

ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM. BREVES COMENTARIOS

Fernando GARCÍA CORDERO*

Estamos reunidos para comentar el anteproyecto del Código Federal de Procedimientos Penales del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Para mi intervención he utilizado el documento que me fue proporcionado oficialmente por la investigadora Victoria Adato Green. Debo aclarar que el mismo documento fue presentado en el Congreso de la Unión por la fracción parlamentaria del PRI de la Cámara de Diputados, exactamente por el Presidente de la Comisión de Justicia, José Elías Romero Apis. Como los textos comportan diferencias de redacción, en algún momento tendré que referirme a las dos versiones.

La crisis del sistema penal mexicano tiene carácter estructural. Lo anterior significa que tanto los cuerpos normativos como las instituciones han dejado de responder a las necesidades sociales. La ley se ha puesto contra la sociedad. A su vez, los servidores públicos, desde las corporaciones policíacas, hasta los órganos más altos de administración de justicia, no responden a los derechos de los gobernados. No deja de ser una tragedia histórica que aquello que la ley consagra como garantía, la población lo demande como exigencia de masas.

Esta situación ha sido denunciada por políticos, juristas, investigadores y estudiosos en todos los foros que se han realizado en México durante los últimos veinte años. Tenemos la triste suerte de ocupar un puesto destacado en la lista negra de los países que violan sistemáticamente los derechos humanos.

* Profesor por oposición de la Facultad de Derecho, UNAM. Miembro de Número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Director de la Revista *Criminalia*.

Esta circunstancia rodea de obstáculos la elaboración de cualquier propuesta de ley y dificulta la actividad legislativa que conduce a su discusión, perfeccionamiento y aprobación.

Yo quiero recordar, antes de entrar en materia, la metodología propuesta hace más de veinte años por Niceto Alcalá-Zamora en su *Introducción a un Curso de Técnica Legislativa Procesal*. Lo primero que salta a la vista es el esfuerzo por conciliar, en todas las etapas obligadas que debe recorrer un anteproyecto de ley, tres principios esenciales: la objetividad científica, el consenso social y la pulcritud legislativa.

Digamos, por ejemplo, para aclarar un poco esta idea, que si los redactores del texto inicial no toman en cuenta las demandas de la sociedad y las normas técnicas del trabajo legislativo, la propuesta, de entrada, va por mal camino: tiene, lo que vulgarmente se dice, vicios de origen. De la misma forma, si los legisladores transgreden los principios de la ciencia y los logros y avances del derecho, tergiversan la función que la soberanía les ha encomendado.

Así, el consenso social, es decir, la participación activa de las clases, los grupos, los sectores, los colegios y las personalidades, puede entrar en contradicción y lanzarse contra lo ya conquistado. El debate sobre el aborto, digamos de paso, nos demuestra que el oscurantismo y la regresión pueden filtrarse en los cuerpos legales.

Así, el equilibrio entre el rigor de la ciencia, la consulta a la ciudadanía y el proceso legislativo, debe reflejarse en todas y cada una de las etapas.

La primera etapa, según el enfoque del reformador español, es tal vez la más difícil. En rigor, se limita a dar respuesta a una pregunta: ¿es necesario reemplazar a un ordenamiento desactualizado o defectuoso, que fue bueno en el pasado pero que ha dejado de serlo? Se trata, en el fondo, de evitar la improvisación y de abordar la función legislativa con profundidad y con una actitud crítica. Por eso exige que, en cada país, esta fase tenga una duración acorde con circunstancias específicas.

En nuestro país nunca se ha dado importancia a este modo de resolver las cosas. Enmiendas, reformas, adiciones, derogaciones y abrogaciones han sido casi siempre coyunturales, sin visión de largo plazo y, además, atropellando la ciencia, la sociedad y al propio Congreso de la Unión. El caso que nos ocupa no es diferente.

Como todos sabemos, no ha existido una convocatoria o llamamiento a la sociedad, los partidos políticos, las organizaciones sociales y profesionales de todo tipo y los propios ciudadanos para tomar un plazo razonable

y discutir sobre la necesidad o no de reemplazar el Código Federal de Procedimientos Penales.

La segunda etapa es primordial. Su propósito, reunir todos los datos —demográficos, sociológicos, estadísticos— que rodean la materia por legislar. Paralelamente, la información debe extenderse a las cifras que ilustran sobre las instalaciones, los equipos, los medios técnicos, la comunicación y el personal que interviene en la administración de justicia. Esto es así, porque la legislación regula al mismo tiempo las conductas sociales y el funcionamiento de las instituciones. Un anteproyecto de ley que no considere estos dos momentos está condenado al fracaso o al ridículo.

Cubiertas las dos etapas anteriores se puede pasar a la tercera: la elaboración del anteproyecto. También aquí Alcalá-Zamora no se extiende en comentarios sobre el procedimiento para redactar el anteproyecto. Sin embargo, subraya algunas cuestiones: rechazar el cambio por el cambio, la función legislativa es ajena a la frivolidad; defender la continuidad de los cuerpos legales y conservar los logros ya alcanzados. El primer aspecto soporta el prestigio de la ley ante la sociedad; el segundo, es la base de la credibilidad de los gobernados en las instituciones.

Un anteproyecto objetivo, imparcial y dotado de bases técnicas y científicas puede ser redactado por una comisión plural de especialistas, representativa de las diferentes instituciones vinculadas al sistema penal y los centros de educación superior e investigación.

La cuarta etapa es la discusión del anteproyecto por la sociedad. En esta fase es tan importante la participación de los colegios profesionales como la contribución de las organizaciones civiles, tan valioso el aporte de un litigante o investigador del derecho como las ideas propuestas por un historiador o un sociólogo. La sociedad moderna exige consultas, encuestas y consensos, demanda, transparencia y diálogo, no es una sociedad cerrada, sino abierta a la comunicación. La Internet, aún con ejemplos aberrantes, así lo demuestra. El anteproyecto que hoy discutimos es prácticamente desconocido para la población. Pero este hecho puede enmendarse.

La quinta etapa, proceso de análisis y síntesis, es, en Alcalá-Zamora, un ejercicio de democracia y una lección de libertad y humildad académica. En otras palabras: estudiar, clasificar y seleccionar el conjunto de observaciones viables, las críticas acertadas y las propuestas sustantivas

acopiadas durante la cuarta fase, para enriquecer y dar un soporte científico y social al documento que, al asimilar las propuestas, deviene proyecto.

La sexta y última etapa es, en las naciones de efectivo régimen parlamentario, la fase legislativa propiamente dicha.

Si el anteproyecto y después el proyecto de ley se sujetaran a la metodología que acabo de describir, la función de los legisladores se simplificaría, se eliminaría el debate estéril y se orientaría su tarea hacia la claridad y eficacia de la norma.

Aunque el anteproyecto del Instituto no pasó por la metodología descrita arriba, reúne aciertos que conviene destacar: concede importancia al principio de intermediación procesal; exige control y seguimiento de todas las averiguaciones mediante sistemas de cómputo para verificar la eficacia, congruencia y legalidad del Ministerio Público federal; la redacción busca evitar las reiteraciones del Código vigente; utiliza una terminología técnica comprensible; regula las etapas del procedimiento ordinario, y cambia la estructura de la audiencia final o principal: primero se desahogan pruebas, luego, se presentan conclusiones. Todo, bajo los principios de intermediación, concentración, oralidad, contradicción y publicidad.

Sin embargo, el anteproyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM no constituye, bien mirado, una propuesta de reforma integral, conserva un procedimiento penal cuya ineficacia ha sido probada por la historia, mantiene la institución del Ministerio Público, aberrante estructura que impide el equilibrio de las partes, actúa con discrecionalidad desmedida y encausa la corrupción en todas sus formas. De sus artículos están ausentes medidas procesales ya probadas en otras naciones que garantizan una justicia penal rápida, ejemplar y de bajos costos para el Estado y la sociedad; me refiero, fundamentalmente, a los mecanismos de negociación que favorecen la prontitud en la expedición e impartición de justicia.

En otro rubro, el anteproyecto no aborda con profundidad el gravísimo problema de la corrupción y arbitrariedad de la policía ni marca límites precisos a la acción, esto es, facultades y atribuciones, de las autoridades, desde el Ministerio Público hasta la judicatura. Carece de simetría con las enmiendas introducidas en el ordenamiento sustantivo, los delitos de los servidores públicos y los delitos cometidos por banqueros de cuello blanco, industriales y empresarios no reciben una atención preferente, acorde con los daños que le han causado al país y coherente con las desesperadas

exigencias de la sociedad y de la población empobrecida y saqueada por rapaces financieros amparados por la ley.

No abre el elenco de medidas precautorias, y deja así intacta la prisión preventiva como única medida cautelar, disposición que en mucho contribuye a la sobrepoblación de las cárceles. No toma en cuenta ni ofrece una solución realista frente a la dualidad de procedimientos que se desprenden de la existencia de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Abrogar el código adjetivo vigente y aprobar un nuevo ordenamiento procesal penal que dé respuesta a la actualización y modernización del sistema punitivo exige, al mismo tiempo, abrogar la ley especial contra el crimen organizado e incorporar el contenido de la misma a los códigos procesal, sustantivo y ejecutivo.

No contribuye, tampoco, a elevar la conciencia jurídica de la población proporcionando a los gobernados una información clara sobre sus derechos y sobre sus obligaciones. Independientemente del destino que tenga este anteproyecto en el Congreso, no asegura ni la permanencia ni la continuidad del mismo en la próxima legislatura que, por inercia histórica, lo volverá a modificar.

Debemos tomar en cuenta que la sociedad mexicana ha cambiado mucho. El desarrollo de la democracia ha dado paso a un régimen abierto de partidos. Igual que en otras partes del mundo las ONGs se han transformado en una poderosa fuerza que vigila, denuncia y se opone o defiende las acciones del gobierno. La población, los grupos y las personas interrogan, cuestionan y critican las políticas y programas de las autoridades. La nueva sociedad mexicana se ha cansado ya de ver cómo en foros y tribunas se elogian leyes, reglamentos, decretos y programas que, a la postre, resultan inútiles, por ineficaces. Es probable que dentro de esta cadena de errores, ineptitudes y fracasos los programas nacionales de seguridad pública sean el ejemplo más dramático. Y son estos programas un reflejo, un registro y un indicador del estado que guarda la administración de justicia penal, ámbito que les corresponde al anteproyecto que aquí comentamos.

He querido detenerme un poco en estas cuestiones porque, para bien o para mal, representamos la inteligencia jurídica de la nación. México ha sido clasificado, recientemente, dentro de los países más corruptos del mundo. Los indicadores que se utilizan para determinar el grado de impureza legal, la decadencia de las instituciones y sus vicios son, entre otros, la eficacia de los sistemas punitivos. Desde este punto de vista nuestra

administración de justicia penal se encuentra por los suelos. Por eso el anteproyecto de Código Federal de Procedimientos Penales puede y debe de ser una propuesta más agresiva y vigorosa.

Me detengo ahora, para documentar todo lo anteriormente dicho, en dos artículos:

El artículo sexto del anteproyecto dice:

En las resoluciones que dicte, el juzgador cuidará de que los derechos de quienes participen en el proceso sean afectados sólo en la forma y medida indispensables para satisfacer los requerimientos y finalidades del proceso mismo, conforme a las normas aplicables al punto del que se trate. En el marco de las disposiciones del presente Código, se presumirá que toda persona es inocente del delito que se le imputa mientras no se acredite su responsabilidad. En caso de duda, el Ministerio Público deberá ejercitar la acción penal. En el mismo caso, el juez absolverá al inculpado.

La frase: “en caso de duda, el Ministerio Público deberá ejercitar la acción penal” traiciona, de entrada, todo aquello que el propio anteproyecto ofrece en el título primero del primer libro, dedicado a los principios que regulan al procedimiento penal, y entra en contradicción, tanto con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 16), como con la legislación internacional (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948).

Se opone, además, al artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, de 1950, y al artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966. Estos artículos afirman que la persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley, lo que traducido a un lenguaje más técnico, supone que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad en un verdadero proceso. Así, se impone que a lo largo del proceso debe ser tratado y considerado inocente; y de que el acusado no necesita probar nada, siendo toda la prueba de cuenta de los acusadores.

En efecto, la temeraria redacción se contraponen al principio de presunción de la inocencia que postula que el inculpado es inocente hasta que se demuestre lo contrario. No importa que en ese numeral se afirme inmediatamente después que, “en el mismo caso el juez absolverá al inculpado”, tal vez recordando el principio de *in dubio pro reo*. La frase latina

lleva implícita la presunción de inocencia. La sociedad está formada por el reo y los otros, los demás, los que no transgreden la ley, pero que han llegado a un nivel de conciencia jurídica y de madurez legal que no conciben la justicia como ejercicio de venganza, como oficio de odio y de exterminio. Y tal es en la tradición jurídica penal mexicana, aunque no en la práctica, la concepción del Ministerio Público como institución de buena fe: actuando a nombre de la sociedad y como representante de la misma, considera al indiciado como un miembro más de la comunidad al que otorga la presunción de inocencia.

La concepción moderna sobre los derechos humanos no es otra cosa que una extensión procedimental de la presunción de inocencia. De ahí la lucha contra la tortura, por el respeto al equilibrio de las partes, por la aplicación universal del derecho a la defensa y la protección de las minorías, las etnias y el ser diferente.

Es la sociedad que vive bajo el imperio de la ley, dentro de un Estado de derecho, la que instaura el principio de *in dubio pro reo*. Es un acto de respeto a las garantías individuales, de protección del colectivo social, de apoyo al organismo histórico que le da continuidad a sus acciones. El principio opuesto, si acaso existiera, *in dubio pro societate*, sería una reducción al absurdo, el atropello al imperio de la ley y la negación del Estado de derecho. Cualquier gobernado, acusado de cualquier ilícito, en cualquier sociedad que anteponga un supuesto derecho abstracto de la sociedad, quedaría en la indefensión completa. Tal ha sido la experiencia histórica de los estados totalitarios, tal es la antijurídica tesis de la razón de Estado; tal es el principio que justifica las acciones represivas a nombre de la sospecha, el sigilo, la duda y que envuelve a la sociedad en un clima de misterio y desconfianza donde acechan fuerzas enemigas y extrañas.

Voces de este tipo se han levantado recientemente en nuestro medio. Son las voces de la intolerancia, la cerrazón ideológica y política, la defensa de principios ya superados por la marcha del país hacia una sociedad democrática, libre y plural.

En la tradición penal mexicana, tradición que, como sostiene Alcalá-Zamora, debe conservarse cuando es un logro que asegura las garantías de los gobernados, el ejercicio de la acción penal procede, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 16 constitucional, cuando existen datos que acreditan el cuerpo del delito y hacen probable la responsabilidad de un indiciado.

Esta tesis constitucional que limita la liberación de las órdenes de aprehensión es sustituida por la vaga expresión “en caso de duda”.

El Diccionario de la Real Academia Española admite, cuando menos, tres acepciones regulares de la voz “duda”, y una acepción filosófica. Las primeras son: 1.- Suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia; 2.- Vacilación del ánimo respecto a las creencias religiosas; 3.- Cuestión que se propone para ventilarla o resolverla. La acepción filosófica es la siguiente: suspensión voluntaria y transitoria del juicio para dar espacio y tiempo al espíritu a fin de que coordine todas sus ideas y todos sus conocimientos. Otros diccionarios acreditados, como el Ideológico de la Lengua Española de Julio Casares, definen en iguales términos la palabra “duda”. Como puede advertirse, se trata de una voz preñada de elementos subjetivos, aun en su acepción filosófica es como un interregno, como un espacio muerto para que el pensamiento coordine ideas y conocimientos. En un código que busca claridad y precisión, la voz “duda” da entrada a la vaguedad y a la indefinición, elementos que pueden funcionar en la poesía pero no en la aplicación del derecho punitivo.

La redacción es peligrosa porque abre las puertas a los mecanismos propios de los regímenes totalitarios, carentes de garantías para los ciudadanos, que se encuentran sin capacidad de defensa frente a las autoridades, sin formalidades esenciales del procedimiento, de espaldas a las conquistas de la democracia y bajo la amenaza y la incertidumbre propias de los estados de excepción. La ambigüedad terminológica contribuye a fortalecer las facultades discrecionales del Ministerio Público y sus rasgos autoritarios y prepotentes, elementos todos que avasallan la judicatura y la subordinan a los intereses de la representación social, contraponiendo ambas instituciones a las garantías de los gobernados.

Los riesgos de una redacción defectuosa o mal intencionada han sido puestos de relieve por Marcos Roitman en su artículo, del 12 de noviembre del año en curso, *Fanatismo y terrorismo*, publicado por el diario *La Jornada*. Examinando la reunión de jefes y exjefes de Estado y gobierno (Ernesto Zedillo entre ellos), celebrada la última semana de octubre en Madrid, se detiene en el examen de la sintaxis y los términos utilizados en la declaración aprobada. Dice:

Pero lo más novedoso de la redacción es la unión de dos conceptos que aparecen en el primero y último párrafo de la declaración.

En el primero se apunta: “No estamos ante una guerra de culturas o de religiones, sino en una lucha contra un fanatismo terrorista”. Y en el último se apostilla: “Por ello, desde esta conferencia, en la que compartimos experiencias de nuestras transiciones a sistemas políticos democráticos, hacemos un llamamiento especial para el fortalecimiento de nuestras democracias y para la tolerancia de las diferentes culturas frente al fanatismo y la violencia”.

Aquí desaparece de la redacción la palabra terrorismo y se indica la necesidad de luchar directamente contra el fanatismo. El cerco a la democracia es mayor. Se trata de hacer coincidir fanatismo con terrorismo y ambos con violencia.

Por primera vez, desde un punto de vista político, nos encontramos con la homologación de los conceptos de fanatismo y terrorismo y sinónimos de violencia y destrucción.

El fanatismo puede ser inclusive de todo aquello que el poder político, la razón de Estado, considere peligroso para la gobernabilidad del poder. Su amplitud facilita adscribir el adjetivo de fanático a parte de la ciudadanía o sociedad civil que, contraria al terrorismo, desee manifestarse contra la lógica sistémica de este nuevo orden imperial.

Ahora, desde un ejercicio del poder neooligárquico se podrá imputar el concepto de fanático y aplicar leyes antiterroristas a todo aquel individuo o colectivo que se considere antisistémico.

Movimientos sociales étnicos, de clase, de género o culturales pueden ser considerados organizaciones de fanáticos destructores de la paz y afines a organizaciones terroristas. Contra ellos la aplicación de las medidas antiterroristas parecerán legitimadas en un marco de lucha contra el fanatismo violento.

Demos la bienvenida a un orden en el que la diversidad cultural y el reconocimiento a la diferencia se sustituyen por una defensa contra el fanatismo terrorista. El peligro del totalitarismo se cierne sobre nosotros.

Paso ahora del fondo a la forma. Afirma el artículo 147 del anteproyecto:

“Hay flagrancia cuando el inculpado:

- I.- Es detenido en el momento de cometer el delito;
- II.- Después de ejecutado éste, es perseguido sin interrupción; o”

En la fracción II el Código vigente dice: “Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente”; la redacción actual es más directa y no tiene la anfibia de la redacción propuesta cuando dice “después de ejecutado éste...” y no sabemos si se refiere al delito o al detenido.

Una lectura crítica cuidadosa del anteproyecto debe conducir a la precisión técnica y a la corrección gramatical. Son dos aspectos complementarios. En la fase actual de discusión debe prevalecer la precisión técnica, es decir, pulcritud en la doctrina, claridad en los conceptos, transparencia en el procedimiento. Pero el debate en el Congreso, por razones obvias y naturales, puede introducir de nueva cuenta vaguedades e imprecisiones. Así, por ejemplo, la Iniciativa de Decreto que la Cámara de Diputados ha puesto en su página de Internet muestra grandes diferencias con respecto al texto elaborado por el Instituto. Los cambios introducidos carecen de seguimiento, no están bajo control de nadie, se dan sobre la marcha y, al llegar al momento final de la aprobación, no existe una corrección de estilo que unifique la propiedad en el uso del idioma con el rigor científico en el manejo de las categorías jurídicas.

Así, me pregunto una y otra vez ¿existe una metodología adecuada en la técnica legislativa mexicana? ¿Se cumplen en nuestro medio las etapas descritas por el maestro Alcalá-Zamora? ¿Ha servido de algo la alternancia política para mejorar y perfeccionar nuestra legislación?

Frente a todas estas preguntas me quedo, como dice el Diccionario de la Real Academia Española “en estado de suspensión, con el ánimo vacilante”, bajo el signo de la duda.

Y me da tristeza, porque la verdad es que siempre he soñado con un código adjetivo de la materia más novedoso y agresivo en la solución de los problemas, más eficaz y eficiente, en el que, entre otras muchas cosas, la averiguación previa fuera eso, averiguación previa y no, como es, un mini proceso penal; que esta etapa pre-procesal la presidiera una institución distinta a la del Ministerio Público, para evitar esa nefasta dualidad de funciones en la que, primero actúa como autoridad, y luego, como parte; y, al actuar como parte, se evitara que, una vez consignado un asunto, el Ministerio Público siguiera actuando en calidad de autoridad en un expediente triplicado y ampliara el ejercicio de la acción penal con flagrante violación al equilibrio de las partes; un proceso penal en el que el juez es la autoridad suprema y no un auxiliar del Ministerio Público que actúa con temor y sujeción a los intereses del órgano acusador; un juez que conoce de un asunto y resuelve, y no un juez que se queda a medio camino por el desistimiento de la acción penal; un proceso penal que permita, si se cumplen determinados presupuestos, sobreseer o concluir un asunto; es decir, justicia negociada, principio de oportunidad, que permita la despresurización de los juzgados penales, el estímulo a la pronta administración

de justicia y la reparación del daño; que permita, también, evitar el agravamiento de los infractores jóvenes o primarios en la cárcel y obtener la reinserción social del infractor, en fin, una legislación penal orientada por su doctrina, por sus principios y por la pureza de su redacción, a cumplir ese anhelo de la población que, en 1934, en la Exposición de Motivos del ordenamiento vigente, describió Emilio Portes Gil en los términos siguientes: un código procesal penal unificado para toda la República, capaz de estimular la justicia pronta, humana y ejemplar.