa última fecha sea respetada. Los programas de capacitación de funcionarios públicos están llevándose a cabo con prisa inusitada, pero hay rumores de un nuevo aplazamiento.

Adicionalmente fue puesta en vigor una novedosa Ley de Justicia Alternativa cuya vigencia ha operado desde el 19 de abril de 2009.

La aplicación de estos ordenamientos ha requerido modificar múltiples ordenamientos: “las leyes que regulen la competencia y estructura de los órganos judiciales, de la Defensoría de Oficio, del Ministerio Público, de los cuerpos de seguridad pública, así como la legislación penitenciaria, y en general, toda la que sea necesaria para su implementación”, según prevé el artículo séptimo transitorio del nuevo código.

* Profesores de la Universidad Autónoma de Baja California.

II. DEL USO DEL LENGUAJE EN EL NUEVO SISTEMA

Un sinnúmero de preceptos del nuevo Código de Procedimientos Penales revelan un lenguaje confuso; por ejemplo, el párrafo tercero del artículo 66 que prevé la posibilidad de que un juez al que denomina “juez de garantía” en suplencia del procesado (“imputado”, le nombra esta ley) carente de recursos económicos, provea lo necesario para el desahogo de la prueba pericial. Pero la redacción es desafortunada al autorizar que el perito sea nombrado por “cualquier institución o universidad pública (*sic*) previo convenio” lo que implica autorizar que el juez delegue en terceros, simples particulares, una facultad judicial indelegable, de cuyo prudente ejercicio depende el esclarecimiento de la verdad histórica que deberá ser juzgada. El nombramiento de un perito dependerá de una persona no controlada por el juez, sino por terceros ajenos al proceso. ¿Cómo ejercerá el juez su facultad superior de valorar la idoneidad del perito?

Múltiples preceptos contienen disposiciones que por innecesarias no siempre resultarán irrelevantes; pudieran provocar consecuencias inesperadas e indeseables. Veamos algunos ejemplos:

Según el artículo 68, “Los defensores no pueden ser condenados a pagar gastos procesales” lo que resulta muy desconcertante porque no es fácil entender su *ratio legis*. En México no hay precedentes ni experiencia en imponer los gastos de juicio a los defensores. No se entiende qué es lo que motivó al legislador para establecer esta prevención.

El párrafo segundo del artículo 169 prohíbe al juez “desnaturalizar la finalidad de las medidas cautelares” e “imponer otras más graves que las solicitadas o cuyo cumplimiento resulte imposible”. Esta prohibición constituye una evidente perogrullada. No tiene sentido prohibir que los jueces ordenen la realización de cosas imposibles.

Según el artículo 107, “El Ministerio Público tiene en todo momento el deber de obrar durante todo el proceso con absoluta objetividad”, y a continuación intenta definir la objetividad como “la obligación de informar con veracidad y no ocultar información”. Esta norma olvida que por su propia naturaleza el Ministerio Público tradicionalmente ha sido

considerado una institución de buena fe, por lo que es redundante decirle que deberá conducirse con objetividad. Esta es inherente a la existencia misma de la institución.

Se introduce repetidamente la expresión *derechos fundamentales* que si bien ya empieza a ser conocida en la doctrina, todavía no tiene una connotación precisa en nuestro discurso jurídico, habituado a hablar de “garantías individuales”.

Sin causa justificada —al menos en apariencia— se utiliza un lenguaje poco conocido en el foro: en lugar de los clásicos conceptos *acusado*, *indiciado* o *procesado* se usa el término *imputado*; en lugar del concepto clásico *auto de formal prisión* se utiliza el extraño concepto *auto de vinculación a proceso*, etcétera, lo que no deberíamos aceptar sin cuestionamientos. Este lenguaje provocará problemas de asimilación por parte de los operadores del sistema.

No es legítimo oponerse al cambio sustancialmente justificado, pero sí debemos exigir una justificación válida para el cambio de un instrumento tan importante como el lenguaje mismo. Debemos rechazar el cambio, que no tiene más explicación que el mero esnobismo.

Basten, por ahora, estos ejemplos; existen, no obstante, muchos otros preceptos que incurren en graves deficiencias gramaticales; cualquier abogado con mediana experiencia sabe que la imprecisión lingüística en la redacción de la ley, destinada a sufrir las presiones propias de toda materia litigiosa, es un pecado capital: encierra el peligro de indeseadas interpretaciones de todo tipo.

III. DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Se crea un novedoso Centro Estatal de Justicia Alternativa que tiene por objeto declarado aliviar la enorme carga litigiosa del Poder Judicial. Para ese efecto, autoriza la mediación y conciliación en materia penal, restringida (por supuesto) a los delitos de poca monta. Sabiendo que nuestra cultura es poco proclive al arreglo voluntario de las controversias, todavía es impredecible el futuro de esta nueva institución.

La experiencia de nuestro sistema judicial revelaría que la idiosincrasia de los mexicanos favorece muy poco la autocomposición, de ahí que hayan tenido tanto auge los medios heterocompositivos por la vía judicial cuyo resultado es la saturación de los tribunales. No será fácil convencer a las partes litigantes de que les conviene un arreglo que también favorezca a su contrario, con quien suelen tener diferencias no sólo de carácter patrimonial sino también de tipo emocional.

Adicionalmente, el código adopta el principio de justicia restaurativa y autoriza que el Ministerio Público utilice la negociación, la mediación y la conciliación tanto en la etapa de investigación como en la etapa judicial propiamente dicha (artículo 22).

Este sistema de justicia alternativa fácilmente puede degenerar en una serie de prácticas que propicien la corrupción; sus disposiciones, aunadas a nuestra añeja cultura proclive a la corrupción en los sistemas de justicia, fácilmente puede dislocarse y hacer que todo se vuelva negociable; que sólo el que no tenga dinero “para negociar” pase por un proceso penal. Estas nuevas instituciones requieren observación cuidadosa y una amplia reflexión sobre lo esencial del derecho penal, cuyo objeto principal no ha sido, ni debe ser, la satisfacción de los intereses del ofendido, sino salvaguardar la paz social y los intereses de la sociedad.

Un conjunto de normas propiciatorias de que ofendidos e “imputados” convengan discrecionalmente la solución de los casos penales debería venir acompañada de una revisión completa del Código Penal. Dar a este ordenamiento una buena sacudida, y dejar en el catálogo de delitos únicamente las conductas que atentan severamente contra los intereses colectivos. Habría que eliminar de ese elenco las conductas que no merecen tratamiento penal, para que de ellas se ocupe otra rama del derecho. De esta manera, la justicia “alternativa” (la otra justicia) únicamente operaría respecto de controversias de contenido ajeno al derecho penal. Así podría dejarse claro que en materia penal lo único sujeto a estos medios alternativos es la reparación del daño, pero nunca la consumación o no del delito. El ejercicio de la acción penal invariablemente tendría que ser considerada de orden público.

Conviene recordar que la persecución de los delitos y la acción penal tienen como propósito principal suprimir la venganza privada; los

delitos no sólo dañan a los ofendidos, y las víctimas además dañan el tejido social y perjudican la convivencia armónica de la comunidad en su conjunto.¹

IV. DE LOS JUECES DEL NUEVO SISTEMA

El nuevo sistema hará que el procesado pase por un sistema de *jueces de garantía*, responsables de la fase de instrucción (*pueden ser diversas personas durante el proceso*), y que finalmente sea juzgado por tres *jueces orales distintos de aquéllos*. Bajo este esquema tendremos que preguntar si el principio de inmediación procesal —tan apreciado por los iuspenalistas— sigue siendo relevante o dejó de serlo a partir de este modelo que despersonaliza la jurisdicción, no obstante que erige a la inmediación procesal en uno de sus postulados expresamente declarados. La inmediación queda declarada expresamente y negada implícitamente.

Contra lo ya dicho, los partidarios del nuevo sistema sostienen que el principio de inmediatez será respetado a cabalidad. Afirman que todas las pruebas serán recibidas en una audiencia pública, y que ahí mismo los tres jueces resolverán sobre el fondo del proceso. A querer o no, este alegato confirma el abandono de la inmediatez. Esto es así porque esos tres jueces tendrán contacto por primera vez con el procesado en el momento de la audiencia. Ahí tendrán contacto también con los testigos y los demás protagonistas. No habrá tiempo para que puedan procesar en su fuero interno el valor de la información que recaben en la audiencia. En ese mismo acto tendrán que fallar en definitiva sobre una serie de hechos y personas desconocidos hasta unas horas antes. Para ese momento, los jueces de garantía habrán quedado atrás, sin intervención alguna en la decisión final.

V. DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL (79-82)

Tradicionalmente, el Ministerio Público ha tenido el deber jurídico de ejercitar la acción penal una vez que ha encontrado elementos su-

¹ Andrade Sánchez, Eduardo, “Privatización de la justicia”, *La Voz de la Frontera*, 21 de marzo de 2008.

ficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. Este modelo ha sido alterado porque el nuevo Código faculta al Ministerio Público para no hacerlo cuando se trate de un “hecho socialmente insignificante o de mínima o exigua culpabilidad” o cuando la pena o medida de seguridad “carezca de importancia” lo que revela el reconocimiento legislativo de que tenemos un Código Penal inflado, que indebidamente ha convertido en delito una serie de conductas que no lo ameritan.

¿Por qué continuamos considerando delitos esas conductas socialmente insignificantes, de mínima o exigua culpabilidad o que carecen de importancia?

Esos conceptos revelan que se tratará de hechos que ni siquiera tendrían que ocupar el tiempo de ministerios públicos.

VI. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRISIÓN PREVENTIVA (ARTÍCULO 50.)

Aunque la letra del código convierte en norma jurídica el principio de inocencia al disponer que “el imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad (*sic*) por sentencia firme” esa declaratoria no es congruente con otras disposiciones relativas a la prisión preventiva.

En efecto, en materia de prisión preventiva, el nuevo código no introduce modificaciones sustanciales. Mantiene la tradicional regla de que todo procesado vivirá su proceso en prisión. Esa regla vigente desde hace muchos años, y ya tan cuestionada por la doctrina nacional y europea de los derechos fundamentales se mantiene inalterada. El nuevo código sólo reconoce dos excepciones:

Las personas procesadas por delitos que tengan pena alternativa no vivirán su proceso en prisión. Esto no significa cambio alguno; así ha sido tradicionalmente.

Los que tengan derecho a la libertad provisional bajo caución y dinero suficiente para pagar por esa libertad. Tampoco en este punto hay cambios.

La única innovación del nuevo código es que habrá más delitos que darán lugar a la libertad caucional. Esto es así porque habrá me-

nos delitos que por ser considerados “graves” no alcancen libertad bajo caución.

La única consecuencia es que habrá más gente pagando por su libertad. Sin importar que se trate de una libertad a la que tienen derecho pleno, porque la ley les considera inocentes mientras no hayan sido declarados responsables por sentencia ejecutoriada.

Así, el nuevo sistema no reduce la prisión preventiva; sólo acrecienta las posibilidades recaudatorias del Poder Judicial. Ampliar el catálogo de delitos que admiten la libertad bajo caución traerá muchas ganancias económicas al Fondo Auxiliar para la Administración de Justicia.

Esto pone en un grave predicamento a la vieja tesis de la gratuidad de la administración de justicia. Al menos en apariencia resulta contravenida: si yo tengo que pagar por estar en libertad, a pesar de que se me presume inocente, no se entiende la *ratio legis* del sistema.

El nuevo sistema será aplicado a una población sabedora del desprestigio de nuestro sistema carcelario. Pocas cosas ejercen tanta presión sobre las personas como el temor a ser encarcelado y/o permanecer en prisión. La necesidad de ser excarcelado o excarcelar a un ser querido introduce a las personas en una apremiante necesidad de conseguir dinero por cualquier medio. El pueblo pobre venderá cuanto tenga a la mano y se despojará de todo con tal de que sus seres queridos no estén metidos en prisión. Y esto a pesar de que se les presume inocentes. Ironías del nuevo sistema.

Señaladamente, el nuevo código desdeña el principio de inocencia en su vertiente conectada de manera íntima con la prisión preventiva. Incurre así en una notoria violación a los derechos fundamentales que el mismo código pregona insistentemente. Recordemos aquí a Perfecto Andrés Ibáñez, juez del Supremo Tribunal Español, quien afirma: el principio de presunción de inocencia proscribiera cualquier forma de anticipación de la pena y obliga a plantearse la cuestión de la legitimidad de la prisión provisional.²

² “Garantías del imputado en el proceso penal”, *Revista Mexicana de Justicia*, UNAM-CNTSJEUM, julio-diciembre de 2005, p. 10.

VII. LAS NUEVAS FACULTADES DE LOS AGENTES POLICIACOS (ARTÍCULO 112)

Haciendo caso omiso de la fama de abusos y atropellos que mercedamente ha rodeado por años y años a nuestros cuerpos policiacos, bajo el nuevo modelo los policías adquieren un poder muy preocupante. Comparten con el Ministerio Público la facultad de investigación y persecución de los delitos. Aunque aparentemente los policías operarán bajo el mando de aquél, tienen no obstante facultades propias, para ejercerlas autónomamente. Podrán:

Recibir noticias de los hechos... y recopilar información... registrarla... prestar el auxilio que requieran las víctimas u ofendidos y proteger a los testigos... aplicar los protocolos o disposiciones especiales que emita la PGJE... cuidar los rastros e instrumentos del delito... entrevistar a los testigos o peritos... practicar las diligencias para individualizar a los autores y partícipes del hecho... reunir la información de urgencia que pueda ser útil al Ministerio Público (*sic*).

Estas diligencias practicadas por la policía tendrán valor probatorio en el proceso. Si bien es deseable tener cuerpos policiacos confiables y apreciados por la población, nuestra realidad es otra. La población tendrá que lidiar con policías que ejercerán un poder real, traducido en consecuencias jurídicas que le pueden afectar severamente. ¿Creen acaso los partidarios del nuevo sistema que un decreto legislativo puede convertir a nuestros deteriorados cuerpos policiacos en un *Scotland Yard*? (suponiendo que *Scotland Yard* fuera confiable, desde luego).

VIII. NUESTRO MODELO FRENTE A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La acción penal privada. El hecho de que Baja California se haya adelantado a la reforma federal provocará algunas asimetrías con los nuevos artículos 16 al 22, 73, 115 y 123 de la Constitución nacional. Aquí habremos de referirnos únicamente a una novedosa institución: la acción penal privada./ La reforma a la Constitución nacional, publicada en junio de 2008, modificó el artículo 21 y abrió la posibilidad de que los

particulares ejerciten la acción penal ante la autoridad judicial. Y aunque esta figura tiene antecedentes en el antiguo derecho mexicano, planteada en esta época resulta toda una novedad. Rompe con el tradicional sistema de monopolio de la acción penal por el Ministerio Público. Y en virtud de que el código bajacaliforniano es anterior a la reforma federal, no se pronunció al respecto. Al parecer se está cocinando una reforma al virginal código materia de esta ponencia. Ignoramos si esa reforma abordará este punto. Ojalá lo haga con acierto.

El nuevo sistema abre muchas dudas respecto de la manera en que serán cumplidas las tradicionales garantías constitucionales de seguridad jurídica, mandamiento escrito, fundamentación, motivación, autoridad competente, etcétera.

La relación con el juicio de amparo requerirá una gran dosis de innovación por parte de los jueces federales para justificar la validez de las resoluciones emanadas de los nuevos procesos penales emitidas en audiencias cuyo contenido no conste por escrito, sino acaso en videgrabaciones.

Esto es así porque el nuevo ordenamiento procesal penal autoriza que el registro de las actuaciones procesales no necesariamente conste por escrito sino en medios audiovisuales electrónicos, lo que pone en duda si esos dispositivos resistirán la impugnación de inconstitucionalidad por no constar por escrito y bajo la firma del funcionario que emitió la resolución./ Tratándose de delitos patrimoniales cometidos por miembros de pueblos indígenas en perjuicio de su comunidad o de alguno de los miembros de ésta, se autoriza que sean juzgados por las “autoridades tradicionales” conforme a sus “usos y costumbres,” en cuya hipótesis ya no podrá intervenir la jurisdicción ordinaria. Se prevé la posibilidad de un recurso, pero no es claro ante qué autoridades. Esto puede conducir a situaciones verdaderamente graves, a severas violaciones a los derechos fundamentales.

IX. SOBRE LA ASIMILACIÓN CULTURAL DEL NUEVO SISTEMA

Pocos estarían dispuestos a decir que nuestro tradicional sistema de justicia penal es satisfactorio. Entre los abogados, juristas, profesores

de derecho, y en general, entre los habitantes de este país, parece predominar la idea de que es necesario un cambio profundo, sustancial.

En años recientes se ha generalizado la tesis de que el cambio debe ir por la ruta de la oralidad, desplazando el tradicional sistema de juicios escritos. Sin embargo, aunque en su etapa de proyecto y/o de iniciativa el nuevo código fue sometido a la consideración de diversos foros públicos, tal vez nadie tenga duda de que ese ordenamiento fue concebido y redactado por juristas foráneos, cuyo profundo conocimiento de otras realidades sociales y políticas no hace mengua al hecho visible de que son grandes desconocedores de la realidad bajacaliforniana.

La manera en que llegó este nuevo código a nuestra vida pública deja la percepción de que Baja California, al igual que la mayoría de las entidades federativas que han hecho reformas a su sistema de justicia penal —al parecer con excepción de Coahuila que desarrolló un modelo propio—, para todo cambio trascendente, sigue importando soluciones. Las traemos de cualquiera otro lugar del mundo y pretendemos aplicarlas en nuestro medio. Ese antiquísimo error se está repitiendo entre nosotros. No aprendemos de la experiencia.

Ya sea por la manera en que llegó el nuevo sistema o por nuestras naturales resistencias culturales, costará una buena dosis de esfuerzo asimilar sus novedades.

Tampoco se puede pasar por alto la predecible resistencia que el nuevo sistema pudiera encontrar en el foro bajacaliforniano. Muchos abogados penalistas son beneficiarios del actual. El hecho de que los procesos se prolonguen por varios años suele ser aprovechado, cuando es posible, para justificar el cobro de cuantiosos honorarios.

Si el nuevo sistema funciona adecuadamente —cosa que también podría ocurrir—, los procesos pudieran ser desahogados en plazos breves, lo que afectaría los intereses económicos de los profesionales del derecho que no hayan asimilado las virtudes del sistema.

Entre los funcionarios de nuestro actual sistema de justicia penal y entre los abogados que ejercen ante esos órganos de justicia, se percibe un gran escepticismo. Al menos en apariencia, los poderes públicos de Baja California han hecho uso de cuantiosos recursos económicos para costear los gastos de capacitación de personal y adecuación de

los espacios físicos. Ya se escuchan voces que predicen que la entrada en vigor del nuevo código será postergada por segunda ocasión.

X. COMENTARIOS FINALES

Quedan pendientes temas que en el plano federal ya están en la agenda de la reforma del Estado. Por ejemplo, nuestro nuevo sistema omite absolutamente toda idea que pudiera conducir a lo que ya es una necesidad imperiosa en esta sociedad tan plural: la autonomía del Ministerio Público, la despartidización del titular de la acción penal. Podemos sostener con Andrés Ibáñez:

El principio de presunción de inocencia... busca situar a quienes tienen responsabilidad de establecer una verdad de hecho en materia penal, en una posición de neutralidad, que es la idónea tanto para quien conduce una investigación de manera objetiva, como para el encargado de valorar... la calidad explicativa de las hipótesis que puedan resultar.³

La experiencia mexicana demuestra que mientras el Ministerio Público dependa del poder político, fuertemente influido por las pugnas partidistas, no tendremos la imparcialidad ni la calidad de la justicia deseada.

Estas reflexiones de corte académico no tienen más pretensión que iniciar un debate en torno a esta decisión que han tomado los políticos bajacalifornianos, al margen de los conocedores del sistema de justicia penal. La historia se repite. Pareciera que estamos condenados a vivir el tormento de Sísifo.

³ Andrés Ibáñez, *op. cit.*, nota 2, p. 11.