

**La utilización del método comparado
en los procesos de Reforma y de implementación
de los Sistemas de Justicia Penal
con especial referencia a México
Pedro Rubén Torres Estrada***

Sumario: I. Introducción. II. La macro-comparación de los sistemas. III. La micro-comparación. IV. La utilización del método comparado para la redacción de las normas que le den vigencia al sistema. V. La elaboración del diseño normativo. VI. La burocracia. VII. Actores no gubernamentales. VIII. La interpretación de los tribunales y su impacto en la implementación. IX. La doctrina jurídica del país. X. El contexto histórico de la comparación. XI. Otras variantes a considerar en el proceso de implementación de la reforma (caso mexicano)

I. Introducción

El 18 de junio de 2008 se publicó la reforma constitucional que modifica diametralmente el sistema penal mexicano, impactando no solamente en el desarrollo y en el proceso de los juicios penales actuales, sino también en los procesos de operación de cada uno de los operadores existentes. Es importante mencionar que México, en su largo camino hacia la democracia, logró, en una primera etapa, procesos electorales más justos y equitativos. En esta fase en la que se encuentra ahora, desde mi punto de vista, busca una transición de sus sistemas judiciales, tanto del federal como el de los estados. Principalmente en las entidades de la República, aún se cuenta con sistemas que fueron diseñados bajo una lógica de estado autoritario; no obstante, éstos buscan ahora transformarse en sistemas jurídicos para la democracia, y creo que ésta es la principal visión de fondo de la reforma de 2008.

En este contexto, al incorporarse nuevos principios a la Constitución, como el de la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, los sistemas de justicia penal, tanto de la Federación como los de las entidades federativas, tienen que transformar el diseño de sus normas, estructuras organizacionales, procesos de gestión, estructuras físicas y comportamientos culturales.

Como consecuencia de lo anterior, México y sus estados han volteado a ver modelos y experiencias extranjeras con la finalidad de tener referentes para su proceso de diseño, de implementación y de evaluación de su reforma

* Profesor Investigador de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP); miembro de la cátedra de investigación “Estado de Derecho” de la EGAP y del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel II).

constitucional. En este contexto, y ante la necesidad de tener un método científico para sistematizar y procesar la información en el proceso de creación del nuevo sistema penal mexicano, se pretende, en este trabajo, proponer la utilización del método comparado que ha promovido el profesor Lucio Pegoraro en América Latina y en los estudiantes que tuvimos la oportunidad de trabajar con él en el Departamento de Derecho Comparado de la Universidad de Bolonia. Esperamos que esta herramienta ayude a evitar y a prevenir trasplantes ineficaces y costosos a la realidad nacional.

Nuestra propuesta parte de la premisa de que, para que el método comparado tenga una función de utilización pragmática y material en el tema de los procesos de creación de normas y de implementación de los nuevos sistemas penales, se tienen que comparar y estudiar modelos que sean exitosos y que puedan ser equiparables a la realidad mexicana.

El método debe estar íntimamente ligado con los fines para lo que se quiere comparar, por lo cual, en este artículo se tratará de proponer un método lo más rentable posible a las necesidades reales de la creación normativa y de su proceso de implementación en México, que pueda ser referente para otros países que se encuentren en un proceso similar.

Asimismo, este trabajo pretende dar los lineamientos, desde el método comparado, para evaluar la viabilidad de una norma o de cierta institución. En este sentido, es importante en el método, tener cuidado de no utilizar solo el estudio del Derecho extranjero, el cual consiste en el estudio aislado y por separado de sistemas jurídicos. La utilización de la comparación consiste en contrastar un objeto de referencia distinto al propio; la comparación en el sentido que la tratamos, sí implica el estudio del Derecho extranjero, pero no termina en él, sino en la comparación.¹ Es decir, si estudiamos de forma aislada y separada los ordenamientos o los procesos de implementación sin contrastarlos en aspectos puntuales en cada uno de sus elementos, no estaríamos haciendo uso del método comparado, sino del estudio aislado del Derecho extranjero.

Aunque también es cierto que no es viable empezar desde un inicio de la investigación comparada haciendo contraste entre los modelos analizados, sino que el primer paso que se tiene que dar es el de realizar la investigación para la comparación. Es decir, se debe recopilar y sistematizar toda la

¹ PEGORARO, Lucio, "Derecho Constitucional y método comparativo", en SERNA DE LA GARZA, José María (Coord.), *Metodología del Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 85.

DAL PARLAMENTO

información para, posteriormente, empezar a contrastarla con el sistema que se pretende importar o analizar.²

El estudio del Derecho extranjero (revisión unilateral de la información) representa la condición lógica y básica de la comparación, pero siempre debemos tener cuidado de evitar prejuiciar la información recopilada con los esquemas mentales o culturales productos de la educación jurídica de origen.³ Para iniciar una buena comparación, debemos empezar por conocer autónomamente la morfología de la institución o modelo que queremos contrastar.

Por ejemplo, si queremos estudiar para comparar la fiscalía chilena con la mexicana, debemos conocer claramente la estructura, funcionamiento y dependencia constitucional antes de compararla con particularidades de la procuraduría mexicana para permitir que, de la comparación, se extraigan fórmulas que puedan ser propuestas al país que quiera resolver un problema determinado.

En síntesis, a lo largo de este trabajo, buscaremos proponer al método comparado para que con éste, y desde los diversos ángulos que implica la implementación de una reforma, se puedan plantear marcos de referencia que permitan la incorporación de nuevas instituciones y procesos, previo estudio científico, concienzudo y ordenado de nuevas estrategias que le den vigencia al nuevo sistema de justicia penal en México.

II. La macro-comparación de los sistemas

Para sistematizar mejor un estudio comparado se debe iniciar con la macro-comparación, la cual consiste en revisar aspectos que le dan marco a las instituciones específicas que se quieren estudiar. Por ejemplo, la forma de estado del país, si es federal o unitario. Asimismo cómo opera su sistema de justicia constitucional (de forma difusa, concentrada o si es mixto) o su sistema penal (inquisitivo, acusatorio o mixto).⁴

² PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo, *Introducción al Derecho Público Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, pp. 56 y 57.

³ La diferencia de mentalidad es uno de los principales obstáculos para la comprensión entre juristas de diversos contextos; es aquí donde el estudio comparado sistemático e institucional ayuda a resolver este problema. *Idem*, p. 52.

⁴ PEGORARO, Lucio, “El método en el Derecho Constitucional: la perspectiva desde el Derecho Comparado”, trad. Daniel Berzosa López, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 112, 2001, p. 23.

En nuestro caso concreto, uno de los elementos macros que pueden influir son los relacionados con la forma de estado, es decir, si el estado que vamos a estudiar es federal o unitario. Esta posibilidad es uno de los elementos que impactan los procesos de diseño e implementación de la reforma. En estados unitarios, como Chile y Colombia, por ejemplo, el sistema de fuentes es uno y esto hace que puedan tener un modelo único para todo el país, sin la complejidad que conlleva un estado federal, en donde hay varios sistemas de producción normativa. Sobre el impacto del federalismo en el proceso de implementación en México, abundaremos más adelante.

Otro ejemplo puede ser el de los marcos jurídicos orgánicos de los operadores, los sistemas de servicio civil de carrera, el tratamiento que les da la Constitución a los operadores, entre otros.

En un estado federal, el sistema competencial hace que exista división de funciones entre los diversos órdenes de gobierno y, por esta razón, resulta más complejo tratar de proponer modelos de estados unitarios a estados federales, así que debemos tener prudencia al momento de plantear la incorporación de modelos bajo esta premisa.⁵

En este sentido, también impacta en el grado de institucionalidad que puede variar de estado a estado en un modelo federal donde se pretende incorporar un nuevo sistema, por lo que la institución lo mismo puede funcionar en algunos estados como en otros puede tener complicaciones en su ejercicio. De ahí la importancia de la gradualidad de los procesos de implementación, para poder calibrar situaciones concretas en territorios o materias específicas, con la finalidad de llevar un proceso que pueda ser homogéneo en su resultado final y en donde se vayan equilibrando regiones que tienen carencias institucionales diversas para que exista, en la medida de lo posible, una cierta calidad, y evitar que coexistan en el país sistemas de justicia penal de primera y de segunda categoría.

⁵ En el caso mexicano, cada estado ha ido incorporando las instituciones que se consideraron podían ser de utilidad para el nuevo sistema. Una de las bondades de la implementación en México es que, al iniciar por los entes sub-nacionales, entre ellos han visto lo que ha funcionado y, lo que no ha tenido viabilidad, lo han desechado. Si bien es cierto que en el caso mexicano los primeros estados partieron de experiencias extranjeras, los estados que actualmente están implementando están viéndose influidos ya por los modelos nacionales. Lo anterior ha permitido ir calibrando los modelos e, incluso, ajustándolos a situaciones puntuales de cada una de las realidades locales.

DAL PARLAMENTO

En caso de que el modelo que consideramos exitoso sea de un estado unitario y queremos adaptarlo a un contexto federal, debemos tener en consideración lo siguiente: cómo funciona el sistema de fuentes del estado federado, cómo es la división de competencias entre los órdenes de gobierno y sus leyes orgánicas, en especial cómo operan sus facultades concurrentes, cuál es el margen de las facultades discrecionales de la Federación y cuál es el grado de utilización de las facultades implícitas en la asignación de competencias, así como revisar cómo operan las relaciones intergubernamentales formal y materialmente, y principalmente evaluar el grado de institucionalidad que tenga cada uno de los estados de la Federación.⁶

Los diseñadores de una norma y de su implementación deben iniciar revisando aspectos macros del sistema donde se piensa adaptar determinada institución o proceso. En síntesis, deben revisar las similitudes y diferencias que guardan estos dos contextos y tomar decisiones bien ponderadas. Por ejemplo, un alto grado de diferencia debe inducir al experto a tener prudencia sobre la compatibilidad de lo que se quiere estudiar o importar.

Puede resultar peligroso adoptar instituciones o conceptos de forma directa si no se entienden ni se contextualizan sus funciones ni se recrean en el país de origen. Las instituciones que se pretenden importar solo podrán plantearse en estados que compartan los principios básicos del constitucionalismo moderno (principio liberal, democrático, supremacía de la Constitución), no únicamente en la literalidad de la norma, sino también en la realidad. En efecto, el primer planteamiento honesto que se debe hacer para incorporar nuevas figuras que se pretenden hacer funcionar en una determinada realidad jurídica, es contestar las siguientes preguntas: ¿el contexto donde quiero implementar la nueva institución cumple con los principios del constitucionalismo moderno? Si es así, ¿en qué grado? ¿Existe un sólido tejido institucional que le permita tener vigencia material al nuevo sistema, institución o proceso?

III. La micro-comparación

La micro-comparación es el proceso por el cual se contrastan instituciones, procesos y procedimientos concretos y específicos, así como funciones, poderes, deberes y derechos. Es decir, la micro-comparación es el

⁶ De las competencias discrecionales que existen en México, podemos encontrar la facultad de atracción que tiene la Procuraduría General, así como los tribunales federales.

estudio diseccionado de algunos de los elementos mencionados, cuya finalidad es la de aportar micro-resultados aterrizados a problemas concretos.

Se puede comparar el sistema normativo entre dos países, pero sus resultados podrían resultar altamente genéricos;⁷ sin embargo, si comparamos los modelos de justicia y todavía más allá, aspectos puntuales como las fiscalías o defensorías públicas o, incluso, aspectos más específicos como la relación entre fiscales y policías en el proceso de investigación, los resultados de dicha comparación resultarían más factibles y provechosos para los procesos de implementación.

En este contexto, es importante comentar que la micro-comparación va acompañada del marco de la macro-comparación. Por ejemplo, cuando se quiera contrastar cómo funciona la relación entre fiscales y policías en un contexto determinado, se deberá partir del contexto general que la rodea.⁸ Es decir, dónde se encuentran en la estructura orgánica del aparato gubernamental, de quién depende cada uno de estos operadores, qué grado de autonomía constitucional y legal tienen, con qué competencias constitucionales y legales cuentan, qué tratamiento les da la Constitución, cuál es la interacción de estos operadores con los tribunales, cómo son sus servicios civiles de carrera cómo se asignan y ejercen sus presupuestos, entre otras.

A partir de los marcos que deben darle cimiento a la comparación, se debe acotar el contraste a particularidades muy puntuales de lo que se quiere estudiar. En síntesis, y siguiendo con el mismo ejemplo, debemos revisar quién tiene el ejercicio de la acción penal, si hay monopolio de la acción penal o existen otros actores legitimados para acudir a los tribunales; quién tiene el mando de la investigación; orgánicamente cómo están estructuradas estos dos operadores; de quién dependen política y económicamente, cuáles son las competencias legales de cada uno de estos órganos; cómo establece la ley que deban de coordinarse e, incluso, revisar cómo son sus protocolos de

⁷ DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, traducción de Claudia Herrera, IIJ-UNAM, 2004, p. 27.

⁸ La relación entre fiscales y policías es una de las piezas clave del buen funcionamiento de los nuevos sistemas de justicia en materia penal; sin embargo, esta relación se mantiene tensa entre estos operadores y es uno de los problemas que aún persisten en algunos países evaluados. Al respecto, puede verse *Reformas procesales penales en América latina, resultado del proyecto de seguimiento*, IV etapa, Centro de Estudio de Justicia de las Américas, 2007, pp. 26 y 27.

DAL PARLAMENTO

coordinación, así como verificar cuál es el comportamiento material de esta relación

En concreto, para que una comparación tenga una buena funcionalidad, es necesario revisar todas las posibles variantes desde la macro-comparación, así como desde la micro-comparación, para poder llegar a resultados que tengan la menor probabilidad de fracasar al momento de adoptarlos en el sistema receptor.

Además de revisar la literalidad de la ley, debemos considerar todos los demás elementos que a continuación estudiaremos dentro de la metodología comparada.

IV. La utilización del método comparado para la redacción de las normas que le den vigencia al sistema

En un mundo globalizado como en el que vivimos, la influencia, interrelación y la circulación de los sistemas normativos es cada vez más frecuente, por lo cual la función del Derecho Comparado en la redacción de legislación asume mayor importancia en la actualidad. Como consecuencia de los acuerdos comerciales y políticos que se han conformando, la tendencia que se viene observando en algunos de ellos es a la de unificar lo más posible las normas que rigen a los integrantes del bloque.⁹

Así también, la cada vez mayor tendencia a la internacionalización de los países y de su Derecho, ocasionada por la firma de tratados internacionales y por las influencias de sentencias de tribunales internacionales, hace necesario buscar la homologación de marcos de referencia, no solo en las leyes, sino también en la interpretación de las mismas.¹⁰ En este sentido, el papel del comparativista es estratégico para alinear y armonizar las normas internas con los compromisos internacionales asumidos por el país.¹¹

Por ejemplo, en el proceso de la federalización europea, se ha buscado contribuir a buscar un tejido común de principios y reglas que permeen a todos los sistemas normativos, al igual que ha sucedido con los procesos de

⁹ Este fenómeno se ha dado con mayor intensidad, principalmente, en la Unión Europea, donde la función del comparativista es muy intensa por la tendencia a unificar no solo leyes secundarias, sino incluso por la propuesta de contar con una Constitución común para todos los países que integran la Unión.

¹⁰ PEGORARO, Lucio y DAMIANI, Paolo, “El Derecho Comparado en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales”, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Biblioteca Porrúa de Derecho Constitucional, núm. 13, p. 150.

¹¹ PEGORARO, Lucio, “Derecho Constitucional y método comparativo”, en SERNA DE LA GARZA, José María (Coord.), *op. cit.*, p. 82, nota 1.

implementación de sistemas acusatorios en América Latina, principalmente a partir del último tercio del siglo pasado y a principios de éste.

También, es cada vez más común que las familias jurídicas y sus instituciones tiendan a tocarse. Si bien es cierto que la tradición jurídica continental y sajona marcaron el modelo de cada uno de los países considerados como occidentales hasta hace poco tiempo, también es cierto que en los últimos años, estas tradiciones tienden a acercarse e, incluso, a fusionarse en sus instituciones. Un ejemplo claro es la justicia constitucional y sus órganos de control. Al día de hoy, el Tribunal Superior estadounidense actúa de manera similar a como lo hacen los órganos de justicia constitucional en Europa.¹²

Incluso dentro de Europa, el caso del Consejo Constitucional francés, que tenía una gran tendencia a resolver bajo parámetros políticos, está cambiando su conformación y su forma de hacer justicia constitucional para acercarse a la lógica del resto de los tribunales europeos, los cuales tienden a especializarse y resolver con criterios jurídicos y alejarse de las apreciaciones y criterios de tipo político que influían en sus decisiones. Hoy más que nunca las supremas cortes o tribunales constitucionales tienden a legitimarse por medio de la interpretación jurisprudencial que realizan en sus sentencias por medio de argumentos jurídicos.

Este es el mismo fenómeno que está sucediendo en el tema de la justicia penal, en donde los modelos que América Latina heredó de la península ibérica, al día de hoy se tocan con modelos que tienen un mayor arraigo en la tradición jurídica sajona. Por esto, el reto del comparativista y del método comparado en este proceso será evaluar hasta dónde la fusión de estos sistemas va a resultar provechosa en el país donde se quiere implementar.¹³

En el contexto del diseño del sistema penal y la implementación del mismo en México, éste puede plantear la adopción de un determinado sistema jurídico o institución, solo si resuelven el mismo problema efectivo.

¹² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002. p. 21.

¹³ El profesor Pegoraro advierte que se necesitan sólidos conocimientos de Derecho Comparado para comprender las afinidades y las diferencias; para evitar transposiciones ineficaces o, aun peor, negativas; para comprender si el “caldo de cultivo” del ordenamiento que recibe una normativa extranjera es fecundo o estéril. *Cfr.* PEGORARO, Lucio, “El método en el Derecho Constitucional: la perspectiva desde el Derecho Comparado”, *op. cit.*, p. 17, nota 4.

DAL PARLAMENTO

Es decir, si responden a la misma necesidad jurídica formal y material que se quiere resolver.¹⁴ En concreto, el experto debe analizar la situación del sistema de justicia, identificando el problema concreto e investigando en otros sistemas la forma en que fue tratado o resuelto, buscando, como es obvio, la mejor experiencia o el modelo que resolvió exitosamente la situación similar.¹⁵

En el proceso de definir los elementos o instituciones que se quieren adoptar, debemos pensar en lo siguiente: comprobar las diferencias y similitudes entre los dos o más ordenamientos estudiados. Posteriormente hay que analizar; pero, sobre todo, explicar, estas similitudes y diferencias. A continuación, se debe valorar cuál de las opciones que se proponen es la más funcional al problema que queremos resolver argumentando por qué consideramos que es la mejor opción a proponer para el nuevo sistema de justicia.¹⁶

La utilización de las experiencias exitosas o los modelos de otros países puede resultar muy importante práctico; no obstante, debemos cuidar que lo que se quiere implementar sea viable a la luz de la realidad donde se piensa incorporar. En el proceso de implementación en México, se han volteado a ver experiencias exitosas de otros países e, inclusive, los estados de la República que aún no inician su proceso, han volteado a ver a otras entidades que ya están operando con el nuevo sistema.

En cuanto al contexto internacional, se han incorporado, principalmente, las experiencias chilena y colombiana por considerar que han resultado exitosas en algunas de sus instituciones y procesos; mientras que, en el plano nacional, se ha volteado a ver a Chihuahua, Oaxaca, en un inicio a Nuevo León y, en últimas fechas, a Baja California.¹⁷

Además de las experiencias latinoamericanas, agencias internacionales de

¹⁴ Elia fija que, aunque en la comparación hay que mantener un equilibrio entre las convergencias y las diferencias, aquéllas deben privar sobre estas últimas. Ver “Giustizia costituzionale e diritto comparato”, en la obra dirigida por PIZZORUSSO y VARANO, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, t. II, p.1418.

¹⁵ SILVERIO SALGUEIRO, Jorge, “El método funcional en la comparación”, en SERNA DE LA GARZA, José María (Coord.), *Metodología del Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 410.

¹⁶ CASCAJO CASTRO, José Luis y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel, *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ra. ed., Madrid, Tecnos, 1994, p. 26.

¹⁷ Del modelo chileno, México ha adoptado, entre otras cosas, el modelo de gestión de tribunales y el expediente electrónico; así también, ha influido de manera importante en el procedimiento abreviado y salidas alternativas.

los Estados Unidos han propuesto y planteado instituciones del modelo sajón, las cuales también han influido en el nuevo sistema penal mexicano, en especial en algunos estados que ya están operando el nuevo sistema penal.¹⁸

En este sentido, es importante que, antes de utilizar modelos o experiencias comparadas, no solo se ponga atención a la literalidad de la norma, sino que es determinante ver cómo se aplica esa norma en la realidad. Es decir, revisar la ley formal y compararla con la ley material aplicada en el país que se está estudiando (ley existente vs. ley viviente).

Además, es importante conocer el contexto de la ley que se quiere tomar como referente de estudio, así como el origen de sus modelos para que no vaya a ser incompatible con el modelo constitucional que rige. Es decir, es básico conocer el contexto histórico, político, social, económico, de seguridad y criminalidad, así como el cultural en el cual surgió, se debatió y aprobó la ley que reforma el sistema penal.¹⁹ Así también, no solo se debe revisar el origen de la norma, sino, sobre todo, el desarrollo posterior de la misma.²⁰

Un ejemplo de la disfunción de la norma, que ha marcado el desarrollo de la implementación de los sistemas de justicia penal en la región latinoamericana, es la relación entre policías y fiscales. Éste ha sido un problema constante en la región y, en el caso mexicano, se puede convertir

¹⁸ Hay que reconocer que el modelo que ha sido planteado para América Latina tiene su origen, principalmente, en el modelo estadounidense, el cual ha sido adaptado a la realidad de cada país. Hay instituciones que, en últimas fechas, están planteándose para que sean adoptadas en México; me refiero, por ejemplo a los servicios previos al juicio, así como al modelo de inserción y de vigilancia post penitenciaria.

¹⁹ En la mayor parte de los estados de América Latina, la introducción del modelo acusatorio y oral coincide con la democratización de sus sistemas políticos; incluso, la introducción de este nuevo modelo se da como uno de los procesos encaminados a lograr la democratización del país.

²⁰ Si bien es cierto que en muchos países ha resultado exitosa la reforma, en algunos otros han tenido fuertes dificultades en la instalación del sistema, por ejemplo en Guatemala, Argentina y Ecuador. En este sentido, hay que revisar cuáles fueron las principales causas que ocasionaron que el modelo fracasara en la aplicación del mismo. Entre dichas causas hay que resaltar, principalmente, la falta de cambio en la gestión del nuevo sistema, debilidad de las fiscalías de investigación en el nuevo proceso, falta de seguimiento y mejoramiento de nuevas formas de realizar la nueva función, falta de reorganización de las instituciones operadoras, al igual que la relación entre fiscales y policías; esta última ha sido una constante en las implementaciones de la región, entre otras. Al respecto puede verse a RIEGO, Cristian, *Nuevas tendencias de las reformas procesales penales en América Latina*, Santiago de Chile, Chile, CEJA, 2007, pp. 26 y ss.

DAL PARLAMENTO

en uno de los principales a resolver por la falta de claridad y certeza en las leyes secundarias, protocolos y procesos; pero, sobre todo, de voluntad de respeto a las competencias en la relación entre estos dos operadores.

En síntesis, nos debemos preguntar: ¿Cuáles fueron los principales problemas que dieron origen a la ley? ¿Cuál ha sido el desarrollo en la aplicación de la norma? ¿Al día de hoy existe congruencia entre la literalidad de la norma y su aplicación? ¿Por la operación diaria del sistema se ha mutado el sentido de la norma? ¿Cuáles son las principales desviaciones que a sufrido el sistema? ¿Resolvió los problemas para los que fue planteado? ¿Cuáles han sido sus principales aciertos y defectos?

El contestar los anteriores cuestionamientos nos permitirá tener un primer diagnóstico para evaluar la viabilidad, de una por una, las instituciones que se están proponiendo o que se pretenden importar al sistema jurídico que se está reformando, así como su compatibilidad entre ellas y las que se piensan mantener o crear.

V. La elaboración del diseño normativo

El estudio comparado en esta etapa de la implementación es indispensable para la elaboración legislativa; también es importante en esta parte del proceso contar con conocedores del método comparado para comprender las afinidades y las diferencias de los sistemas que se van a estudiar y con esto evitar realizar trasplantes ineficaces o que no vayan a ser de utilidad o, incluso, perjudiciales. Recordemos que si los ingenieros de los sistemas jurídicos no evalúan la institución o el proceso que se pretende incorporar, los resultados pueden ser incalculables y pueden ocasionar el descarrilamiento de todo el proceso de implementación de un nuevo modelo de justicia.

Como ya comentamos, es muy frecuente que los confeccionadores de la norma empiecen por revisar las leyes que ya están en operación, tanto en los entes sub-nacionales del país como en otros contextos nacionales; en esta parte del proceso, el Derecho Comparado juega un papel determinante. Regularmente, lo primero que estudian los especialistas son aquellos sistemas jurídicos que tienen prestigio reconocido. En los procesos de implementación de este tipo, la instalación de nuevos modelos se puede dar de dos formas, por imposición o por prestigio; esta última forma es la que

regularmente tiene mayor éxito al tomarse en consideración.²¹

Como ya comentamos, es importante revisar las experiencias en donde el sistema no funcionó o tuvo poco éxito; analizar aquellos estados en los cuales, con similares normas, los procesos fueron poco eficaces tratando de identificar cuáles fueron las causas que ocasionaron su ineficacia; esto nos ayudará como contexto en el proceso legislativo para tener presente lo que no se debe de hacer a la luz de la experiencia ya revisada. Por ejemplo, estudiar la experiencia guatemalteca, boliviana o argentina en la cual el nuevo sistema ha tenido, en algunas partes del proceso reveses en su operación.²²

También es determinante que, durante el proceso legislativo, no se deje de considerar el factor tiempo del proceso de implementación y sobre todo el factor económico. Hay que revisar en el contexto comparado en cuánto tiempo se implementaron los nuevos diseños normativos, así como el costo aproximado de los mismos, sin perder de vista nuestras particularidades nacionales y locales. Recordemos que estos factores pueden jugar de una forma decisiva en el éxito o fracaso de los nuevos sistemas de justicia. También se deben analizar las variantes de población, territorio, incidencia delictiva, conflictividad política y diversidad cultural, entre otros que revisaremos más adelante.

Además de lo anterior, debemos examinar cómo se pudo haber alterado el modelo planteado en la norma constitucional por el legislador secundario al momento de darle contenido a la ley constitucional. Es decir, debemos revisar cómo están estructuradas las leyes procesales y las leyes sustanciales; pero, también, debemos poner especial cuidado en las leyes orgánicas que regulan a los operadores que darán vida al sistema de justicia penal.

El revisar el catálogo de instituciones y operadores que le dan vida al sistema nos dará una visión completa de los actores que se van a estudiar y nos ayudará a entender la forma de operar del sistema investigado desde la literalidad de la norma. Una de las bondades que tienen los sistemas de justicia penal en cuanto a la comparación, es que, en éstos, la carga es más de tipo técnica que política, ya que, cuando las instituciones que se quieren contrastar tienen un fuerte componente político, aumenta el grado de

²¹ ENRÍQUEZ FUENTES, Gastón y NÚÑEZ TORRES, Michael, “La circulación de modelos y el Derecho Constitucional Comparado”, en *El control político en el Derecho Comparado*, Comares, Granada, 2010, pp. XX y ss.

²² Reformas procesales en América Latina: experiencias de innovación, Centro de Estudio de las Américas, pp. 43, 74, 101.

DAL PARLAMENTO

complejidad en la comparación porque las variantes son menos estables.²³

En este contexto, también debemos tener siempre presente que el calificativo concreto que se otorgue a un órgano no puede ser determinante para conocer su naturaleza jurídica,²⁴ por lo cual debemos estudiar no solo la literalidad del nombre de la institución, sino las funciones que realiza y cómo se interrelaciona con las demás funciones de los otros operadores. Con esto, podremos identificar posibles duplicidades, conflictos de funciones o lagunas competenciales que no están pensadas para el contexto donde se pretende implementar.

Es importante también identificar las mutaciones constitucionales o legales que haya sufrido la norma desde su creación hasta el momento de su análisis. El examen de toda ley que se pretenda comparar con fines de adopción no debe dejar de considerar el factor sociocultural del lenguaje y el posible significado que pueda tener un instituto jurídico en un país y en otro.

Así también, es fácil equivocarse cuando la similitud de las palabras tienen una raíz común, pero que, en distintos ordenamientos, tienen un distinto significado. Por ejemplo, las leyes orgánicas que, en países como España y en algunos de Iberoamérica, representan un tipo de normas con un grado agravado para su creación o reforma y que, además, en el sistema de fuentes tienen mayor fuerza jerárquica que otras leyes. Pero, en países como México, no son otra cosa que leyes ordinarias que tratan orgánicamente una materia.²⁵

Es decir, no es lo mismo la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español que la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, viéndolo desde el ángulo del sistema de fuentes. Incluso, en el mismo sistema federal mexicano, encontramos que hay estados como Nuevo León que sí tienen este tipo de normas orgánicas entendidas como en España; pero otros estados de la unión mexicana no le dan ese carácter, sino que tienen las características de leyes secundarias como las del resto de su sistema normativo.²⁶ Aunado a lo anterior, no debemos perder de vista el tema de las traducciones de textos en

²³ Estamos pensando en sistemas electorales o los sistemas de gobierno donde, además de la norma, se tiene que estudiar el sistema de partidos y muchos de los componentes de estos sistemas y su comportamiento se explican desde la lógica de la Ciencia Política.

²⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 25.

²⁵ PEGORARO, Lucio, “El método en el Derecho Constitucional: la perspectiva desde el Derecho Comparado”, *op. cit.*, p. 23, nota 4.

²⁶ En el estado de Nuevo León, ciertas leyes tienen que votarse en dos vueltas; ejemplo de ello son las normas que rigen el sistema municipal, el electoral o el de la fiscalización de los recursos públicos.

el caso de que se utilicen referencias en otros idiomas, para cuidar que el sentido de la traducción no confunda al comparativista al momento de contrastar la literalidad de la norma.

El método comparado debe servir, por medio del contraste, para hacer un diagnóstico y estudio de prospectiva sobre la armonización de instituciones. Es decir, debe estudiar la compatibilidad entre nuevas instituciones que se quieren incorporar e instituciones del sistema que se pretende dejar e, incluso, modelos de transición entre un sistema y otro y las posibles contingencias que se puedan tener, revisando su comportamiento en contextos similares. Introducir instituciones de transición puede ayudar a armonizar ambos modelos y a tender puentes de conexión entre el sistema que sale y el que entra; pienso, por ejemplo, en la incorporación de figuras como la “mesa de atención temprana” y todo lo que tiene que ver con la justicia restaurativa que puede empezar a funcionar antes de que se inicie la totalidad del sistema, lo que puede ayudar a desahogar muchas de las causas y a preparar la introducción del nuevo sistema en su totalidad.

Asimismo, se deben prever los posibles problemas e incompatibilidades que puedan surgir derivados de la convivencia de dos instituciones de diversos modelos jurídicos. Por ejemplo, cómo va a ser la convivencia y la comunicación del juez de ejecución con el juez de sentencia y de éste, a su vez, con los administradores del sistema penitenciario.²⁷ Asimismo, habrá que tomar en cuenta cómo se va a dar la comunicación entre los jueces y los administradores de salas, revisando y estudiando cómo se vivió esta etapa en Chile o, en el caso mexicano, en Oaxaca o Chihuahua.²⁸

VI. La burocracia

Al estudiar dos sistemas o modelos normativos de cara a un proceso de implementación, no podemos dejar de revisar los factores administrativos que le dan vida al nuevo sistema en cada uno de los operadores. Así, es

²⁷ Recordemos que la institución de los jueces de ejecución tiene que entrar tres años antes que el término establecido para el resto del sistema de justicia penal.

²⁸ En este sentido, en los modelos implementados en México, desaparece la figura de los secretarios de juzgado y aparece la de los administradores de salas, que tienen, principalmente, funciones administrativas. Algunos modelos, como el español, optaron por que los secretarios asumieran las funciones administrativas de los jueces, pero no los desaparecieron, como observamos en el caso mexicano. En este sentido, puede verse *Introducción a la oficina judicial y al nuevo modelo procesal*, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, 2010.

DAL PARLAMENTO

determinante revisar el comportamiento de la burocracia a lo largo del tiempo, desde los inicios de la implementación hasta el momento en el cual se esté analizando.

Se ha identificado que regularmente hay entre los operadores alguien que toma el liderazgo del nuevo modelo para cambiar las estructuras acordes a las nuevas necesidades del sistema, así como los procesos administrativos.²⁹ Sin embargo, también se ha identificado que puede haber actores dentro de la burocracia que tratan de retardar la operación de la reforma e, incluso, boicotearla. La burocracia es uno de los elementos claves que se debe analizar cuando se quiere importar algún modelo o institución.

Revisar por ejemplo, si el país que se está estudiando tiene un arraigado sistema profesional de carrera; si la administración tiene solidez frente a los vaivenes políticos de cambios de partido en el poder, así como independencia de éstos. Así también, se debe observar cómo son sus sistemas de reclutamiento, selección, acceso, asenso y retiro. Revisar, por ejemplo, cuál es el grado de independencia y autonomía entre la Fiscalía y el Ejecutivo.³⁰ También, debemos examinar los tabuladores salariales que son resultado del grado de responsabilidad y el grado de peligrosidad al cual se pueden ver sujetos algunos actores del sistema. Por ejemplo, no va a tener el mismo grado de peligrosidad un fiscal en el distrito de Cali, Colombia; o en el estado de Tamaulipas, que un fiscal de Antofagasta, Chile.

Se deben explorar, también, aspectos cómo el carácter ideológico-político del país. Por ejemplo, hay países que tienen una fuerte tradición liberal económica, donde les queda claro que la defensa no solo debe ser pública y dependiente del gobierno, sino que ésta también puede prestarse por particulares subrogados por el Estado; asimismo, se considera que quien tenga dinero para pagar la defensa del Estado, lo debe hacer.

Por otro lado, nos encontramos países con tradición social y de participación del Estado en la vida de sus ciudadanos, en donde se considera que es una de las obligaciones del Estado prestar a todo individuo defensa pública independientemente de su condición económica.

En países como México, en donde por su condición federal encontramos

²⁹ En algunas entidades federativas ha sido el Ejecutivo (Chihuahua); en otros, el Judicial (Oaxaca); así como, en otros, se ha identificado una fuerte presencia de la sociedad civil en el liderazgo y en los procesos de implementación (Nuevo León).

³⁰ En este sentido, es importante revisar el grado material de inmovilidad de ciertos operadores. Por ejemplo, estudiar en un periodo del Ejecutivo cuánto es el tiempo promedio que un procurador dura en su cargo en cada uno de los países estudiados.

al interior del mismo posturas diversas en esos temas, al comparar tradiciones de estados como los del norte frente a estados del centro y sur de México, nos daremos cuenta de que el federalismo ideológico mexicano es cada vez más visible en temas económicos, sociales, políticos y, también, en temas morales y religiosos.³¹

Una vez estudiado lo anterior, tenemos que hacer un diagnóstico de cómo se encuentran las instituciones a la luz de los parámetros del lugar a donde se quiere importar determinada institución. Esto nos va a permitir realizar un plan de abordaje para ver la intensidad y la temporalidad con la que queremos implementar la nueva institución o el nuevo modelo.

La burocracia que será la encargada de llevar a cabo los procesos administrativos es determinante para darle vigencia a los principios constitucionales ya que de ella dependerán aspectos tan importantes como darle vida a la transparencia y publicidad del sistema. Por ejemplo, si las unidades administrativas de los tribunales no crean un eficiente sistema de programación de audiencias, se puede llegar a que éstas tengan un alto grado de incumplimiento, lo que puede hacer que la ciudadanía, al perder certeza en el cumplimiento de las audiencias, deje de acudir a las mismas. Esto impacta también en los otros operadores del sistema, pero, sobre todo, en la participación de los testigos, con lo cual el sistema puede tender a deslegitimarse.³² No hay nada más dañino para el nuevo sistema que la sensación de la existencia de impunidad.

Lo anterior puede ocasionar que no solo se colapsen los operadores del

³¹ Basta ver cómo diversos estados de la República han asumido una posición conservadora en temas como la despenalización del aborto, la “píldora del día después” y matrimonio de personas del mismo sexo, frente a otros cuya tradición y signo político en este tema son más liberales; o también, cómo estados del norte tienen una tradición más liberal en temas económicos o sociales. En los Estados Unidos, el profesor Seth Kreymer ha denominado a este fenómeno como “soberanía moral de los estados”. Ver a BARCELÓ ROJAS, Daniel, *Introducción al Derecho Constitucional estadounidense*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, pp. 77 y 78.

³² En países como Venezuela y Ecuador, fracasaron las audiencias porque programaban demasiadas; dado que el grado de cumplimiento era poco, preferían citar de esta forma con la esperanza de que alguna de ellas se llevara a cabo; sin embargo, causaron un mayor descontrol a los otros operadores del sistema. El reto del sistema es que pueda dar confianza para que la ciudadanía participe. Otro de los problemas para el cumplimiento de las audiencias es la incomparecencia de los imputados por falta de logística de transporte de las penitenciarías hacia los tribunales.

DAL PARLAMENTO

sistema, sino el mismo sistema y uno de los actores básicos y elementales del mismo, que es la participación de los testigos en los interrogatorios.

VII. Actores no gubernamentales

Otro elemento a considerar que impacta dentro de los actores que le dan operatividad al sistema, es el tema de las organizaciones civiles en los procesos de implementación y su interacción con las instituciones del sistema. Por ejemplo, hay países donde existe fuerte tradición de participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales. Muestra de ello son los Estados Unidos, en donde las medidas previas al juicio (agencias que le proveen de información al juez que le sirva de convicción para determinar las medidas cautelares) son prestadas en algunos estados de la Unión Americana por asociaciones no gubernamentales. Así también, estas organizaciones juegan un papel importante en el seguimiento de esas medidas.

En este sentido, habría que revisar cuál es la experiencia y la participación de la sociedad civil y de organizaciones no gubernamentales en México e, incluso, revisar la experiencia que se ha tenido con estos actores en otros temas para, de este modo, evaluar cuál va a ser su papel en la implementación del nuevo sistema, así como el grado de responsabilidad que se le quiere asignar.

Al igual que con lo comentado en párrafos arriba, cada estado de la República presenta diferentes experiencias y, en el tema de las organizaciones civiles, encontramos una asimetría en cada uno de los estados mexicanos. Éste es otro de los argumentos del porqué el nuevo sistema de justicia penal debe atender a particularidades y a necesidades de cada uno de los estados de la Federación sin descuidar los principios constitucionales que le dan marco y vida al sistema.

Si bien es cierto que la literalidad de la norma puede servir para crear una nueva cultura o nuevas prácticas, si ésta no va acompañada de políticas públicas que le den vigencia, va a ser complicado que las nuevas prácticas se instalen y se mantengan en el tiempo. Para mayor posibilidad de éxito de las nuevas instituciones se tiene que revisar el caldo de cultivo en donde se pretende instalar la nueva institución o el nuevo proceso.

VIII. La interpretación de los tribunales y su impacto en la implementación

Después de la Segunda Guerra Mundial, los tribunales y cortes

constitucionales han jugado un papel muy activo y decisivo dentro de la tendencia y rumbo que sigue la ley vista, a través de la interpretación de los principios constitucionales. El activismo judicial de los tribunales hace indispensable que, para comprender la ley, sea necesario conocer las sentencias que le dan contenido a las normas expedidas por los órganos legislativos.

Si bien es cierto que este fenómeno tiene un fuerte arraigo dentro de la tradición del constitucionalismo norteamericano, en Europa no fue sino hasta la segunda mitad del siglo XX cuando tendría un rol elemental al momento de estudiar las leyes y comprender sus alcances.³³ América Latina no ha sido ajena a esta tendencia y hemos sido testigos de cómo en los últimos 30 años, han proliferado, con mayor intensidad, cortes constitucionales que van dando sentido y cauce a la ley a través de los principios constitucionales.

En concreto, al revisar un modelo jurídico que se quiera estudiar o adoptar es necesario conocer las principales sentencias que, sobre el tema, han emitido los órganos jurisdiccionales.³⁴ Revisar, por ejemplo, cuál es el alcance que le dan los tribunales del país estudiado, al principio de inocencia, o el alcance que le dan al principio adversarial o de contradicción. Sabemos que existen tribunales que pueden llegar a tener una tendencia liberal o conservadora, según sea la conformación de sus integrantes, lo que, indiscutiblemente, impacta en los procesos de cambio del sistema.

Consideramos que lo comentado en el párrafo anterior se va a empezar a vivir en México cuando la Suprema Corte y los tribunales federales empiecen a controlar la nueva legislación en materia procesal penal por medio de su interpretación. Esta etapa será decisiva para la instalación y consolidación del nuevo sistema justicia penal y también será en los tribunales desde donde avizoraremos el grado de cambio que se le quiera imponer a la reforma.

El estudio de las normas del país a contrastar resulta importante, pero el

³³ Al respecto, puede verse a ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 198. COMANDUCCI, Paolo, "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico", en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003, p. 90. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, p. 41.

³⁴ PEGORARO, Lucio y DAMIANI, Paolo, "El Derecho Constitucional Comparado en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales", *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 13, 2006. pp. 145 y ss.

DAL PARLAMENTO

papel de la interpretación de sus tribunales es determinante para comprender el sistema en su conjunto. Además, el estudio de la argumentación de los tribunales donde el sistema fue reformado puede tener también una influencia en nuestros tribunales.

En los últimos tiempos, es cada vez más frecuente que los tribunales, al momento de interpretar, citen o se vean influenciados por interpretaciones de otros tribunales y el caso mexicano no ha sido la excepción. Este fenómeno se ve con mucha claridad, por ejemplo en Colombia, que ha tenido una fuerte influencia del Tribunal Constitucional alemán, al igual que Sudáfrica, solo por mencionar algunos.³⁵ México ha volteado a ver, entre otras, la interpretación del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos de San José, Costa Rica; el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Constitucional español.

IX. La doctrina jurídica del país

Otro de los elementos que hay que tomar en consideración es lo que los estudiosos y académicos representativos del país estudiado estén escribiendo. Este elemento, si bien es cierto que no es vinculatorio a los operadores del sistema, sí es un termómetro importante para calibrar el proceso desde una visión externa a las fuentes oficiales sobre el rumbo de la reforma. Es recomendable revisar los estudios relacionados con las evaluaciones de los procesos de reforma, así como el análisis de sus resultados.

La doctrina puede ayudarnos a prever la tendencia de la reforma, ya que, si bien es cierto que lo que escriban los académicos del país estudiado no es obligatorio para los actores del sistema, sí puede llegar a tener una fuerza persuasoria en los mismos.

X. El contexto histórico de la comparación

Cuando se van a comparar sistemas jurídicos, también es básico revisar el tema de los tiempos de la comparación; es decir, si dicho contraste es sincrónico o diacrónico. Es sincrónico cuando la comparación se hace en un mismo momento histórico, y diacrónico cuando se quiere comparar la misma

³⁵ En este sentido, resulta muy interesante conocer el artículo del profesor Pegoraro donde hace un estudio sobre la influencia de la interpretación comparada entre tribunales de varios países resaltando los casos de Canadá, España, Italia, Sudáfrica, Bélgica, Francia e Israel. Cfr. PEGORARO, Lucio, “La utilización del Derecho Comparado por parte de las cortes constitucionales: un análisis comparado”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 1, 2007, pp. 73-118.

institución, pero en momentos diferentes. En la comparación, el estudio histórico es fundamental, porque solo cuando la investigación ahonda en la historia es posible extraer las raíces de instituciones y disciplinas, así como para comprender su morfología.³⁶

La historia jurídica posee una función auxiliar, aunque muy importante en el proceso respecto de la función principal de la institución. No se puede dejar todo al ámbito de la literalidad, son importantes las investigaciones sobre nacimiento, mutación, desviación y posible decadencia de la norma jurídica, así como de las costumbres y las convenciones constitucionales.

En el caso de la reforma a los sistemas penales, es importante conocer cuál fue su génesis, si fue producto de un cambio de un sistema autoritario a uno democrático, si vino después de la caída de una dictadura o se dio dentro de una democracia ya consolidada o en vías de su consolidación.

Revisar qué instituciones se crearon a partir de la introducción del nuevo sistema y cuáles fueron desapareciendo; todo esto ayuda a comprender el sistema en su conjunto. Como ejemplo de lo comentado, está la creación del ministerio público chileno, que no existió durante la Dictadura y el cual tuvo que crearse. Este tipo de cosas ayuda para poder contextualizar a las instituciones que le dan vida al nuevo sistema.

XI. Otras variantes a considerar en el proceso de implementación de la reforma (caso mexicano)

1) El factor federal

Este cambio constitucional es uno de los principales en la historia moderna del país, debido a que se reforman y refundan las estructuras básicas de las instituciones involucradas en la justicia penal y es, además, una de las reformas federalistas que pone a prueba a los estados y, al mismo tiempo, al régimen federal mexicano en cuanto al sistema de coordinación y a las instituciones públicas locales.

En muchas otras ocasiones, hemos dejado claro que si queremos aspirar a verdaderamente tener un estado federal,³⁷ deben los estados asumir esta

³⁶ PEGORARO, Lucio, “El método comparado en el Derecho Constitucional: la perspectiva desde el Derecho Comparado”, op. cit., p. 19.

³⁷ TORRES ESTRADA, Pedro, *La transición política y la reforma constitucional en las entidades federativas. El caso de México en la Reforma Constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, Porrúa, 2010, pp. 591-614. También en “El problema del control del poder en los municipios. Propuesta para el diseño de un nuevo

DAL PARLAMENTO

responsabilidad y, en el caso de la Reforma penal, los estados han dado muestra de su voluntad al darle vida nueva a sus instituciones, haciendo reformas acordes a sus necesidades, sin dejar de ver los principios constitucionales que guían y son el marco del diseño de la reforma.

Esta práctica ha sido la lógica del federalismo norteamericano desde sus fundadores, los cuales identificaron que debían ser los estados los ingenieros de sus nuevas instituciones públicas dentro del ámbito de sus soberanías locales, las cuales debían de ser congruentes con sus características y necesidades locales.

En este mismo sentido, autores contemporáneos reconocidos internacionalmente, como el profesor Alan Tarr,³⁸ han planteado que es determinante que las nuevas instituciones y las nuevas políticas públicas sean implementadas en el orden local antes que en el nacional, con la finalidad de verificar sus cualidades, defectos, desviaciones e, incluso, perversiones al momento de materializarse y operarse, para que estén bien probadas antes de llevarse al ámbito federal.

Así también, autores como James Bryce pensaban que los estados debían ser los laboratorios de las nuevas instituciones públicas antes de implementarlas en el nivel federal.³⁹ A esta lógica nos adherimos partiendo de la premisa constitucional de que nuestro Estado es un estado federal en lo formal y que aspiramos a que, en lo material, se comporte como tal.⁴⁰

En este mismo sentido, encontramos la experiencia de la configuración de la infraestructura constitucional de Estados Unidos en su Constitución federal, la cual recogió la experiencia de los estados que ya habían vivido en la etapa de diez años previos al Constituyente federal una vida constitucional, lo cual permitió a los constituyentes federales norteamericanos utilizar este insumo para diseñar sus nuevas instituciones nacionales, identificando las buenas prácticas y previniendo los errores de la vida constitucional de los estados de la Unión.

control”, en TORRES ESTRADA, Pedro Rubén y BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando (Comps.), *La reforma del Estado. Experiencia mexicana y comparada en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2008, pp. 149-206.

³⁸ TARR, Alan, “Los estados como innovadores”, *La reforma del Estado. Experiencia mexicana y comparada en las entidades federativas*, en TORRES ESTRADA, Pedro Rubén y BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando (Comps.), *La reforma del Estado*, op. cit., pp. 55-62.

³⁹ BRYCE, James, *El gobierno de los estados de la República norteamericana*, Madrid, La moderna, s.f. pp. 1-3.

⁴⁰ Puede verse también a HAMILTON, Madison y Jay, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

En este contexto, ésta es la oportunidad de verificar la salud de nuestro federalismo y de sus estados. La falta de experiencias donde los estados lleven la iniciativa en una reforma de este calado y la tradición de implementar las instituciones de arriba hacia abajo ha levantado voces que dicen que primero, hay que esperar la implementación en el orden federal. Ésta es la visión que durante toda nuestra historia hemos tenido con algunas interesantes excepciones, como el derecho a la transparencia, que primero se dio en los estados y, posteriormente, fue asumida por la Federación.

2. El factor político

Este tipo de reformas, al ser de gran profundidad, pueden resultar atractivas políticamente a cualquiera de los actores del sistema político; sin embargo, la experiencia indica que, cuando no hay voluntad política del Ejecutivo, la implementación de la reforma puede resultar asimétrica.

En algunos estados, la reforma ha sido iniciada por los poderes judiciales; no obstante, al momento de operar, la misma se ha visto colapsada por la falta de compromiso y sobre todo, por la deficiente formación, equipamiento y reorganización de las policías, defensorías públicas y en uno de los actores básicos de este proceso, como lo es el Ministerio Público. Si no hay una sintonía entre los actores políticos y operadores del mismo, las salas de juicios orales correrán el riesgo de no tener justiciables.

Así también, es importante que, en los trabajos de la redacción de la legislación secundaria que le dé vida al sistema, estén involucrados todos los operadores en su revisión. Esto para que no exista el riesgo de que la legislación salga con la visión de uno solo de los operadores, lo que posteriormente ocasionaría dos situaciones: la primera, que al operar se puedan haber hecho a un lado aspectos claves de otro de los actores, lo que traería como consecuencia, problemas logísticos graves al momento de echar a andar el sistema; y la segunda, que al no sentirse involucrados los demás operadores, la tendencia de éstos podría estar encaminada a descalificar el trabajo legislativo y, por lo mismo, a tratar de bloquearlo en la operación.

Si no se integra a todos los operadores en la revisión de las normas, pueden surgir problemas políticos que impacten en el proceso legislativo y posterior al mismo en la ejecución. En la medida en que más operadores se vean involucrados en el proceso legislativo, mayor legitimidad y mayor voluntad se tendrá al momento de implementar la ley.

El factor político de la falta de liderazgo del Ejecutivo o su enfrentamiento

DAL PARLAMENTO

con el Poder Judicial puede ser uno de los problemas estratégicos que tendrá que preverse para que tenga éxito la implementación. El primer reto, y uno de las más importantes de la implementación de esta reforma, es la coordinación entre todos los actores involucrados en el sistema penal, la cual debe ir acompañada con un órgano ejecutivo que tenga la fuerza y el nivel suficiente para convocar y persuadir a todos los actores a que cumplan las decisiones del órgano coordinador.

Si el funcionario que es designado para el cargo anterior, no tiene el liderazgo ni el nivel para interactuar con titulares de los operadores, va a resultar muy compleja la ejecución de los acuerdos tomados en el órgano coordinador.

3. El factor de la seguridad pública

En los procesos de implementación se tiene que considerar esta variante, ya que el nuevo sistema requiere que todos los actores, pero especialmente policías y fiscales, cuenten con nuevas herramientas para enfrentar un proceso adversarial.⁴¹ Aspectos como la capacitación de todos los operadores, pero muy especialmente de los ya mencionados, son estratégicos para que el sistema funcione.

Un escenario de alta inseguridad hace que los operadores tengan que estar afrontando la problemática del momento, sin tener la posibilidad de planear sus procesos de capacitación, fortalecimiento institucional y capacidad de reacción. Así también, resulta difícil desviar recursos humanos y económicos en un momento de crisis de la seguridad.

Es importante hacer entender que, si bien es cierto que la seguridad pública y el sistema de justicia tienen un gran vínculo, no son la misma cosa. La percepción de inseguridad en la población puede repercutir sobre la concepción del nuevo sistema ya que, para la población, ambos conceptos, significan lo mismo.

Hay que poner especial atención para saber comunicar a la población lo

⁴¹ En algunos países latinoamericanos, el gran problema ha sido la debilidad de los ministerios públicos como órganos encargados de la persecución penal en procesos de reformas hacia el nuevo sistema. Se sigue identificando pasividad de estos operadores al no tener un rol más activo acorde con las nuevas necesidades del sistema, además de que se han identificado ataduras de estos operadores al sistema tradicional. Esta situación se ha dado en países como República Dominicana o Bolivia. *Cfr. Reformas procesales penales en América Latina, Resultados del proyecto de seguimiento*, IV etapa, Centro de Estudio de las Américas, 2007, pp. 26 y 26.

que está sucediendo y las bondades del nuevo sistema. La implementación de este nuevo sistema requiere no solo de mayores recursos económicos y humanos, sino también de toda la voluntad política y de compromisos de todos los operadores; si esto no se da y se tienen escenarios de alta inseguridad, el sistema puede correr el riesgo de no consolidarse en el tejido social e institucional.

Para terminar, debemos decir que la reforma que vive México y que impacta en todo el sistema de justicia penal, es una de las más importantes que ha experimentado en lo que lleva de vigencia la Norma constitucional de 1917. No podemos escatimar el estudio y la prudencia con la cual se deben proponer nuevos sistemas, modelos, instituciones y procesos, ya que, es en esta parte donde el método comparado debe ser una herramienta científica para revisar la viabilidad de lo que se quiere importar a la realidad nacional y, con esto, evitar trasplantes ineficaces que desvirtúen las bondades del nuevo sistema de justicia penal.