

REVISIÓN DEL CÓDIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL: APUNTES DESDE
LA CULTURA DE LA TRANSPARENCIA

José BUENDÍA HEGEWISCH*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El nuevo Código Penal*. III. *La responsabilidad del gobierno*. IV. *El acceso a la información*.
V. *Addendum*.

I. INTRODUCCIÓN

El asunto que hoy nos ocupa en esta mesa es el resultado de un largo proceso de análisis que comenzó con la II Legislatura en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en 2000. En efecto, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal ha sido el resultado de un largo y complejo proceso de revisión de propuestas, consultas con instituciones de gobierno y académicas, especialistas en derecho y, por supuesto, de negociación entre los partidos políticos. Las fuerzas políticas han tenido que hacer un esfuerzo de contención para llegar a acuerdos y permitir que las distintas posturas derivaran en consensos, no obstante que desde un principio se advertían importantes coincidencias en las distintas propuestas que se presentaron ante el Pleno.

Sobre este proceso de análisis y dictaminación del nuevo Código Penal, cabe señalar también que una de las lecciones más valiosa que se desprenden de éste es que toda reforma debe incorporar una visión integral. La reforma al Código Penal, por sí misma, era necesaria, y de ello da cuenta simplemente la antigüedad del propio instrumento (aprobado en 1931) y el país tan distinto que había cuando este fue promulgado.

Pero si era necesaria la actualización del Código, tampoco podemos esperar que por sí mismo resuelva los problemas que nos aquejan para la

* Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

construcción de un verdadero Estado de derecho en nuestro país, y por supuesto en nuestra ciudad. En este aspecto debemos ser concientes de que el funcionamiento de una ley está vinculado con el funcionamiento de otros ordenamientos, con el funcionamiento de las instituciones y con la manera como las normas interactúan.

Con esta perspectiva en mente quiero explorar el nuevo Código Penal, particularmente en lo relativo a los delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos. Y abordar este tema no sólo desde la descripción de los cambios que introduce el nuevo Código Penal, sino también en relación con las transformaciones que se requieren en otros ordenamientos e incluso por la acción de las instituciones para acompañar el esfuerzo: esto es, la necesidad de desarrollar mecanismos de transparencia y de acceso a la información pública como elemento adicional para generar una perspectiva proactiva en la prevención de conductas punibles, especialmente de los servidores públicos.

En efecto, me parece que es tan importante poner al día los mecanismos coercitivos como explorar aquellas medidas preventivas que contribuyan a inhibir las conductas delictivas. Desde luego que la necesidad de mejorar nuestro sistema de administración y procuración de justicia requiere de ambas.

II. EL NUEVO CÓDIGO PENAL

El nuevo Código Penal para el Distrito Federal, aprobado en abril pasado, en lo relativo a los delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos, conserva las figuras delictivas ya conocidas y contempladas en el Código vigente, aunque con algunas modificaciones, entre las cuales están las siguientes:

- a) El título decimoctavo conserva los delitos en los que el sujeto activo es el servidor público, por lo que las conductas delictivas de particulares relacionadas con el servicio público se entienden ahora como tipos autónomos y se ubican en título separado. Es claro que los delitos de funcionarios públicos, en muchas ocasiones, serían imposibles sin la participación de particulares, quienes también merecen ser considerados como sujetos activos en este tipo de conductas. Por lo tanto, sería un error poner en calidad de víctimas a los particulares cómplices y beneficiarios de muchos de estos delitos.

- b) Independientemente de las sanciones establecidas para cada delito, se establece como disposición general la aplicación de la destitución, la inhabilitación (que se ve incrementada de 3 a 10 años) y el decomiso de los productos del delito.
- c) El nuevo Código Penal elimina conceptos que carecían de elementos objetivos necesarios para hacer efectiva la aplicación y crea nuevas figuras delictivas en este título. El delito de abuso de autoridad presenta una nueva estructuración respecto del Código vigente. Casos específicos de abuso de autoridad, contenidos en las fracciones III, IV, V, IX y X del artículo 215 vigente, pasan a ser figuras delictivas autónomas. Otros fueron ubicados en delitos cometidos en contra del adecuado desarrollo de la justicia cometidos por servidores públicos, delitos contra el servicio público cometidos por particulares, en el delito de desaparición forzada de personas y en el delito de ejercicio indebido del servicio público.
- d) Se atenúa la pena de prisión en algunos delitos, mientras que en otros casos se presenta un aumento en dicha pena; asimismo, se incrementa de forma generalizada, el monto de la multa. La atenuación, sin embargo, resulta mínima, pues independientemente de la aplicación de la pena de prisión y la multa, se aplica la sanción económica y otras medidas como la inhabilitación, la destitución y el decomiso. Lo anterior responde a la preocupación de racionalizar las penas en el Código Penal. La racionalidad detrás de la atenuación de la pena es modificar los incentivos actuales para los servidores públicos que motivan, en ocasiones, que realicen algunas funciones o que tomen decisiones ante tales disposiciones o que sean objeto de abusos por parte de particulares quienes frecuentemente ejercen presión para realizar, agilizar o tomar decisiones, derivadas en muchas ocasiones de la excesiva regulación administrativa para realizar trámites en oficinas públicas.
- e) Es pertinente hacer comentarios sobre las modificaciones que presentará este título, específicamente sobre el artículo 274 que contempla el delito de malversación. Efectivamente el contenido de este artículo contempla los mismos elementos que integran al tipo penal de peculado contenido en el artículo 273. Se trata de un error que podría dar origen a que todos aquellos indiciados, procesados y sentenciados por el delito de peculado puedan invocar en su favor

el principio de la aplicación de la ley más favorable, pues la malversación contempla una penalidad menor. En virtud de ello, se determinó posteriormente en el seno de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la Asamblea hacer una reforma para eliminar el delito de malversación y ubicar en el artículo 274 el delito de concusión, que no había sido considerado en el nuevo Código Penal. Este cambio se produjo por las observaciones que hizo al nuevo Código, antes de su publicación, el gobierno del Distrito Federal, quien manifestó que el delito de concusión tiene una relevancia jurídica determinante en nuestro ámbito social, y al no ser considerado, las conductas delictivas que prevé el delito de concusión no podrían ser sancionadas, dejando a los particulares en franco estado de indefensión y a los servidores públicos que incurren en ella en impunidad total.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL GOBIERNO

En esta misma área, creo pertinente señalar que el nuevo Código Penal establece que el Distrito Federal será responsable solidario por los delitos que cometan sus servidores en el ejercicio de su cargo, independientemente de que los delitos hayan sido cometidos dolosa o culposamente. Sin embargo, lo ideal sería que aparejadas a la reforma penal planteada, se llevaran a cabo reformas al Código Civil y en materia administrativa que establezcan también la responsabilidad solidaria y directa del Distrito Federal.

De llevarse a cabo estas modificaciones se aceptaría la responsabilidad solidaria del Estado por cualquier acto ilícito, abriendo el espectro a ilícitos que no necesariamente constituirían delitos. Este reconocimiento de responsabilidad solidaria significa un avance pues ha costado muchos años admitir la idea de responsabilidad del Estado.

Así, en adelante el Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos con motivo del ejercicio de sus funciones, quedando a salvo el derecho del Distrito Federal para ejercitar las acciones correspondientes contra el servidor público responsable, de tal manera que asumirá directamente la reparación del daño en todo lo que ésta comprende. Asimismo, se establece en el nuevo Código Penal que el gobierno del Distrito Federal reglamentará la forma en que deba

garantizarse en estos casos la reparación del daño y su pago se hará preferentemente en una sola exhibición.

De esta manera se logrará una mayor eficacia en la reparación del daño a las víctimas u ofendidos por la comisión de los delitos cometido por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, y con ello la sociedad se acercará a los órganos de procuración y administración de justicia para denunciar tales conductas, dado que se tendrán buenas posibilidades de ver subsanado el daño inflingido. Lo anterior redundará en una mejor y más eficiente labor de nuestras autoridades en el ámbito penal, así como en una mayor confianza de los gobernados hacia nuestras instituciones.

En este sentido, el nuevo Código Penal protege a la población ante un eventual daño causado por los servidores públicos pues la responsabilidad del Distrito Federal y la reparación del daño se convierten en una obligación solidaria.

IV. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

En nuestro país, la legislación en materia penal, no obstante que debe prever conductas y sanciones, ha tendido a adoptar tradicionalmente un enfoque marcadamente reactivo, en detrimento de los aspectos preventivos que también requieren las normas. Pero hoy es cada día más difícil soslayar la importancia de tomar medidas y generar normas para evitar que las conductas delictivas se lleguen a producir. Éste es justamente el enfoque que puede complementar la legislación que estamos analizando.

Las leyes establecen normas y el conjunto de normas generan instituciones. Los arreglos institucionales son una forma natural de influir en las conductas de los ciudadanos. En tanto que las normas establecen conductas permisibles, procesos y sanciones como medio para dar certeza a las relaciones entre los individuos o entre los individuos y las autoridades, se generan incentivos que premian o castigan las conductas.

Por un lado, lo que conocemos como conductas repetitivas, englobadas genéricamente en el concepto cultura, pueden entenderse como resultado de los arreglos imperantes. Al comparar un ciudadano canadiense que cruza las calles exclusivamente en las zonas expresamente señaladas para ello con un ciudadano mexicano que cruza las calles sin utilizar necesariamente las zonas destinadas para ello, es común atribuirlo a la cultura de cada país. Aunque el término no es necesariamente el más afortu-

nado, engloba justamente la realidad normativa en cada país. En Canadá existen severas multas para quien no cruce las calles en las zonas destinadas para ello y se aplican estas sanciones. En México, las sanciones para quienes no respetan estas zonas no se aplican adecuadamente. En consecuencia, los canadienses son más respetuosos de las normas que los mexicanos. Si enviásemos a un grupo de mexicanos a Canadá, al principio tendrían probablemente problemas al cruzar las calles únicamente por ciertas zonas. Pero eventualmente se acoplarían a la normalidad en Canadá. Es decir, los incentivos que establecen las normas terminarían por imponerse para modificar sus conductas. Cuando diseñamos o reformamos normas, podemos incorporar esta visión para generar los incentivos necesarios para la prevención. Es decir, podemos incorporar una dimensión proactiva en la legislación.

En el caso de los delitos contra el servicio público contemplados en el nuevo Código Penal, podemos también incorporar esta visión. Para ello, sin embargo, debemos analizar el entorno en que actualmente se desenvuelven los servidores públicos.

Uno de los factores que favorecen que los servidores públicos cometan delitos deriva de la opacidad en que pueden operar, además de problemas al interior de la administración pública, como la falta de una buena selección de personal, de capacitación, de actualización de personal, de salarios dignos y de recursos materiales para ejercer y cumplir sus funciones. Los ciudadanos difícilmente pueden saber si los trámites realmente tardan el tiempo que dicen tardar, desconocen quién es el responsable de que sus calles no hayan sido pavimentadas propiamente o quién está atendiendo contra la procuración de justicia. Si no pueden acceder a la información que les permita conocer cuándo se comete un delito en esta esfera o quién podría ser responsable de ello, difícilmente podrá denunciarlo.

Por el contrario, cuando un ciudadano puede acceder completamente a la información en poder de la autoridad con presteza, la posibilidad de que el propio ciudadano detecte la irregularidad y la denuncie se potencia.

Por lo general no existen ciudadanos que dediquen grandes cantidades de tiempo a estas tareas. La mayoría de estos actos se detectan por los ciudadanos directamente afectados por los delitos cometidos en su perjuicio. Aunque limitada, entonces, la transparencia que deriva del acceso a la información pública modifica sustancialmente los incentivos de los servidores públicos. En tanto que un ciudadano con acceso a información

puede detectar irregularidades, la probabilidad de que se detecten sus delitos aumenta y, con ello, la posibilidad de que sea sancionado.

Justamente cuando los ciudadanos pueden tener una acción limitada en términos de supervisión, aparecen los medios de comunicación en la ecuación para generar efectos renovados del acceso a la información. En los últimos años hemos sido testigos de actos de responsabilidad periodística en los medios que, a través del periodismo de investigación, han denunciado irregularidades y delitos que evidencian la acción de la autoridad fuera del marco de sus atribuciones y de sus responsabilidades. En consecuencia, la opinión pública adquiere conciencia de estos hechos y los servidores públicos se ven forzados a modificar sus conductas. Y no se trata de que el acceso a la información se convierta en el arma para atrapar a quienes ejercen el poder público, sino que el beneficio de la transparencia radica en que eleva la confianza en los gobiernos, les permite a estos mejorar en el mantenimiento de sus archivos y garantizar una mayor fiscalización.

De ahí la importancia de aprobar, a la mayor brevedad posible, la iniciativa de Ley de Acceso a la Información Pública para el Distrito Federal. Si conjuntamos los avances del nuevo Código Penal con, por ejemplo, la posibilidad de los ciudadanos de acceder a la información pública, se maximiza la efectividad de estas reformas. Es decir, si unimos la disposición más de tipo reactivo que contiene el Código Penal con una perspectiva proactiva como la de la iniciativa Ley de Acceso a la Información, entonces podemos tener la entrada a un círculo virtuoso que modifique la “cultura” del servicio público. Ciertamente los cambios no son inmediatos, sino de mediano y largo plazo, pero la recompensa de la apuesta aumenta el valor de la espera.

V. *ADDENDUM*

Aunque quedan muchos aspectos que podrían explorarse dada la naturaleza dinámica de los sistemas normativos a los que me he referido, baste por ahora con lo mencionado. Sin embargo, me parece pertinente señalar que estas perspectivas adicionales al derecho se enriquecen de vetas tan distintas como la economía, la sociología, la psicología o el neo-institucionalismo de la ciencia política. De ahí el valor agregado en el debate del nuevo Código Penal que aportaron especialistas en derecho, instituciones académicas, colegios y la sociedad civil para aprehender la

naturaleza dinámica de las normas que llama a generar una perspectiva más amplia e integral de las reformas. Por ello, me permito insistir en la colaboración conjunta, en la convergencia de ideas y propuestas, no sólo en la legislación que hoy nos ocupa, sino en otros futuros. La amplia consulta que está detrás de la elaboración del nuevo Código Penal para el Distrito Federal y la pluralidad de actores que participaron en el proceso de análisis, sin lugar a dudas es otro de los saldos positivos de esta experiencia.