

REFLEXIONES SOBRE EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES



Gilberto Santa Rita Tamés

I. Consideraciones preliminares

La entrada en vigor del nuevo sistema penal acusatorio ha sido uno de los acontecimientos jurídicos más relevantes de las últimas décadas. De acuerdo con la reforma al sistema, a partir del 18 de junio de 2008, todos los estados y la federación contarían con un plazo de ocho años para legislar y poner en marcha el sistema acusatorio-adversarial (18 de junio de 2016). El cambio de paradigma de un sistema mixto (fusión entre la vertiente inquisitiva y acusatoria) a uno en su totalidad acusatorio se pronosticaba complejo y así ha sido a casi un año de su entrada en vigor.

Gran parte de los problemas que poseen las reformas innovadoras radican en pensar que la labor legislativa es el final del camino cuando es sólo su inicio. La vida social no cambia al reformar leyes, sino al aplicar los principios y las normas a la vida cotidiana. En este sentido, el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) implicó una enorme inversión por parte del Estado mexicano en aras de librarse de un paradigma vertical, autoritario, desequilibrado y violatorio de los derechos humanos (sistema de procesamiento mixto). El problema radica en que cambios tan abruptos implican un importante desembolso de recursos humanos, intelectuales y materiales. En pocas palabras, la adopción del sistema acusatorio adversarial ha sido una de las empresas más costosas para el México de los últimos años. Por ejemplo: durante los primeros seis meses se invertieron 4 mil 182 millones 317 mil 985 pesos en diversos rubros para su implementación. Se ha tenido que “construir” el nuevo sistema, desde juzgados, modificaciones en las agencias del Ministerio Público, hasta la capacitación de jueces, fiscales, defensores, asesores y litigantes a niveles federal y local. El nuevo derecho procesal penal mexicano también introdujo nuevos principios en el llamado derecho penal constitucional (*lato sensu*).¹

¹ En referencia a los principios rectores del sistema contenidos en el artículo 20 apartado A de la Constitución.

Pero la reforma llegó aún más lejos; las universidades se vieron en la necesidad de ponerse al día a través de modificaciones en el contenido de las asignaturas, así como en adaptar su propia infraestructura. La Universidad Iberoamericana, campus Ciudad de México-Tijuana, fue de los primeros centros de estudio con un aula especial de juicios orales (desde el año 2012 e inaugurada por la entonces Procuradora General de la República, Marisela Morales Ibáñez).

Desde la perspectiva teórico-práctica, la asunción de un nuevo sistema donde las partes pueden dialogar con libertad y encontrar salidas diversas a los conflictos lleva consigo una meta mucho más ambiciosa; un cambio, un verdadero giro de tuerca que permita a la sociedad mexicana transitar de una cultura del conflicto a una del diálogo. Desde hace varias décadas, la sociedad mexicana se ha olvidado de “la palabra” para solucionar los diversos conflictos sociales de un país en vías de desarrollo. El clima de violencia en todo el país (desde la delincuencia más sencilla hasta la macro criminalidad) ha arrinconado a la ciudadanía, al relegarla a un mero papel de espectadora. El sistema acusatorio obliga a participar en el conflicto. Se crea un nuevo espacio para ejercer una auténtica lid jurídica (discusión racional), una batalla argumentativa en igualdad de condiciones frente al agente del Ministerio Público, juez, asesor jurídico de la víctima o el defensor. Las partes gozan de un sano equilibrio en igualdad de armas y todas sus actuaciones, declaraciones y diligencias serán de buena fe. En términos muy simples es volver a empezar a hablar entre ciudadanos, aunque el diálogo haya sido motivado por un fenómeno delictivo.

Desde un punto de vista general, el cambio fue bueno. La codificación procesal anterior poseía una serie de problemas que volvían inoperantes los elevados valores de los derechos humanos. Existían figuras procesales que llegaron a caer en absurdos irracionales como el careo supletorio; con ello comenzamos las siguientes reflexiones. La aproximación que se realizará a continuación constituye una descripción de aquellas cuestiones que parecen ser positivas contra aquellas que preocupan dentro de los márgenes del nuevo sistema acusatorio-adversarial.

II. Un caótico punto de partida

La práctica forense tradicional implicaba el desarrollo de un debate escueto entre las pretensiones del Ministerio Público y la defensa privada o pública. Un problema que encontraban los abogados postulantes radicaba en que el principio de “igualdad de armas” era inexistente, por una sencilla razón: el agente del Ministerio Público tenía fe pública en las diligencias de la averiguación previa. Los máximos tribunales de la República buscaron darle legitimidad a ese hecho a partir de razonamientos como el que se transcribe:

MINISTERIO PÚBLICO. NO SE ROMPE EL EQUILIBRIO PROCESAL POR EL HECHO DE DAR EFICACIA PROBATORIA A LAS ACTUACIONES PRACTICADAS EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (tesis aislada).

No es correcto el argumento del quejoso de que de manera forzosa se le deba conceder mayor valor probatorio a aquellos medios de prueba que se rindan ante la autoridad jurisdiccional, respecto de los que se rindieron ante el Ministerio Público, al aludir a que de lo contrario se produce una supuesta violación al equilibrio procesal. Esto es así porque, como se ha dicho, corresponde a la representación social la investigación y persecución de los hechos constitutivos de delito del que tenga conocimiento, ello por imperativo constitucional y, por tanto, las actuaciones que en uso de esa facultad realice, al observar los preceptos legales aplicables en cada caso particular, son merecedoras de valoración por parte de la autoridad jurisdiccional, al partir del principio de que es una institución de buena fe y que, además, está dotada de fe pública. Máxime que conforme a la codificación procesal penal de aplicación federal, la normatividad correspondiente asigna igual eficacia a las actuaciones practicadas en el proceso propiamente dicho, o en etapas procedimentales previas, como la de averiguación previa. Que el Ministerio Público se convierta en parte del proceso después de la consignación ante la autoridad judicial se debe a la doble función de que está dotado, es decir, como institución investigadora y como parte en el proceso. Pero no significa, conforme al sistema procesal mexicano vigente, que por el hecho de dar eficacia probatoria a aquellas actuaciones que realizó en función de autoridad persecutora de delitos transgrede el equilibrio de las partes, porque los datos que arroje esa investigación es lo que hará que en un momento dado se pueda o no ejercer acción penal en contra de una persona, como presupuesto del proceso en sentido estricto. Y en el caso de que así suceda, ésta tendrá la posibilidad de entablar de forma más amplia ante un órgano judicial sus mecanismos de defensa, al aportar todas aquellas pruebas que estime pertinentes, las que deberán ser valoradas por el órgano jurisdiccional al momento de resolver, pero sin que ello le impida el valorar por igual aquellas que no fueron desahogadas ante él, es decir, durante la averiguación previa. Tampoco puede perderse de vista que también en dicha etapa de indagatoria se asignan al presunto inculcado garantías y derechos en aras del debido proceso y plenitud de defensa, ello conforme a la normatividad constitucional y legal aplicable hoy en día en nuestro país.

Del texto de la tesis se desprenden razonamientos muy diversos a los principios que hoy rigen al nuevo sistema. La problemática radica en que todavía faltarán unos diez años para que se terminen de desahogar todos los casos pendientes que deben ser concluidos bajo el sistema anterior. La tesis contempla dos cuestiones muy relevantes para el estudio que aquí se desarrolla. La primera cuestión es que las actuaciones ministeriales poseen fe pública. La representación social buscaba acreditar una verdad de naturaleza ontológica, histórica y no normativa (a diferencia, por ejemplo, del proceso civil).² Me explico: en el sistema mixto tanto el Ministerio Público como el juez penal realizaban funciones implícitas de historiadores, investigadores que buscaban desentrañar la verdad “real”. En vista de ello el legislador y la jurisprudencia dotaron de un armamento

² Castro, V. Juventino, *El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones*, 13ª edición, Porrúa, Ciudad de México, 2006, p. 132.

contundente al Ministerio Público a través de la fe pública contenida en sus actuaciones. Bajo dicho esquema, el litigio en averiguación previa se equiparaba a litigar con un notario. En otras palabras, cuando se consignaban los hechos ante el juez penal ya había una verdad revestida de fe pública.

Resulta también problemático que el Ministerio Público detenta la pretensión punitiva del Estado; es el buscador de la verdad real.³ El abogado defensor, entonces, se veía imposibilitado para llegar a la verdad de los hechos con las mismas herramientas, ya que el litigante carece de fe pública y de todos los recursos con que cuenta a su disposición el agente investigador. El equilibrio procesal por supuesto que se veía roto. La construcción de una macro-institución, como la añejada concepción del Ministerio Público omnipotente, se comprende en el contexto del régimen autoritario en el que vivió México durante casi un siglo.

Desde el punto de vista de la doctrina, y si se realiza un análisis sistemático de las tesis y jurisprudencias, se pueden observar los esfuerzos para legitimar y dotar de forma a las instituciones del Código de Procedimientos Penales. Desde la perspectiva que aquí se defiende fue justo la fe pública de las actuaciones ministeriales uno de los elementos torales en el fracaso del antiguo sistema. A pesar de ello funcionó durante décadas, aun cuando generaba un falso ambiente de justicia (es decir, parecía que se hacía justicia). Otra cuestión que resulta interesante es que se considere al Ministerio Público como una institución de buena fe. Se comprende, desde el plano teórico, que en efecto cuando la referida institución actúa como autoridad durante la averiguación previa deberá actuar de manera imparcial al tratar a ambas partes por igual. En la práctica dicha circunstancia distaba mucho de ser Derecho viviente. El Ministerio Público es una institución dotada de dientes y tenazas, configurada para “crear” delitos. La buena fe además se ha encontrado contaminada por el grave fenómeno de la corrupción que aqueja a la institución que se explora. Hoy con el nuevo sistema se sigue conservando la buena fe en la labor ministerial (y en las otras partes también), pues se asume que en un Estado de Derecho (existen serias dudas sobre si México lo es) las instituciones se basan en ese principio práctico:

INSPECCIÓN OCULAR PRACTICADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO. POR SER INSTITUCIÓN DE BUENA FE QUE ADEMÁS GOZA DE FE PÚBLICA, SE PRESUME CIERTO LO ASENTADO EN ELLA (tesis aislada).

Es inconcluso que lo asentado en el acta levantada con motivo de la inspección ocular, practicada por el agente del Ministerio Público, se presume cierto, sin que sea óbice para ello que no haya sido firmada por la persona que se encontraba en el lugar donde se practicó, pues debe tomarse en cuenta que el Ministerio Público es una institución de buena fe, que además goza de fe pública.

³ Castro, V. Juventino, *El Ministerio Público en México*, op. cit., p. 132.

El CNPP hace referencia en una ocasión a la buena fe. Lo novedoso es que ahora hay un artículo expreso donde se establece el principio de probidad que engloba la buena fe y que se extiende a todas las partes del proceso:

Artículo 107. Probidad. Los sujetos del procedimiento, que intervengan en calidad de parte, deberán conducirse con probidad, evitando los planteamientos dilatorios de carácter formal o cualquier abuso en el ejercicio de las facultades o derechos que este Código les concede. El Órgano jurisdiccional procurará que en todo momento se respete la regularidad del procedimiento, el ejercicio de las facultades o derechos en términos de ley y la buena fe.

La nueva codificación plantea, mediante artículo expreso, la irrestricta igualdad entre las partes. Esta circunstancia pone fin a la fe pública en las actuaciones que se practiquen en la carpeta de investigación: “Artículo 11. Principio de igualdad entre las partes. Se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen”.

Otro tema relevante es el del juez investigador. En el sistema mixto el órgano jurisdiccional ejercía facultades propias de un auténtico investigador. Dicha circunstancia no sólo rompía el equilibrio entre las partes, debido a que el abogado debía enfrentarse al Ministerio Público y al juez de instrucción al mismo tiempo, sino que difuminaba la trílogía procesal básica. Ocurría una paradoja: el juez penal también debía buscar la verdad histórica, pero ¿no se supone que la verdad histórica ya había sido comprobada por el agente investigador a través del *cuerpo del delito y la probable responsabilidad*? Tal vez sea dicha situación uno de los absurdos más grandes del sistema procesal penal mexicano. Los tribunales de la federación intentaron durante décadas darle sentido a ello, pero nunca lo lograron con la suficiente solidez científica. En la doctrina también imperaba un clima de confusión.

El sistema anterior implicaba una doble investigación: la del Ministerio Público y la del juez, a través de las llamadas diligencias para mejor proveer. Castro señala: “...el juez penal tiene un mayor campo de acción que el juez civil, pudiendo aquel de oficio, practicar las diligencias que le aproximen más al conocimiento del hecho que pueda corresponder a la realidad (*principio inquisitorio*)”.⁴ Este fenómeno generaba que procesos “breves” se prolongasen gracias a las diligencias de mejor proveer, circunstancia que se originaba por un déficit en el alcance probatorio de la averiguación previa. En palabras simples, el juzgador no estaba convencido de lo actuado por la representación social. El absurdo llegaba al máximo al implicar que el juez a través de sus propias investigaciones debía convencerse a sí mismo. En este esquema, una de las grandes virtudes del nuevo sistema es que mantiene muy bien divididas las funciones de cada una de las partes.

A modo de síntesis: la introducción del nuevo sistema acusatorio adversarial tuvo dos efectos importantes en la práctica del litigio al desterrar la fe pública que poseían

⁴ Castro, V. Juventino, *El Ministerio Público en México, op. cit.*, p. 133.

las actuaciones ministeriales y las diligencias de mejor proveer que rompían el delicado equilibrio procesal. Hoy, los datos de prueba que se obtengan al integrar la carpeta de investigación no son, por fortuna, una verdad jurídica:

PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL. LAS ACTUACIONES PRACTICADAS EN UNA AVERIGUACIÓN PREVIA, QUE CONSTITUYAN MATERIAL IDÓNEO PARA CONFIGURAR DATOS DE PRUEBA QUE INTEGREN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN, NO CONSTITUYEN MATERIAL PROBATORIO PARA DICTAR SENTENCIA (tesis aislada).

Los datos de prueba contenidos en la carpeta de investigación, conforme lo disponen los artículos 20, apartado A, fracción III, de la Constitución General y 249 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, no constituyen parte del material probatorio con base en el cual será juzgado el indiciado, salvo aquellas probanzas desahogadas de conformidad con las reglas previstas en el propio código para el anticipo de prueba, o bien, aquellas que ese ordenamiento autoriza a incorporar por lectura durante la audiencia de juicio. Así, las disposiciones legales citadas establecen que las actuaciones realizadas durante la investigación carecen de valor probatorio para fundar la sentencia del imputado, a diferencia de lo que sucede con las diligencias probatorias que se desahogan en la averiguación previa, cuyos efectos subsisten durante todo el proceso penal. Por tanto, el hecho de que pudieran existir pruebas desahogadas en la averiguación previa que sirvan para integrar datos de prueba en la carpeta de investigación, no implica que serán tomadas en cuenta como prueba en el juicio oral.

III. Lo flexible y lo inflexible

Como toda obra humana el CNPP tiene sus problemas. Las leyes son expresiones racionales siempre perfectibles que permanecen en una inevitable actualización a lo largo del tiempo. A nivel de sistema ocurre algo complejo. Todo el andamiaje penal mexicano parte de dos grandes marcos: la dogmática penal alemana como sistema de imputación y el proceso acusatorio de corte inglés o norteamericano. La fusión de ambos paradigmas resulta a todas luces conflictiva. El sistema de imputación ubicado en la parte general emana de una dogmática penal post finalista. Sin duda las aportaciones de Jakobs para el asentamiento de una nueva dogmática son innegables. Para Polaino Navarrete se le debe al profesor alemán la mayor evolución del Derecho penal en la actualidad.⁵ A pesar de ello la obra integral de Günther Jakobs es prácticamente desconocida en México, falta un largo camino por recorrer todavía. La aplicación práctica del Derecho penal

⁵ Polaino Navarrete, Miguel, "Evolución de la dogmática penal post-finalista", en Günther Jakobs/Miguel Polaino Navarrete/Eduardo López Betancourt, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista (estudios de Derecho penal funcionalista)*, Porrúa, Ciudad de México, 2006, p. 106.

mexicano parte de premisas finalistas, pero gracias al esfuerzo de algunos juristas, el funcionalismo comienza a abrirse camino a nivel especializado:

ERROR DE PROHIBICIÓN. DEBE CONSIDERARSE QUE SE ACTUALIZA CUANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO TÍPICO REVELAN INEQUÍVOCAMENTE QUE EL SUJETO ACTIVO SE CONDUJO CREYENDO QUE SU CONDUCTA ESTABA APEGADA A DERECHO (tesis aislada).

El conocimiento de la antijuridicidad, como requisito que fundamenta la culpabilidad del individuo, debe apreciarse en cada caso concreto al tener en cuenta tanto factores objetivos sobre la mecánica de los hechos, como psicológicos y sociales que afecten la percepción de la norma penal que pueda tener el sujeto activo, para así establecer con mayor exactitud si la conducta típica debe reprochársele desde el punto de vista criminal. Por tanto, cuando una persona se presenta de forma espontánea ante la ventanilla de atención al público de una zona militar, con el propósito de registrar un arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, es factible aceptar que actúa bajo un error sobre el alcance de la norma, pues de conocer que la tenencia del arma de tales características no se permite a particulares con seguridad no habría intentado el trámite de registro, con el consecuente riesgo de ser considerado como un delincuente flagrante del delito de portación. Más bien, esa actitud de entregar sin temor el arma revela que creía conducirse sin infringir disposiciones legales, motivo por el cual no puede decirse, desde la perspectiva del funcionalismo penal, que su intención haya sido delinquir, al actualizarse así el error de prohibición previsto en el artículo 15, fracción VIII, inciso b), del Código Penal Federal.

La dogmática penal se compone de categorías fijas concatenadas. La imposición de la pena requiere satisfacer los presupuestos de la conducta típica, antijurídica y culpable. Las condiciones del castigo se han estudiado desde el siglo XIX para dotar de seguridad a la imputación. En este sentido, el carácter “duro” de la dogmática contrasta con la flexibilidad del proceso penal que ahora México ha adoptado. ¿A qué nos referimos con ello? La cuestión puede abordarse desde diversos prismas:

El nuevo proceso penal mexicano es maleable en el sentido que ya no es objetivo del Derecho procesal conducir a las personas a prisión. Ya no se puede hablar de una macro-estructura orientada a fines de intimidación social. El nuevo paradigma se dirige hacia fines reparatorios y de conciliación. Esta postura ha sido criticada debido a los fines de prevención general que persigue el Derecho penal, mismos que sin el proceso es imposible que lleguen a materializarse. De ser así se cuestiona a la pena como “metafora de la comunicación”,⁶ al entender que el castigo es simbólicamente la negación de la negación del Derecho (Hegel-Jakobs).

⁶ Rivera Beiras, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, Volumen 1, 2ª edición actualizada, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 66.

No obstante, el legislador nacional ha optado por una solución práctica frente a los problemas del sistema penitenciario. Piénsese por ejemplo en un robo menor sin violencia que antes implicaba ingresar a una persona a un reclusorio. Ahora mediante las soluciones alternas dichas cuestiones se pueden evitar: “Artículo 184. Soluciones alternas. Son formas de solución alterna del procedimiento: 1. El acuerdo reparatorio y 2. La suspensión condicional del proceso”.

El acuerdo reparatorio se puede definir de manera sintética como “una salida alternativa al juicio oral, en donde el imputado acuerda con la víctima dar o hacer algo a su favor para reparar el daño causado”.⁷ La suspensión del proceso implica que el justiciable acepte someterse a medidas de tipo “terapéuticas”, así como garantizar la reparación del daño. Además de ello, existen otras formas de solucionar el conflicto como la mediación, conciliación y el procedimiento restaurativo, reguladas por sus propias normas.⁸ La temática de la justicia restaurativa requiere de todo un replanteamiento sociológico, filosófico, antropológico y victimológico⁹ que apenas comienza a explorarse en México. En su conjunto, cualquier forma que permita no utilizar la pena como medio de resolución de un conflicto es aceptable en el nuevo paradigma. Se trata de establecer una serie de parámetros mínimos para su procedencia. Se trata de “sentar” a las partes para que puedan dialogar. Por supuesto que existen límites, pero lo que se busca es reducir las penas a su mínimo indispensable en cuanto a su aplicación práctica. Todo lo dicho bien puede estimarse como formas procesales de flexibilización del proceso. Sin embargo, cuando las partes no puedan llegar a un acuerdo (*lato sensu*) habrá que acudir a la justicia ordinaria.¹⁰ Los delitos de mayor entidad desestabilizadora no podrán ser sometidos a este tipo de mecanismos (por ejemplo, delincuencia organizada).

Las formas procesales de los alegatos y la interacción entre las partes ha dejado de tener el inútil rigor formal que poseía el sistema mixto. Existe libertad en los diálogos, es posible contrainterrogar y el juez puede pedir que se aclaren determinados puntos de la controversia. No hay inmediatez del secretario ni se pueden suplir las funciones del juez. En suma, ahora hay menos formalismo pero mayor vigencia del Derecho procesal en sus postulados fundamentales. En otras palabras, el nuevo proceso penal es más flexible pero más justo. La prisión preventiva también sufrió cambios con el nuevo sistema penal acusatorio. Es importante recordar que el legislador no buscó crear el CNPP para encarcelar personas, sino para evitarlo. Ello queda de manifiesto en el siguiente artículo: “Artículo 19. Derecho al respeto a la libertad personal”.

Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad personal, por lo que nadie podrá ser privado de la misma, sino en virtud de mandamiento dictado por la autoridad

⁷ Peña González, Oscar, *Técnicas de litigación oral. Teoría y práctica*, 3ª edición, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2016, p. 127.

⁸ Jiménez Martínez, Javier, *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Desglosado en ABC para fines didácticos y prácticos*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2015, p. 243.

⁹ Lima Malvido, María de la Luz, “Oralidad en el proceso y la justicia restaurativa”, en *Jornadas Iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, 2ª edición, INACIPE, 2008, p. 351.

¹⁰ Lima Malvido, María de la Luz, “Oralidad en el proceso...”, *op. cit.*, p. 355.

judicial o de conformidad con las demás causas y condiciones que autorizan la Constitución y este Código. La autoridad judicial sólo podrá autorizar como medidas cautelares, o providencias precautorias restrictivas de la libertad, las que estén establecidas en este Código y en las leyes especiales. La prisión preventiva será de carácter excepcional y su aplicación se regirá en los términos previstos en este Código.

En este sentido se han limitado los casos en los que procede la prisión preventiva de oficio a los siguientes, de acuerdo con el texto constitucional:

Artículo 19, párrafo segundo. El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Sin embargo, puede ocurrir también lo opuesto. Es decir que a pesar de tratarse de un delito que no requiera prisión preventiva oficiosa, ésta puede ser solicitada por parte del Ministerio Público al juez de control. Dichos parámetros son tan importantes que se concentran en el mismo artículo constitucional. Como se puede apreciar, existe una importante flexibilización también en estos casos.

IV. ¿Un Ministerio Público más fuerte?

A lo largo de las presentes reflexiones se han analizado algunas cuestiones que resultan relevantes a la luz de una panorámica muy general, a casi un año de la entrada en vigor del CNPP en todo el país. Un tema que sin duda no queremos dejar en el tintero radica en los importantes cambios que ha sufrido el Ministerio Público, por lo menos en el texto de la ley. Además de ahora tener en sus manos los criterios de oportunidad, el investigador tiene bien definidas sus labores frente a los jueces de control y debate oral. ¿Se puede decir que al fin tenemos un agente investigador adecuado?

Una lectura un poco más detallada del CNPP demuestra que el legislador optó por una política legislativa agresiva. En concreto, el Ministerio Público puede llevar a cabo actos de investigación cuestionables a la luz del nuevo paradigma de derechos humanos adoptado por México. El límite entre el Estado y el cuerpo de la persona ha sido una cuestión muy debatida por la doctrina. A lo largo de los años se han obtenido importantes conquistas en relación con la vigencia verdadera de los derechos humanos en nuestro

país (vivir en un auténtico Estado de Derecho). En una democracia se parte del principio en que el límite de las acciones públicas es el cuerpo y la dignidad de los ciudadanos. Sin embargo, las labores de investigación del delito autorizan determinadas revisiones superficiales (en el cuerpo de las personas) que pueden llegar a ser aceptadas:

Artículo 268. Inspección de personas. En la investigación de los delitos, la Policía podrá realizar la inspección sobre una persona y sus posesiones en caso de flagrancia, o cuando existan indicios de que oculta entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo instrumentos, objetos o productos relacionados con el hecho considerado como delito que se investiga. La revisión consistirá en una exploración externa de la persona y sus posesiones. Cualquier inspección que implique una exposición de partes íntimas del cuerpo requerirá autorización judicial. Antes de cualquier inspección, la Policía deberá informar a la persona del motivo de dicha revisión, respetando en todo momento su dignidad.

Sin embargo, el legislador, en aras de mejorar la investigación, ha dotado de un mayor armamento legal al agente del Ministerio Público. Desde el punto de vista que aquí se defiende, la siguiente disposición puede lesionar con gravedad la dignidad humana como derecho humano.

Artículo 270. Toma de muestras cuando la persona requerida se niegue a proporcionarlas. Si la persona a la que se le hubiere solicitado la aportación voluntaria de las muestras referidas en el artículo anterior se negara a hacerlo, el Ministerio Público por sí o a solicitud de la Policía podrá solicitar al Órgano jurisdiccional, por cualquier medio, la inmediata autorización de la práctica de dicho acto de investigación, justificando la necesidad de la medida y expresando la persona o personas en quienes haya de practicarse, el tipo y extensión de muestra o imagen a obtener. De concederse la autorización requerida, el Órgano jurisdiccional deberá facultar al Ministerio Público para que, en el caso de que la persona a inspeccionar ya no se encuentre ante él, ordene su localización y comparecencia a efecto de que tenga verificativo el acto correspondiente. El Órgano jurisdiccional al resolver respecto de la solicitud del Ministerio Público, deberá tomar en consideración el principio de proporcionalidad y motivar la necesidad de la aplicación de dicha medida, en el sentido de que no existe otra menos gravosa para la persona que habrá de ser examinada o para el imputado, que resulte igualmente eficaz e idónea para el fin que se persigue, justificando la misma en atención a la gravedad del hecho que se investiga. En la toma de muestras podrá estar presente una persona de confianza del examinado o el abogado defensor en caso de que se trate del imputado, quien será advertido previamente de tal derecho. Tratándose de menores de edad estará presente quien ejerza la patria potestad, la tutela o curatela del sujeto. A falta de alguno de éstos deberá estar presente el Ministerio Público en su calidad de representante social. En caso de personas inimputables que tengan alguna discapacidad se proveerá de los apoyos necesarios para que puedan tomar la decisión correspondiente. Cuando exista peligro de desvanecimiento del medio de la prueba, la solicitud se hará por cualquier

medio expedito y el Órgano jurisdiccional deberá autorizar inmediatamente la práctica del acto de investigación, siempre que se cumpla con las condiciones señaladas en este artículo.

El artículo transcrito resulta bastante problemático. Sin que se diga de manera expresa, se autoriza la toma de muestras a través del uso de la fuerza. No existe otra manera. El legislador ha considerado que con la figura del juez de control quedará garantizada la legalidad del acto y el respeto a la dignidad. No consideramos que con eso sea suficiente. Urgen protocolos públicos y transparentes que regulen de manera detallada cómo llevar a cabo la toma de muestras corporales.

Las intervenciones corporales son actos de coerción a través de los cuales se obtienen muestras del sujeto investigado para efectos de esclarecer un hecho o la probable participación en el mismo.¹¹ Desde la perspectiva de la doctrina, existen dos formas de practicar la intervención: desde afuera del cuerpo del que se toma la muestra (intervención no invasiva), y cuando se extrae algo que está dentro del cuerpo humano (intervención invasiva).¹² A ese respecto, la dignidad humana forma parte de los principios rectores del sistema penal acusatorio (artículo 4º CNPP), pero es la jurisprudencia quien ha interpretado dicho principio con una perspectiva mucho más amplia:

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSA-
GRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA
SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.

La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido en la actualidad en los artículos 1º, último párrafo; 2º, apartado A, fracción II; 3º, fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta —en su núcleo más esencial— como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.

¹¹ Benavente Chorres, Hesbert, *La investigación preliminar en el sistema acusatorio. Guía para la actuación policial, la fiscalía y la defensa*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2013, p. 84.

¹² Benavente Chorres, Hesbert, *La investigación preliminar...*, op. cit., p. 85.

Es entonces, la dignidad, un pilar ético-normativo fundamental para el sostenimiento de la cultura. El principio se encuentra en todas partes y en todo momento de interacción social. En vista de ello, las intervenciones corporales deben regirse por dicho principio. Desde el punto de vista del Derecho procesal y de los derechos humanos, el concepto normativo de dignidad equilibra la dureza de las intervenciones para extraer muestras. Sin embargo, el problema no se encuentra en las normas sino en los operadores. Para que el andamiaje normativo que aquí se ha estudiado de forma somera pueda funcionar se requiere tener Ministerios Públicos, jueces y policías de primer nivel.

V. Conclusiones

En este y otros espacios mucho se ha discutido sobre la entrada en vigor del sistema acusatorio-adversarial. Los litigantes más “clásicos” afirman que tiene muchos problemas y que el sistema mixto no estaba del todo mal. Hay abogados que incluso apuestan por volver al viejo sistema y echar por la borda todos los recursos y el tiempo invertido.

La cuestión que es en verdad importante radica en ver qué está ocurriendo en la vida cotidiana de la gente. Desde la perspectiva que aquí se defiende consideramos que el nuevo sistema ha transformado a nuestro país (sin ánimo de demagogia). Es el primer paso para resolver problemas a través de la paz. La flexibilización del propio proceso permite múltiples salidas a los conflictos. Basta ya de ser una sociedad violenta, sorda y vindicativa. Serán el paso de los años y la labor jurisprudencial quienes vayan dando forma a nuestro sistema. Una cosa más: escuché alguna vez una anécdota donde un abogado inglés le decía a uno mexicano que ellos llevan 800 años con el sistema acusatorio y todavía no le acaban de encontrar la cuadratura.

Bibliografía

- BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *La investigación preliminar en el sistema acusatorio. Guía para la actuación policial, la fiscalía y la defensa*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2013.
- CASTRO, V. Juventino, *El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones*, 13ª edición, Porrúa, Ciudad de México, 2006.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Desglosado en ABC para fines didácticos y prácticos*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2015.
- LIMA MALVIDO, María de la Luz, “Oralidad en el proceso y la justicia restaurativa”, en *Jornadas Iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, 2ª edición, INACIPE, 2008.
- PEÑA GONZÁLEZ, Oscar, *Técnicas de litigación oral. Teoría y práctica*, 3ª edición, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2016.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Evolución de la dogmática penal post-finalista”, en Günther Jakobs, Miguel Polaino Navarrete y Eduardo López Betancourt, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista (estudios de Derecho penal funcionalista)*, Porrúa, Ciudad de México, 2006.

RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, Volumen 1, 2ª edición actualizada, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2009.

