
¿QUÉ IMPACTO TIENE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LA SEGURIDAD CIUDADANA?

LUIS PÁSARA

La inseguridad ciudadana es un problema de creciente importancia en América Latina. De un lado, objetivamente, los índices delictivos se han empujado; de ello no sólo da fe el mayor número de denuncias sino, sobre todo, las encuestas de victimización, que indagan por el número de delitos del que un grupo familiar ha sido víctima en los últimos 12 meses. De otro lado, la percepción de inseguridad ha crecido aún más, según indican los sondeos de opinión. A esto probablemente contribuyen, además del fenómeno real en sí, la forma en la que los medios de comunicación se ocupan de él, “explotándolo” al máximo, y los términos de la lucha política, que en muchos países se ceba en el tema, utilizándolo como un tópico que toca fibras sensibles del ciudadano y, al convocar la alarma social, puede ser rendidor para gobierno u oposición, según sea el caso. En este terreno, el delito es, a estas alturas, “un tema que puede jugar un rol definitorio en resultados electorales, que construye agenda pública y que se constituye en factor gravitante para la evaluación de la gestión gubernamental”.¹

Los promotores de la reforma procesal penal, iniciada en la región en los años noventa, también recurrieron al tópico de la inseguridad ciudadana, dentro del proceso de marketing de la reforma. La propuesta de un nuevo modelo de enjuiciamiento —que modifica sustancialmente el papel de los actores del proceso, confiriéndole el lugar protagónico al fiscal— ha prometido una lucha más eficaz en contra del delito, como una de las consecuencias derivables del cambio de sistema de persecución y enjuiciamiento. En esa lógica se ha planteado como objetivo del Ministerio Público, que

Dadas las nuevas funciones que ha asumido dicha institución, ella aparece llamada a hacerse cargo de responder algunas de las demandas ciudadanas más importantes de los últimos tiempos, como son, por ejemplo,

la de contribuir a reducir las tasas de criminalidad, o controlar el fenómeno de la corrupción.²

En realidad, el asunto es más complejo. Delincuencia y persecución penal se relacionan de un modo menos directo del que se ha sugerido simplistamente tanto por los políticos como por los promotores de la reforma procesal penal. En rigor, el incremento de la delincuencia y las mutaciones de las formas adoptadas por ésta guardan relación con fenómenos sociales de mayor envergadura. Basta mirar la correlación entre niveles delictivos y desempleo, casi en cualquier país del mundo, para percibir las raíces sociales de la delincuencia. Pero puede avanzarse de manera más específica respecto de ciertos fenómenos delictivos que adoptan determinado cariz en razón de las circunstancias de las que se nutren. Tómese el caso del tráfico de drogas, inexplicable sin el gigantesco hecho del consumo y sin una política que al ilegalizar la comercialización —y en algunos países también el consumo—, no ha abatido ni el consumo ni el tráfico: sólo ha encarecido el precio del producto al tiempo que las estructuras institucionales del Estado resultaban corroídas por la corrupción. O mírese al tráfico de personas, que de manera no del todo silenciosa, victimiza anualmente a millones de personas en el mundo, como consecuencia del afán migratorio desde el sur empobrecido hacia el norte desarrollado —que a su vez corresponde a las enormes diferencias en las respectivas condiciones de vida— y del auge de consumos que, como la prostitución, requiere de inmigrantes irregulares para renovar su oferta.

De allí que proponer una represión más eficaz o más eficiente, como instrumento de combate a la delincuencia, resulte no sólo insuficiente sino también parcialmente engañoso. Cada sociedad genera su delincuencia y cada circunstancia social produce determinadas formas y niveles delictivos. En rigor, éstos no cambian sustancialmente como respuesta a la eficacia represiva, que más bien sirve para robustecer la racionalidad de quienes no delinquen o para inhibir determinadas figuras delictivas. Es claro que si no se sancionara el delito, la sociedad adoptaría rasgos anómicos pero sancionándolo tampoco puede liquidarse el fenómeno delictivo, por eficaz que sea la persecución. Para decirlo con palabras de Ferrajoli: “Obviamente la respuesta penal es necesaria, al menos para evitar las venganzas privadas.

Pero es ilusorio confiarle la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual”.³

Si esto es así, la pregunta pertinente, luego de veinte años de haberse iniciado la puesta en marcha de la reforma procesal penal en América Latina, es ¿qué cambia con ésta? Ciertamente, los índices delictivos no han disminuido en los catorce países de la región que han introducido el sistema acusatorio. Pero, ¿qué ha cambiado?

La pregunta puede ser respondida en términos formales mediante la descripción de los cambios legales propios del paso de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio y, en el centro de ellos, la modificación de los papeles asignados al juez y al fiscal. El primero, que ocupaba la mayor parte del escenario procesal en el sistema inquisitivo, restringe su tarea en el acusatorio a una vigilancia garantista durante la investigación y a la decisión acerca de si se ha probado, a través del juicio oral, el delito y la responsabilidad del acusado. En cambio, el fiscal —que tenía asignado un carácter de segundo plano en el proceso inquisitivo— adquiere en el nuevo proceso un papel central en el que:

- tiene a su cargo la investigación del hecho delictivo;
- usualmente, detenta el monopolio de la acción penal; esto es, sólo él puede llevar un hecho delictivo ante el juez —salvo en aquellos casos donde el interés de la víctima cobra preponderancia—, dando lugar así a la apertura de un proceso; y
- ostenta facultades suficientes para eliminar de la vía procedimental aquellos casos que —por una u otra razón legalmente prevista, pero que el fiscal aplica discrecionalmente— no ofrecen elementos suficientes para ser sometidos a juicio.

Esta redefinición nos conduce a que si, alejándose de la mera descripción legal, se quiere responder en términos factuales la pregunta acerca de qué es lo que ha cambiado, corresponda examinar el desempeño efectivo del representante del Ministerio Público (MP) en el nuevo proceso penal, tarea que aún no se ha desarrollado lo suficiente en los países que adoptaron la reforma.

Para alcanzar algunos elementos de respuesta a la pregunta planteada, encarándola desde el ángulo de la seguridad ciudadana, en este trabajo se tomó algunos indicadores correspondientes a cuatro países latinoamericanos que usan el sistema reformado; dos de ellos se hallan entre aquéllos, pocos en la región, que cuentan con un poder judicial con cierto nivel de reconocimiento. Uno es Costa Rica, que si bien no está entre los primeros que adoptaron la reforma, lleva más de 10 años con ella. El otro es Chile, que habiendo empezado a aplicar progresivamente la reforma en 2001 también tiene diez años de experiencia reformativa y, según la bibliografía disponible sobre el tema, parece haberlo hecho de manera exitosa.⁴ Estos factores otorgan respaldo a la decisión de haberlos escogido como casos estelares a los efectos de examinar lo ocurrido con la reforma procesal penal.⁵ Los otros dos casos son el de Ecuador, una reforma del enjuiciamiento penal que no goza de reconocimiento, y el de Perú, que inició una aplicación progresiva del sistema reformado a mediados de 2006. Los resultados de estos dos casos, que no corresponden al éxito reconocido, servirán de contrapunto a los dos primeros.

Se examinará, primero, la información disponible acerca de lo que ocurre con los casos denunciados y la vía en la que son tramitados por el sistema. Se abordará en seguida los datos acerca de lo que efectivamente se persigue. Se examinará a continuación el problema planteado a la reforma por la habitualidad en el delito. Como resultado del análisis se puntualizará aquellos aspectos en los que la ejecución de la reforma procesal penal afecta a la (in)seguridad ciudadana y se pondrá unas breves conclusiones.

DENUNCIAS Y RESPUESTAS DEL SISTEMA PENAL

El examen de los datos sugiere que lo primero que ocurre, como resultado de la reforma procesal penal, es que el sistema se sincera y admite que la mayor parte de delitos cometidos y denunciados⁶ no son perseguidos. Esta renuncia del sistema a perseguir ocurre al interior del Ministerio Público y esto es así porque, conforme revelan los datos de los cuadros 1 y 2, tanto en Chile como en Costa Rica —y en el resto de la región— sólo una parte menor de los casos se resuelve en sede judicial. Esto es, que la mayoría termina en el Ministerio Público.

Cuadro 1. CHILE: términos aplicados en diez años de la Reforma Procesal Penal (RPP) (hasta 31.12.2010)

Tipo de término	Casos	Porcentaje
Salidas judiciales	2.862.713	33,14
Términos facultativos del Ministerio Público	5.306.144	61,44
Otros términos	467.212	5,42
Total	8.636.069	

Fuente: Ministerio Público, Boletín Anual 2010, tabla n° 30, p.63.

Elaboración propia.

Cuadro 2. COSTA RICA: casos terminados en el Ministerio Público (MP) y por sentencia judicial (1999-2007)

Año	En el MP	Por sentencia judicial
1999	102.441	4.301
2000	120.126	3.887
2001	123.335	4.644
2002	122.700	5.257
2003	132.040	5.735
2004	170.106	6.465
2005	173.016	5.986
2006	171.996	6.487
2007	173.311	6.511
Totales	1.289.071	49.273 (3,82%)

Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

Elaboración propia.

En el caso chileno, cuyas cifras el cuadro 1 presenta acumuladas desde la instauración del nuevo sistema procesal penal hasta finalizar 2010, por cada caso que concluyó ante un juez hubo casi dos que se cerraron en el MP. En el caso costarricense, donde las cifras pueden seguirse anualmente, la proporción de casos con desembocadura judicial es mínima: un caso concluyó ante el juez por cada 26 que se cerraron en el MP, durante el periodo de nueve años que la estadística recoge.

¿Qué ocurre con esa mayoría de casos que, en ambos países, concluyó en el Ministerio Público sin arribar al conocimiento de un juez? La respuesta, para el caso chileno, se halla en el cuadro 3, donde se desagrega las razones por las que esa mayoría de casos ingresados (61,44% del total) concluyó en el MP.

Cuadro 3. CHILE: términos facultativos aplicados en el MP en 10 años de la RPP (hasta 31.12.10)⁷

Archivo provisional	4.037.140	46,74%
Principio de oportunidad	898.824	10,4%
Decisión de no perseverar	223.633	2,58%
Incompetencia	146.547	1,69%

Fuente: Ministerio Público, Boletín Anual 2010, tabla n.º 30, p. 63.

Elaboración propia.

De modo que un porcentaje bastante apreciable de los casos ingresados (46,74%) simplemente se archivaron. No pasó nada con ellos. Y si a éstos se suma aquellos casos en los que el fiscal decidió, una vez abierta la investigación, no seguir adelante y entonces también fueron al archivo (decisión de no perseverar), se roza la mitad del total de casos (49,32%). En esto consiste el sinceramiento del sistema. Es probable —aunque no existen estudios que hayan hecho la comparación— que en esto no se presente mayor diferencia respecto al sistema anterior. Es decir, que el número de casos que pasan al archivo, hoy por decisión del fiscal, sea aproximadamente igual al que en el sistema anterior, pasado cierto tiempo, se declaraban prescritos e iban igualmente al archivo, por decisión del juez instructor. La diferencia estriba en que el nuevo sistema hace esto evidente porque la decisión del fiscal de archivar es generalmente una decisión temprana, que se toma poco después de ingresado el caso y que, como se verá luego, usualmente se justifica en razón de que el caso no exhibe elementos suficientes para ser investigado exitosamente. Desde el punto de vista de la política judicial y, en particular, bajo el ángulo de la seguridad ciudadana, interesaría indagar cuál es el efecto social que causa la decisión temprana del fiscal que resulta comunicada, en el caso chileno, a casi la mitad de los denunciantes: “su caso no puede ser investigado y ha ido al archivo”.

En el caso peruano, el Código Procesal Penal autoriza al fiscal a que, mediando determinados supuestos, ponga fin al asunto en su propia sede o, alternativamente, lo ponga en conocimiento del juez, inicialmente mediante la formalización de una investigación preparatoria. El cuadro 4 muestra el uso de una y otra vía en los años 2008 y 2009 en aquellos distritos judiciales donde estaba vigente la reforma procesal penal.⁸

Cuadro 4. PERÚ: casos concluidos en el MP y casos judicializados, 2008 y 2009

Distrito judicial	2008		2009	
	Casos concluidos en el MP	Casos judicializados	Casos concluidos en el MP	Casos judicializados
Arequipa	4.661	4.151	20.761	6.662
Huaura	4.370	2.065	5.185	3.768
La Libertad	10.029	4.843	13.405	6.449
Moquegua	2.576	1.316	4.999	780
Tacna	3.75	2.249	4.889	1.776
Cusco			1.327	1.184
Lambayeque			13.966	9.621
Madre de Dios			383	608
Piura			10.271	9.509
Puno			1.586	3.549
Tumbes			2.818	1.595
Totales	25.411 (63%)	14.624 (37%)	79.590 (63,7%)	45.501 (36,3%)

Fuente: Anuarios Estadísticos del Ministerio Público. Información disponible en: <http://www.mpfn.gob.pe/trans_est_anuarios.php>.

Los totales del cuadro 4 permiten concluir que, en ambos años, la proporción de casos que concluyen en el MP y los que van a conocimiento del juez es aproximadamente la misma. Con cifras actualizadas hasta septiembre de 2010, un informe del Ministerio de Justicia⁹ sitúa en 62% el porcentaje de casos archivados y en 2% el de sobreseimientos. Sobre la base de esas cifras, puede decirse, pues, que, igual que en Chile, de cada tres casos ingresados al MP en Perú dos terminan en la fiscalía y uno va a conocimiento del juez para ser continuado en una de las formas que el Código establece.

A su vez, los casos concluidos en el MP pueden haber sido simplemente archivados o habérseles aplicado el principio de oportunidad. En los años 2008 y 2009 y hasta julio de 2010, en aquellos distritos judiciales incorporados al proceso reformado, hubo cierta variación en la incidencia de una y otra vía. Así, según la información oficial disponible, el archivo llegó a 89% de los casos concluidos en el MP en 2008, subió hasta 91% el año siguiente y descendió a 78% en 2010. En cambio, el uso del principio de oportunidad se habría doblado en 2010 con referencia a 2008.

Si, como se vio en el cuadro 4, dos de cada tres casos ingresados al MP peruano concluyen en éste y, a tal efecto, la vía que se usa para entre 80 y 90% de los casos es el archivo, esto significa que más de la mitad de los casos recibidos por el MP son archivados. Interesa notar un dato complementario: en 2008 el archivo de más de la mitad (55,48%) de esos casos fue decidido en la calificación, esto es, apenas ingresada la denuncia.¹⁰

El caso ecuatoriano es algo distinto.¹¹ Conforme se puede observar en el cuadro 5, el porcentaje de desestimaciones ha sido, entre 2001 y 2007, relativamente bajo: alrededor de 12% de las denuncias recibidas durante el periodo, si bien la tendencia a desestimar fue claramente creciente y sólo en 2007 duplicó el porcentaje del año previo. Esto significa que, a diferencia de los casos chileno, costarricense y peruano, el Ministerio Público de Ecuador ha retenido un porcentaje claramente mayoritario de las denuncias recibidas.

Cuadro 5. ECUADOR: denuncias formuladas y denuncias aceptadas por el Ministerio Público (2001-2007)

Año	Denuncias	Desestimaciones	Denuncias aceptadas	Porcentaje desestimaciones
2001	56.037	889	55.148	1,61
2002	122.542	2.323	120.219	1,93
2003	136.826	8.926	127.900	6,98
2004	160.830	14.978	145.852	10,27
2005	178.611	21.748	156.863	13,86
2006	180.332	27.125	153.207	17,70
2007	199.019	67.932	131.087	34,13

Fuente: Simon (2010)

Sin embargo, como se puede notar en el cuadro 6, el Ministerio Público ecuatoriano —también en contraste con los otros dos casos nacionales examinados— ha hecho muy poco con las denuncias que no desestimó. El porcentaje de “respuestas” dado a esas denuncias no ha llegado a 5% del total de casos, en ninguno de los seis años estudiados. Y si se mira estrictamente a la llegada judicial del accionar del MP, las cifras son aún menores. En 2007, año en el que el porcentaje de respuestas fue el más alto del periodo examinado, se dictó sentencias en un número de casos que representaron apenas 0,74% del total de denuncias no desestimadas. Esto significa que los fiscales ecuatorianos se han convertido en el depósito de denuncias que, bajo el sistema procesal penal anterior, eran los jueces de instrucción; esto es, lugares donde las denuncias (no desestimadas) se guardan hasta el momento en que legalmente proceda declarar la prescripción del caso. Nada parece haber cambiado.

Cuadro 6. ECUADOR: respuestas del MP a denuncias no desestimadas (2001-2007)

Año	Denuncias no desestimadas	Número de respuestas	Porcentaje de respuestas
2002	120.219	2.800	2,33
2003	127.900	4.731	3,70
2004	145.852	5.290	3,63
2005	165.354	4.546	2,75
2006	144.465	4.661	3,23
2007	131.087	6.218	4,74

Fuente: Simon (2010)

Entre el 13 de julio de 2001 —cuando entró en vigencia el nuevo Código en Ecuador— y el 31 de diciembre de 2007 se recibieron algo más de un millón de denuncias (1.034.197) y se desestimó 13,83% de ellas. Esto significa que debió investigarse las restantes 891.165 denuncias no desestimadas. El Ministerio Público produjo alguna respuesta para 15,96% de estos casos pero, en sentido estricto, resolvió sólo 3,41% del total. En definitiva, hubo sentencias respecto de 1,28% del total de denuncias no desestimadas y cuatro de cada cinco (81%) fueron condenatorias. En el lapso examinado, algo más de setecientas mil denuncias (727.705) quedaron sin respuesta

alguna del sistema en Ecuador, según el trabajo de Farith Simon que aquí se ha tomado como base.

QUÉ SE PERSIGUE Y POR QUÉ

El segundo punto de importancia es ¿con qué criterio se decide qué casos perseguir?, que es otra manera de preguntar con qué criterio se decide descartar los demás. Según insiste la doctrina jurídica que sustenta y respalda el proceso acusatorio, se persigue aquellos delitos que causan mayor daño social. En una visión clásica, esto es leído como delitos como el homicidio, la violación, etcétera. En una visión más actual, el criterio de persecución debida se ejemplifica con los delitos contra el patrimonio público, contra el medio ambiente, etcétera. Se supone que cada ministerio público debe tener una política de persecución penal que plasme aquello que se considera socialmente más dañoso y guíe así la acción persecutoria de los fiscales.

En Chile, en Costa Rica, en Perú y en Ecuador —como en el resto de los catorce países latinoamericanos que han adoptado el sistema acusatorio— no hay una política de persecución penal expresa.¹² Esto es, no hay una definición de aquellos tipos penales o formas delictivas que, debido al perjuicio que causan a la colectividad, ameritan que en ellos se concentre la actuación y los recursos de la persecución penal. En los hechos, y en ausencia de tal definición, la decisión acerca de qué casos deben perseguirse corresponde al fiscal en cuyas manos recae el caso o depende de los criterios que aplique su jefe inmediato, tenga éste a su cargo una zona territorial determinada o un área temática definida, según la estructura organizativa adoptada por el MP del país del que se trate.

Los resultados del arbitrio fiscal pueden ser observados empíricamente, cuando menos en el caso chileno. El cuadro 7 diferencia, en Chile, los casos que tienen salida judicial y los que acaban en el MP, por tipo de delito.

Cuadro 7. CHILE: Términos aplicados por categoría de delito (%), desde el inicio de RPP hasta 30.6.2007¹³

Delito	Salida judicial	Término facultativo (MP)
Robos	15,2	84,8
Robos no violentos	9,3	90,7
Hurtos	23,3	76,7
Otros delitos contra la propiedad	29,6	70,4
Lesiones	27,3	72,7
Homicidios	80,9	19,1
Delitos sexuales	29,4	70,6
Contra la libertad e intimidad	28,1	71,9
Faltas	44,8	55,2
Ley de tránsito	91,4	8,6
Ley de drogas	57,9	42,1
Económicos	41,2	58,8
Delitos de funcionarios	34,5	65,5
Leyes especiales	60,3	39,7
Contra la fe pública	42,2	57,8
Cuasidelitos	46,4	53,6
Otros delitos	66,5	33,5

Fuente: Ministerio Público, *Boletín Estadístico, primer semestre 2007*, tabla n.º 28.

Elaboración propia.

Como puede apreciarse en el cuadro 7, hay marcados contrastes entre la proporción de casos que quedan en el MP y la que va a proceso judicial, según el delito del que se trate. Destaca la importancia persecutoria asignada a drogas, por ejemplo, en contraste con los delitos sexuales; mientras casi 58% de los casos de drogas va a juicio, algo menos de 30% de los delitos sexuales sigue esa vía. En general, robos y hurtos, lesiones, delitos sexuales y contra la libertad e intimidad, y delitos de funcionarios tienen un porcentaje muy alto —superior a los dos tercios— de no judicialización. La diferenciación según tipo delictivo permite ver que aquel tercio de casos ingresados que sí son llevados ante el juez por el MP no se distribuye homogéneamente. Más bien, las cifras revelan prioridades en la persecución que no han sido verbalizadas oficialmente.

En el caso ecuatoriano, se cuenta con los datos de 2007, desagregados según tipo de delito. El cuadro 8 presenta la información para algunos delitos.

Cuadro 8. ECUADOR: denuncias, no desestimadas y sentencias en ciertos delitos, 2007

Tipo de delito	Porcentaje del total de denuncias	Porcentaje de respuesta en las no desestimadas	Sentencias emitidas	Porcentaje de sentencias no desestimadas
Homicidios, lesiones, etcétera	11,77	4,42	375	1,6
Sexuales y violencia doméstica	5,13	8,09	320	3,14
Drogas	0,47	104,48	507	54,11

Fuente: Simon (2010)

Elaboración propia.

En el cuadro 8 resaltan los contrastes entre el peso relativo de las denuncias y la importancia efectivamente asignada a los diferentes delitos según se desprende de las respuestas dadas por el sistema, incluyendo las sentencias de los tribunales. Las denuncias en los casos de delitos contra las personas representaron 11,77% del total de denuncias y recibieron 13,72% de las sentencias emitidas en 2007. Mientras tanto, las denuncias de delitos vinculados a drogas representaban 0,47% de las denuncias y, sin embargo, las sentencias constituyeron 18,55% de las que emitió el sistema en ese mismo año. La opción adoptada por la persecución penal es más evidente si se considera el caso de los delitos contra la propiedad, que representaron 45,54% de las denuncias no desestimadas y que obtuvieron en porcentaje algo menos de la mitad (28,75%) de las sentencias producidas en el mismo año.

Las cifras disponibles para Chile y Ecuador sugieren que, en ausencia de una política de persecución penal explícita, la división de aguas entre aquello que se persigue y aquello que no se persigue existe pero es resultado de la aplicación de criterios que no se conocen públicamente. Estos criterios pueden hallarse institucionalmente establecidos pero no haber sido dados a conocer o no existir institucionalmente y entonces ser confiados al puro arbitrio del fiscal que reciba el caso.

En el trabajo de campo se trató de indagar por los criterios que, en los hechos, conducen a elegir ciertos casos y descartar otros. Las entrevistas a fiscales, tanto en Chile como en Costa Rica, llevan a la conclusión de que se descarta “lo que no tiene posibilidades de éxito” como caso, según indicaron varios entrevistados. Esto significa que se tiende a perseguir aquellos casos en donde las evidencias disponibles facilitan el trabajo del fiscal y le permiten anticipar que, en la etapa de judicialización, tendrá un caso ganado. Esta tendencia se precipita, en el caso chileno, debido a la insistencia con la que la Fiscalía Nacional ha planteado a los fiscales la necesidad de “cerrar” casos, en parte con el propósito de alcanzar logros estadísticamente presentables. “Limpiar” la cartera de casos significa, en términos prácticos, llevar adelante aquéllos en los que las posibilidades de lograr una condena son altas y descartar aquellos otros donde las dificultades del trabajo de investigación pueden hacer de éste un esfuerzo infructuoso.

No resulta necesario subrayar que si se genera esta rutina en el trabajo del MP y ella marca la dinámica de funcionamiento del nuevo sistema procesal penal, la seguridad ciudadana dista de verse beneficiada por una persecución así orientada. Según esta tendencia, lo más importante —o lo más gravoso socialmente— resulta reemplazado por lo más sencillo o lo más rendidor en términos del trabajo burocrático.

VACÍO ANTE LA HABITUALIDAD

Desde el punto de vista de la seguridad ciudadana, el examen del funcionamiento del proceso penal reformado lleva a atender el asunto del tratamiento dispensado a la delincuencia habitual; esto es, a las personas que han hecho del delito un modo de vida. En esa definición, ciertamente, quedan comprendidos desde los señores del narcotráfico hasta el ladrón de autopartes.¹⁴ Es importante distinguir un caso de otro; sin embargo, ambos tienen en común tanto la habitualidad como el ser parte de redes de delito organizado; varía, sin duda, el daño social que uno y otro causan pero, desde el punto de vista del derecho penal, ambos se diferencian marcadamente —también en el perjuicio social ocasionado— de aquella persona que, puesta en determinadas circunstancias, incurre en un delito que acaso sea el único que cometa en su vida.

Para indagar objetivamente por el fenómeno de la habitualidad delictiva, se logró obtener en Chile y en Costa Rica un indicador numérico que nos aproxima al mismo: determinación cuantitativa del universo de personas que han tenido un alto número de contactos con el sistema penal. Los cuadros 9, 10 y 11 recogen esta información.

Cuadro 9. COSTA RICA: Personas detenidas entre el 1.1.1999 y el 31.12.2008

Pasos por el sistema	Personas	Porcentaje
1 a 5 veces	111.825	87
6 a 10 veces	8.001	6
11 a 20 veces	4.856	4
21 y más	4.080	3
Total	128.762	100

Fuente: Archivo Criminal, Poder Judicial

Cuadro 10. CHILE: número de imputados según número de casos en que participaron desde el inicio de la RPP hasta junio de 2007

Casos en que participaron	Número de imputados	Porcentaje
1 a 4	906.995	95,2
5 o más	45.411	4,8
Total	952.406	100

Fuente: Ministerio Público.

Cuadro 11. CHILE: número de imputados que participaron en cinco o más casos desde el inicio de la RPP hasta junio de 2007

Casos en que participaron	Número de imputados	Porcentaje
5	14.198	31,3
6	8.774	19,3
7	5.727	12,6
8	3.972	8,7
9	2.918	6,4
10	2.125	4,7
11 o más	7.697	16,9
Total	45.411	100

Fuente: Ministerio Público.

En el caso costarricense, 13% del total de detenidos en una década lo fue en más de cinco oportunidades y algo más de la mitad de esas casi diecisiete mil personas fueron detenidas en más de diez ocasiones. En el caso chileno, del universo de partícipes pasivos en el proceso penal reformado, entre 2001 y junio de 2007, 4,8% lo fueron en cinco ocasiones o más; de ellos, casi diez mil personas fueron parte en diez o más procesos penales. Aunque pueda haber márgenes de error,¹⁵ estas cifras nos acercan a la habitualidad delictiva.

La pregunta, en este caso, es: ¿cuál es el tratamiento que da el proceso penal reformado a la habitualidad? En el caso chileno fue posible buscar una respuesta a través del examen de las carpetas de los fiscales, que registran para cada caso ingresado al sistema los antecedentes de las personas involucradas. La constatación principal que surge de ese examen es que los delincuentes habituales se benefician sucesivamente de las diversas medidas o salidas alternativas que el sistema acusatorio establece. En particular, destaca el hecho de que el criterio de oportunidad —también denominado principio de oportunidad—, que está doctrinariamente previsto como la renuncia a perseguir aquellos casos carentes de importancia social, era aplicado para cerrar casos en los cuales el presunto responsable registraba ya varios “contactos con el sistema”. El fiscal parecía ver sólo el caso en sí y no a la persona involucrada, que era un delincuente habitual.

En la doctrina, y sobre todo en la práctica de las agencias penales, se ha introducido la noción de “delito de bagatela”, que viene a representar lo opuesto al mayor daño social y, en consecuencia, aparece como un delito que no tiene sentido perseguir. El robo del bolso, el aún más frecuente robo del teléfono móvil o celular o el robo de algunos productos en un supermercado son considerados usualmente como “delitos de bagatela”, dado el bajo importe económico que en apariencia cada caso representa. Al ignorarse la consideración del tipo de sujeto responsable, a menudo especializado en este tipo de acto delictivo, se le aplica una medida condescendiente con un delito que incide directamente en el grado de inseguridad ciudadana percibido por el poblador medio, poniéndose de lado además el hecho de que con mucha frecuencia este sujeto forma parte de redes de crimen organizado. Robos de bicicletas, de teléfonos móviles y de ciertos artículos de bajo precio ali-

mentan circuitos económicos paralelos en los que se ofertan los productos de esta acción delictiva. Una mala lectura del “delito de bagatela” sostiene o refuerza la desatención de estos comportamientos socialmente nocivos.

PUNTOS DE IMPACTO SOBRE LA SEGURIDAD CIUDADANA

¿Cuáles son, en definitiva, los puntos de impacto de la reforma procesal penal sobre la seguridad ciudadana? Al responder la pregunta, recordemos que la seguridad tiene componentes objetivos —relativos al incremento o la disminución de los actos delictivos que la afectan o amenazan— y subjetivos, atingentes a la percepción que la ciudadanía tiene acerca de la seguridad, y que no siempre se hallan vinculados causalmente al estado real de ésta. A partir de la información disponible, acaso sea posible estimar algo mejor el impacto sobre la cara subjetiva, o la percepción social, de la seguridad que sobre los hechos mismos que corresponden a ella. Empecemos por ese impacto en el lado subjetivo de la seguridad ciudadana, en el que se destaca en seguida dos hechos.

En primer lugar, como se ha visto, la reforma procesal penal exhibe un alto número de casos que son denunciados ante el sistema penal y éste descarta sin mayor trámite. Esto es, hace visible una limitación del sistema para atender a todos los casos, que proviene en cierta medida de la inevitable restricción relativa de los recursos con los que cuenta. Esta limitación ha existido siempre pero el sistema de procesamiento penal anterior la hacía pasar algo más desapercibida al disimularla mediante un encajonamiento de causas, nominalmente abiertas pero a las que no se prestaba atención alguna, y que en un momento dado desembocaban en la prescripción sin que el sistema penal se hubiese ocupado realmente de ellas. La reforma procesal penal adelanta la declaración formal de que no se ocupará de estas causas. Como hemos visto, cuando menos la mitad de las causas que son denunciadas no merecen atención del sistema y el denunciante se entera de ello tempranamente; esto es, poco después de haber sido víctima de un delito y haberlo denunciado, la víctima es notificada de que el Estado ha decidido no hacer nada al respecto.

Pendiente aún un análisis pormenorizado de lo que se archiva —tarea lamentablemente descuidada por los propios órganos de persecución—, puede admitirse que muchos de estos casos no ameritan que el sistema penal se ocupe de ellos; acaso, en algunos incluso es mejor que el sistema penal, dado el tipo de tratamiento y “soluciones” que ofrece, no se ocupe de ellos. Pero, lo que socialmente resulta poco aceptable —desde la perspectiva de la seguridad ciudadana— es que nadie se ocupe de esos agravios, pequeños o grandes. Que los descarte el sistema penal puede ser comprensible; que ni la sociedad ni el Estado encuentren que hay algo que reparar, para el ciudadano agraviado probablemente resulte intolerable.

De esta manera, el descarte masivo de casos constituye un primer problema desde el punto de vista de la seguridad ciudadana, al poner de manifiesto que quien cometió la infracción “se sale con la suya”. Las voces de “no hay castigo”, amplificadas por los medios de comunicación y utilizadas por los políticos, encuentran una primera base objetiva en este hecho que la reforma procesal penal pone a la vista.

Un segundo hecho importante guarda relación con el uso de la prisión preventiva, cuyo uso la reforma procesal penal ha recortado, en acatamiento de las normas internacionales, a su función cautelar. Esto es, debe ser detenido aquél cuya libertad pondría en riesgo el proceso, sea porque existe peligro de que se fugue o sea porque estando libre podría comprometer las pruebas existentes en contra suyo. Este cambio conceptual, por el que no debe permanecer detenida cualquier persona a quien la policía considera responsable de un delito y que reserva la prisión básicamente para aquéllos que han sido condenados, no sólo altera una práctica secular sino que tiene un carácter contracultural. Claramente, se enfrenta con una visión ciudadana de la justicia que busca que la persona sindicada por la policía —y, nuevamente, señalada por los medios de comunicación— como presunto culpable de una infracción sea depositada en una celda. Si luego, en juicio, no es encontrada responsable o incluso si no llega a juzgársele y se le pone en libertad al cabo de un largo tiempo, constituye un asunto en el que la ciudadanía no parece encontrar una injusticia sino un lamentable error o, más frecuentemente, una derivación de la “mala suerte”.

El adelanto de la penalización, a través de la prisión preventiva, en parte es justificado en la conciencia jurídica popular por otro de sus componentes: la desconfianza generalizada respecto del sistema de justicia, que las encuestas muestran reiteradamente. Como en definitiva, no hay certeza de que al final de un proceso azaroso sea condenado quien debería serlo, no está del todo mal que entretanto “pague a cuenta” quien a primera vista parece ser culpable. “A lo mejor ni siquiera lo condenan” y, por lo tanto, es mejor que vaya preso en vez de gozar de libertad.

El menor uso de la prisión preventiva, que parece demostrado en la información estadística disponible tanto sobre Chile como en algunos de los distritos judiciales peruanos en los que se ha puesto en marcha la reforma procesal penal, concurre a la percepción existente de que, una vez entronizada la reforma, quien delinque queda libre. En Chile se ha graficado esto como “la puerta giratoria”, a un lado de la cual la policía entrega a quienes son sindicados como delinquentes mientras desde el otro lado los jueces los devuelven a la calle. En rigor no estamos ante un problema de falta de información de la ciudadanía acerca de cómo funciona el sistema sino frente a una colisión de concepciones respecto de cómo debe operar la justicia. Pero la comprobación social de que un menor uso de la prisión preventiva es consecuencia de la reforma desemboca en un incremento de la percepción de inseguridad ciudadana.

Desde el punto de vista objetivo, la seguridad ciudadana puede ser afectada por determinados componentes de la reforma procesal penal que deriven en resultados de impunidad. Esto es particularmente grave para el conjunto del sistema por cuanto la impunidad que el sistema de justicia tolere o reproduzca está asociada al alto grado de insatisfacción prevaleciente en América Latina respecto de las instituciones que lo integran.¹⁶ Nótese que en este caso no estamos sólo ante la sensación de inseguridad acrecentada sino ante el hecho cierto de que el comportamiento de los operadores produce impunidad.¹⁷

Antes que nada, como se ha sugerido en este texto, la falta de criterios definidos para la persecución penal conduce tanto a la arbitrariedad como a ciertos grados de impunidad. Asimismo, las denominadas “salidas alternativas” —que son vías distintas al desarrollo de un juicio— pueden producir

grados de impunidad en la medida en que la respuesta del sistema —mediante un procedimiento abreviado o terminación anticipada que usualmente genera penas leves—, sea resultado de un acuerdo entre fiscal y defensor, que es conveniente para ambas partes pero no necesariamente lo es para el objetivo en el que se interesa el conjunto social, que es el de procurar justicia.

Un ámbito específico en el que el manejo de la reforma procesal penal parece haber creado impunidad es el que corresponde a la delincuencia habitual. Socialmente se considera que este fenómeno requiere una respuesta del sistema penal que la reforma parece haber escamoteado al no otorgarle un tratamiento especializado y al aplicar algunas categorías —“delito de bagatela”— y criterios —“principio de oportunidad”— a una actuación delictiva que no era aquélla para la cual unas y otros fueron pensados. Aparte del vacío conceptual referido a la delincuencia habitual, estamos ante una práctica en la que en ocasiones se confunde al delincuente ocasional con el habitual, aplicándosele tratamientos y beneficios similares.

Un tercer punto del sistema penal reformado en el que pueden encontrarse trazas objetivas de impunidad es el correspondiente a la ejecución de las penas alternativas —que reemplazan a la privación de libertad— y que, en diversos países, no está sujeta a control alguno: no hay autoridad a cargo de vigilar el cumplimiento de esas penas y, en consecuencia, en la práctica no son tales. Sea o no consciente de ello la población¹⁸ —y, por lo tanto, repercuta o no en la percepción de inseguridad— esta falta de sanción es objetivamente un elemento productor de inseguridad ciudadana.

En suma, desde la perspectiva de la seguridad ciudadana, en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal, de un lado, el archivamiento masivo de casos sin investigación y, de otro, la aplicación de principio de oportunidad, suspensión condicional del procedimiento, pena remitida, o multas que no se cobran, producen cierto grado considerable de impunidad. Se trata de hechos que objetivamente contribuyen a la pérdida de seguridad ciudadana y que, en la medida en que se hacen de conocimiento público, acaso hagan que la reforma procesal penal, pese a sus propósitos, esté contribuyendo a ese “círculo vicioso que poco a poco va generando la idea de que la inseguridad es un fenómeno natural que no podemos revertir”.¹⁹

No obstante, lo que parece estar ocurriendo, más bien, es que el conocimiento de estos efectos de la reforma procesal penal —digámoslo una vez más, manipulado por medios de comunicación y por políticos interesados en fomentar sensibilidad y alarma sociales respecto de asuntos sobre los que ellos puedan encumbrarse— está generando una reacción social contraria al sistema reformado y explica los intentos —en el caso de Chile, exitosos— destinados a modificar la arquitectura de códigos procesal penales que, con la promesa de combatir la delincuencia, empezaron a regir hace apenas unos cuantos años. En el caso ecuatoriano, el presidente Correa propuso a fines de 2010 una consulta popular destinada a modificar la Constitución, con apenas dos años de vigencia, para endurecer el proceso penal en lo referido a la prisión preventiva.²⁰ Las dos preguntas recibieron aprobación ciudadana, apenas mayoritaria, en abril de 2011.

CONCLUSIÓN

La función del sistema penal no es combatir la delincuencia. Esto no es una declaración de principios sino la admisión de los límites de lo posible. Pero, sin duda, en la lucha contra el delito la persecución y sanción penales juegan un papel. Acaso el error inicial de la reforma procesal penal consista en haber ofrecido más de lo que podía dar. En su puesta en ejecución, sin embargo, se ha mostrado que está dando aún menos de lo que podría esperarse razonablemente de ella.

En efecto, algunas prácticas instaladas con la reforma procesal penal producen —en grados y formas que varían según países y momentos— ciertos grados de impunidad en un contexto social en el que la seguridad ciudadana, primero, se ve crecientemente amenazada por el incremento del delito y de las formas delictivas, y segundo, la preocupación ciudadana aumenta, alentada de modo en ocasiones irresponsable por medios de comunicación y actores políticos, que tratan de obtener distintas ventajas de esta situación y de los temores sociales que pretenden difundir.

El nuevo sistema tiene ventajas sobre el anterior, tanto en la posibilidad que inaugura para que las garantías del proceso tengan vigencia efectiva como en su capacidad para producir resultados en menos tiempo que el sistema anterior. No obstante, en la práctica también abre resquicios y facilita

prácticas que pueden contribuir a la inseguridad ciudadana, tanto objetiva como subjetivamente.

¿Puede decirse entonces que el nuevo sistema de persecución penal agrava el problema de la seguridad ciudadana? No hay modo cierto de saberlo debido a dos razones. De un lado, la incidencia de la eficacia en la persecución sobre la incidencia del delito es altamente discutible y de medición muy improbable. De otro lado, no se cuenta con estadísticas confiables respecto al sistema inquisitivo que precedió al actual, lo que restringe cualquier comparación al terreno conceptual.

Lo que sí puede afirmarse es que el nuevo sistema procesal penal no basta. Esto es, que se requiere insertarlo en una respuesta social mayor al fenómeno del delito y la inseguridad. No todo depende del sistema penal; acaso ni siquiera lo más importante dependa de él y, en verdad, tengan mucho más centralidad otras políticas estatales que inciden sobre la multiplicación del fenómeno delictivo. Un marco general de actuación del Estado frente al problema puede hacer que el sistema penal encuentre en él su lugar específico para contribuir a dar una respuesta —en aquello que le toca— al problema de la inseguridad ciudadana.

NOTAS:

1. Dammert, Lucía y Felipe Salazar, *¿Duros con el delito?: populismo e inseguridad en América Latina* (Santiago, Chile: FLACSO-Chile, 2009), p. 13.

2. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, (Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2006), p. 14.

3. Ferrajoli, Luigi, “Criminalidad y globalización”, en: Carbonell, Miguel y Vásquez Rodolfo, eds., *Globalización y Derecho* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), p. 155.

4. Para un examen del caso, véase Luis Pásara, “El papel del Ministerio Público en la reforma procesal penal chilena”, *Reforma Judicial* 13 (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México), enero-junio 2009: 193-238.

5. Los datos obtenidos en los países no siempre corresponden exactamente al mismo tipo de interrogante, dado que las fuentes estadísticas oficiales utilizadas son elaboradas de modo particular en cada país. Sin embargo, se ha procurado reunir información que resulte comparable.

6. Como se sabe, no todo delito es denunciado y esto corresponde a diversas razones. En algunos casos, la falta de denuncia obedece a un cálculo que estima anticipadamente costos e hipotéticas ganancias de seguir el procedimiento y, de acuerdo a una racionalidad, renuncia a esa posibilidad. Las encuestas sugieren que un “no vale la pena” explica la falta de denuncia, especialmente cuando se trata de delitos menores, incluyendo los de baja cuantía que afectan

el patrimonio. En casos más importantes “delitos contra el honor sexual, por ejemplo” no es exactamente un cálculo de ganancias y pérdidas lo que probablemente explica la falta de denuncia sino la baja confianza en el sistema, que en toda la región existe y tiende a incrementarse. Por una razón u otra, la llamada “cifra negra”, de los delitos no denunciados, es muy importante incluso en países institucionalmente algo más sólidos, como es el caso de Costa Rica, donde una encuesta hecha en 2008 indica que 76,9% de los delitos cometidos no fueron denunciados (INEC, Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples, San José, diciembre de 2008, cuadro 7, p. 19). En el caso de Quito, según la encuesta de CYMACIT en 2008, el promedio de no denuncia se sitúa entre 60% y 88%. Este estudio revela que 25,7% de hogares fueron víctimas de robo a vivienda, vehículos o accesorios en los últimos 12 meses; y que 18,3% de las personas fueron víctimas de un delito de robo con o sin fuerza, ataques y amenazas.

7. Los porcentajes en el cuadro están referidos al total de casos ingresados.

8. Además de los casos incluidos en el cuadro, existen denuncias que se encuentran en una situación transitoria; tal es el caso de aquéllas que se derivan a la Policía Nacional del Perú a efectos de realizar diligencias; o la reserva provisional de la denuncia (art. 334.4 del Código Procesal Penal) que procede cuando el denunciante ha omitido un requisito de procedibilidad: se presenta en los delitos tributarios, donde se requiere Informe motivado del órgano administrador del tributo. Sin embargo, las cifras correspondientes a estas situaciones transitorias son reducidas.

9. Ministerio de Justicia, Comisión especial de implementación del Código Procesal Penal, La reforma procesal peruana. Hacia una justicia rápida y transparente, Informe estadístico nacional 2006-2010 (Lima: Ministerio de Justicia, 2011), p. 98.

10. La información estadística del caso peruano ha sido analizada en Pásara, Luis, La reforma procesal penal en cifras, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2010, ms.

11. La información estadística del caso ecuatoriano ha sido tomada de Farith, Simon, “Criminalidad y respuestas del sistema penal”, en Luis Pásara (ed.), *El funcionamiento de la justicia del Estado* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Naciones Unidas, 2010, pp. 131-146).

12. En un trabajo sobre la reforma procesal penal en el caso de la provincia de Buenos Aires, Costantino observa que “en esta provincia existe una estrategia de investigación criminal bastante coherente y consensuada. Lo curioso es que dicho plan estratégico ha tomado el camino opuesto al que le señalaba la norma que se había diseñado”. Esto es que, pese al aparente consenso en torno a que “los fiscales deberían brindar especial atención a los hechos delictivos vinculados con torturas, apremios ilegales y delitos económicos [...] como asimismo a los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones [...] las principales estrategias implementadas por la Procuraduría General —y apoyada como política de Estado por las cúpulas de los poderes gubernativos— no sirven para la persecución de los delitos de corrupción y del crimen organizado”. El estudio concluye en que, luego de 10 años de puesta en práctica la reforma: “La selectividad del sistema de persecución penal hacia los delitos comunes cometidos por los sectores más vulnerables de la población se incrementa con el plan de fortalecimiento del sistema acusatorio”, básicamente a través de un sistema más eficaz para sancionar los casos de flagrancia (Costantino, Gabriel. *El Ministerio Público bonaerense y el acceso a la justicia* (1994-2008), ms.).

13. La información diferenciada según tipo delictivo fue publicada por el MP chileno hasta 2007. A partir de 2008 esta información no aparece en los boletines estadísticos que emite la institución. En Perú esta información fue insistentemente solicitada al MP durante el trabajo de campo efectuado en 2010 y, después de repetidos ofrecimientos, no fue entregada.

14. El derecho penal, tradicionalmente centrado en hechos delictivos aislados y en la responsabilidad individual respecto de ellos, padece cierto atraso en relación con el fenómeno de la criminalidad organizada y enfrenta cierta dificultad al tratar de encararlo conceptualmente. Para una exploración de los límites que en este asunto encuentran los especialistas, véase Laura Zúñiga, “Criminalidad organizada y derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción”, en Figueruelo, Burrieza Ángela y Gorjón Gómez, Francisco Javier, *Las transformaciones del derecho en Iberoamérica*, Albolote, Granada: Editorial Comares, 2008, pp. 673-707.

15. En ese margen de error habría que situar como factor la tendencia policial a investigar como “sospechoso” de la comisión de un delito a quien antes fue condenado —o incluso simplemente investigado— por la comisión de uno similar. Esta rutina policial lleva a que cierto número de personas acumulen detenciones que no tienen fundamento.

16. Dammert, Lucía y Salazar, Felipe, *op.cit.*, p. 71.

17. Para el caso chileno véase Pásara, *op.cit.*, 2009; para el caso peruano véase Pásara, Luis, *Calidad de la producción en la reforma procesal penal. Una exploración empírica en Huaura*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2010, ms.

18. En la medida en que la población es consciente de la vigencia de las penas alternativas a la prisión probablemente la distancia entre las doctrinas vigentes en el derecho penal y la cultura jurídica ciudadana se acentúe. La identificación entre justicia penal y encarcelamiento se halla hondamente establecida en esa cultura jurídica que —como demuestra la aceptación social de las reformas que en Estados Unidos han multiplicado la población en prisión— no es propia sólo de países subdesarrollados o tradiciones históricamente marcadas por el autoritarismo. En definitiva, acicateado por el incremento del delito, el ciudadano encuentra seguridad, o cree encontrarla, en el hecho de que quien delinque sea puesto en prisión. Una versión más radical de esa cultura jurídica ciudadana justifica la pena de muerte.

19. Binder, Alberto, “El control de la criminalidad en una sociedad democrática. Ideas para una discusión conceptual”, en Binder, Alberto, *Política de Seguridad y Democracia* (Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 2009).

20. Las dos preguntas referidas al tema y que están en la base de una futura enmienda constitucional fueron: 1.- *Con la finalidad de mejorar la seguridad ciudadana, ¿está usted de acuerdo en que la correspondiente ley cambie los plazos razonables para la caducidad de la prisión preventiva, enmendando la Constitución de la República como lo establece el anexo 1.* 2.- *Con la finalidad de evitar la impunidad y garantizar la comparecencia a los juicios penales de las personas procesadas, ¿está usted de acuerdo que las medidas sustitutivas a la prisión preventiva se apliquen únicamente para los delitos menos graves, enmendando la Constitución de la República como lo establece el anexo 2.* La segunda pregunta afecta una de las características básicas del proceso penal reformado.