PROCESALISMO CIENTÍFICO

Tendencias Contemporáneas

Memoria del XI Curso Anual de Capacitación y Preparación para Profesores de Derecho Procesal

EDUARDO
Ferrer Mac-Gregor
Coordinador

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROCESALISMO CIENTÍFICO.
TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

PROCESALISMO CIENTÍFICO
Tendencias contemporáneas

Memoria del XI Curso Anual de Capacitación y

Preparación para Profesores de Derecho Procesal

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Coordinador

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2012

Primera edición: 20 de abril de 2012

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-3196-4

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Doctrina Jurídica, Núm. 618

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez
Cuidado de la edición y diseño de interiores:
Ricardo Hernández Montes de Oca

A la memoria del doctor Cipriano Gómez Lara,
fundador del Colegio Nacional de Profesores
de Derecho Procesal

CONTENIDO

Nota preliminar XI
Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Inauguración del XI Curso de Capacitación y Preparación para Profesores de Derecho Procesal. XIII
Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Homenaje al doctor Gonzalo M. Armienta Calderón XVII
José Ovalle Favela

Primera parte
Conferencias magistrales

La oralidad en el moderno proceso civil español 3
José Luis Vázquez Sotelo

Procesos colectivos y acciones de clases: problemas que suscita la legitimación y el alcance de la cosa juzgada 33
Roberto O. Berizonce

Razonamiento judicial en materia probatoria 45
Jairo Parra Quijano

La reforma constitucional en materia penal: luces y sombras 59
Miguel Carbonell

Las acciones para la tutela de los derechos de los consumidores en México 95
José Ovalle Favela

Justicia Alternativa en materia civil, mercantil y familiar 107
Fabián Mondragón Pedrero

Medios internacionales de solución de controversias: Una aproximación desde la bucólica Ensenada 111
Luis T. Díaz Müller

Justicia alternativa en materia penal. 117
Jesús Zamora Pierce

Segunda parte
Mesas de trabajo

Justicia oral y educación. 161
Rodolfo Bucio Estrada

Principio de acceso al juzgador en México 173
José Luis Huape Rodríguez

Protección de datos personales en la administración de justicia federal 187
Valeriano Pérez Maldonado

La justicia alternativa penal como traductor entre el poder judicial y la ciudadanía 201
Patricia Eugenia Ortega Cubas

La mediación en materia familiar. 217
Carina X. Gómez Fröde

Justicia alternativa en materia civil 231
Salvador Soto Guerrero

Anexo.

Convocatoria 247

XI Curso de Capacitación y Preparación para Profesores de Derecho Procesal (Ensenada, B.C., 20-22, Julio, 2009) "Derecho procesal. Tendencias contemporáneas". Programa. 249

Procesalismo científico. Tendencias contemporáneas, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 20 de abril de 2012 en Tipos Futura, S. A. de C. V. Francisco González Bocanegra 47-B, col. Peralvillo, delegación Cuauhtémoc, 06220 México, D. F. Se utilizó tipo *Times New Roman* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros, consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

NOTA PRELIMINAR

El Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal "Dr. Cipriano Gómez Lara", el Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, y el Colegio de Profesores de Derecho Procesal de Baja California, con la participación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y los Colegios Estatales de Derecho Procesal de Chiapas y el Estado de México, convocaron al *XI Curso Anual de Preparación y Capacitación de Profesores de Derecho Procesal,* gracias al apoyo y auspicio del Poder Judicial y del Gobierno del Estado de Baja California, así como de la Universidad Autónoma de Baja California.

El evento tuvo lugar del 20 al 22 de julio de 2009, en el Centro de Convenciones del bello Puerto de Ensenada, Baja California, con una asistencia de más de quinientos abogados, profesores, estudiantes, jueces, magistrados, ministerios públicos y demás servidores públicos, provenientes de distintas entidades federativas de la República mexicana. Cabe destacar que en la ceremonia inaugural se rindió un merecido homenaje al doctor Gonzalo M. Armienta Calderón, presidente vitalicio del Instituto Mexicano de Derecho Procesal, en reconocimiento a su trayectoria académica y especialmente por su trascendental labor como presidente de dicho Instituto por más de tres décadas (1973 a 2009), organizando doce congresos nacionales de derecho procesal, como lo destacó en su emotivo discurso el actual presidente doctor José Ovalle Favela.

El eje temático se refirió a las *tendencias contemporáneas del derecho procesal,* que precisamente da título a la presente obra, si bien la mayoría de las ponencias se dirigieron a la "oralidad" en las diversas materias, las "acciones colectivas y los "medios alternativos de solución de controversias". Las diez conferencias magistrales estuvieron a cargo de muy destacados profesores mexicanos y extranjeros: Roberto Berizonce (Argentina), Miguel Carbonell, Luis T. Díaz Müller (Chile-México), Sergio García Ramírez, Fabián Mondragón Pedrero, José Ovalle Favela, Jairo Parra Quijano (Colombia), Raúl Tavolari (Chile), José Luis Vázquez Sotelo (España) y Jesús Zamora Pierce.

Asimismo, se desarrollaron cuatro mesas de análisis con una nutrida participación de reconocidos profesores, abogados y servidores públicos,

donde se abordaron, respectivamente, la justicia oral, transparencia en la administración de justicia, justicia alternativa en materia penal, y justicia alternativa en las materias civil, familiar y mercantil.

Precisamente lo que el lector tiene en sus manos constituyen las memorias de ese evento académico. En la "Primera parte" de la obra aparecen las conferencias magistrales, mientras que en la "Segunda parte" algunas de las ponencias presentadas en las cuatro mesas de análisis referidas. Al final aparece, a manera de anexos, la *Convocatori*a y el *Programa* del evento, que dan cuenta cabal de la dimensión e importancia de este esfuerzo conjunto de instituciones, jueces, académicos, abogados, servidores públicos, estudiantes y estudiosos del derecho procesal.

A todos los ponentes y participantes, nuestro mayor reconocimiento y gratitud.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Presidente del Colegio Nacional
de Profesores de Derecho Procesal "Dr. Cipriano Gómez Lara"

Ciudad Universitaria, Otoño de 2009

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

LA ORALIDAD EN EL MODERNO PROCESO CIVIL ESPAÑOL. IMPLANTACIÓN Y DIFICULTADES DE LA ORALIDAD

José Luis Vázquez Sotelo*

Sumario: I. *Del tradicional proceso escrito al nuevo proceso civil español por audiencias orales. El mandato del artículo 120, 2, CE*. II. *Las disposiciones de la anterior LEC sobre la oralidad y la inmediación judicial, siempre incumplidas*. III. *El intento de la extensa reforma de la Ley 34/1984 y su inobservancia en la práctica*. IV. *La implantación de la oralidad gracias al empleo de los modernos medios de registro y reproducción de la palabra y de la imagen (dvd y vídeo)*. V. *Oralidad, inmediación y publicidad*. VI. *Combinación de oralidad y escritura en el nuevo proceso civil español*. VII. *Oralidad y celeridad de los juicios: el coste de la oralidad*. VIII. *Efectos colaterales de la oralidad*. IX. *Retroceso en la oralidad en el proceso civil de segundo grado. Consecuencias. Una "abogacía muda"*. X. *Retroceso de la oralidad en los recursos extraordinarios*. XI. *La prueba entre la escritura y la oralidad en el anterior proceso escrito y en el nuevo proceso oral*. XII. *La preferencia por la oralidad ante los acuciantes problemas del funcionamiento de la justicia*. XIII. *El ejemplo de la última reforma del proceso civil en italia, del 4 de julio de 2009*.

I. Del tradicional proceso escrito al nuevo proceso civil español por audiencias orales. El mandato del artículo 120, 2, CE.

A partir de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 7 de enero de 2000 (en vigor desde el 8 de enero de 2001), el proceso civil español de primer grado ha experimentado una indudable transformación, que debe considerarse un salto cualitativo, debido a la introducción de la oralidad. Podemos afirmar que se ha hecho realidad en la práctica del proceso civil español aquél *desideratum* de "un proceso con rostro humano", que fue lema de un recordado Congreso

* *Catedrático de Derecho procesal* y *abogado*

Internacional de Derecho Procesal (un lema que coincidía con lo que se reclamaba respecto del socialismo en la "Primavera de Praga").

No parece dudoso que la introducción efectiva del proceso oral (con inmediación judicial y publicidad) ha sido un gran paso adelante en la configuración del proceso civil español, en la línea de lo que todos los procesalistas, siguiendo a Chiovenda, habían venido reclamando insistentemente en la segunda mitad del siglo XX.[1]

Como es bien sabido, el proceso civil tradicional, de base medieval romano-canónica, tipificado en el modelo del *solemnis ordo iudiciarius*, ha estado dominado por la escritura. Varios factores contribuyeron al predominio del proceso escrito, entre ellos el peso de la tradición jurídica; la superioridad de la escritura para ofrecer garantías de autenticidad de acuerdo con la advertencia *verba volant* y *scripta manent*, y sus indudables ventajas para la revisión de las resoluciones judiciales en un grado superior, sin olvidar otros factores. Cappelletti ha subrayado que las disposiciones que imponen el proceso escrito como superior al oral hay alusiones al peligro representado por los jueces "viles" si actuaban sin el control de la escritura.[2] En el último siglo, al menos en algunos países (entre ellos España) también ha sido muy decisiva la actitud de la judicatura y de la propia abogacía, más partidaria de la escritura que de la oralidad, por la mayor comodidad que supone la elaboración escrita de los trámites procesales (que es precisamente el argumento que hoy está detrás del retroceso sufrido por la oralidad en el segundo grado jurisdiccional y en los recursos extraordinarios, como diremos más adelante: *cfr*. núms. 9 y 10), por cuanto la escritura facilita la reflexión, la consulta de obras y de jurisprudencia y el trabajo en equipo y no obliga a improvisar, como exige la oralidad. Esa resistencia llegó hasta

[1] Sendra, Gimeno, "Justicia 2007", *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *Revista de Derecho Procesal*, (número especial), Barcelona, Bosch, 2008, pp. 21 y ss.; Vazquez Sotelo, *Il nuovo codice di procedura civile spagnuolo,* "Annali del seminario giuridico", Univ. Catania, VI. 6, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 311 y ss., esp. p. 319.

[2] Cappelletti, *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas,* que comprende varios estudios del autor, edición preparada por Sentis en la colección "Breviarios" de Ejea, 1973. En el relativo a la "Publicización, oralidad y socialización" del proceso civil sostiene el autor (p. 52) que la oralidad exige buenos jueces (*magnus iudex*) y trae a la cita como argumento que la famosa Decretal de Inocencio III (1216) imponiendo el triunfo de la escritura en el proceso romano-canónico hace referencia a la necesidad de garantizar que el juez solo pueda juzgar sobre la base de los escritos o "actas" del juicio, por la necesidad de proteger a los litigantes contra la iniquidad o la falsedad del juez deshonesto (*contra falsam assertionem iniqui iudicis*). Además de exigir buenos jueces el proceso oral exige un mayor número de éstos, como se ha podido ver en España con la multiplicación del número de juzgados de 1a. Instancia y de Salas en los Tribunales de Apelación.

nuestros días como lo demuestra que el "borrador" de la futura ley tuvo que ser modificado en este punto en virtud del Informe del Consejo General del Poder Judicial que censuró que no se implantase el proceso civil oral, tal como lo indicaba el artículo 120, 2, de la ley fundamental. Y todavía hoy es posible encontrar a antiguos abogados o magistrados que suspiran por "aquél sosegado juicio declarativo" compuesto por trámites escritos.

En España —a semejanza de lo que ahora sucede en México tras el prolongado debate parlamentario—, la introducción de la oralidad en el proceso civil se consideraba una necesidad que algún día habría que plantear. Con la diferencia de que en España no había que plantear una modificación de la Constitución sino sólo el cumplimiento de lo que dispone el artículo 120, 2, de la ley fundamental, que muestra su preferencia indicando que el "procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal" (una norma cuyo desarrollo en las leyes procesales se fue aplazando al no ser de aplicación directa). Los constituyentes españoles con criterio discutible decidieron establecer en la Constitución principios sobre materias que acaso sería preferible dejar a las leyes ordinarias, porque afectan a materias que pueden cambiar (como la elección por el proceso oral o por el jurado). La mejor demostración es que transcurridos muchos años desde que se aprobó la Constitución, tales previsiones no fueron desarrolladas o si lo fueron han exigido cuantiosos esfuerzos económicos y organizativos que acaso habrían podido emplearse en materias más urgentes. Sea como sea, la ley fundamental española dejó establecida la preferencia sobre el proceso oral con carácter general y "sobre todo, en materia penal" (cuyo procedimiento es oral desde el siglo XIX). Y es lógico considerar que el legislador no debe alejarse de la preferencia constitucional por la oralidad en tanto sea posible.

El proceso penal en España es oral desde la promulgación de la LECrim. de 1882 y el ministro Alonso Martínez explica en el preámbulo las razones por las que ya entonces consideraba superior un enjuiciamiento oral frente al procedimiento escrito que se venía arrastrando desde hacía siglos. Si se ha tardado más de veinte años en introducir la oralidad en el proceso civil ha sido por las dificultades que comporta.

Conviene tener en cuenta la observación que hizo el eminente procesalista y constitucionalista mexicano Fix-Zamudio, en un seminario realizado en la Universidad de Barcelona cuando se preparaba el Anteproyecto de la LEC, "la oralidad no se implanta por decreto ni por ley". Con lo que quiso decir que para implantar la oralidad en el proceso es necesario disponer una serie de medidas que están más allá de la ley para que la oralidad pueda convertirse en realidad, tales como disponer de las nuevas tecnologías de registro de la palabra y la imagen, disponer de salas preparadas para ese

fin, e incluso contar con la "cultura de la oralidad" para la que, como queda anticipado, no siempre la judicatura ni la abogacía se muestran favorables.

La oralidad se ha introducido en el nuevo proceso civil configurándolo como un "proceso por audiencias", mediante el empleo de las modernas tecnologías de registro y reproducción de la palabra y de la imagen en las sesiones judiciales (audiencia previa o preliminar, audiencia de prueba o "juicio", audiencia sobre medidas cautelares).

Se acabaron las "posiciones" o afirmaciones sometidas por escrito para ser "absueltas" por la contraparte, ahora sustituidas por preguntas dentro del "interrogatorio de partes". Se acabaron las "preguntas escritas" a los testigos y las "repreguntas" también escritas, ahora también sustituidas por el "interrogatorio de testigos" realizado por los abogados de las partes ante la presencia del juez. Se acabaron las providencias judiciales declarando previamente la pertinencia o impertinencia de las preguntas que se pretendían formular, sustituidas por acuerdos en el momento del interrogatorio, tomados verbalmente por el juez o magistrado que preside la sesión. Se acabó el proceso civil en el que el ciudadano demandante o demandado asistía a los actos judiciales de prueba o a otros trámites sin poder ver el rostro del juez que iba a dirimir su caso. Era una petición recurrente que muchos ciudadanos formulaban a sus abogados: "oiga, quién es el juez que juzga mi caso". A cuya pregunta el abogado tenía que contestarle cosas como ésta: "es un señor de mediana edad; es muy estudioso; no lo ve porque está en su despacho estudiando otros asuntos y sólo ordena que las pruebas pasen ante él si hay alguna dificultad o en asuntos muy singulares".

Esta ha sido la gran transformación del proceso civil español de primera instancia, operada a partir de la entrada en vigor de la LEC 2000. Ahora los ciudadanos que litigan "ven" a su juez; "ven" y "oyen" a sus abogados; presencian las audiencias o sesiones establecidas para el desarrollo del proceso y pueden estar presentes en la recepción de las pruebas, realizadas en sesiones verbales, así como en las alegaciones finales o de conclusión realizadas por los abogados, cuya respectiva "calidad" los propios ciudadanos a veces pueden apreciar.

II. Las disposiciones de la anterior LEC sobre la oralidad y la inmediación judicial, siempre incumplidas

Siguiendo la recordada advertencia del maestro Fix-Zamudio de que "la oralidad no se implanta (solo) por ley ni por decreto", es necesario explicar que la introducción real de la oralidad en el proceso civil no se debe propiamente a las disposiciones del nuevo código procesal imponiendo los trámites verba-

les. Porque con la experiencia histórica de las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855, de 1881, y de la extensa reforma urgente de 1984, que quiso imponer la oralidad, es seguro que volvería a quedar en letra muerta en la práctica del proceso. Dada la mayor comodidad de la escritura todos los operadores del proceso civil volverían a conspirar para simular que los actos que la ley ordenaba se realizasen verbalmente en realidad se redujesen a escritos que no pocas veces se llevaban preparados (por ejemplo, las alegaciones en las vistas o comparecencias, que eran sustituidas por alegaciones escritas llamadas en Cataluña "instructas" que se intercambiaban entre los abogados y se dejaban con los autos para que el juez pudiese leerlas al preparar su sentencia, de acuerdo con la advertencia *scripta manent*).

Si la oralidad se ha introducido realmente en el proceso civil español a partir de la LEC 2000 ha sido gracias a la implantación efectiva de las modernas tecnologías del registro y reproducción de la palabra, la imagen y el sonido, en los trámites procesales realizados verbalmente.

Disposiciones legales imponiendo la celebración de las vistas o audiencias y singularmente de los actos de prueba, bajo la presidencia del juez, con asistencia del secretario judicial como documentador y bajo pena de nulidad de lo actuado y de responsabilidad disciplinaria por la infracción, ya existían en la las leyes procesales y orgánicas anteriores a la LEC 2000 y estaban sancionadas con la misma energía que en la actualidad, sólo que en la práctica no se cumplían. Durante todo el siglo XX, todos los operadores del proceso (abogados, procuradores, secretarios judiciales y jueces) conspiraron por razones de utilidad o comodidad en falsificar aquélla exigencia legal, de modo que las pruebas personales de confesión, testigos y peritos, se realizaban en la Secretaría y en sesiones frecuentemente presididas por el oficial que tenía a su cargo el procedimiento, el cual se ausentaba para pasar al despacho del magistrado para que le declarase previamente la pertinencia de las posiciones o de las preguntas formuladas. De cada sesión o de cada acto de prueba se levantaba un acta en la que se fingía la presencia judicial, que se suscribía por todos los que aparecían participando en el trámite.

La vieja LEC de 1881 contenía, en efecto, numerosos preceptos imponiendo el cumplimiento de tales exigencias procesales (artículos 249, 313, 318, 321, 322, 330, 331, 332 y 334); artículos 570 y 573, para la prueba en general, y 583, 584 y 586, para la prueba de confesión en juicio; artículo 613 para la prueba pericial; artículos 642, 647, 649 y 651, para la prueba de testigos. En esas y otras disposiciones de la LEC derogada se hacía constante referencia a la presencia e intervención del juez y a su protagonismo en los medios de prueba. Por lo tanto, la norma legal imponiendo la inmediación del juez no sólo no faltaba sino que se reiteraba en el texto de la ley.

En 1984, al promulgarse la extensa reforma de la LEC mediante la Ley 34/1984, del 6 de agosto de 1984, el legislador volvió a proclamar enérgicamente la exigencia legal de que las pruebas fuesen producidas ante la presencia judicial y, específicamente, de que el nuevo trámite de la "comparecencia previa" que introducía en el juicio de menor cuantía se celebrase ante el juez, con la asistencia del secretario judicial.

III. El intento de la extensa reforma de la Ley 34/1984 y su inobservancia en la práctica

La Ley 34/1984, del 6 de agosto (de "Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil"), con el deseo de favorecer una respuesta judicial más rápida, dispuso la generalización del "juicio de menor cuantía" como cauce del proceso declarativo para la mayoría de los objetos procesales, huyendo del juicio más solemne, el declarativo de "mayor cuantía". A la vez, dentro del nuevo juicio de menor cuantía, introdujo la nueva institución de la "comparecencia previa", a cuya regulación destinó los artículos 691 a 693 de la antigua LEC, a los que dio nueva redacción. Con tan importante novedad el legislador deseaba sustituir el método tradicional de las excepciones dilatorias (propio del proceso civil escrito) por el nuevo de la audiencia preliminar, propio del proceso oral. La comparecencia tenía que celebrarse ante la presencia del juez, para poder asumir las funciones que suelen atribuirse a la "audiencia preliminar" de otras legislaciones, que exigen la presencia judicial para adoptar las resoluciones correspondientes.[3]

[3] Al hacer referencia en España a la audiencia previa o preliminar (o a su inmediato antecedente, la "comparecencia" de los artículos 691 y 692 LEC 1881) es de estricta justicia recordar que se trata de una institución cuyo introductor en la doctrina procesal española ha sido Fairen, ya desde el "I Congreso de Derecho Procesal", Madrid, 1950, con su informe "El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites. Sobre los presupuestos procesales y la audiencia preliminar", reproducido en los *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955, pp. 232 y ss. y en multitud de trabajos posteriores (*cfr.* "La comparecencia en el juicio de menor cuantía", *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, 1984, t. II, pp. 307 y ss.). Es fundada la queja reiterada de Fairen de que en las publicaciones posteriores a la nueva LEC 2000 se ocultan sus aportaciones sobre la audiencia preliminar o sobre los procesos sumarios, cuya regulación en la LEC (en materia de cosa juzgada) considera errónea. *Cfr.* su extensa y reciente obra sobre la utilidad de los procesos cualitativamente sumarios en relación con la eficacia (limitada) de la cosa juzgada que ahora le niega la LEC. *Lo "sumario" y lo "plenario" en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente,* Madrid, Centro de Estudios del Colegio de los Registradores de la Propiedad, 2006.

La nueva regulación legal de la comparecencia establecía que habría que citar a las partes y a sus representantes procesales y abogados, cuya presencia se exigía con el rigor de acordarse el sobreseimiento del proceso por la incomparecencia de las partes o de oír solo a la que se hallase presente (artículo 691). Comparecidas las partes el juez declaraba abierto el acto, procediendo a proponerles soluciones transaccionales que evitasen tener que proseguir el juicio (artículo 692) y "de no lograrse el acuerdo", la comparecencia proseguiría para las demás funciones atribuidas a dicho trámite (artículo 693).

A pesar de tratarse de una institución nueva en la legislación procesal española, en la que el legislador ponía muchas esperanzas de una renovación de nuestro modelo de proceso declarativo, es necesario reconocer que en cuanto a la oralidad y a la inmediación judicial, la innovación constituyó un absoluto fracaso. Con la excepción de algunos jueces que celebraban formalmente la comparecencia tal como disponía la ley (en términos similares a como lo ordena la LEC vigente) obteniendo a veces resultados espectaculares en cuanto a la avenencia de las partes, en la gran mayoría de los juzgados, por pura comodidad o rutina, los abogados y los jueces volvieron a conspirar para que su celebración fuese un puro simulacro desarrollado ante el oficial de la Secretaría y el trámite se reducía a firmar un acta impresa en la que se hacía constar que la comparecencia se había celebrado, que no se había podido alcanzar acuerdo entre las partes y, cuando no había defectos procesales que subsanar, se concluía concediendo a las partes un plazo de diez días para proponer por escrito las pruebas de las que intentasen valerse.

Después de la reforma de 1984, todo continuó igual en orden a la oralidad y a la inmediación judicial. "Nada nuevo bajo el sol" en el procedimiento civil español, que continuó siendo escrito.

Se dijo entonces que por ser la comparecencia un trámite propio del proceso oral que se injertaba en un proceso que seguía siendo escrito, el trasplante tendría que resultar estéril y la novedad estaba condenada al fracaso. Y se dijo también que el fracaso de la comparecencia venía favorecido por la deficiente regulación legal en orden a la obligatoriedad de su celebración incluso cuando no hubiese que realizar precisiones sobre el objeto del proceso y no hubiese defectos que sanar. Pero la realidad demostraba que en algunas ciudades había jueces de primera instancia que celebraban formalmente la comparecencia, en cuyos casos se podía observar la utilidad del nuevo trámite. La verdadera explicación estaba en la comodidad de la no celebración formal del trámite (la comparecencia exigía que el juez hubiese estudiado la demanda, la contestación y los demás escritos de alegaciones)

y en la inercia de siglos de práctica del proceso civil escrito, cuyas actas seguían siendo escritas y formularias después de la Ley 34/1984.

IV. La implantación de la oralidad gracias al empleo de los modernos medios de registro y reproducción de la palabra y de la imagen (dvd y vídeo)

Si la comodidad y la rutina del procedimiento escrito explicaban el fracaso de la nueva regulación, la experiencia de los años transcurridos desde 1984 ha demostrado que si la exigencia legal de la presencia directa del juez se volvió a conculcar fue debido a que las actas del proceso seguían siendo escritas y no se disponía de los medios electrónicos de registro de la palabra y de la imagen que, en cambio, han acompañado a la LEC 2000 desde su entrada en vigor.

El Ministerio de Justicia, durante la *vacatio legis*, dispuso lo necesario para que las Salas de audiencia de los juzgados contasen con los medios electrónicos modernos de registro, conservación y reproducción de la imagen y del sonido, para documentación de las actuaciones procesales. Realizó una inversión económica importante, en un momento en que la economía lo permitía.

Cuando se elaboraba la LEC 2000 y aún después de promulgada, entre los abogados, jueces y procesalistas españoles se expresó el temor de que las nuevas disposiciones sobre la oralidad y la inmediación judicial volverían a quedar en "papel mojado". La realidad acumulada durante todo un siglo en la aplicación de la anterior LEC y la fallida experiencia de la Ley 34 de 1984 avalaban ese temor. Pero no ha sido así. En el dvd que registra las sesiones tiene que verse al magistrado presidiendo y dirigiendo la sesión, al secretario judicial que le asiste y a los representantes y abogados de las partes, e incluso a las propias partes. Si el dvd acreditase que el juez o el secretario judicial no están presente (su sillón no está ocupado), todo lo actuado en la sesión sería radicalmente nulo, con solo visionar el dvd y con las correspondientes sanciones disciplinarias. Tal hipótesis no se produce en la realidad porque la inmediación judicial y la oralidad se observan y guardan con todo rigor.[4]

[4] También hace años, cuando se experimentó en la Sala 20 de la Audiencia Territorial de Stuttgart el modelo de proceso oral antes de promulgarlo como reforma de la ZPO (el llamado "modelo de Stuttgart"), se resaltó la importancia que había tenido para su éxito la aplicación de las modernas tecnologías.

El secretario judicial ahora se limita a certificar que se ha realizado el trámite correspondiente, el cual ha sido registrado en el soporte que documenta el acto bajo la fe judicial, como fiel reflejo de lo sucedido. El dvd o el vídeo certificado por el secretario judicial es la verdadera "acta" que documenta la audiencia celebrada.[5] El original (certificado) queda incorporado al proceso y una copia se facilita a cada parte a través de su representación procesal, en sustitución de la "copia" o de la "fotocopia" que se venía utilizando en las últimas décadas.[6]

El nuevo método de documentación ha obligado a que cuando se interpone después algún recurso contra la sentencia o resolución judicial, los abogados en vez de referirse a una hoja o página se refieren al minuto y segundos de la grabación (*vg.* se alega que "en el minuto 34" el testigo respondiendo a tal pregunta contestó...).

V. Oralidad, inmediación y publicidad

Al introducirse en el actual proceso civil español de primera instancia la oralidad, se ha implantado también la exigencia de inmediación judicial (que según el clásico estudio de Calamandrei es su corolario[7]), con la necesaria presencia del juez, del secretario judicial y de los defensores de las partes y de éstas mismas. Todos los personajes están hoy presentes en las audiencias del proceso civil español de primer grado, en su caso con los testigos y los peritos.

[5] La LEC (que en su planteamiento inicial no optaba por la tramitación oral del proceso civil) parece tener una fe absoluta en las modernas técnicas de registro y reproducción del sonido y la imagen. No ha contemplado que el sistema informático pueda "caer" y el registro de la audiencia resulta defectuoso o se haya borrado por completo. Se plantea entonces un problema de nulidad y reconstrucción de actuaciones que carece de solución en la ley. A veces los jueces optan por un acta escrita por el secretario en la que recoja lo que recuerde de la sesión borrada (con el peligro de que los representantes de las partes discrepen). Otras, acceden a la nulildad de actuaciones y acuerdan que la audiencia se repita (con el peligro en este caso de que el resultado de las pruebas personales pueda no ser el mismo).

[6] Al tiempo en que se redacta este texto (julio de 2009) se debate y tramita en las Cortes españolas (Cámara Baja) un proyecto de ley de gran importancia para "Implantación de la Oficina Judicial", con atribución de nuevas funciones procesales (no sólo de impulso sino incluso de dirección del proceso) al secretario judicial, anteproyecto que ha levantado polémicas muy vivas y que, en caso de ser aprobado, obligará a modificar gran parte del articulado de la LEC 2000 y de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985.

[7] Entre las muchas páginas que Calamandrei dedicó a la oralidad, siguiendo las enseñanzas de su maestro Chiovenda, pueden recordarse ahora las escritas en *Proceso y democracia,* conferencias en México, traducidas por H. Fix-Zamudio y editado por Ejea, Buenos Aires, 1960. Son de especial utilidad las explicaciones de las causas por las que fracasó la oralidad en Italia (pp. 167-169).

Con la oralidad y la inmediación se practica la concentración en un solo acto, frente a la dispersión propia de la escritura.

Y con la oralidad, la inmediación y la concentración, se observa la publicidad de las audiencias del procedimiento, garantizada por preceptos de la LEC y de la LOPJ, que se cumple en la práctica bien como publicidad *coram populo* ("audiencia pública") o cuando menos como publicidad restringida para los representantes y letrados de las partes.

VI. Combinación de oralidad y escritura en el nuevo proceso civil español

Al afirmar que el nuevo proceso civil español es un proceso oral desarrollado por audiencias no se quiere decir que en el nuevo modelo procesal se haya prescindido por completo de la escritura.

Por el contrario, la LEC no prescinde de la escritura sino que combina los dos principios para obtener los mejores resultados. Ya lo aconsejó así siempre la mejor doctrina y el buen sentido.

La demanda es escrita para todos los juicios (artículo 399 para el "juicio ordinario" y artículo 437 para el "juicio verbal"). Es también escrita la contestación y la reconvención (artículos 405 y 406). La demanda de medidas cautelares es igualmente escrita (a no ser que se incorpore como petición accesoria en la demanda principal: artículos 721, 1; 730, 1 y 732). Es también escrita la petición de "diligencias preliminares" (artículo 256). Incluso los recursos de reposición (artículo 452), de apelación (artículos 457, 2 y 458, 1 y 2) y de casación (artículos 479, 1 y 481, 1) se formalizan y fundamentan por escrito.

Pero los trámites fundamentales para el enjuiciamiento se desenvuelven verbalmente. En el juicio ordinario se celebra oralmente en una sesión concentrada la audiencia previa (artículos 414-427), a la que sigue, de no truncarse el procedimiento mediante resolución de sobreseimiento, la audiencia de prueba (que la ley llama caprichosamente "juicio": artículos 429, 431-433). En el juicio verbal a esos trámites corresponde la "vista", en la que, después de la demanda escrita, las partes realizan alegaciones y proponen y se practica la prueba (artículos 440, 443 y 444). Lo mismo procede decir, en general, respecto de los procesos especiales (*vg.* artículos 770 y siguientes para los procesos matrimoniales).

Para la segunda instancia y los recursos *cfr.* núms. 9 y 10.

La combinación entre la escritura y la oralidad es fructífera y siempre ha sido defendida en la doctrina y en la práctica, como preferible al proceso guiado exclusivamente por uno de los dos principios.

VII. Oralidad y celeridad de los juicios: el coste de la oralidad

La introducción del proceso oral ha podido producir, especialmente en la práctica, la frustración de que el nuevo proceso civil sigue siendo tan lento como era el anterior, dominado por la escritura. La duración del actual juicio ordinario no suele ser mucho menor que la del viejo juicio declarativo de mayor o de menor cuantía. La frustración proviene de la creencia errónea de que un proceso oral es más rápido que un proceso escrito.

Cuando se defiende que el procedimiento debe ser oral no es (al menos prioritariamente) para obtener una resolución más rápida sino para lograr un proceso de más calidad, que responda a aquélla exigencia de "justicia de rostro humano". Aunque, evidentemente, el ideal es que se logren las dos finalidades de una justicia de calidad y a la vez sin dilaciones.

Las dilaciones pueden producirse igual en un procedimiento oral que en uno escrito. Y con frecuencia, como se demostró ya hace muchos años en nuestra doctrina, en un estudio que puede considerarse clásico,[8] las dilaciones obedecen frecuentemente a causas ajenas a los principios que puedan inspirar el procedimiento (*vg.* causas relativas a la organización y funcionamiento de los juzgados y tribunales).

Es más: un proceso escrito puede ser incluso más expedito que un proceso oral. Precisamente es ese el principal argumento que está detrás de lo que se viene practicando en la segunda instancia y en los recursos extraordinarios a partir de la LEC 2000 (*infra*, núms. 9-10).[9] Un proceso oral por audiencias puede ser más lento que el proceso desarrollado mediante intercambio de

[8] Aludo al trabajo de Guasp sobre *Dilaciones irregulares en el juicio de mayor cuantía*, en el que comparó la duración de ese tipo de juicio según su diseño legal y las dilaciones que en la práctica se producían, que tenían muy poco que ver con el diseño legal y obedecían a causas distintas (con frecuencia orgánicas, *vg.* juzgados que no contaban con juez titular o que carecían de personal de la Secretaría).

[9] Hace cuatro años, con ocasión de un Congreso Internacional celebrado en México DF, varios profesores fuimos requeridos para intervenir en un programa de Televisión organizado por el "Canal Judicial", en el que se involucraban dos cuestiones en sí distintas: un proceso más rápido y un proceso oral, que frecuentemente se plantean juntas. Insistimos en tal ocasión en que el proceso oral se defiende por ser un modelo procesal de calidad superior, pero no necesariamente porque sea más rápido que el proceso escrito. Esa realidad ha podido constatarse en España en los años de aplicación de la LEC 2000 en los que ha podido constatarse que: el actual proceso verbal dura igual que el anterior proceso escrito.

escritos. La redacción de escritos supone un trabajo de despacho, que puede haber exigido muchas horas, pero su intercambio con los escritos de la contraparte es sumamente sencillo y permite la tramitación simultánea de múltiples procesos (igual que sucede con las varias secciones de un proceso concursal). En cambio, una audiencia o comparecencia exige la presencia simultánea de muchos profesionales: juez, secretario, procuradores y abogados y sus respectivos patrocinados o clientes y, a veces, testigos y peritos. En la audiencia o "vista" se reúnen las energías de muchas personas que sólo pueden atender el asunto que motiva su comparecencia. No cabe duda que la verbalidad u oralidad supone mayor dificultad para el trabajo de los abogados y de los jueces.[10] Si pese a ello se defiende el proceso oral es porque se espera alcanzar un resultado superior, de más calidad, que el que se obtendría mediante el procedimiento escrito. Pero de la sustanciación verbal se derivan también otros efectos.

VIII. Efectos colaterales de la oralidad

La aplicación de la oralidad y de la inmediación en el proceso de primer grado (con la publicidad de las sesiones), ha producido otros efectos colaterales que conviene destacar.

a) El método procesal de las audiencias orales obliga a los profesionales a trabajar de otro modo. Es ese uno de los principales desafíos de la oralidad.

La actuación en las audiencias exige conocer a fondo el proceso e ir convenientemente preparado para contestar a cualquier alegación que la contraparte pueda realizar, sin poder pedir aplazamientos o esperas para estudiar el problema.

La diferencia en la preparación técnica de los defensores de las partes puede ser patente. Aunque oralidad no es lo mismo que oratoria y no exige grandilocuencia, no siempre los profesionales disponen de buenas condiciones expositivas.

Por otra parte, como toda la actuación se desenvuelve a presencia de las partes (por lo tanto del propio cliente y de la contraparte), es inevitable que los litigantes puedan realizar valoraciones sobre la actuación de su propio abogado y lo comparen con el de la parte adver-

[10] Desde que se practica la oralidad en España diversas academias o centros de formación vienen ofreciendo cursos de expresión oral y de elocuencia forense.

sa, con las consecuencias profesionales, favorables o adversas, que se puedan derivar.

b) La presencia del juez o magistrado en la primera audiencia ("audiencia previa" en la terminología de la LEC) ha propiciado un incremento en las soluciones transaccionales mediante convenios procesales alcanzados en ese trámite, del cual constituye la primera de las finalidades.[11]

c) El intercambio de fotocopias de documentos entre las partes, favorece la concesión de valor probatorio a las reproducciones de los documentos mediante fotocopias cuando no son impugnadas de contrario.

IX. Retroceso en la oralidad en el proceso civil de segundo grado. Consecuencias. Una "abogacía muda"

Sorprendentemente, la introducción efectiva de la oralidad en el proceso civil de primer grado contrasta con el retroceso producido en el juicio de segunda instancia que sigue al recurso de apelación. La sorpresa y el contraste es mayor si se tiene en cuenta que en España cuando el proceso de primer grado ha sido escrito el de segunda instancia era oral.

Tradicionalmente, el recurso de apelación, que abre la segunda instancia, se fundaba en el "gravamen" de la sentencia y se interponía mediante un sencillo escrito, limitado a anunciar el recurso y a solicitar que se remitiesen los autos del proceso al tribunal de segundo grado, ante el cual, llegado el momento, en la correspondiente "vista", se exponían los argumentos que fundaban el recurso. Y tan era así que los jueces que integraban el tribunal de segunda instancia (las tradicionales Audiencias Territoriales o Cancillerías) recibían el nombre bien gráfico de "oidores", porque su función consistía en oír las quejas o agravios que exponía contra la sentencia el que se alzaba contra ella (una función equivalente a la de los jueces "desembargadores" de Portugal y de Brasil). En esos momentos de los informes en las vistas era, especialmente, donde los grandes abogados adquirían fama y prestigio, sobre todo en una época en la que se valoraba la elocuencia (puede recordarse como no sólo jóvenes abogados sino también periodistas iban a las salas de las Audiencias a oír a los grandes abogados).

[11] La recientísima Reforma del proceso civil promulgada en Italia, para entrar en vigor el 4 del presente mes de julio, ante la acumulación de 5 400 000 procesos civiles pendientes, con los enormes retrasos que ello supone, entre otras medidas impone sanciones "por hacer perder el tiempo al Magistrado", *vg.* para el que rechaza una propuesta de conciliación como solución si después, aunque venza, obtiene menos de lo que el juez había propuesto.

La LEC 2000 (artículos 457 y 458) ha modificado el sistema que venía funcionando pacíficamente durante más de un siglo y ha llevado a la apelación la distinción entre "preparación" (anuncio del recurso) e "interposición" (formalización del recurso, articulando y fundando los motivos por los que se ataque la sentencia o resolución impugnada), una distinción que sólo era propia del recurso de casación (al tener que fundarse el recurso en "motivos" legales, la formalización del recurso requiere tiempo, mientras que el anuncio o preparación puede hacerse en un plazo más breve, para que no quede pendiente largo tiempo la firmeza de la resolución). Además, la LEC 2000 establece ahora que la interposición del recurso se realice ante el propio juzgado que pronunció la resolución impugnada (artículo 458), el cual confiere traslado a la contraparte para que pueda impugnar el recurso (artículo 461), procediendo después a elevar los autos del proceso al tribunal de segundo grado (hoy, Audiencia Provincial) para que sustancie y resuelva la apelación. El nuevo sistema acumula más trabajo en los juzgados después de la sentencia y descarga a las Audiencias, pero tiene el inconveniente de que no se argumenta con la misma libertad si los reproches a la resolución tienen que formularse en un escrito dirigido al propio juez autor de la resolución que si las alegaciones pueden realizarse ante un órgano distinto y superior al que resolvió en la instancia anterior.

En cuanto a la celebración de la tradicional "vista" para oír a las partes sobre los fundamentos del recurso, a partir de la Reforma del 10 de abril de 1992 (Ley 30/1992), se fue iniciando una tendencia a suprimir o cuando menos a restringir la celebración de las vistas, *vg.* exigiendo que fuese solicitada por las partes recurrentes y recurridas o la opinión del tribunal favorable a la utilidad de la celebración.

La regulación de la LEC 2000 ha mantenido el criterio restrictivo disponiendo en su artículo 464, 2: "Si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida, podrá acordarse la celebración de vista siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes o el tribunal lo considere necesario". La regulación legal sólo considera inexcusable la celebración de vista cuando en segunda instancia se haya practicado prueba (a fin de someter sus resultados al necesario debate entre las partes). En los demás casos, que son la inmensa mayoría, la celebración de la vista se condiciona a la concurrencia de alguno de los dos supuestos que el precepto indica: que lo haya solicitado alguna de las partes o que el tribunal la considere necesaria. Pero en el primer caso la celebración de la vista es potestativa para el tribunal, el cual "podrá" celebrarla o no, según lo considere o no "necesario" (el precepto no dice "conveniente").

La LEC 2000 no impide que se celebren vistas. Pero la redacción del artículo 464, 2, lo ha dejado al criterio de las secciones de las audiencias por conveniencia, la utilidad y aún la necesidad de proceder a su celebración. Y por los argumentos ya referidos los tribunales responden a la petición de que se celebre vista (realizada por el recurrente y/o por el recurrido) negando su celebración "por no considerarla necesaria". En los años de aplicación de la LEC este acuerdo ya es una fórmula de estilo en las resoluciones de las audiencias al mandar formar el "rollo" del recurso, por lo que es sumamente infrecuente que se celebren vistas que el tribunal no está obligado a conceder. Las partes, incluso actuando de consuno en este punto, no tienen un derecho procesal a que la vista se celebre. Por lo tanto, no pueden exigirla. La celebración de vista es una pura concesión que puede hacer la Sala de Segunda Instancia si así lo considera para mejor juzgar (*vg.* por la complejidad del los temas planteados en el recurso).

Por obra de esta disposición, se ha producido un flagrante retroceso en cuanto a la oralidad en la segunda instancia del proceso civil. Las Salas o Secciones de las audiencias, en lugar de señalar una fecha para la celebración de la vista realizan un señalamiento distinto, "para votación y fallo" o "para deliberación y fallo" del recurso.

El hecho de que la fundamentación del recurso ya lo conozca el tribunal por el escrito de interposición formulado ante el juzgado, junto con la contestación de la otra parte, contribuye a explicar que las audiencias sean muy poco propicias para acordar la celebración de las tradicionales "vistas" o audiencias orales, que antes constituían el momento culminante del procedimiento de segundo grado. Como, por otra parte, muchos abogados lo que harían con frecuencia, si se celebrase vista, es volver a repetir lo que ya han expuesto por escrito, cabe argumentar que para los magistrados la celebración de la vista carece de utilidad y es un trámite dilatorio y entorpecedor del trabajo de los magistrados, que podrían dedicar esas horas a estudiar y redactar sus sentencias. Incluso se añade que con el nuevo criterio ya no podrá suceder que los abogados muy competentes sorprendan en las vistas al adversario con una alegación jurídica a la que éste no estaba en condiciones de contestar.

En realidad, de todos los argumentos expuestos el verdaderamente importante es el del tiempo que la oralidad obliga a dedicar a los magistrados del tribunal de apelación, obligados a tener que dedicar muchas mañanas a oír los recursos y contrarrecursos de los litigantes expuestos en informes acaso mediocres con excesiva frecuencia. Un tiempo que es especialmente valioso en un momento en el que el mayor problema de los tribunales es la sobrecarga de asuntos y el retraso con el que los despachan. En las pasadas

décadas, en el Tribunal Supremo mientras en la Sala de lo Civil y en la de lo Penal se celebraban vistas de los recursos de casación, las tres Salas de lo Contencioso-Administrativo (hoy refundidas en una sola pero con mayor número de magistrados que las restantes) resolvían sin celebración de vistas, por lo que los magistrados disponían de más tiempo para estudiar y resolver los asuntos (pese a ello ha sido siempre la Sala que arrastraba mayor retraso y sigue siendo la administración del Estado la que más contribuye al colapso jurisdiccional).

Los argumentos indicados son solo una cara del problema que tiene también su cruz. Porque el precio que se paga por prescindir de la oralidad es muy alto.

De una parte, si los abogados dejan de "informar" se convierten en lo que he llamado en anterior ocasión una "Abogacía muda". Intervenir en una comparecencia o "audiencia" ante el juzgado de primera instancia no equivale a informar. Si los abogados no se ejercitan en el arte de informar (aunque la oratoria forense haya cambiado en la segunda mitad del pasado siglo, haciéndose más técnica) parece evidente que la abogacía pierde una de sus cualidades más preciadas.[12]

De otra parte —y esto es lo más preocupante—, cabe recordar aquélla advertencia del abogado Ossorio y Gallardo cuando en su obra defendía la oralidad alegando que "del juez que no me oye no puedo tener la confianza de que me lea". Argumento que refuerza el temor de que al prescindirse de la oralidad se rompa la colegialidad del órgano de segunda instancia o de recurso. Con frecuencia se oye la queja sobre la decisiva función que en los órganos colegiados tiene el magistrado ponente, único que conoce de verdad los autos del proceso y a través de cuya opinión se informan los demás integrantes del colegio judicial. Es cierto que los "votos discrepantes" que, siguiendo las "opiniones discordantes" de la jurisprudencia anglo-norteamericana, se formulan, con alguna frecuencia, en los tribunales españoles vendrían a desmentir aquél temor. Pero el peligro cierto de que se produzca la "ruptura de la colegialidad" del tribunal es evidente y existen muchas anécdotas forenses que así lo acreditan (hay incluso confidencias de los propios magistrados, admitiendo que, gracias a la celebración de vista, la exposición del abogado le hizo pensar en un argumento que en otro caso habría pasado inadvertido).

[12] En el Tribunal Supremo de España y en las antiguas y gloriosas Audiencias Territoriales, hace décadas, era habitual que cuando en un recurso informaban grandes abogados entre el público asistente estaban jóvenes abogados que deseaban aprender y también jóvenes que se preparaban para ser periodistas o escritores.

X. Retroceso de la oralidad en los recursos extraordinarios

Un retroceso equivalente se ha producido en el recurso extraordinario de casación.

Uno de los planteamientos más erróneos de la LEC 2000 es el realizado en sede del recurso extraordinario de casación. Después de la Ley 34/1984 España ha contado con el recurso de casación más eficiente del mundo, que permitía incluso el control de la prueba documental en ciertos casos. El retraso de la Sala debido a la acumulación de recursos obligó al legislador, a partir de 1992 (Ley 10/1992, de 30 de abril) a limitar las vías del recurso. Con la LEC 2000 se socavaron los cimientos mismos de la casación utilizando criterios arbitrarios, sin precedente alguno ni posible homologación en la legislación comparada. El recurso de casación que (como explicó Calamandrei) fue producto de la fusión de la impugnación de la sentencia por vicios de forma (la *querella nullitatis*) con la impugnación por su injusticia, fue disociado artificialmente en dos recursos: uno, denominado "extraordinario por infracción procesal" y otro propiamente "de casación" (artículos 469 y 477). Y no contentos con tal disociación del recurso atribuyeron el primero al conocimiento de los tribunales superiores de justicia y el segundo al Tribunal Supremo (artículos 468 y 478), creando graves dificultades sobre la preferencia de uno u otro recurso cuando se deseaban interponer los dos, que suele ser lo más frecuente (artículo 478).

Esta innovación de la LEC fue muy mal recibida por la doctrina (salvo la de los autores que participaron en la elaboración del anteproyecto). Finalmente, esta innovación de la LEC no pudo entrar en vigor, porque el proyecto de la LEC no contó en el Parlamento con la mayoría necesaria para que pudiese ser aprobada como "Ley Orgánica" (incluso grupos políticos que sostenían al gobierno del partido que preparó la ley se abstuvieron en la votación), por lo que no podían tomarse en consideración aquéllas regulaciones de la nueva LEC que alterasen las competencias del Tribunal Supremo y las de los demás órganos jurisdiccionales (establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial LO 6/1985). La falta de "quórum" en el Congreso para promulgar la LEC como Ley Orgánica obligó en el trámite ante el Senado a añadir una farragosa y confusa (calificativos de una sentencia de la Sala 1a. del TS) "Disposición Final Decimosexta", sobre "régimen transitorio de los recursos extraordinarios" en tanto no pudiesen entrar en vigor las previsiones de la LEC. Las cuales ya nunca van a entrar en vigor porque en estos momentos está muy adelantado un nuevo proyecto regulando una nueva casación.

En lo que ahora interesa, en punto a la oralidad la LEC sigue los pasos de la Ley 10/1992, del 30 de abril, de modo que prácticamente ya no se celebran vistas de los recursos ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sala Primera). La Sala señala un día para deliberación, votación y fallo y lo notifica a las partes.

Para el recurso extraordinario por infracción procesal el artículo 475, 2, reproduce el mismo criterio ya afirmado para la segunda instancia: admite la celebración de vista si en el recurso se ha practicado alguna prueba o si la Sala considera oportuna su celebración.

Para el recurso de casación, el artículo 486 contempla una "eventual vista", permitiendo a la Sala que decida, según lo que considere más conveniente, la celebración de "vista" o el señalamiento directo para "votación y fallo" del recurso.

En la práctica, es inusual que se celebren vistas de los recursos ante la Sala Primera (de Derecho Civil) del Tribunal Supremo, fallándose directamente los recursos previa deliberación y votación por los magistrados.

En el Tribunal Constitucional, su Ley Orgánica no prohíbe que se celebren vistas de las demandas de amparo. Pero por las razones a las cuales se ha hecho referencia, su celebración resulta impensable.

XI. La prueba entre la escritura y la oralidad en el anterior proceso escrito y en el nuevo proceso oral

La etapa del proceso civil donde más útil puede resultar el procedimiento oral es la de la práctica o recibimiento de la prueba, porque garantiza la presencia inmediata del juez, que puede observar toda la riqueza de circunstancias en las declaraciones de los propios litigantes, de los testigos y de los peritos, que no pueden ser apreciadas en actuaciones escritas. Su presencia inmediata le permite al juez pedir explicaciones o aclaraciones y observar las dudas o contradicciones en que los declarantes puedan incurrir (lo que después podrá tomar en cuenta al hacer la valoración de las pruebas).

a) El procedimiento de la prueba se integra por los siguientes momentos, etapas o "tiempos": 1) petición de prueba; 2) recibimiento del proceso a prueba; 3) proposición de prueba; 4) admisión de la prueba; 5) práctica de la prueba; 6) valoración de la prueba.

La petición genérica de prueba se limita a solicitar que en un determinado proceso exista prueba. Cada una de las partes tiene el deber jurídico

(carga) de formular la petición genérica de que haya prueba, porque, con frecuencia, las legislaciones no establecen que el juez reciba a prueba el juicio cuando lo considere necesario aun cuando no medie petición de parte.

El recibimiento a prueba, corresponde al juez del proceso y es un acuerdo o resolución disponiendo que en un determinado juicio se practique prueba.

La proposición de prueba corresponde a cada una de las partes y es una petición formal en la que, partiendo de que el proceso ha sido recibido al trámite de prueba, se concretan los medios de prueba que se desean utilizar.

La admisión de la prueba (en su caso, su inadmisión) corresponde al juez del proceso y es una resolución por la cual el juez resuelve si admite o rechaza los concretos medios de prueba que cada parte desea utilizar. En caso de admisión el juez debe ordenar o realizar las citaciones, requerimientos y comparecencias necesarias para que las partes puedan producir la prueba que han propuesto.

La práctica de la prueba consiste en recibir las pruebas, documentando sus resultados. Es también un momento que corresponde al juez, porque él es el destinatario de la prueba. Pero es respecto a este momento donde se muestra la gran diferencia entre un proceso acoplado al principio de la escritura o al de la oralidad, sobre todo por lo que afecta a la percepción directa e inmediata del juez del proceso, algo que es fundamental para que pueda después realizarse una correcta valoración de los resultados probatorios.

La valoración de la prueba, que es siempre una función intransferible del juez, es el último de los momentos o etapas de la prueba, que se realiza en el momento de decidir y que se explica o motiva en la fundamentación jurídica o motivación de la sentencia.

b) En el tradicional proceso escrito la petición de prueba se realizaba en los escritos de alegaciones iniciales (demanda, contestación, reconvención, contestación), generalmente en la súplica del escrito de demanda o por medio de una petición accesoria (Otrosí) añadido a la petición principal de la súplica.

El recibimiento a prueba lo acordaba el juez con excesiva sujeción a que las partes lo hubiesen solicitado (extremo que fue censurado por la mejor doctrina, que defendió siempre la conveniencia de que el juez pudiese disponer de iniciativas por su propio oficio).

La proposición concreta de los medios de prueba se realizaba dentro del plazo legal concedido por la providencia judicial, común para las dos partes.

Se formaban ramos o piezas separadas de prueba para cada una de las partes, actuando la pieza correspondiente a cada parte en la pieza respectiva.

La admisión de la prueba era realizada por el juez siguiendo criterios de estricta legalidad, adoptando los acuerdos o disposiciones necesarias para proceder a su práctica (*vg.* realizando los señalamientos correspondientes).

En sucesivas diligencias, documentadas por medio de las correspondientes actas, se iba ejecutando la prueba admitida propuesta por cada una de las partes.

Cuando se concluía con la práctica de la prueba se disponía que se uniesen a los autos y se pusieran de manifiesto a las partes para preparar el trámite de alegaciones finales con el "resumen de pruebas".

c) En el nuevo proceso por audiencias, la oralidad ha afectado a todas las pruebas, porque frente a la anterior dispersión en múltiples actos de prueba, propia del procedimiento escrito, ahora las pruebas se practican en audiencias o sesiones públicas y concentradas, bajo la dirección del juez, la presencia del secretario judicial, la de los representantes de las partes y la intervención de sus abogados. Y todo cuanto ocurra lo registra con toda fidelidad el soporte dvd o vídeo, acreditando el Secretario el día y hora de la celebración y su correspondencia al proceso de que se trata.

d) Como queda dicho, en la recepción o práctica de la prueba es donde se producen profundas diferencias entre un proceso escrito y un proceso oral (especialmente en cuanto a las pruebas personales). Las diferencias se han podido observar en la práctica forense española que siguió a la aplicación de la LEC 2000, en su comparación con la que se observaba hasta entonces.

La oralidad ha afectado de modo especial a dos pruebas personales, la de interrogatorio de las partes y la de testigos, porque es respecto de estas pruebas donde se muestra la superioridad del método oral.

1) Las diferencias son mínimas en cuanto a la prueba documental. En el multisecular proceso escrito, los documentos se acompañaban con los escritos de alegaciones iniciales, salvo que se tratase de documentos de fecha posterior, o anteriores pero descubiertos después de la demanda o retenidos en poder de la otra parte, que hubiese impedido su presentación en el momento oportuno. Igual sigue sucediendo con el proceso oral, si bien el intercambio de las fotocopias de los documentos al finalizar la audiencia previa ha hecho que se reconozca autenticidad a las fotocopias cuando no son impugnadas.

2) Existen grandes diferencias en cuanto a la prueba pericial. Pero no proceden de la oralidad o de la escritura sino de las innovaciones introducidas por la LEC 2000 respecto de la regulación anterior de esa prueba (novedades que generalmente hay sido muy censuradas).

3) Apenas existen diferencias en cuanto a la prueba de reconocimiento judicial.

4) Las diferencias son, en cambio, muy considerables respecto de las pruebas personales. Tanto la antigua confesión judicial de los litigantes como el interrogatorio de testigos han sufrido grandes cambios, como se expone a continuación.

e) En el *proceso escrito* anterior a la LEC 2000:

1) La "confesión en juicio" de cada parte podía ser solicitada por la parte contraria (artículo 579), bajo juramento indecisorio (artículo 580: el juramento decisorio había caído en total desuso) y consistía en contestar ("absolver") las "posiciones" formuladas por escrito, con claridad y precisión, en sentido afirmativo (estableciendo o dando algo por sentado, un determinado hecho: "pono") y concretadas a lo que fuese objeto del debate, repeliendo el juez las preguntas si no reunían tales requisitos (artículo 581). El interrogatorio se realizaba mediante cuestiones formuladas como afirmaciones de la parte que solicitaba la prueba ("posiciones") para que pudiesen ser aceptadas o negadas por el litigante que rendía la confesión y se formulaba sin entregar copia a la otra parte (sin perjuicio de que para garantizar el secreto de las posiciones podía presentarse en pliego cerrado, que conservaría el juez en su poder sin abrirlo hasta el momento de dar comienzo la prueba y de declarar la pertinencia de las posiciones (artículo 582). El litigante o "confesante" tenía la carga de comparecer el día y hora señalado y de responder por sí mismo las posiciones, de palabra, a presencia de la otra parte y de su letrado, sin poder valerse de borrador de respuestas, aunque permitiéndole contestar en el acto simples notas o apuntes para poder precisar la respuesta (artículo 585). Las contestaciones deberían ser afirmativas ("es cierto") o negativas ("no es cierto"), pudiendo agregar (brevemente) las explicaciones pertinentes para justificar su respuesta (artículo 586). La negativa a declarar o las respuestas evasivas producían la advertencia del juez de que podría acudir a la *ficta confesio* en la sentencia que pronunciase, teniendo a la parte por confesa en cuanto al hecho objeto de la posición que se

había negado o eludido contestar (artículo 586). Las posiciones deberían referirse a hechos propios del confesante. Si alguna posición versaba sobre hechos que no sean personales del confesante, éste podría lícitamente negarse a contestar (artículo 587), si bien en este caso podría admitirse que la posición fuese contestada por un tercero que conociera personalmente los hechos por haber intervenido en ellos, siempre que el litigante aceptase la responsabilidad de tal declaración (artículo 587).

La habilidad de los abogados (cumpliendo siempre las exigencias legales) consistía en someter cuestiones ("posiciones") que pudiesen confundir al confesante, de modo que pudiese reconocer hechos que le perjudicaban (*vg.* con afirmaciones que sólo fuesen en parte verdad).

La prueba, mayoritariamente, tenía escasa utilidad, porque era casi rutinario que los confesantes negaban, desconocían o no recordaban los hechos afirmados por la contraria.

2) La prueba de testigos se proponía por cada una de las partes. Exigía presentar un "pliego" o documento con la "lista de testigos" y otro con el "interrogatorio de preguntas" que se deseaban formular, acotando las preguntas que se deseaban formular a cada testigo de la lista. Esos interrogatorios (a diferencia de los de la prueba de confesión) se presentaban en pliego abierto, con copia para la otra parte, la cual al recibir las preguntas completaba el interrogatorio formulando a su vez un "pliego de repreguntas" (contrainterrogatorio), para completar la exploración del testigo.

Las preguntas tenían que formularse por escrito, con claridad y precisión, numeradas correlativamente, y concretándose a los hechos objeto del debate (artículo 638), pero, a diferencia de las "posiciones", no tenían que ser formuladas como cuestiones afirmadas por la parte solicitante de la prueba. No obstante, las preguntas solían empezar con la expresión "Diga ser cierto" o "Diga como es cierto". Las repreguntas de la contraparte (artículo 641) solían comenzar con la expresión "Diga como es también cierto" o "Diga como es más cierto", a la que seguía la cuestión que se deseaba fuese reconocida por el testigo y con la cual se esperaba neutralizar lo que hubiese reconocido al contestar la pregunta. Lógicamente, las repreguntas tenían que referirse a los hechos que previamente habían sido objeto de la pregunta. El pliego de preguntas se presentaba con copia para la contraparte. En cambio, el pliego de repreguntas solo se presentaba en el momento en que

se iba a practicar el interrogatorio, para que los testigos de la contraparte no conociesen de antemano el contenido de las repreguntas. Previamente a la prueba el juez debía declarar la pertinencia de las preguntas y en el momento del interrogatorio tenía que acordar la pertinencia de las repreguntas (artículo 649). El testigo debía responder por sí mismo, de palabra, sin valerse de borrador de respuestas, pudiendo pedir al juez permiso para consultar libros o papeles para constatar un dato que necesite para contestar (artículo 650). En cada una de las contestaciones el testigo debía expresar la "razón de ciencia" de su saber (artículo 649).

Los testigos declaraban separada y sucesivamente entre sí y el resultado de su interrogatorio se documentaba en la correspondiente acta, que era leída y después firmada por el testigo con el juez, el secretario y los representantes y defensores de las partes (artículos 651 y 652).

El "acta" que documentaba en el proceso el resultado de la confesión o de cada interrogatorio de testigos no podía ilustrar sobre las circunstancias subjetivas de cada declarante *vg.* la firmeza, la claridad y la precisión de sus respuestas o las dudas o vacilaciones. Tales circunstancias podían ser recordadas por el juez que hubiese presidido la prueba y podían contribuir a su valoración. Pero los defensores de las partes, al preparar sus escritos de conclusiones con los resultados probatorios alcanzados (artículos 667 y 670) no podían hacer referencia a esos importantes aspectos subjetivos y a veces pretendían salvar las deficiencias del sistema recordando en su escrito *vg.* que la parte o el testigo había respondido con firmeza y precisión o que se había mostrado vacilante al responder y que había acabado diciendo lo que reflejaba el acta después de expresar dudas ("no se", "ahora no me acuerdo", "tengo dudas", para concluir optando por la respuesta que se había hecho constar en el acta). Y si el juez que dictase la sentencia no era la misma persona del juez que había presidido los actos de prueba (lo que podía suceder) tampoco podía tener de los resultados probatorios otra visión que la facilitada por la correspondiente acta, *vox mortua* de lo sucedido. Otro tanto los jueces de los tribunales superiores que conocían del proceso en vía de recurso.

f) En el *proceso por audiencias orales,* a partir de la aplicación de la LEC 2000, se han producido cambios sustanciales en cuanto a la prueba. La práctica de la prueba es ahora mucho más ágil. Gracias a la utilización de las modernas técnicas de grabación y reproducción del sonido y de la imagen, los resultados de las pruebas cuentan con una documentación que permite "revivir" todos los aspectos que quedaban ocultos en las tradicionales actas escritas.

La proposición de prueba se realiza al final de la audiencia previa, cuando el proceso deba proseguir por no haberse alcanzado la avenencia entre las partes y después de agotadas las demás finalidades que la ley atribuye a dicho trámite (artículo 429, 1).[13]

Los diversos medios de prueba se articulan en el escrito correspondiente, en el que se harán constar "con separación", además deben constar los domicilios o residencias de las personas que deban ser citadas (artículo 284). Pero ya no hay que adelantar los interrogatorios que se formularán a los testigos y tampoco las preguntas que se desean hacer a los litigantes.

Las pruebas se practican en vista pública y contradictoria entre las partes (artículo 289, 1) y "será inexcusable la presencia judicial" en los interrogatorios de partes y testigos, en el reconocimiento judicial de personas, lugares o cosas, en la reproducción de palabras, sonidos e imágenes, así como en la explicación de los dictámenes periciales (artículo 289, 2). Si las pruebas no se practican en la sede del juzgado (*vg.* interrogatorios domiciliarios, reconocimientos de cosas o personas) se observará una "publicidad y documentación" similares (artículo 289).

La LEC 2000 admite como medios de prueba típicos los clásicos: interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos (artículo 299, 1). Pero también admite expresamente como prueba los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y los instrumentos que permitan archivar y reproducir datos, cifras u operaciones matemáticas o contables (artículo 299, 2) así como "cualquier otro medio no expresamente previsto" que permita obtener certeza sobre hechos relevantes en el proceso (artículo 299, 3).

[13] Esta disposición, para la aceleración del procedimiento, obliga a los abogados a llevar bien preparada la audiencia previa para todas las salidas que eventualmente se puedan producir dentro de las diversas funciones que corresponden a dicho trámite. Si se alcanza una solución por avenencia el trabajo de proposición de prueba habrá sido en vano, pero es inevitable. El sistema de la LEC anterior a partir de la Reforma de 1984 era más cómodo para los abogados: sólo si no se alcanzaba la avenencia y el proceso debía continuar se concluía la comparecencia y se concedían ocho días a las partes para que sus defensores pudieran presentar sus escritos proponiendo los medios de prueba.

Esta "audiencia de prueba" (la segunda de las audiencias típicas del juicio declarativo ordinario) recibe en la LEC el nombre inadecuado de "juicio", término que en el vocabulario procesal español siempre se ha utilizado como equivalente a proceso, para designar todo el fenómeno del litigio en primer grado y no la concreta fase de prueba (la LEC, equivalente al Código del Proceso Civil, se llama Ley de "enjuiciamiento" o ley de los juicios civiles). No es el único ejemplo de terminología caprichosa de la LEC 2000.

En el "juicio ordinario" (el juicio tipo de la nueva LEC) la segunda sesión o audiencia se destina precisamente a practicar las pruebas propuestas por las partes y a que las partes formulen las conclusiones sobre las pruebas practicadas (artículo 431). Esta audiencia o "juicio" comienza practicando las pruebas admitidas (artículo 433, 1) y concluye con la formulación por los defensores de las partes de sus conclusiones sobre los hechos controvertidos y sobre las pruebas practicadas (artículo 433, 2), quedando a partir de entonces los autos del proceso conclusos para pronunciar sentencia (artículo 434).

1) La "confesión" de las partes ha sido sustituida por el "interrogatorio de partes" (artículos 301-316).

Las antiguas posiciones actualmente son "preguntas" que se formularán oralmente, en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones, que se tendrán por no realizadas. El juez decide sobre la procedencia de las preguntas en el mismo momento del interrogatorio (artículo 302). La parte interrogada responderá por sí misma, sin valerse de borrador de respuestas, aunque se le permitirá consultar en el acto documentos, notas o apuntes cuando sean convenientes para auxiliar la memoria (artículo 305, 1). Las respuestas habrán de ser afirmativas o negativas o, al menos, precisas y concretas, pudiendo agregarse las explicaciones convenientes (artículo 305, 2). Los abogados de las demás partes y el de la propia parte interrogada podrán formular a su vez nuevas preguntas y el juez podrá también interrogar para pedir al declarante aclaraciones o adiciones a sus respuestas (artículo 306, 1).

La incomparecencia de la parte puede permitir al juez considerar como reconocidos los hechos en los que la parte haya intervenido personalmente (artículo 304) y la negativa a responder (salvo si concurre un deber legal de guardar secreto) o las respuestas evasivas, después del correspondiente apercibimiento, permiten al juez considerar reconocidos los hechos a los que se refiere la respuesta negada o evasiva (artículo 307).

2) El "interrogatorio de testigos" ha recibido una nueva regulación para adaptarlo al proceso oral (artículos 360-381).

La prueba se propone junto con las demás, indicando la identidad de los testigos (nombre, apellidos, profesión, domicilio o residencia): artículos 360 y 362.

Los testigos declararán separada y sucesivamente, sin que se comuniquen entre sí, no pudiendo asistir a las declaraciones de otros testigos: artículo 366. Sus declaraciones se hacen bajo juramento o promesa de decir verdad y con la advertencia del posible delito de falso testimonio (artículo 365).

Después de ser interrogados por las llamadas "circunstancias generales de la ley", relativas a su imparcialidad (si es familiar, socio, dependiente, amigo íntimo o enemigo manifiesto de la parte que lo presenta, etcétera: artículo 367).

Las preguntas al testigo se formularán oralmente, deberán ser en sentido afirmativo y con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones que no deben ser autorizadas por el juez pero que en todo caso se tendrán por no puestas (artículo 368).

En el mismo momento del interrogatorio el juez admite las preguntas formuladas correctamente y prohíbe las que no se ajusten a las exigencias legales (artículo 368, 2). En ese mismo acto del interrogatorio, los defensores de las partes que no hayan propuesto al testigo podrán impugnar las preguntas indebidamente admitidas y señalar las valoraciones y calificaciones improcedentes. Además la parte podrá pedir que conste en el acta su protesta a los efectos del ulterior recurso (artículo 369).

La LEC da entrada a la figura híbrida del "testigo-perito" (artículo 370), regula los supuestos en que el declarante tenga un deber de guardar secreto sobre los hechos por los que se le pregunte (artículo 371), regula la intervención del juez y de las partes en el interrogatorio (artículo 372) y la posible confrontación o careo de los testigos entre sí o con las partes (artículo 373), así como la indemnización que los testigos deben percibir (artículo 375), las "tachas" que pueden hacerse a los testigos en los que concurra alguna causa legal (artículos 377-380), el interrogatorio sobre hechos que consten en "informes escritos" (artículo 380) y el de las personas jurídicas o entidades públicas (artículo 381).

g) Oralidad y valoración de las pruebas.

1) La oralidad se demuestra superior a la escritura en el momento de la valoración de las pruebas personales.

En un estudio clásico subrayó Chiovenda cómo el proceso oral tiene que ir unido a la libre convicción judicial y cómo la oralidad pierde su significación y su utilidad en un sistema de prueba legal en el que el juez es sólo un computador aritmético de las pruebas practicadas, para saber si se ha llegado a establecer la "verdad legal" (tres testigos coincidentes hacen prueba

plena; el testimonio de una persona adulta cuenta más que el de un joven, o el de un aristócrata valía por el de tres personas vulgares, o el del hombre más que el de la mujer, etcétera).[14]

El juez va ponderando el resultado de los distintos medios de prueba a medida que se procede a su práctica y en el momento culminante de la sentencia realiza el juicio de conjunto. Pero puede suceder que debido a cualquier incidencia el momento en que las pruebas se han practicado quede a distancia del momento en que se ha de pronunciar la sentencia, en cuyo caso, si el juez tiene que recordar los resultados probatorios no es igual disponer de un grabación exacta de la imagen y del sonido que le permitirá "revivir" aquélla sesión de prueba que tener que "leer" en las actas escritas lo que allí se dice que dijo el testigo o lo que declaró la parte. El dvd permite reproducir la *viva vox* del testigo o de la parte mientras que el documento es sólo la *vox mortua* que acredita lo que respondieron los declarantes pero sin poder reflejar los matices a veces tan importantes para dar o negar crédito a lo que se dijo (*vg.* la seguridad o las dudas con las que se hicieron las manifestaciones).[15]

2) La oralidad se muestra muy superior a la escritura cuando es necesario someter la valoración de la prueba al control de una *prioris instantiae*. La reproducción del dvd permite a los magistrados de apelación revivir la sesión probatoria, apreciando las declaraciones con todos sus matices, como si hubiesen presenciado los interrogatorios.[16]

[14] Chiovenda, *Ensayos de derecho procesal civil*, t. I, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1949, la famosa "prolusione" de la Universidad de Parma *Romanismo y germanismo en el proceso civil*, pp. 301-346 , esp. pp. 342-344, así como el titulado *La idea romana en el proceso civil moderno, ibdm.* pp. 363-366.

[15] En la bibliografía moderna sobre la oralidad en general, en la doctrina y en la jurisprudencia, no puede olvidarse el importante volumen de la Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoli, núm. 2005-1, titulado *Prueba,* con contribuciones de Morello, Arazi, Berizonce, Peyrano, Kaminker, Kielmanovich, Ledesma, Acosta y Guilerme Marinoni, entre otros.

[16] Al limitarse la exposición que antecede a confrontar la escritura con la oralidad en el proceso civil español prescindimos de la reciente jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos del Hombre que, solo para el proceso penal y en razón al derecho al recurso que se reconoce al acusado en el Convenio Europeo de 1950, si el Tribunal de primer grado absolvió fundándose en las pruebas personales recibidas en el juicio ante su presencia, el Tribunal de Apelación no puede revocar la sentencia valorando de otro modo esas pruebas, a no ser que acuerde reproducirlas y practicarlas de nuevo en el juicio de segundo grado (lo que ya ha sido motivo de comprensible polémica al vaciar en buena parte de contenido la segunda instancia en el proceso penal).

XII. La preferencia por la oralidad ante los acuciantes problemas del funcionamiento de la justicia

En muy pocos años el fenómeno de la masificación que hoy podemos observar en todos los países desarrollados, ha puesto sobre la mesa de los legisladores situaciones mucho más urgentes y apremiantes que la opción por un proceso oral o uno escrito. Las sociedades desarrolladas son muy conflictivas y las fórmulas para "soluciones alternativas" a la procesal (ADR) no están dando el resultado que se podía esperar. Se crean nuevos órganos jurisdiccionales que en muy pocos años quedan saturados de causas (como ha sucedido en España con los Juzgados de lo Mercantil, creados para aplicar la Ley Concursal o con los Juzgados de Violencia contra la Mujer, también saturados de procedimientos). Las circunstancias son tan apremiantes que ponen a prueba los remedios a que acude el legislador, los cuales con frecuencia en muy pocos años quedan desacreditados.

Italia lleva años (desde 1990 no han cesado de producirse reformas importantes) sometiendo el proceso civil a sucesivas reformas importantes. Cuando ser celebró en México el Congreso Mundial de 2003 era tema de actualidad el "rito societario" introducido por el legislador italiano. En una reforma que acaba de promulgarse para entrar en vigor el 4 de julio, esa novedad ha sido derogada y sustituida por un proceso declarativo sumario. Se habían introducido fuertes reformas en el proceso civil en 2005 y 2006. Pero las sucesivas reformas no han podido dar salida a los graves problemas que tiene la justicia italiana que arrastra 5 400 000 procesos pendientes. La Reforma del 4 de julio ha tenido que acudir a soluciones harto discutibles y que han levantado vivísimas polémicas.

En el Coloquio Internacional de Procesalistas celebrado en Gandía el profesor Peyrano nos ilustró cómo el grave problema para la justicia civil de su país no era si el proceso debía ser escrito u oral sino como se podía agilizar el procedimiento. ¿De qué sirve que el proceso sea oral si, por ejemplo, las audiencias se convocan con dos o tres años de retraso por la sobrecarga de trabajo de los juzgados?

En el mismo encuentro entre procesalistas se calificó la oralidad como "un gran mito" del que es preciso desprenderse en nombre de un proceso civil más eficaz.

Tiene actualidad el ejemplo de la audiencia preliminar en el proceso civil. En España —y en muchos otros países— hemos estado toda la segunda mitad del siglo XX luchando para introducir un trámite propio del proceso oral: la famosa "audiencia previa", destinada a intentar la avenencia y a sanear el proceso de cuantas deficiencias impidan que llegue a buen puer-

to. Es la famosa "erste Tagzatzung" creada en la Ordenanza Procesal Civil Austriaca. Una pieza procesal que mereció grandes estudios y las mayores alabanzas. En 1984 fue modificada su regulación, para suprimir su carácter preceptivo. Pero ¿quién iba a decir que en el país donde nació acabaría siendo suprimida hace poco como un trámite dilatorio y encarecedor del proceso?

Nada digamos de los tribunales que deben conocer de los recursos ordinarios o extraordinarios, frecuentemente saturados o colapsados por el número excesivo y a veces ingente de recursos que reciben, de modo que ha habido que introducir filtros severos a su admisión.

XIII. El ejemplo de la última reforma del proceso civil en Italia, del 4 de julio de 2009

Permítanme que les ilustre con una información que podemos considerar "de última hora", de total actualidad. La legislación italiana sobre el proceso civil ha sufrido en los últimos años sucesivas reformas desde 1990. Más recientemente, mediante las leyes de 2005 y 2006 se han introducido profundas innovaciones, todas ellas de hondo calado, dirigidas siempre a dotar el proceso civil de mayor eficacia. Pues bien, cuando tales innovaciones están siendo analizadas por la doctrina, en la que se han levantado fuertes polémicas, apenas tres años después de la última reforma, el gobierno italiano ha promulgado una nueva reforma que entró en vigor el 4 de julio de julio de 2009. El ministro Guardasellos A. Alfano la ha justificado en nombre de "un proceso menos lento y más justo", por la necesidad de dar solución a 5 400 000 procesos civiles pendientes ante los tribunales italianos y para luchar con más eficacia "contra el mayor enemigo de la justicia que es su lentitud". Se pretende que un proceso no dure diez años y se quiere evitar el grave daño que para la economía produce la duración intolerable de los juicios.

La reforma utiliza numerosas medidas. Hace poco (en 2003) se había introducido el "proceso societario", que sólo tres años después fue cancelado y sustituido por un "procedimiento sumario de cognición". El número de "ritos" o procedimientos se reduce a los indispensables. El formalismo procesal también se simplifica. El juez tendrá la obligación de fijar el "calendario del proceso". Se establece las notificaciones vía "mail" como forma ordinaria de comunicaciones. La sentencia será simplificada, comprensible y concisa para garantía del ciudadano. Por primera vez en la historia de la legislación procesal italiana se introduce un filtro en el recurso de casación, para controlar su admisibilidad con más eficacia (lo que hará un colegio

de cinco jueces siguiendo los criterios de la jurisprudencia de la Corte). Se introduce la "mediación" como instrumento que se espera permita a los ciudadanos resolver sus problemas en cuatro meses sin necesidad de tener que acudir ante el tribunal, aunque con la ayuda de un experto que les ayudará a resolver sus diferencias. Se adoptan medidas sancionadoras contra el "perditiempo" en el proceso: el que rechaza una propuesta conciliadora propuesta por el juez al inicio del procedimiento, aunque venza en la causa pero en suma inferior a la ofrecida como solución compositiva, puede ser condenado a pagar las costas procesales producidas a partir del rechazo de la conciliación. El que llama a juicio a otro sin fundamento ("a vanvera") puede ser condenado a pagar no sólo las costas procesales sino también una suma a título de resarcimiento. Y el que desobedece la orden del juez para hacer o no hacer alguna cosa, paga una suma por cada retraso o por cada día de incumplimiento. Por lo que se refiere a la oralidad en el proceso civil, la recientísima reforma introduce la posibilidad del "testimonio escrito", que toma de la legislación francesa, consistente en que si las partes son de acuerdo y la causa es sencilla pueda asumirse el testimonio mediante una declaración escrita a cumplimentar sin necesidad de acudir ante el tribunal. El ministro de justicia anunció que "otras iniciativas están en estudio".

Si ante estos problemas realmente dramáticos y angustiosos del proceso civil, a los que tienen que hacer frente los legisladores de todos los países desarrollados, el proceso escrito se demuestra más eficiente que el proceso oral, es probable que la preferencia por la oralidad pasaría a un segundo plano y la escritura volvería a ganar otra batalla como ya sucedió hace siglos, aunque ahora por razones distintas.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

PROCESOS COLECTIVOS Y ACCIONES DE CLASES: PROBLEMAS QUE SUSCITA LA LEGITIMACIÓN Y EL ALCANCE DE LA COSA JUZGADA

Roberto Omar Berizonce*

Sumario: I. *El plexo de las ponencias y propuestas*. II. *Estado actual de la normativa regulatoria de los procesos colectivos y su aplicación efectiva*. III. *Perspectivas: los cambios normativos imprescindibles*. IV. *Propuestas*.

Argentina, como otros países de Iberoamérica puja por el dictado de una legislación adecuada para regular los procesos colectivos, mientras trabajosamente la doctrina de los autores va perfilando la naturaleza de los derechos supraindividuales y sus instituciones típicas y, de su lado, la jurisprudencia de los tribunales trata de brindar respuestas razonables a los casos que se van planteando.

En este escenario, tuvo lugar en Mendoza, Argentina, el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (2005), donde se debatió arduamente sobre el tema. Las propuestas que allí se formularon nos parecen de especial interés para ser tenidas en cuenta en México, donde actualmente también está planteada la discusión. Es por esa razón que me permito aportar lo que fuere el relatorio general sobre las ponencias a dicho Congreso y las propuestas formuladas por el autor, que fueran recogidas como base para las conclusiones arribadas.

I. El plexo de las ponencias y propuestas

Más de medio centenar de ponencias presentadas a este Congreso, en su mayoría de singular valía, y que contienen sugerencias, propuestas y recomendaciones, ponen de manifiesto el interés despertado por el tema y su

* Profesor emérito de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

actualidad en el derecho argentino. Además de las cuestiones viscerales de la legitimación extraordinaria para accionar, el régimen de las notificaciones y publicidad y los alcances subjetivos de la cosa juzgada en los procesos colectivos, prácticamente agotadas en los trabajos, han sido también objeto de consideración otras no menos relevantes y particularmente novedosas entre nosotros, como son las relativas a la regulación del requisito de la representación adecuada, el régimen de los derechos individuales homogéneos, la legitimación pasiva o la intervención del *amicus curiae* en tales procesos y, en general, las complejas cuestiones del trámite procedimental (problemas de la litispendencia, de las medidas cautelares y anticipatorias, las impugnaciones, las costas, etcétera).

No han faltado los análisis exhaustivos de la jurisprudencia de nuestros tribunales, verdadero motor que viene impulsando con el soporte de la doctrina más actualizada, los avances prácticos para dar respuesta a los requerimientos de los litigantes. Ni tampoco se han escatimado las críticas, como respecto de pronunciamientos y aún doctrinas jurisprudenciales que viene restringiendo en el amparo colectivo la legitimación del Defensor del Pueblo y también de algunas entidades representativas sectoriales y corporativas.

Un lugar muy destacado ocupan, en este balance provisional, los enfoques en clave comparatística que llevaron a la consideración de los distintos sistemas que se brindan en las legislaciones, especialmente el de las *class actions* norteamericana, diseñado en la conocida regla 23 de las Federal Rules of Civil Procedure de 1938, con sus modificaciones de 1966 y, en contrapunto, el brasileño tan difundido en todo el subcontinente a partir de su legislación de defensa de los derechos de consumidores de 1990. Perspectiva comparatística que se ha visto notablemente enriquecida ahora con la elaboración del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en 2004 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, punto de referencia obligado en el estudio de la reforma de nuestra legislación y que tan presente ha estado en la mayoría de las ponencias.

Se ha puesto en foco los procesos colectivos en general y, también, las cuestiones propias de los que involucran a consumidores y usuarios o las relativas a la tutela del medio ambiente. Respecto de estas últimas, el saldo se exhibe francamente positivo por las concretas propuestas que se formulan, sin desmedro de cotejar las dificultades y para algunos la inconveniencia, que conlleva la reforma de las respectivas legislaciones en vigencia en nuestro país. Todavía, se han tematizado ciertas cuestiones de actualidad vinculadas con el medio ambiente y la necesidad de encontrar mecanismos aptos para la solución de los conflictos internacionales.

Como telón de fondo, está latente el propósito de asegurar el efectivo acceso a la justicia y la tutela de los derechos de incidencia colectiva consagrados en la carta fundamental por la reforma de 1994.

II. Estado actual de la normativa regulatoria de los procesos colectivos y su aplicación efectiva

En el estado actual de la normativa vigente, avances doctrinarios y jurisprudenciales se destacan algunos datos de esencia cuya consideración resulta imprescindible a la hora de vislumbrar las perspectivas de su evolución futura.

1. En primer y decisivo plano ha de ubicarse el reconocimiento y linaje constitucional de los nuevos derechos y garantías, en el texto de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 —y en paralelo, las enmiendas a las Cartas provinciales— de los *derechos de incidencia colectiva* (de consumidores y usuarios de bienes y servicios, medio ambiente) —artículos 41, 42— y su tutela expedita y rápida a través del amparo —artículo 43—. Dispositivo este último que se complementa con el reconocimiento explícito de la legitimación para la defensa de tales derechos que se acuerda con amplitud al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley. De la aplicación directa y en ciertos aspectos dinámica y funcional que de dichos preceptos constitucionales han venido efectuando los tribunales —principalmente a través del *amparo colectivo*—, de consuno asimismo a las normas contenidas en los tratados y convenciones internacionales (así, artículos 8, 25 y conc., Pacto de San José de Costa Rica), se ha configurado un plexo mínimo procedimental de utilidad para canalizar las diversas pretensiones que se articulan, pero que sin embargo suscita palmaria inseguridad jurídica por la falta de una normativa legal abarcatoria de las distintas pretensiones con sus adecuados carriles procesales.

2. Basta señalar que carecen de regulación cuestiones viscerales como, por ejemplo, el o los tipos procesales de cognición plena para el trámite de las pretensiones; los requisitos de la acción colectiva —representatividad adecuada del legitimado, relevancia social de la tutela colectiva—; la intervención del Ministerio Público en los casos de interés social relevante y la eventual asunción de la titularidad de la acción por defección de los legitimados; un específico régimen cautelar y de tutela anticipada; la creación de un fondo al que reviertan las indemnizaciones por reparación de los daños colectivos y el régimen de su integración y administración; las particulares potestades judiciales en las acciones que tengan por objeto obligaciones de

hacer y de no hacer; el régimen de competencia territorial y de litispendencia; las potestades judiciales singulares para la conducción y ordenación del proceso y el esclarecimiento de los hechos controvertidos; la carga dinámica de la prueba; la disciplina de las costas, honorarios y gratificaciones especiales; el régimen de los recursos y de la ejecución de la sentencia. Mención especial merece la preceptiva de la acción colectiva para la defensa de los derechos individuales homogéneos, cuya inexistencia en el derecho argentino genera numerosísimas dificultades dilatando innecesariamente la reparación de los afectados y perturbando el correcto funcionamiento del sistema jurisdiccional. Lo propio cabe señalar a propósito del régimen singular de los alcances subjetivos de la cosa juzgada, cuya omisión ocasiona no pocas incertidumbres; al igual que la falta de previsión del tratamiento de las acciones contra el grupo, categoría o clase, hipótesis también frecuente en la litigación colectiva.

3. La normativa específica tuteladora de los *derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios* —Ley 24.240 de 1993 y modificatorias, regímenes provinciales complementarios "de implementación" (así, el Código de implementación de la Provincia de Buenos Aires, Ley 13.133, de 2004), con más de una década de vigencia, resulta manifiestamente insuficiente en punto a la protección de tales derechos en sede judicial, principalmente por la falta absoluta de regulación en el régimen nacional de las vías procesales específicas para el encausamiento de las pretensiones, defección derivada del criticado veto presidencial (decreto 2089/93). Sin que hubiere resultado apropiada la remisión legal al procedimiento más abreviado, el sumarísimo o extraordinario, palmariamente inapropiado para albergar los tan disímiles conflictos que desembocan en acciones de consumidores. Bien que sea de destacar la operatividad de las instancias administrativas de conciliación —ante la Dirección de Defensa de la Competencia y del Consumidor de la Nación, o sus homólogos provinciales— y el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo instituido por decreto PEN núm. 276/98.

4. Mejor suerte ha tenido la *protección del medio ambiente* especialmente a partir de la sanción de la Ley Nacional núm. 25.675, Ley General del Ambiente, de 2002, que contiene un plexo normativo procesal novedoso aunque insuficiente. Un significativo avance lo constituye la regulación de las distintas acciones de cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo (verdadera acción popular), de recomposición del ambiente dañado, declarativas y cautelares; como igualmente, la creación del Fondo de Compensación Ambiental, con destino específico, al cual refluyen las indemnizaciones sustitutivas debidas por quien cause daño ambiental cuando fuere imposible el restablecimiento al estado anterior de los bie-

nes dañados (artículos 28, 34). No menos importancia ha de concederse a los amplios poderes–deberes adjudicados al juez para su actuación oficiosa (artículo 32, primer párrafo); al igual que la potestad para decretar en cualquier estado del proceso medidas de urgencia a pedido de parte o de oficio, aún sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieren producirse (artículo 32, segundo párrafo). Finalmente, aunque sin la claridad debida, se prevé que la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aún parcialmente, por cuestiones probatorias (artículo 33). A ello cabe adunar las previsiones contenidas en las leyes locales de protección del medio ambiente (así, la Ley 11.723, de 1995, vigente en la Provincia de Buenos Aires).

5. Son conocidos los avances que a despecho de las numerosas "lagunas" legislativas se han producido a través de la experiencia judicial al impulso de un notorio y promisorio activismo de los particulares y principalmente de las numerosas asociaciones defensoras de los derechos de consumidores y del medio ambiente, en sus diversas ramificaciones. Podría afirmarse que el objetivo del constituyente de 1994, de estimular la participación popular en la justicia, ha recibido el acompañamiento y el compromiso de numerosos sectores de la sociedad. A ello se viene sumando una elogiable postura de la judicatura, en general abierta y permeable a la consideración de la novedosa conflictividad, a través de una interpretación funcional, dinámica y casi siempre valiosa que haciendo incapie en los textos constitucionales, y aún en las reglas contenidas en los pactos y convenciones internacionales, ha sabido encontrar los caminos para tutelar en concreto y de modo efectivo los derechos colectivos.

III. Perspectivas: los cambios normativos imprescindibles

Sentado todo lo anterior, nos parece que resulta apropiado a esta altura del análisis, formular algunas observaciones útiles para orientar el debate de las ideas centrales y que, al mismo tiempo, supone el intento de llamar la atención sobre la necesidad de articular, entre todos y consensuadamente, estrategias y metodologías para la configuración de una *política judicial* (comprensiva y más abarcadora que una política procesal) *para la tutela efectiva de los derechos colectivos*. Queremos significar que el debate será fructífero si se orienta principalmente hacia el análisis de los aspectos viscerales de la compleja problemática que nos ocupa y, a partir de ello, si se alcanzan a formular conclusiones abarcativas que como recomendaciones sirvan al propósito de orientar el futuro mejoramiento de los regímenes legales en vigor.

a) Una de las cuestiones de esencia que plantea la regulación de los procesos colectivos radica en cómo articularlos en armonía con la garantía de la defensa que corresponde a todos los interesados. La legitimación extraordinaria presupone que la titularidad de la acción, al radicarse en cabeza de los representantes del grupo, categoría o clase, sustituye la participación individual. La notificación de la demanda colectiva, por su parte, ofrece habitualmente dificultades poco menos que insalvables; no queda otra alternativa que recurrir a la notificación ficta que proviene de las publicaciones edictales o por otros medios masivos de comunicación. Ahora bien, la salvaguarda de la defensa proviene en los procesos colectivos de los alcances subjetivos de la cosa juzgada, que siendo acogida la demanda la sentencia produce efectos *erga omnes* mas, si fuera rechazada por falta de prueba o colusión, opera *secundum eventum litis*, por lo que deja abierta la posibilidad de su revisión en un nuevo proceso. Por otro lado, poco sentido tiene dentro de ese esquema insistir en la notificación personal individualizada que, en todo caso es propia del sistema norteamericano, especialmente en caso de derechos individuales homogéneos, para posibilitar el *opt out*, y su correlato lógico es el alcance más amplio de la cosa juzgada que, en todos los supuestos, produce efectos *erga omnes*.

De todo lo cual se concluye, en definitiva, que la opción por el sistema que se propugna abastece mejor la realidad de las acciones colectivas. De hecho, así ha funcionado en la experiencia reciente de nuestras acciones colectivas. Sin dejar de considerar las críticas que invocan la imposibilidad de aducir y defender un derecho diverso u opuesto al que motoriza la acción colectiva. En todo caso, cada miembro del grupo, categoría o clase ha tenido la posibilidad de ejercer sus derechos dentro del propio colectivo, o bien de plantear la propia acción judicial.

b) Otra cuestión central es la que se plantea a propósito de los derechos individuales homogéneos. No se trata ontológicamente de derechos colectivos pero ha de convenirse que existen razones suficientes para brindarles el mismo tratamiento, con la salvedad de las particularidades propias. Por lo demás, aún admitiendo que el concepto constitucional de "derechos de incidencia colectiva" suscita razonables dudas en cuanto a sus alcances, es lo cierto que en la praxis judicial se han admitido a trámite como procesos colectivos diversas acciones típicas de tutela de derechos individuales homogéneos. No se cuestiona la conveniencia de brindar dicho trámite por obvias razones que son las mismas que justifican los procesos colectivos. De lo

que se trata, en definitiva, es de acertar en su regulación articulando debidamente el juzgamiento del derecho colectivo como un todo y de aquellos individuales y subjetivos aunque homogéneos.

c) Igualmente crítica se presenta la cuestión de la competencia territorial y la regulación de la prevención y la litispendencia. Motivo ambas de insoportables dilaciones de los procesos, adquieren aquí relevancia decisiva, lo que exige no solo reglamentar claramente todos los supuestos previsibles por el natural entrecruzamiento de las diversas acciones, y aún la relación entre la acción colectiva y las acciones individuales.

d) Los poderes–deberes del juez se despliegan necesariamente con la mayor intensidad en los procesos colectivos, consecuencia natural del linaje privilegiado que en la preceptiva constitucional se reconoce a los derechos en cuestión y a la correlativa y apremiante exigencia de su operatividad y eficacia en concreto.

La actuación aún oficiosa de las potestades ordenatorias del trámite, comprensivas del encausamiento correcto de la acción y su eventual reconducción, por el tipo procesal más adecuado, del control de la legitimación de los postulantes, de la correcta traba de la relación procesal y la integración de la litis, todo ello en una etapa inicial, deviene presupuesto esencial y prioritario de la debida tramitación de toda la causa.

Singularmente conflictiva se presenta la actuación oficiosa del juez en la instrucción probatoria, por las ínsitas dificultades que ofrece el quehacer demostrativo en estos procesos ante la predominancia de las pruebas científicas. Claro que la estricta observancia del contradictorio ha de balancear el natural activismo que se espera de los jueces.

e) Emparentadas con semejantes atribuciones se insertan otras cuestiones no menos arduas y polémicas, como las que plantea la tutela anticipatoria —que el principio precautorio acoge con amplitud en materia ambiental y aún de consumidores—, o todavía las restricciones y atenuaciones de principios básicos como el de preclusión y de congruencia. Lo primero por la admisión que se postula de la modificación o alteración, en todo tiempo, del objeto y causa de la pretensión; lo segundo, por la regla que permite al juez en la sentencia interpretar extensivamente dichos elementos de la pretensión.

Se trata en fin, los que hemos analizado, de principios de esencia, aspectos decisivos en la regulación de las acciones colectivas. Sin restar importancia, desde luego, a las demás previsiones en buena medida complemen-

tarias aunque igualmente significativas en el armado del íntegro sistema de las acciones colectivas.

IV. Propuestas

A partir de esas premisas, concluimos poniendo a consideración el siguiente catálogo de *propuestas* concretas para orientar la futura regulación de los procesos colectivos:

1) La tutela de los derechos de incidencia colectiva se sustenta en los preceptos de la Constitución nacional —artículos 41, 42, 43 y conc.— y los pactos y convenciones internacionales; resulta comprensiva, entre otros, de los derechos de consumidores y usuarios, a un ambiente sano, a la integridad del patrimonio comunitario cultural, artístico, arquitectónico, y también, con no menos significancia, a la institucionalidad de la República, a la ética pública y a los derechos humanos en general.

2) La interpretación judicial de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos de incidencia colectiva y de las leyes reglamentarias, debe ser dinámica, funcional y valorativa, atendiendo a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice de un modo efectivo.

3) La vía del amparo colectivo sólo es admisible cuando se den las causales del artículo 43, primera parte de la CN; en los demás casos corresponde el trámite del proceso de conocimiento, en sus diversos tipos según las legislaciones.

4) Sin perjuicio del perfeccionamiento de las leyes nacionales vigentes de defensa de los consumidores y de tutela del ambiente, ha de incorporarse a los ordenamientos procesales locales un título especial regulatorio de los procesos colectivos. A esos fines, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2004 constituye una valiosa fuente para tomar en consideración, junto con la experiencia jurisprudencial acumulada.

5) La legitimación para la defensa de los derechos colectivos proviene del artículo 43 de la Constitución Nacional, precepto que debe ser interpretado de modo amplio. Resulta inconstitucional la hermenéutica que restringe infundadamente la legitimación asignada al Defensor del Pueblo de la Nación. Será requisito de la acción colectiva la adecuada representatividad del legitimado, que se verificará liminarmente como presupuesto de admisión de la demanda, y en cualquier tiempo del proceso, sin perjuicio en caso

de la asunción voluntaria de la titularidad de la acción por el Ministerio Público u otros legitimados.

6) Son principios generales de los procesos colectivos:

i) Corresponde al juez el ejercicio de amplios poderes-deberes de ordenación, impulso e instrucción de las causas. A esos efectos, deberá reconducir en su caso el tipo procesal elegido; controlar y pronunciarse liminarmente sobre la legitimación y representatividad adecuada; conceder trámite prioritario a las causas; ordenar oficiosamente las pruebas necesarias para esclarecer los hechos controvertidos, dictando todas las medidas conducentes a ese objeto.

ii) Deberá asegurarse la notificación suficiente de la demanda a todos los interesados a efectos de garantizar el derecho de defensa.

iii) La carga de la prueba incumbe a la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla, por poseer conocimientos científicos o técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad en su demostración.

iv) Son procedentes medidas preventivas o anticipatorias, a petición de parte y para anticipar total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida, cuando existe convicción suficiente acerca del derecho invocado y fundado temor de la ineficiencia o inutilidad de la sentencia definitiva.

v) En las acciones colectivas, el objeto y la causa de la pretensión serán interpretadas extensivamente. Cabe admitir su modificación en cualquier tiempo y grado de la jurisdicción, siempre que se preserve el contradictorio, la alteración sea realizada de buena fe y no represente perjuicio injustificado para la contraria.

vi) La apelación de la sentencia en el mérito tendrá efecto meramente devolutivo, salvo la atribución del juez de concederle efecto suspensivo cuando la fundamentación fuere relevante y pudiera derivarse para el recurrente perjuicios graves o de difícil reparación. La pendencia de recursos admisibles no impedirá la ejecución provisoria de la sentencia, bajo responsabilidad del ejecutante.

vii) El cumplimiento de la sentencia, cuando se trate de condena a obligaciones de hacer o no hacer, debe efectuarse de modo específico *in natura*, salvo imposibilidad en cuyo caso el juez determinará las medidas que aseguren el resultado práctico equivalente. Podrá imponer sanciones conminatorias compulsivas (*astreintes*) tendientes al cumplimiento de sus mandatos.

7) Debe regularse la competencia territorial y los supuestos de conexidad y litispendencia entre acciones colectivas y su relación con las acciones individuales, conforme al principio de prevención y para asegurar la más rápida tramitación de las causas evitando sentencias contradictorias.

8) Ha de implementarse un sistema nacional integral de registro de procesos colectivos, mediante convenios interjurisdiccionales; se registrarán las causas declaradas colectivas, las sentencias y demás actos que determine la reglamentación.

9) Ha de regularse la extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, en cuyo caso cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba. Asimismo, en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, cuando surgiere nueva prueba sobreviniente que no hubiera podido ser producida en el proceso.

10) Debe introducirse la acción colectiva para la tutela de los derechos individuales homogéneos, como conjunto de derechos subjetivos individuales provenientes de un mismo origen, cuando predominan las cuestiones comunes, y atendiendo a la representatividad del legitimado y la relevancia social de la tutela colectiva (en función del bien jurídico afectado, las características de la lesión o la cantidad de personas comprometidas). Los legitimados, incluyendo a los miembros del grupo, categoría o clase involucrados, podrán proponer en nombre propio y en el interés de todos los miembros acción colectiva de responsabilidad civil por los daños individualmente sufridos. El trámite procesal contemplará la citación y notificación, por los medios eficientes, a todos los interesados quienes podrán intervenir voluntariamente actuando de modo accesorio; el alcance de la sentencia condenatoria; los procedimientos de liquidación y ejecución de los daños globalmente causados y de los daños individuales, y demás aspectos pertinentes.

11) Se hace menester crear un fondo de derechos colectivos, previendo el régimen de su integración, gestión, administración y destino específico de sus recursos, que estarán destinados prioritariamente a la reconstitución de los bienes colectivos dañados y demás actividades que los beneficien, en especial las preventivas. Sus recursos se integran, entre otros, por los provenientes de las sentencias que condenen a reparar los daños provocados a los bienes indivisiblemente considerados.

12) Cabe regular, asimismo, las acciones colectivas pasivas interpuestas contra un grupo, categoría o clase organizada o que tenga representante adecuado, cuando el bien jurídico a tutelar sea colectivo y esté revestido de interés social; debiendo preverse especialmente el régimen de la cosa juzgada pasiva.

13) Se recomienda, finalmente, promover la formación y capacitación de abogados especializados en procesos colectivos, y, en su oportunidad, la creación de un fuero de procesos colectivos con órganos a cargo de magistrados especializados, que se desempeñarán con auxilio de gabinetes científicos y técnicos interdisciplinarios.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

RAZONAMIENTO JUDICIAL EN MATERIA PROBATORIA

Jairo Parra Quijano

Sumario: I. *Reglas de la sana crítica*. II. *Reglas de la experiencia*. III. *Conclusiones*.

I. Reglas de la sana crítica

Cuando se dice que las pruebas se apreciarán de conformidad con las reglas de la sana crítica, no se está haciendo referencia a una sujeción del juez a la ley (tarifa legal), que le establece el valor a la prueba, ni tampoco a una absoluta libertad que implicaría arbitrariedad, sino a una libertad reglada, ya que el juez debe tener en cuenta para valorar la prueba los excedentes extralegales que son: las reglas de la experiencia, las de la lógica, de la ciencia y de la técnica.

II. Reglas de la experiencia

1. *Completud del hombre*

Se ha dicho que el hombre completa su desarrollo fuera del vientre materno. "En otras palabras, el proceso por el cual se llega a ser hombre se produce en una interacción con un ambiente. *Este convencimiento cobra significado si se piensa que dicho ambiente es tanto natural como humano*". El hombre así desarrollado se familiariza con los acontecimientos naturales y aprende a interpretarlos, otro tanto ocurre con los comportamientos humanos.

El hombre llega a su completud en forma fundamental, relacionado y educado por los demás hombres. Aprende de ellos y aprende de sus comportamientos a penetrar sus intimidades. No es lo mismo que el hombre ya formado reciba la influencia de la naturaleza y del mundo de los demás, a que la reciba como parte de su formación. Sin entrar a profundizar, si intuir proviene en parte del paquete genético, lo cierto es que esa capacidad en el comportamiento humano, se aprende del mundo de los demás hombres.[1]

[1] Berger, Peter y Luckmann, Thomas, *La construcción social de la realidad,* Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1993, p. 67.

2. *El mundo del hombre*

El hombre se ha creado un "mundo" aparte y especial del resto de los animales. Este "mundo especial" que lo ayuda a formar y que lo moldea en cierta forma, le permite acostumbrarse a conocer a los demás hombres y, como ya se dijo, detectar inclusive sus subjetividades a partir de objetos y circunstancias que las "delatan".[2]

Todas las creaciones del hombre, es decir realizadas por él, permiten una interpretación más o menos uniforme por varios, que genera el sentido común.

El mundo del hombre (de la vida), es intersubjetivo desde el comienzo.[3]

3. *La memoria*

La percepción "captura hechos" que la memoria retiene y conserva.

Esta conservación le permite acumular experiencias y utilizarlas en las nuevas situaciones, para evitar el peligro y sobre todo, para poder vivir en sociedad. Esto implica apreciar la memoria en todas sus funciones: retención, recuerdo y el reconocimiento.

La utilización de esas experiencias a nuevas situaciones, supone la participación de la imaginación. La imaginación extiende el saber establecido en forma de hipótesis a campos no conocidos aún.[4]

[2] La expresividad humana es capaz de objetivarse, o sea, se manifiesta en productos de la actividad humana, que están al alcance de sus productores como de otros hombres, por elementos de un mundo común. Dichas observaciones sirven como índices más o menos duraderos de los procesos sujetivos de quienes los producen, lo que permite que su disponibilidad se extienda más allá de la situación "cara a cara", en la que pueden aprenderse directamente. Por ejemplo, la actitud subjetiva de la ira se expresa directamente en la situación "cara a cara", mediante una variedad de índices corporales: el aspecto facial, la posición general del cuerpo, ciertos movimientos específicos de brazos y pies". Estos índices son continuamente accesibles en la situación "cara a cara", que precisamente por eso constituyen la situación óptima para darme acceso a la subjetividad ajena. Estos mismos índices no tienen posibilidades de sobrevivir más allá del presente vívido que ofrece la situación "cara a cara". Por otra parte, la ira puede objetivarse empuñando un arma.

"La realidad de la vida cotidiana no solo está llena de objetivaciones, sino que es posible por ellas".

"Estoy rodeado todo el tiempo de objetos que "proclaman" las intenciones subjetivas de mis semejantes".

Cita de Berger, Peter y Luckman, Tomás, *La construcción…, cit*., p. 53.

[3] Schutz, Alfred y Luckmann, *Las estructuras del mundo de la vida*, Amorrortu Editores, 2003, p. 75.

[4] La imaginación en Kant es definida en forma amplia y precisa. Es necesaria para la conceptualización; es necesaria para pasar de la conceptualización puramente formal a la intui-

4. *Reglas de la experiencia*

El acierto de aislar para poder asir las reglas de la experiencia en el proceso se debe a Friedrich Stein, en su libro *El conocimiento privado del juez* y sobre todo a las llamadas reglas de la experiencia o máximas de experiencia.

Stein las precisa así: "Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos".[5]

La definición es correcta, sólo que obedece a la tendencia de estrechar el trabajo probatorio al silogismo de la lógica formal, donde necesariamente debe haber una premisa mayor,[6] por tanto, no se trata casi nunca de máximas de experiencia que se tomarían como tal premisa y, por otro lado, el juez no hace silogismos para la valoración de la prueba, sino que el método es el inductivo, como lo demostraremos adelante. En otras palabras, casi nunca hay máximas de la experiencia, y por los menos, en la etapa de descubrimiento asignada a la prueba, el juez no razona haciendo silogismos y utilizando como premisa mayor una máxima de la experiencia, que hemos logrado a través del método inductivo y que mantenemos congelada e inmutable, no, de ninguna manera, el razonamiento del juez es riquísimo y variado.

5. *Fuente de las reglas de la experiencia*

Para que sea lo más comprensible posible, quizá, nos preguntaremos dónde se encuentran esas reglas de la experiencia. Ya nos hemos referido al mundo del hombre y a su formación; por ello podemos afirmar que esas reglas se encuentran en lo que llamamos sentido común.

ción del concepto y su vinculación a determinados objetos que pertenecen a ese concepto. Su definición es importantísima porque en Kant por primera vez la imaginación no es "la loca del paseo" (véase Zuleta, Estanislao, *Arte y filosofía*, Hombre Nuevo Editores, 2004, p. 94).

[5] Stein, Friedrich, *El conocimiento privado del juez,* Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973, p. 30.

[6] Dice Stein lo siguiente: "La exposición mundial de Chicago que atrae millones de visitantes, la conversación susurrante de dos caminantes en una senda solitaria, la erupción de un volcán, los estragos de una epidemia o el desgarrón en el uniforme de trabajo de un sencillo obrero: todos estos hechos pueden comparecer ante el juez en la Sala de un Tribunal para ser subsumidos por él como premisas menores de los supuestos de hecho determinados por el ordenamiento jurídico. Con ello surge también la necesidad de subsumirlos en las premisas mayores fácticas, en las máximas de la experiencia, al tiempo que se advierte que

6. *El hombre encuentra en todo momento disponible el sentido común para extraer reglas de la experiencia*

El hombre tiene el sentido común a mano, es decir "un acervo de conocimientos al que recurre como esquema para interpretar sus experiencias pasadas y presentes y que también determina su anticipación de cosas futuras".[7]

7. *Contenido del sentido común*

Es muy difícil por no decir imposible, determinar en forma precisa qué integra el sentido común, pero se puede hacer una aproximación y sería atendible lo sostenido por Alfred Schutz,[8] en cuanto a su integración:

- Existe un núcleo relativamente pequeño de conocimiento que es claro, nítido y coherente en sí mismo.
- Rodean a este núcleo zonas de diversos grados de vaguedad, oscuridad y ambigüedad.
- Siguen otras zonas de cosas que se presuponen, creencias ciegas, meras suposiciones, puras conjeturas, zonas donde bastará simplemente confiar.
- Hay por último, regiones que ignoramos por completo.

8. *El hombre está inmerso en el sentido común*

Al poseer el hombre como patrimonio el sentido común y pensar de conformidad con él, se podría decir que el hombre alerta lo utiliza pero no lo reflexiona, sólo cuando hay un interés práctico o teórico, tenemos necesidad de determinar la estructuración del acervo de conocimiento en un ahora particular. Dice Schutz[9]

> una respuesta preliminar es que el sistema de nuestro interés práctico o teórico en este momento específico es el que determina no sólo qué es lo problemático y qué puede permanecer indiscutido, sino también qué se debe conocer y con qué grado de claridad y precisión, para resolver el problema planteado. En otras palabras, el problema particular que nos ocupa es el que subdivide nuestro acervo de conocimiento a mano en capas de diferente sig-

éstas últimas pueden pertenecer a cualquier ámbito imaginable de la vida de la naturaleza y del hombre". *Op. cit.*, p. 24.

[7] Schutz, Alfred, *Escritos II*, Buenos Aires, Amorrortu, 2003, pp. 260-269.

[8] *Ibidem*, p. 260.

[9] *Op. cit.*, p. 260.

nificatividad para su solución, estableciendo así los límites de las diversas zonas de nuestro conocimiento que acabamos de mencionar: Zonas nítidas y vagas, claras y oscuras, precisas y ambiguas.

9. *El sentido común o acervo de conocimientos está en flujo continuo*

El acervo de conocimientos o sentido común cambia y dice Alfred Schutz:[10] "... se debe destacar que el acervo de conocimiento está en flujo continuo, cambia no solo en sus alcances, sino también en su estructura, desde un ahora cualquiera hasta el siguiente. Es evidente que toda experiencia lo amplía y enriquece. Refiriéndonos al acervo de conocimiento a mano en este ahora determinado, comprobamos que la experiencia que emerge en el momento es una experiencia "familiar" si mediante una "síntesis de reconocimiento" se la relaciona con una experiencia anterior como "igual", "semejante", "similar" "análoga", etcétera. La experiencia emergente, por ejemplo puede ser concebida como algo igual a lo preexperimentado "que reaparece" o como algo igual a lo preexperimentado "pero modificado" o como de tipo similar a algo preexperimentado, etcétera. Si la experiencia emergente no puede ser referida a experiencias previas, al menos en cuanto a su tipo, se le considera "extraña". En ambos casos, es el conocimiento a mano lo que sirve como esquema para interpretar la experiencia emergente". Esta referencia a actos ya experimentados presupone la memoria con todas sus funciones, tales como la retención, el recuerdo y el reconocimiento.

10. *Sentido común suministra las reglas de la experiencia*

De lo dicho anteriormente, concluimos que el mundo del sentido común no es homogéneo, ni ordenado y mucho menos claro, pero de ahí hay que sacar las reglas de la experiencia, lo cual supone un trabajo lógico serio y ponderado del intérprete, como quedó dicho en el número 6 inmediatamente anterior. Ahí es que el juez como hombre medio, debe conseguir la regla de la experiencia y plasmarla en la decisión que toma.

11. *En concreto ¿cómo se captura la regla de la experiencia?*

Corriendo el riesgo de ser calificado de casuista, utilizaré un ejemplo que me permite explicar cómo se hace tal "captura".[11]

[10] *Op. cit.*, p. 261.

[11] Sentencia Corte Suprema de Justicia. Proceso 26128. M. P. Jorge Luis Quintero Milanés. Sentencia del once de abril de dos mil siete (2007). "K, es condenado a 10 años y 8 meses de prisión por el delito de acceso carnal violento.

Como el sentido común, ese acervo o depósito en el cual vivimos y del cual nos valemos no se presenta ordenado y listo como un paquete que sólo es abrir y aplicar su contenido, sino que debemos dentro de él extraer/decantar/exprimir la regla y en ese proceso ya debe haber racionalización, el itinerario podría ser:

i) Aceptemos que en el sentido común, sin reflexionarlo, sin cuestionarlo, tenemos depositada la siguiente experiencia: *las relaciones sexuales no consentidas dejan huellas materiales en la víctima*.

ii) Pero si tengo que aplicarla a un caso, la cuestiono y tengo que reflexionar, sobre si es posible que se hayan dado relaciones sexuales no consentidas sin que existan golpes o rupturas de la ropa.

iii) Puede suceder que haya una experiencia concreta que me haga cuestionar esa experiencia que tenía depositada en mi memoria. K es muy musculado y grande, al paso que la víctima es delgada y pequeña, y fue abordada de sorpresa (esta es una realidad).

Cuestión problemática: I. Se dice, el testimonio de la víctima no fue correctamente apreciado en cuanto a que la menor no presenta lesiones en su cuerpo y en la región extragenital, puesto que las reglas de la experiencia enseñan que si una persona no presenta "vestigios o huellas en su humanidad, amerite o no incapacidad, es porque quien así testifique, por ilógica y contradictoria con las reglas de la experiencia, miente en ese apartado de su testimonio", esto es, que no fue objeto de agresiones; que las relaciones sexuales no consentidas dejan huella en la víctima y que no es posible que el agresor con una sola mano hubiese controlado " a su víctima y a la par cristalice su empeño".

2. El caso en concreto: El médico legista aseguró en su testimonio que al examinar a la joven no encontró lesiones en áreas por fuera de los genitales. Indicó que sólo observó las señales propias en una mujer de su primer acceso carnal; pero también fue claro cuando expuso que de la ausencia de esos daños en el cuerpo no se puede inferir la ocurrencia o inexistencia de violencia.

En este caso particular, la fuerza física si fue utilizada para violentar la voluntad de la menor. La atacada es una adolescente de 15 años, de 1,59 metros de estatura (según el dictamen médico legal aportado al juicio y admitido como prueba) sorprendida por un hombre de superior estatura (como se evidencia al observar los videos de las audiencias), de 38 años de edad y de contextura atlética, dedicado a la actividad física, por razón de su oficio (trabaja en un gimnasio y es entrenador). La superioridad del agresor es evidente; sus características, enfrentadas a las de la joven, le permitieron dominarla.

"La afectada en su declaración también explicó satisfactoriamente que no podía defenderse, porque la sorprendió, porque su reacción fue llorar, porque el tenía más fuerza que ella y era muy pesado. Así la pudo inmovilizar rápidamente y, en poco tiempo lograr su cometido. En esas condiciones K no necesitó lastimar más a la víctima. Le bastó con imponer su fortaleza física, sin tener que golpearla, para dominarla. Por ello, para la Sala si es posible, en este caso, que él prevalido de su superioridad corporal y aprovechando el estado de conmoción que sufrió la agredida, la haya sometido con una sola de sus manos, mientras que con la otra lograba bajar sus prendas y facilitar el acceso carnal".

Debo entonces escudriñar los hechos concretos, con mucha precisión, como si estuviera estudiando piezas preciosas, para poder decidir si la versión que suministró la víctima es atendible.

12. *Construcción del razonamiento del juez*

i) El juez debe escrutar los hechos, con mucho cuidado.
ii) Debe ensamblarlos en el campo de la imaginación.
iii) Teniéndolos retenidos en la memoria e imaginando, debe juzgarlos utilizando como material para ello, las reglas de la experiencia, de la lógica, la ciencia y la técnica.

Observemos el desarrollo de lo anterior utilizando un ejemplo.[12]

Hechos: C, formula denuncia contra P, en la que relata que su hija V de 7 años edad tuvo una pataleta y no quería hacerle caso, por lo que discutieron y su padrastro P le dio una palmada en la "*cola"*, por lo que la niña entró en cólera y le dijo: "no me pegue... ahora sí le voy a contar a mi mamá lo que usted me hace", la señora inmediatamente se dirigió hacia la niña y le dijo: "¿qué pasa V?" y le vio en su rostro rabia cuando miraba al denunciado y gritaba: ahora sí le voy a contar todo todo, él mientras tanto decía no V..., no V, como con cara de asombro, entonces ella se fue con V... hablar y la niña dijo que P le había tapado los ojos para jugar a la gallinita ciega, luego le hacia abrir al boca, le metía y le sacaba algo por la boca, que era una cosa blandita al principio y luego dura, que ella le preguntó que qué era y él le dijo que era un bombom bum, pero que a ella[13] le sabía y le olía a feo y le daban ganas de vomitar, porque se lo metía hasta la garganta y que luego con la mano le tocaba el estómago y la vagina y que le metía y le sacaba algo por acá, señalando la vagina, que eso pasó muchas veces y que le había dicho que no le contara nada a la mamá porque la regañaba. Agrega la denunciante que una vez que la niña le contó la mandó a la tienda y le hizo el reclamo a P quien negó todo, pero que cuando la niña llegó los colocó frente a frente y le dijo a la niña que si eso era verdad, que por Jesusito le dijera y ella dijo que era verdad.

[12] Asimilo la crítica que se puede hacer: es casuística, pero estoy convencido que la enseñanza del derecho probatorio, no puede limitarse a informar, esa limitación causa mucho daño. Además de informar hay que enseñar no propiamente a razonar, pero si dar unas pautas para que el estudiante o el lector se atreva a razonar. Sin ese atrevimiento la lectura será pasiva. Leer es trabajar, leer es discutir con el libro, leer debe ser una empresa que debe producir frutos.

[13] Además existe prueba pericial que corrobora tal conclusión.

El funcionario los debe dramatizar (los hechos), en el campo de la imaginación pero utilizando las reglas de la experiencia: ¿será cierto lo que dice la niña?, ¿lo pudo haber aprendido en un programa de televisión?, ¿pudo haber sido sugerido por una entrevista mal realizada? Y ahora viene la crítica (razonando), la niña si tuvo la experiencia, el relato de unos hechos como los que son objeto de juzgamiento, por parte de una menor de 7 años de edad, sólo es posible si los ha percibido directamente, dada la descripción acerca de la textura, el olor y el sabor del objeto que dijo había sido introducido en su boca por parte del procesado.[14]

En últimas, el procesado P, fue condenado.

Retengamos ahora, cómo funcionan las reglas de la lógica:

Hechos. Se elabora una versión sobre los hechos en la siguiente forma: el chofer del furgón, en una instancia de negligencia o culpa imperdonable, muy seguramente porque por haber salido a la una de la mañana de la ciudad de Cali, se quedó momentáneamente dormido, se pasó al carril por donde venía el taxi, lo golpeó y luego siguió andando por encima de él, aplastándolo tal como lo hizo y cuando se dio cuenta, giró para bajar del otro vehículo y éste por ley de inercia quedó en el sitio donde muestran las fotos.

Al observar las fotografías aparece: "La parte blanda del techo del automóvil, la capota, está deformada hacia arriba, es decir, a manera de cuenco con la boca hacia abajo".

De conformidad con las reglas de la lógica, no puede ser que el furgón haya pasado por encima del automóvil y la capota tenga la abollonadura hacia arriba, esto es propio de un choque frontal y no de un aplastamiento.

Las reglas de la experiencia y las reglas de la lógica permiten afirmar, que la interpretación que se hizo de cómo ocurrió el choque es contraria a las reglas de la lógica, va en contra del principio de contradicción.[15]

13. *La lógica formal y la lógica dialéctica*

Hemos dicho con anterioridad, que en realidad el intento de Friedrich Stein, de construir máximas de la experiencia, sólo sería posible en casos muy limitados, pero donde indudablemente se equivocó, fue al tratar de sostener que el trabajo probatorio se puede hacer mediante silogismos y mucho menos cuando se trata de valorar la prueba.

[14] He utilizado en parte la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de 29 de febrero de 2008. M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

[15] He tomado en parte la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil del 23 de junio de 2005. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

La lógica lo mismo que cualquier otra ciencia, puede hacer abstracciones para profundizar sobre algún aspecto. Esto es lo que ocurre con la lógica formal, estudia las modalidades del pensamiento correcto, pero hace abstracción de su desarrollo y sus transformaciones.[16] El pensamiento se toma como congelado, estratificado, en cambio la lógica dialéctica se caracteriza por considerar el pensamiento en un desenvolvimiento continuo de lo desconocido a lo conocido, de lo elemental a lo complejo, de lo inferior a lo superior, de lucha constante entre contradicciones y de unificación de opuestos.[17] Esta es la lógica que el juez emplea en la valoración de la prueba, si no tiene la ciencia y la técnica a su alcance, pero aún teniéndolas, tiene que empezar por darle cuerpo a lo que utilizará para esa valoración lográndola del sentido común, a diseñar hipótesis y analizar y valorar las pruebas para observar si resulta o no corroborada y así sucesivamente, es un trabajo arduo y dificultoso que no cabe dentro del esquema del silogismo.[18] El juez tiene que hacer inferencias.

[16] De Gortari, Elí, *op. cit.*, p. 26.

[17] *Ibidem*, p. 31.

[18] En primer lugar, el juzgador de segundo grado consideró, de acuerdo con el dictamen médico forense, que en la parte genital de la menor hay "señales propias de una mujer que indica que tuvo su primer acceso". Así mismo resaltó del *ad quem* la conclusión de aquél perito cuando dijo que "de la ausencia de esos daños en el cuerpo no se puede inferir la ocurrencia o inexistencia de violencia".

Así mismo, el Tribunal analizó todas las circunstancias del acontecer fáctico y el dicho de la víctima para seguidamente concluir que dada la contextura física del atacante y su condición atlética, sin duda éste utilizó la fuerza física para doblegar a la menor, puesto que "la superioridad del agresor es evidente; sus características enfrentadas a las de la joven le permitieron dominarla".

Además, advirtió que de acuerdo con las anteriores características el acusado no necesitó lastimar "más a su víctima". Le bastó con imponer su fortaleza física sin tener que golpearla para dominarla. *Por ello, para la Sala sí es posible, en este caso, que él, prevalecido de su superioridad corporal y aprovechando el estado de conmoción que sufrió la agredida, la haya sometido con una sola de sus manos, mientras con la otra mano lograba bajar sus prendas y facilitar el acceso carnal*".

Finalmente, acotó que la reacción frente a un hecho imprevisto el ser humano reacciona de distintas maneras; por ejemplo, "muchas ocasiones una persona calmada se torna violenta frente a una agresión, mientras que alguien que presume de ser valiente actúa temerosamente ante un repentino suceso. No puede exigirse de otros la reacción que el intérprete considera que debió asumir".

Por consiguiente, manifestó que "la situación de choque no le permitió a la joven pedir auxilio. No pudo actuar de esa manera; sólo alcanzó a balbucear lo que ella ha calificado como un grito. Esto no es ilógico, no contraria lo que se observa en la vida diaria, ni lo que se refleja en los expedientes judiciales".

Así, entonces, la Sala advierte con claridad que las anteriores consideraciones no son fruto del capricho del funcionario judicial sino que fueron objeto de un estudio individual

> El razonamiento es uno de los procesos cognitivos básicos por medio del cual utilizamos y aplicamos nuestro conocimiento. Sin la posibilidad de hacer inferencias, el sistema de procesamiento humano se vería obligado a depender de un conocimiento específico y puntual para cada una de las situaciones en las que se encuentra (casi como una especie de lista telefónica).

En líneas generales, podríamos decir que el razonamiento permite ”pasar de una información a otra” dado que a partir del conocimiento sobre uno o más enunciados que se encuentran relacionados podemos derivar otro enunciado o alcanzar una conclusión”.[19] Esto también lo tiene que hacer el juez.

14. *Hipótesis sobre los hechos*

El hombre sobre un suceso (en sentido general), tiene una hipótesis o varias (nunca está en blanco), en razón que el sentido común no es un abrigo que se puede quitar, sino que hace parte de la persona. El hombre-juez puede tener una o varias hipótesis —por las experiencias anteriores (sentido común)— para obtener consecuencias por medio de los medios probatorios aplicándole reglas de la experiencia.

> Los nuevos conocimientos adquiridos y las hipótesis se encuentran conectadas por una relación de condicionante a condicionado en sentido recíproco; pues tanto resulta condicionada la consecuencia por la hipótesis, como ésta es determinada, a su vez por la consecuencia, dando lugar entonces a una hipótesis más precisa y desde un punto de vista más elevado.[20]

Cuando se descubre con base en las pruebas (experimentalmente) un nuevo hecho, o cuando se llega racionalmente a una conclusión nueva, que presenta divergencias insalvables con respecto a la explicación estableci-

del testimonio de la menor que, confrontado con las demás probanzas, llevó al Tribunal a colegir que no se trató de una relación sexual consentida, por el contrario violenta. O como en sus propias palabras lo dice: “No puede pasarse por alto que se trata de una menor que no se había sometido aún a su primera relación sexual con acceso carnal; que fue ultrajada; que sintió temor normal de contar su intimidad; que, como lo expresó, se sintió confundida pensando en la reacción de su padre. Por ello, ella misma explicó después de un rato a un amigo, quien la llevó a su casa, de donde le avisaron a su señora madre. Horas después esa misma tarde, denunciaron lo ocurrido”. La anterior transcripción muestra lo complejo del trabajo del juez y el uso de las reglas de la experiencia.

[19] González Labra, María José, *Introducción a la psicología del pensamiento,* Trotta,1998, p. 83.

[20] De Gortari, Elí, *Introducción a la lógica dialéctica*. *Tratados y manuales,* México, Barcelona, Buenos Aires. 1973.

da anteriormente, entonces es necesario formular una nueva hipótesis que comprenda las nuevas condiciones y que explique unitariamente a éstas y a las anteriores.

Puede que al principio se presente este problema, pero en un momento dado con medios probatorios que se continúan razonando, tales hipótesis se depuran, abandonándose en parte y corrigiéndose hasta que finalmente hay una que resulta robustecida racionalmente y es la que me permite decidir.[21]

15. *Necesidad del empleo de las reglas de la experiencia en la valoración de la prueba*

a) Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala Penal):

> El juez tiene cierto grado de libertad o discrecionalidad frente al conjunto de pruebas para arribar a un estado de conocimiento acerca de los sucesos y de la responsabilidad penal, estado que puede ser de certeza o de duda según las circunstancias específicas de cada evento concreto.
>
> Ese margen para la movilidad intelectual en la asignación del mérito a las pruebas encuentra límite en los postulados de las ciencias, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia o sentido común.
>
> Ahora bien, si la pretensión consiste en demostrar que el juez de segunda instancia quebrantó definitivamente los postulados de la sana crítica y produjo una decisión a todas luces desfasada y por ello arbitraria, el camino a seguir en búsqueda de la casación es el error por falso raciocinio que tiene su propia técnica, especialmente en cuanto exige al demandante:
>
> a) Señalar cuál postulado científico, o cuál principio de la lógica, o cuál máxima de la experiencia fue desconocida por el fallador.
>
> b) Indicar entonces cuál ha debido ser el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada o la máxima de la experiencia que debió tenerse en cuenta para esclarecer el asunto debatido y finalmente,

[21] En el ejemplo que hemos mencionado, tengo dos hipótesis: Una accedió voluntariamente a la relación sexual, otra fue accedida contra su voluntad. Me inclino por la que accedió voluntariamente, no tiene moretones, no hay ruptura de la ropa. El dictamen pericial dice: No se encuentran lesiones por fuera del área de los genitales, indicó que sólo observó señales propias en una mujer de su primer acceso carnal; pero también fue claro cuando expuso que de la ausencia de esos daños en el cuerpo, no se puede inferir la ocurrencia o inexistencia de violencia, aquí empieza a tomar cuerpo racional con base en pruebas, que es posible que haya sido contra su voluntad; con las pruebas aparece demostrada la diferencia de estatura y de volumen del agresor, sigue aumentando la fuerza racional de la segunda hipótesis, aparece de la versión de la víctima (que cogida de sorpresa), que su reacción fue llorar. Mi racionalidad es llevada a concluir que fue contra su voluntad.

> c) Demostrar la trascendencia de ese error de modo que si no se hubiera incurrido en él, la decisión del juez hubiera sido radicalmente distinta.El yerro demostrado en la forma antes señalada, en operación de causa a efecto, debe enlazarse con la violación indirecta de determinada ley sustancial por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, todo en procura de verificar que el fallo impugnado es manifiestamente contrario a derecho.[22]

b) El artículo 192 del Código de Procedimiento Penal Italiano, regla:

"El juez valorará la prueba dando cuenta, en la parte motiva, de los resultados obtenidos y criterios adoptados".[23]

No se podría decir sino leyendo muy descuidadamente, que en esa norma no se establecen límites como dar cuenta de los resultados obtenidos y criterios adoptados. Eso significa que es con control y por ello la doctrina ha dicho:

> Dentro del tema de la valoración de las pruebas, el artículo 192 inc. 1 de ninguna manera borró del ordenamiento el principio del libre convencimiento del juez, que sigue siendo aún el pilar al cual debe referirse el proceso valorativo de los datos probatorios. En efecto, dicha norma resalta la atribución exclusiva al juez de mérito de poder de valorar la prueba y la obligación de hacer explícita, de la manera más rigurosa y completa, la motivación que está en la base de la decisión adoptada, anclando así, el principio del libre convencimiento a la necesidad de indicar específicamente los resultados adquiridos y los criterios adoptados, con el fin de evitar que dicho principio se utilice de manera arbitraria. En materia de valoración de la prueba, el juez debe ante todo interpretar los hechos, dándoles explicaciones no abstractas, sino adecuadas a la realidad histórica...

También se afirma:

> Sobre la valoración de la prueba, la diferencia entre reglas de la experiencia y mera conjetura reside en el hecho de que en el primer caso el dato ya se sometió, o de todas maneras se somete a la verificación empírica y por ello la regla puede formularse sobre la base del *id quod plerunque occidit*, mientras que en el segundo caso, esta verificación no se ha hecho ni puede hacerse, y ella se confía a un nuevo cálculo de posibilidades, así que la regla no es sus-

[22] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal, Mag. Pon. Dr. Edgar Lombana Trujillo, 31 de mayo de 2001. Publicada en Editora Jurídica Colombiana Ltda., primer semestre de 2001, p. 220.

[23] Valutazzioni Della prova 1. II Giudice valuta la prova dando conto nella motivazioni dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.

ceptible de verificación empírica y por ende de demostración. Por lo tanto, dado que el juicio que se formula como conclusión del proceso penal nunca puede ser un juicio de probabilidad sino de certeza, incluso las reglas de la experiencia pueden encontrar cabida en la concatenación lógica de varios silogismos en los cuales se sustancia la motivación, pero ciertamente no las meras conjeturas.[24]

c) En materia civil, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho:

No debe olvidarse que el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil le impone al sentenciador el deber de exponer: "siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba", exigencia que se erige en la columna medular del llamado sistema de la sana crítica "para la valoración de la prueba, método que, contrariamente a lo que acontece con el de la tarifa legal" se funda en la libertad y autonomía del juzgador para ponderar las pruebas y obtener su propio convencimiento, aquilatadas a través del sentido común y la lógica y claro está, de la mano de las reglas de la experiencia, que son: "aquellos juicios hipotéticos de carácter general, formulados a partir del acontecer humano, que le permiten al juez determinar los alcances y la eficacia de las pruebas aportadas al proceso.

Es decir, aquellas máximas nacidas de la observación de la realidad, que atañen al ser humano y que sirven de herramienta para valorar el material probatorio de todo juicio.

Así las cosas, si es menester reconocer, como al unísono lo hacen doctrina y jurisprudencia que el aludido sistema de valoración de la prueba en la libertad del juez para razonar sobre ella, liberado de las ataduras que la tarifa legal impone, debe, igualmente, colegirse que goza de autonomía o, mejor, soberanía en el ejercicio de tal labor sin que le sea dado a la Corte como Tribunal de Casación imponer límites a esa facultad legal que el estatuto procedimental repudia, se vería sustituida por una tarifa de carácter jurisprudencial.

Como la soberanía del juzgador de instancia en el punto no puede desbocarse hacia la arbitrariedad, cabalmente, porque su ponderación debe ser razonada, es decir, fundada en el sentido común y las máximas de la experiencia, la labor del recurrente en casación sobre el punto cuando trata de cuestionar la crítica que de la prueba hizo el tribunal, pues suele acontecer que éste la hubiese percibido en su realidad objetiva, sólo que al razonar sobre ella, o sea, al pasarlo por el tamiz que el sentido común y las reglas del saber empírico conforman, le reste credibilidad, de modo que sería vana una confrontación entre lo que el medio dice con lo que el tribunal afirmó de él, desde luego que en el evento ambos coincidirían. Por el contrario, debe

[24] Giovanni Conso y Vitorio Grevi, *Comentario breve al nuevo codice di procedura penale*, Cedam, Casa editrice dott, Antonio Milan, 1994, p. 234.

circunscribirse a demostrar que el fallador desligado de toda lógica y sensatez, valoró antojadiza o inicuamente la prueba, o que la supuesta regla de la experiencia de que se vale raya con lo absurdo, o porque se equivoca manifiestamente al creer ver en el proceso la hipótesis de aquella regla, sin que ella en verdad exista". (Casación del 24 de marzo de 1998), y, cabalmente a este ejercicio renunció el recurrente para dedicarse a formular su propia apreciación de la prueba.[25]

III. Conclusiones

1) La utilización de las reglas de la experiencia extraídas del sentido común es inevitable a pesar de todos los riesgos que se corren con tal utilización.

2) Siendo el mundo del hombre intersubjetivo, eso en cierta forma garantiza la buena escogencia de la regla de la experiencia que se ha de aplicar.

3) Comparto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal de Colombia, que llama falso raciocinio a la mala aplicación que hace el juez de una regla de la experiencia, de la lógica, de la ciencia o de la técnica, para valorar una prueba porque en realidad la adecuación de la regla al caso supone no solamente extraerla del sentido común (en el caso de las reglas de la experiencia común), sino razonarla y estrecharla para aplicarla al caso concreto.

4) La manera de controlar la aplicación de la regla de la experiencia a la valoración de la prueba es consagrando los recursos ordinarios que permiten enjuiciarla y en algunos casos de casación por la vía indirecta por el error de hecho que se podría llamar de falso raciocinio.

5) Se requiere que los jueces formados en el sentido común e intérpretes de él, sean muy cuidadosos para "elaborar" la regla de la experiencia y explicitarla para que el justiciable pueda enjuiciarla.

6) Si se prefiere no utilizar la denominación de "falso raciocinio", bastaría simplemente con decir que se trata de un error de hecho en la aplicación de la regla de la experiencia y se podrían utilizar los recursos en la forma que se indicó con anterioridad.

[25] Sentencia de la Corte Suprema de Justica, Sala de Casación Civil, del 3 de diciembre de 1998. Magistrado ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL: LUCES Y SOMBRAS

Miguel Carbonell

Sumario: I. *Introducción*. II. *Proceso acusatorio y proceso inquisitivo*. III. *Principios del nuevo proceso penal mexicano*. IV. *Principio de exclusión de prueba ilícitamente obtenida*. V. *Presunción de inocencia*.

I. Introducción

La reforma constitucional en materia penal publicada el 18 de junio de 2008 nos suministra la base para realizar una profunda transformación del sistema penal mexicano. Sus disposiciones tocan varios de los ámbitos sustantivos de dicho sistema, dado que abarcan temas como la seguridad pública (cuerpos policiacos y prevención del delito), la procuración de justicia (el trabajo del Ministerio Público, el monopolio de la acción penal que desaparece al menos en parte), la administración de justicia (a través de la incorporación de elementos del debido proceso legal y de los llamados juicios orales) y la ejecución de las penas privativas de la libertad.

Se trata de una de las reformas más importantes de los últimos años; a partir de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* abre una serie de perspectivas y retos que habrá que calibrar con detenimiento, si queremos que no se quede como puro papel mojado, tal como ha sucedido con otras reformas constitucionales recientes.

Aunque se ha debatido con intensidad acerca de su contenido y sobre las ventajas y riesgos que ofrece, lo cierto es que casi todos los que la han comentado reconocen que se trata de una reforma que no solamente era necesaria, sino también urgente.

El procedimiento penal mexicano está en completa bancarrota: es muy caro y no satisface ni garantiza los derechos de las víctimas, de los procesa-

dos y de los agentes de la autoridad que intervienen en su desarrollo.[1] Las diferentes etapas que integran el proceso penal, las cuales abarcan desde la prevención de los delitos a cargo de las policías locales principalmente, pasando por la integración de las averiguaciones previas que realizan los ministerios públicos, el desarrollo de la etapa de juicio que corresponde a los jueces penales, y la ejecución de las sentencias privativas de libertad que se lleva a cabo en las cárceles y reclusorios de la República, presentan enormes problemas y, en términos generales, están marcadas por una notable ineficacia: la policía no previene los delitos, los ministerios públicos no saben investigar y en consecuencia integran muy mal las averiguaciones previas, los jueces son indolentes y casi nunca están presentes en las audiencias, y en los reclusorios lo menos que se hace es atender el mandato constitucional que ordena que se logre la "reinserción social" de los sentenciados.[2]

En ese contexto, consideramos que la reforma penal se presentaba como una necesidad urgente y su atención por parte de los legisladores está más que justificada. Otra cosa es que el contenido de la reforma haya dejado descontentos a muchos, debido al intento de conciliar los intereses del gobierno para contar con mayores elementos jurídicos en su lucha contra la criminalidad organizada, por un lado, y los propósitos de la sociedad civil por modernizar nuestro sistema penal y hacerlo compatible con las mejores prácticas internacionales, por el otro. No son dos propósitos que puedan convivir pacíficamente, pero los legisladores se las ingeniaron para meterlos juntos en la reforma.

En las páginas que siguen intentaremos ofrecer un esbozo general del nuevo procedimiento penal, tomando como base el contenido del artículo 20 de la carta magna, el cual fue objeto de una revisión completa. De hecho,

[1] Los datos estadísticos que avalan esta afirmación pueden verse en Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 4a. ed., México, Porrúa, Renace, UNAM, 2009, capítulo I.

[2] Como es obvio, el problema no es exclusivo de México. A finales de marzo de 2009 el influyente periódico *The New York Times* dedicaba uno de sus editoriales a pedir apoyo para una iniciativa legislativa que proponía crear una comisión encargada de revisar en profundidad el fracaso monumental del sistema penal en los Estados Unidos ("Reviewing criminal justice", *The New York Times*, 30 de marzo de 2009, en *http://www.nytimes.com/2009/03/30/opinion/30mon1.html?_r=1*). El periódico citaba, entre otros datos espeluznantes, el siguiente: mientras que el gasto en prisiones había crecido un 127% en las dos últimas décadas, el gasto en educación lo había hecho en un modesto 21%; es decir, el gasto en prisiones había crecido seis veces más que el gasto educativo. Se trata de un dato que dibuja de cuerpo entero las prioridades de una sociedad y de unos gobiernos que han llevado a que uno de cada 100 habitantes del país se encuentre encarcelado, cifra sin paralelo en ningún otro país del mundo.

podemos afirmar que, a partir de la reforma, se trata de un artículo completamente nuevo, pese a que mantiene una parte de su contenido anterior.

Sería muy complejo e incluso prolijo analizar todos y cada uno de los aspectos relevantes del artículo 20, por lo que nos limitaremos a señalar algunos aspectos que consideramos de la mayor importancia para el correcto funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal en México. Nos referimos a: *a*) la caracterización del proceso penal como un proceso acusatorio; *b*) los principios del juicio penal, enunciados en el primer párrafo del citado artículo; *c*) la constitucionalización de la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida, y *d*) la constitucionalización del principio de presunción de inocencia.

Antes de abocarnos al análisis de dicho precepto, quizá sea oportuno presentar en este momento unas reflexiones necesariamente breves sobre el significado general que entendemos debe tener el procedimiento penal desde una perspectiva garantista. Para ello, nos basaremos principalmente en la inmensa aportación de Luigi Ferrajoli, autor que también nos será de gran utilidad para explicar el contenido del modelo procesal acusatorio.

Cualquier análisis garantista de nuestros ordenamientos jurídicos no debería dejar de preguntarse una y otra vez cuándo y cómo se deben llevar a cabo los juicios, especialmente aquellos en materia penal, que suelen ser muy gravosos para los involucrados. En esta materia no se debería dar nada, o casi nada por hecho, si tomamos en consideración al menos dos factores: *a*) el procedimiento penal mexicano presenta graves fallas, por lo cual siempre hay que mantener una actitud de duda constante que incentive una aproximación crítica en los estudiosos y en los actores principales del sistema, y *b*) incluso en aquellos países en donde se cuenta con procedimientos penales más satisfactorios en términos de los resultados que producen, se están llevando a cabo importantes procesos en los que se discute acerca de las posibilidades de mejoras; algunas veces tales discusiones quedan solamente en el terreno académico y en otras se llevan adelante reformas legislativas; lo importante es no perder nunca la capacidad de preguntarse sobre el cuándo y el cómo del enjuiciamiento penal, o incluso mejor: sobre la pertinencia, idoneidad y necesidad del sistema penal en su conjunto.

No hace falta subrayar el vínculo estrecho que existe entre el modelo de derecho penal sustantivo que se siga en un determinado ordenamiento, y su correspondiente modelo de procedimiento penal.[3] Las garantías penales sustantivas cobran sentido y se hacen realidad cuando cuentan con un con-

[3] "Esquemas y culturas penales y procesal-penales… están siempre conectadas entre sí. Y esta conexión es histórica, además de teórica, puesto que los avatares del derecho pe-

texto procesal adecuado, en el que se aseguren a niveles aceptables ciertas pautas normativas postuladas ya por el pensamiento penal de la Ilustración.[4] Para decirlo con las palabras de Ferrajoli, "tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad".[5]

Las garantías adjetivas en materia penal pueden ser dividas en dos distintas categorías: orgánicas por un lado y procesales por otro. Las orgánicas se refieren a la colocación institucional del Poder Judicial respecto a los otros poderes del Estado y respecto a los sujetos del proceso; son garantías tales como la independencia, la imparcialidad, la responsabilidad, la separación entre juez y acusación, el derecho al juez natural, obligatoriedad de la acción penal, etcétera. La garantías procesales, por su parte, son aquellas que se dirigen a la formación del juicio, lo que comprende la recolección de las pruebas, el desarrollo de la defensa y la convicción del órgano judicial; se trata de garantías como la formulación de una acusación exactamente determinada, la carga de la prueba,[6] el principio de contradicción,[7] las formas de los interrogatorios y demás actos de la instrucción, la publicidad,[8] la oralidad,[9] los derechos de la defensa,[10] la motivación de los actos judiciales, etcétera.[11]

En las páginas que siguen nos concentraremos sobre todo en las garantías procesales, tal como quedaron recogidas en la reforma de junio de 2008.[12]

Las garantías del proceso penal, tanto orgánicas como procesales, sirven para construir un modelo procesal de corte cognoscitivo, cuyo objetivo es

nal material y de la teoría del delito han estado siempre modelados sobre las instituciones judiciales, y a la inversa", Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 538.

4 Prieto Sanchís, Luis, *El pensamiento penal de la Ilustración*, México, Inacipe, 2003.

5 Ferrajoli, *Derecho y razón*, *cit.*, p. 537.

6 Véase el artículo 20, apartado A fracción V de la Constitución.

7 Véase el encabezado del artículo 20, así como su apartado A fracciones IV y VI de la Constitución.

8 Véase el encabezado del artículo 20, así como su apartado B fracción V de la Constitución.

9 Véase el encabezado del artículo 20, así como su apartado A fracción IV de la Constitución.

10 Véase el artículo 20, apartado B fracción VI de la Constitución.

11 Ferrajoli, *Derecho y razón*, *cit.*, pp. 539 y 540.

12 Sobre algunas de las garantías orgánicas y sus problemas dentro del ordenamiento jurídico mexicano puede verse Carbonell, Miguel, *¿El tercero ausente? Ensayos sobre el Poder Judicial*, México, Porrúa, IMDPC, UNAM, 2008. Ferrajoli analiza estas garantías en *Derecho y razón*, *cit.*, pp. 574 y ss.

conocer una "verdad mínima", pero siempre controlada, de conformidad con los estándares del proceso acusatorio.

En este esquema las garantías tienen un objetivo no solamente de libertad, sino también de verdad, de modo que se genera una especie de derecho fundamental de la persona frente a puniciones arbitrarias a cargo del Estado.[13] Un esquema que se suele contraponer el cognoscitivo es el decisionista, que busca alcanzar una verdad sustancial, y global, fundada sobre todo en valoraciones; bajo este esquema, que suele darse en procesos de corte inquisitivo, los términos de la acusación pueden ser discrecionales, la instrucción puede ser secreta, el papel de la defensa resulta irrelevante y el objeto principal del proceso no es el hecho cometido y su valoración, sino la personalidad del reo.[14]

Es precisamente el valor de la verdad, junto al de la libertad, lo que permite legitimar un proceso penal; al respecto Ferrajoli indica que "el objetivo justificador del proceso penal se identifica con la garantía de las *libertades* de los ciudadanos, a través de la garantía de la *verdad* —una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones— frente al abuso y al error". El valor de la verdad se proyecta de forma directa sobre el quehacer judicial, es decir sobre el desempeño profesional del juez, al que se exige "tolerancia para las razones controvertidas, atención y control sobre todas las hipótesis y las contrahipótesis en conflicto, imparcialidad frente a la contienda, prudencia, equilibrio, ponderación y duda como hábito profesional y como estilo intelectual".[15]

Pasemos ahora al análisis de los temas del artículo 20 de la Constitución mexicana que nos propusimos abordar en este ensayo. En primer término abordaremos el significado de la cláusula constitucional que señala que el proceso penal es acusatorio.

II. Proceso acusatorio y proceso inquisitivo

La primera frase del artículo 20 es contundente: "El proceso penal será acusatorio y oral". Más claro ni el agua. Esa frase encierra una gran riqueza y supone la manifestación de todo un programa reformador de nuestra justicia

13 Ferrajoli, *Derecho y razón*, *cit.*, pp. 540-541 y 543. Véase además, Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

14 Ferrajoli, *Derecho y razón*, *cit.*, p. 541. Sobre los esquemas que distinguen al proceso acusatorio del proceso inquisitivo volveremos enseguida.

15 Ferrajoli, *Derecho y razón*, *cit.*, p. 546 (las dos citas de este párrafo se encuentran en la misma página).

penal. El intérprete constitucional, si quiere darle un contenido concreto a dicha frase, debería ser capaz de contestar al menos las siguientes preguntas: ¿en qué consiste un sistema penal inquisitivo, por contraste con un sistema acusatorio? ¿cuáles son los elementos sustanciales de un sistema acusatorio? ¿cuáles son las diferencias fundamentales que nos permiten distinguir entre ambos sistemas y qué ventajas derivan de uno y otro? Vamos a intentar ofrecer un esbozo de respuesta de dichas cuestiones en las páginas siguientes.[16]

1. *Sistema inquisitivo: concentración de funciones en una misma autoridad*

El primer elemento característico de un sistema penal inquisitivo es que las funciones de investigar, acusar y juzgar están concentradas en una *misma* autoridad. Esta concentración puede dar lugar a diversos problemas para la administración de justicia. Dada la ausencia de contrapesos, en los sistemas inquisitivos se reduce la posibilidad de que la autoridad, al desempeñar sus distintos roles, actúe de manera imparcial y objetiva.[17]

¿Sería conceptualmente posible que la misma autoridad que investiga y concluye que cierta persona es responsable de cometer un delito, pueda determinar al día siguiente, al desempeñarse como juzgador, que las pruebas recabadas muestran que dicha persona es inocente?

¿Cuáles son las consecuencias del ejemplo opuesto?, ¿sería posible que la autoridad, al desempeñarse como investigador, no encuentre pruebas sólidas sobre la supuesta responsabilidad de un acusado y al día siguiente, en su calidad de juez, determine que el acusado es culpable?

En ambos supuestos la respuesta es la misma. En un sistema inquisitivo, donde se concentran las funciones de investigar, acusar y juzgar, es altamente probable que las conclusiones a las que llegue la autoridad cuando realiza funciones de investigación, se ratifiquen cuando dicha autoridad haga las funciones de juzgador. Así, en la gran mayoría de los casos, el

16 Algunas ideas expuestas en este apartado fueron tomadas de Carbonell y Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, *cit.*, pp. 29 y siguientes.

17 Duce y Pérez Perdomo apuntan que "Tradicionalmente, el proceso penal de Latinoamérica se ha definido como un proceso 'inquisitivo' en el cual el juez y el fiscal son una misma persona. El término se refiere al diseño general del sistema y en particular al papel del juez, que no sólo se encarga de juzgar el caso sino también de dirigir la investigación que busca descubrir la verdad con relación a los actos lesivos", Duce, Mauricio y Pérez Perdomo, Rogelio, "La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina", en Fruling, Hugo *et al.* (eds.), *Crimen y violencia en América Latina*, Bogotá, FCE, 2005, p. 93.

acusado será culpable o inocente a partir de la investigación y no como consecuencia de enfrentar un juicio imparcial y objetivo. El principio de contradicción, esencial dentro de todo proceso moderno, no existe en el sistema inquisitivo.[18]

Duce y Pérez Perdomo apuntan que en el sistema inquisitivo "más que un sujeto con derechos, el acusado es visto como un objeto del proceso. Así, la investigación (el sumario o los procedimientos anteriores al juicio) es secreta, aun para el acusado. El sospechoso puede ser detenido e interrogado, incluso sin ser notificado del crimen por el cual se le investiga".[19]

Si bien los sistemas inquisitivos en América Latina son ahora la excepción, hace dos décadas eran la regla.[20] La presencia de los sistemas inquisitivos tenía dos manifestaciones. Por ejemplo, en Chile y en Colombia —antes de sus reformas penales— el juez concentraba la realización de tres funciones del proceso penal. De hecho, en distintos momentos del proceso, el juez era la autoridad responsable de investigar un supuesto acto delictivo, de acusar a un individuo como presunto responsable, y de juzgar la culpabilidad o inocencia del acusado. Así, en los sistemas inquisitivos de Chile y Colombia el juez era de manera secuencial policía, fiscal y juez.

Otro ejemplo de los sistemas inquisitivos en Latinoamérica ha sido el sistema inquisitivo-mixto de México, el cual todavía sigue vigente en gran parte del territorio nacional. En el sistema inquisitivo-mixto de México, si bien hay una aparente separación de funciones entre el Ministerio Público (quien hace funciones de investigar y acusar) y el juez (quien determina la culpabilidad o inocencia de un individuo), hay una creciente participación del Ministerio Público en funciones que deben ser materia exclusiva del juez.

Una muestra de ello es el valor probatorio de las diligencias que realiza el ministerio público, en un fenómeno que se identifica en la literatura penal como "la prueba tasada". El legislador ha establecido que las pruebas presentadas por el ministerio público en el expediente, siempre que se ajusten a los parámetros que establece la ley, tendrán valor probatorio pleno. Es decir, valdrán más que una prueba en contrario presentada por el acusado.

18 El principio de contradicción ha sido expresamente recogido entre los principios del proceso penal señalados en el encabezado del artículo 20 de la Constitución.

19 Duce, Mauricio y Pérez Perdomo, Rogelio, "La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina", *cit.*, p. 93.

20 Maier, Julio B. J. *et al.*, *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, AD HOC, 2000; Luís Pásara (comp.), *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

Ante la presencia de ambas pruebas, el juez tendrá que valorarlas de manera distinta, con lo cual el Ministerio Público —de hecho— está determinando la inocencia o culpabilidad del acusado, con base en la fuerza legal preestablecida de su prueba y no en los méritos de la misma. Así, el Ministerio Público desempeña dos funciones procesales distintas, una como investigador y otra, indirectamente, como juez. El desigual valor probatorio de lo que ofrecen las partes ante el juez rompe el principio de igualdad procesal y supone, de hecho, un grave riesgo para la presunción de inocencia.

Otra manifestación de esta extensión de funciones se manifiesta a través del llamado *principio de inmediatez*, avalado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).[21] Dicho principio consiste en que las pruebas recabadas por el Ministerio Público con mayor proximidad a los hechos delictivos, tendrán mayor valor probatorio que las pruebas recabadas con posterioridad, aun cuando estas resulten en un sentido contrario a las primeras. Con este fundamento el Ministerio Público ha adquirido una función adicional e indirecta como juzgador, pues la declaración de un testigo o del acusado ante el Ministerio Público, al principio de la investigación, va a determinar en gran medida el sentido de la sentencia del juez, aun cuando el proceso arroje más adelante elementos probatorios adicionales y contrarios.

La combinación de la "prueba tasada" y el *principio de inmediatez* puede ser una explicación poderosa de por qué el Ministerio Público en México tiende a no presentar mayores pruebas después de la parte inicial del proceso. El Ministerio Público sabe que es muy posible que sus pruebas presentadas por escrito durante la averiguación previa constituyan en sí un elemento valorativo para el juez que será difícilmente superado por la defensa que oponga el acusado. Así, el acusado en el sistema inquisitivo mixto (escrito) mexicano tampoco enfrenta, necesariamente, un juicio imparcial y objetivo.[22]

En suma, la concentración de las funciones de investigar, acusar y juzgar en una misma autoridad, sea esta el juez (como en el caso de Chile y Colombia antes de su reforma) o el Ministerio Público (como es el caso de

21 No hay que confundir este principio con el de "inmediación", que será analizado más adelante por estar recogido en el encabezado del artículo 20 constitucional.

22 En palabras de Miguel Sarre: "cuando menos garantías tiene el acusado, mayor es el valor de las pruebas, mientras que en la medida en que cuenta con mayores garantías, se reduce el valor de las pruebas. Dicho de otra forma, cuando el acusado cuenta con todas las garantías, estas prácticamente ya no le sirven"; "Control del Ministerio Público", *Los Controles Constitucionales. Anuario de Derecho Público*, México, McGraw Hill Serie Jurídica / ITAM, 1999, pp. 131-149, cita en la p. 140.

México) son una característica de los sistemas inquisitivos que han mostrado en la práctica diversas deficiencias. ¿Cuál es la alternativa?

2. *El sistema penal acusatorio: separación de funciones*

La principal característica de un sistema acusatorio es que las funciones de acusar y juzgar quedan claramente separadas entre sí y cada una son responsabilidad de instituciones distintas.[23] Ferrajoli apunta al respecto que "La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás".[24] A grandes rasgos podemos hablar de cuatro etapas en el proceso penal; en cada una de ellas las funciones de acusar y juzgar son responsabilidad de autoridades distintas.

En los sistemas acusatorios es común que la investigación sea un esfuerzo coordinado entre el Ministerio Público (o Fiscal de la Nación) y la Policía Judicial (o de Investigación). En una segunda etapa, el Ministerio Público decidirá, a partir de la evidencia científica recabada, si hay materia para acusar a una persona determinada sobre la realización de un delito (en este momento se produce el ejercicio de la acción penal) y en su caso pedir medidas cautelares.[25]

En tercer lugar, un juez de garantías (o juez de control de garantías) vigila que durante la etapa de investigación se respeten los derechos fundamentales de víctimas y acusados. En ese ánimo, ante el ejercicio de la acción penal, debe resolver la admisibilidad de la acusación o su rechazo y establecer en su caso las medidas cautelares procedentes. Finalmente, el juez de tribunal oral, que es un órgano distinto al de garantías, evaluará en igualdad de circunstancias las pruebas presentadas en audiencia pública por el Ministerio Público, la víctima y el acusado, y determinará objetiva e imparcialmente su culpabilidad o inocencia.

Así, en un sistema acusatorio el juez no participa en los procesos de investigación, ni el Ministerio Público juzga, directa o indirectamente, la

23 Esta idea fue recogida con claridad en la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *McNeil versus Wisconsin*, resuelto en 1991 con ponencia del juez Scalia; hay un importante voto particular de John Paul Stevens que también se refiere al punto de la separación orgánica como caracterización de los modelos de proceso penal.

24 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, *cit.*, p. 567.

25 En algunos sistemas acusatorios el Ministerio Público no tiene el monopolio de la acción penal. En Chile, a partir de su reforma de justicia penal acusatoria y oral, la Constitución también otorga la facultad de ejercer la acción penal a la víctima de la conducta delictiva.

culpabilidad o inocencia de un acusado. Cada institución tiene su esfera de responsabilidad dentro del sistema penal, pero a diferencia de los sistemas inquisitivos, las funciones son exclusivas y no se sobreponen. Como bien lo resume Guillermo Zepeda Lecuona, "la distinción fundamental entre ambos modelos es que el órgano de acusación y el que juzga estén separados (acusatorio) o se concentren en una sola entidad (inquisitivo)".[26]

En Chile, para evolucionar del sistema inquisitivo y escrito, que estuvo vigente desde tiempos de la Colonia española, y establecer en cambio un sistema acusatorio y oral fue necesario crear el Ministerio Público. Dicha institución fue indispensable para sustituir al juez en las funciones de investigación y acusación que realizaba bajo el sistema inquisitivo.[27] En Colombia, fue creada con ese mismo fin la Fiscalía General de la Nación.

Si bien es cierto que al separar las funciones de investigar, acusar y juzgar se cumple una condición necesaria para dejar atrás un sistema inquisitivo y escrito, esto por sí solo no es una condición suficiente para establecer un sistema penal acusatorio y oral. Los principios jurídicos bajo los cuales se organizan cada uno de los dos sistemas penales, así como los mecanismos que los hacen funcionar en la práctica, son distintos en ambos modelos. ¿Cuáles son los elementos adicionales que nos permiten distinguir entre un sistema inquisitivo y un sistema acusatorio?

3. *Diferencias adicionales entre los sistemas inquisitivos y los sistemas acusatorios*

Las diferencias adicionales entre los sistemas acusatorio e inquisitivo se pueden señalar a partir de una descripción básica de su funcionamiento. En términos generales, los sistemas acusatorios son orales, públicos y con elevados niveles de transparencia. En cambio, los sistemas inquisitivos son escritos, cerrados y con elevados niveles de hermetismo (véase cuadro 1).[28]

26 Guillermo Zepeda Lecuona ha escrito uno de los libros más completos sobre el funcionamiento y la problemática del sistema de justicia penal en México véase *Crimen sin castigo: procuración de justicia penal y ministerio público en México*, México, Fondo de Cultura Económica, CIDAC, 2004, cita en la p. 93.

27 Un análisis detallado de la reforma procesal penal en Chile, que en buena medida ha servido como modelo para México, puede verse en Carbonell y Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, *cit.*, pp. 47 y ss.

28 Para una distinción de las características de los sistemas inquisitivo y acusatorio ver el texto de Ana Montes Calderón, "Elementos de comparación entre el Sistema Inquisitivo y el Sistema Acusatorio", *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano: lecturas complementarias*, Bogotá, Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el

En los sistemas inquisitivos se dedica un enorme esfuerzo institucional para integrar un expediente para cada caso particular. Como el juez dictaminará la inocencia o culpabilidad del acusado a partir de la lectura y estudio del expediente, todo aquello que no forma parte de aquel, simplemente no existe para el caso. Por otro lado, las pruebas que integran el expediente no tienen que presentarse, necesariamente, en audiencia pública, ni el juez tiene que estar presente en todo momento cuando se celebren dichas audiencias. De hecho, el juez puede delegar esta función a personal del juzgado, por lo cual es posible que en el extremo, un juez dicte una sentencia sin haber presenciado el desahogo de pruebas o haber escuchado directamente a las víctimas o a los acusados. Esto sucede con frecuencia en México.

Más aún, el amplio número de expedientes que debe resolver un juez cada mes, así como la extensión de los mismos (que puede superar las quinientas páginas en promedio) hacen común que un funcionario del juzgado lea el expediente (o no) y le presente un proyecto de sentencia al juez para su resolución final. El criterio del juez estará formado a partir de lo que sus asistentes le presenten en forma de proyecto.

Los sistemas acusatorios y orales funcionan, como hemos comentado antes, de manera totalmente diferente. Para empezar, en el sistema oral no hay expediente, pues la acumulación de pruebas escritas en un registro no tiene valor para iniciar el caso o para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. Para que las pruebas sean válidas y suficientes para dar inicio al procedimiento penal, el Ministerio Público debe presentarlas de manera oral ante el juez de garantías, quien de considerarlo conveniente dará inicio al proceso y dictará las medidas cautelares necesarias para proteger los derechos de víctimas y acusados.

Concluida la investigación, se presentará la totalidad de las pruebas del caso en audiencia pública, ante el juez (o jueces) de juicio oral, quien será una persona distinta al juez de garantías. El juez no puede delegar la celebración de la audiencia a un funcionario del juzgado. Su presencia es obligatoria. Más aún, durante la audiencia pública tanto la víctima como el acusado tienen el derecho de escuchar el caso, confrontar las pruebas y presentar sus propios argumentos de manera directa frente al juez. La prueba que no se desahogue en la audiencia pública y oral simplemente no tiene valor para el caso (salvo mínimas excepciones). A partir de las pruebas presentadas, el juez (o un jurado) determina la culpabilidad o inocencia del acusado y establece la penalidad correspondiente.

Proceso Penal, USAID, 2003, pp. 17-25, véase *http://www.pfyaj.com/checchi/biblioteca/index.html*.

Cuadro 1
Diferencias entre un sistema inquisitivo y uno acusatorio

Sistema inquisitivo	*Sistema acusatorio*
Concentración de las Funciones de investigar, acusar y juzgar en una *misma* autoridad. Dos posibles modalidades: El juez investiga, acusa y juzga (Chile y Colombia antes de sus reformas) El Ministerio Público investiga, acusa e influye como autoridad para juzgar la culpabilidad o inocencia del acusado (México en casi todo el territorio nacional)	Separación en las funciones de investigar, acusar y juzgar en autoridades *distintas*: Una autoridad investiga: Policía de Investigación Una autoridad acusa: Ministerio Público Una autoridad acepta o rechaza la procedencia del caso y dicta medidas cautelares para proteger los derechos de víctimas y acusados: juez de garantías Otra autoridad juzga la culpabilidad o inocencia del acusado: juez de juicio oral (o un jurado) y establece la pena consecuente
El acusado es objeto de investigación por lo que no participa de la misma, tiene derecho a un abogado cuando ya existe una acusación en su contra. Su declaración comúnmente no es un medio de defensa sino un medio de prueba. Su silencio e inactividad puede constituir una presunción de culpabilidad	El acusado es sujeto de derechos y debe ser escuchado durante todo el proceso. Su silencio no debe ser interpretado como un indicio en su contra. Tiene derecho a conocer los actos de investigación y a ser tratado como inocente. Tiene derecho a un abogado y durante la audiencia a actuar como parte procesal en igualdad de oportunidades que su acusador
La detención opera como regla general para todos los delitos. La prisión preventiva es una medida cautelar muy común	La libertad es la regla general y la detención es la excepción. Se utilizan otras medidas cautelares que no privan, necesariamente, al acusado de su libertad

Sistema inquisitivo	*Sistema acusatorio*
La víctima regularmente no participa durante la investigación del caso, ni durante la celebración del proceso penal. El sistema penal centra su esfuerzo en castigar al culpable del delito pero no necesariamente en resarcir el daño que sufrió la víctima	La víctima ocupa una parte central en el proceso penal. Participa en las investigaciones, se le informa del desarrollo de su caso, participa directamente en la audiencia ante el juez y el sistema busca resarcir el daño que ha sufrido
Escrito. Esfuerzo institucional para construir un expediente. Lo que no existe en el expediente, no existe para el proceso	Oral. Sistema de audiencias públicas. Las pruebas que no se desahoguen durante la audiencia pública no existen para el proceso (salvo mínimas excepciones)
Secreto, poco transparente. El nivel de acceso al expediente, para víctimas, acusados y cualquier interesado varía en diversos sistemas y en diversas partes del proceso. Su apertura puede ser limitada para las partes, parcial durante las etapas procesales y/o general una vez que ha concluido el caso con sentencia del juez	Público y transparente. Todas las audiencias del proceso son públicas, salvo contadas excepciones. La víctima y el acusado tienen acceso a las pruebas del caso desde el inicio del proceso penal y a participar directamente en las audiencias con la presencia del juez
El juez puede delegar a funcionarios menores en el juzgado la celebración de diversas etapas procesales	Principio de inmediación. El juez tiene que estar presente en la celebración de las audiencias del proceso
Las audiencias de un mismo caso pueden llevarse a cabo en sesiones separadas entre sí	Principio de concentración. La audiencia pública de un mismo caso es continua
La víctima y el acusado no tienen la oportunidad de confrontar la veracidad de las pruebas en audiencia pública con la presencia del juez	Principio de contradicción. La víctima y el acusado tienen la oportunidad de confrontar la veracidad de las pruebas en audiencia pública con la presencia del juez
El objeto del proceso es imponer una pena a quien sea declarado culpable. El Estado debe agotar todas las etapas del procedimiento penal para cada uno de los casos que es de su conocimiento	Principio de oportunidad. El objeto del proceso penal es solucionar de la mejor forma el conflicto generado por la violación de la ley. El Estado permite la suspensión del proceso para aceptar sistemas alternativos para la solución de controversias y procesos penales simplificados o abreviados

Sistema inquisitivo	*Sistema acusatorio*
Prueba tasada. Las pruebas que presenta el Estado tienen mayor valor probatorio que las pruebas que presenta el acusado	Principio de igualdad procesal. Todas las partes del proceso ofrecen sus pruebas en igualdad de condiciones en la audiencia pública. El valor de la prueba no está predeterminado previo a la audiencia
Sistema de desconfianza. Todo debe quedar por escrito en el expediente. Se destina un amplio esfuerzo institucional para cumplir las formalidades del proceso	Debido proceso legal. Las formalidades legales tienen como objeto proteger o garantizar el debido proceso de ley y los principios que de ahí derivan como legalidad, inocencia, objetividad y defensa integral
El juez puede decidir en privado, con base en el expediente, posiblemente sin haber escuchado directamente a la víctima y al acusado, y frecuentemente a partir de un proyecto de sentencia preparado por un funcionario del juzgado	El juez decide en público, después de haber escuchado a todas las partes y con fundamento en las pruebas desahogadas durante la audiencia pública y oral

Fuente: elaboración de Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza con información de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, y Montes Calderón, Ana, "Elementos de comparación entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio", *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano: lecturas complementarias*, Colombia, Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal, USAID, 2003, pp. 17-25, véase *http://www.pfyaj.com/checchi/biblioteca/index.html*.

Ferrajoli condensa en un párrafo algunas de las ideas contenidas en el cuadro anterior, cuando señala que:

> Se puede llamar *acusatorio* a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente *separado* de las partes y al juicio como una contienda *entre iguales* iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio *contradictorio*, *oral* y *público* y resuelta por el juez según su *libre convicción*. A la inversa llamaré *inquisitivo* a todo sistema procesal donde el juez procede de *oficio* a la búsqueda, recolección y valoración de pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción *escrita* y *secreta* de la que están *excluidos* o, en cualquier caso, limitados la *contradicción* y los *derechos de defensa*.[29]

[29] Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, *cit.*, p. 564. El énfasis es nuestro.

En consecuencia con lo que llevamos apuntado, los niveles de acceso a la información y de transparencia de los sistemas inquisitivo y acusatorio también son distintos entre sí. La publicidad en el sistema inquisitivo depende en gran medida del acceso que tengan las partes, o cualquier interesado, al contenido del expediente.

En la práctica, hay gran variedad en los distintos sistemas inquisitivos sobre este tema. Es común que las investigaciones del juez o del Ministerio Público que forman parte del expediente no sean fácilmente accesibles para el acusado (o su abogado), lo cual amplía la desventaja con la cual establece su defensa. También sucede que el acceso a los expedientes para el público en general está prohibido, o que sea limitado durante diversas etapas del proceso, o simplemente se permita su revisión hasta que el caso haya concluido con la sentencia del juez.

Por otro lado, la baja transparencia del sistema es también poco favorable para la víctima, quien regularmente no forma parte esencial del proceso de investigación, ni de la etapa jurisdiccional, por lo cual es común que desconozca la evolución de su caso.[30]

Los sistemas acusatorios son considerablemente más abiertos y transparentes. Ante la ausencia de expedientes, la apertura del sistema depende de la publicidad de las audiencias. Esto establece un amplio nivel de transparencia prácticamente por diseño.[31]

Dado que el sistema acusatorio tiene como una de sus características fundamentales la celebración de audiencias públicas y orales —con la presencia ininterrumpida del juez, la víctima, el acusado y sus abogados— el sistema ofrece múltiples mecanismos para la rendición de cuentas. De hecho, salvo contadas excepciones, todas las audiencias están abiertas a la presencia del público en general.

Asimismo, desde las primeras etapas del proceso el acusado ejerce su derecho de conocer —directamente o a través de su abogado— las pruebas que hay en su contra, tanto para aportar pruebas en contrario, como para poner en duda la credibilidad de las pruebas que lo incriminan. Por último, a diferencia del sistema inquisitivo, la víctima forma parte esencial durante

30 Para una descripción sobre las condiciones de transparencia en el sistema inquisitivo-mixto (escrito) de México véase Ochoa Reza, Enrique, "La transparencia y el Ministerio Público", en Fox, Jonathan *et al.* (coords.), *Derecho a saber: balance y perspectivas cívicas*, México, Woodrow Wilson Internacional Center for Scholars, Fundar, 2007, pp. 133-138.

31 Véase más adelante, el análisis de los alcances, posibilidad, riesgos y dilemas del "principio de publicidad", recogido en el encabezado del artículo 20 de la Constitución como un principio rector del procedimiento penal mexicano.

la investigación y puede ejercer el derecho de ofrecer su testimonio en audiencia pública frente al juez.

Todo lo anterior pone de manifiesto que el sistema acusatorio tiene elementos que lo hacen más efectivo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de víctimas y acusados, que están ausentes en el sistema penal inquisitivo.[32] Además, los sistemas acusatorios tienen comúnmente un par de elementos procesales que suelen no aparecer en los sistemas inquisitivos. Nos referimos a la posibilidad de establecer medidas alternativas de solución de controversias y a la de permitir que el Estado resuelva un caso a través de procedimientos abreviados o simplificados. Esto tiene manifestaciones prácticas importantes, sobre todo en sistemas penales que —como sucede con el caso mexicano— deben hacerse cargo de la resolución de cantidades apabullantes de casos.

Los sistemas inquisitivos tienen como objeto el establecer un castigo para quien haya cometido un delito. Por ello, el Estado le da seguimiento a toda conducta delictiva que sea de su conocimiento, agotando todas las etapas procesales indistintamente del nivel de gravedad del ilícito cometido. Así, recibirá el mismo trato procesal la conducta delictiva que produjo una lesión menor, que las acciones resultantes en un homicidio calificado.

Los sistemas acusatorios parten de un principio diferente. El objetivo es resolver conflictos que surjan entre las partes con el énfasis puesto en el resarcimiento del daño que ha sufrido la víctima. La diferencia no es menor. Bajo un sistema acusatorio, es común que un problema penal se resuelva sin agotar todas las instancias procesales. De hecho, a través de mecanismos alternos de solución de controversias, la gran mayoría de los casos se resuelven *antes* de llegar a la celebración de la audiencia pública y oral. Esto descongestiona el sistema penal para concentrar los recursos institucionales, humanos y financieros, para la resolución de los delitos que así lo ameriten.

Las medidas de solución alternas se desarrollan en un marco institucional que promueve el respeto a los derechos de víctimas y acusados. En una reunión ante un mediador profesional, con la presencia de las partes y sus abogados, se busca establecer acuerdos reparatorios que restituyan el daño que ha sufrido la víctima. De llegar a un acuerdo, las partes lo presentan

[32] Véase el interesante documento de Pellegrini Grinover, Ada, "El modelo acusatorio de instrucción procesal penal como garantía de los derechos humanos", Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, *Documento de Trabajo*, núm. 4, 27 de marzo de 1998. Este documento es una versión en castellano de la conferencia "O modelo acusatório de instruçao processual penal como garantia dos direitos humanos", publicada en *Temas de Derecho Procesal. Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

ante un juez de garantías, quien velará para que su contenido sea proporcional, voluntario y respetuoso de los derechos de la víctima y el acusado. De proceder, se dará el proceso penal por concluido.

La efectividad de un sistema acusatorio-oral se fortalece con la presencia conjunta de los mecanismos alternos de solución de controversias y de la audiencia oral. Ambos procesos son complementarios entre sí. Por un lado, las mediaciones son más efectivas dado que las partes saben que al final del proceso hay una audiencia pública, oral y transparente. Es común que las partes prefieran un acuerdo antes de ventilar su problema jurídico en público.

En ausencia de la audiencia pública oral, la tentación para una de las partes de evitar la mediación y buscar una salida del proceso penal inquisitivo-escrito a través de los canales de la corrupción es mayor. De ahí que las medidas de solución alterna de controversias puedan ser menos efectivas al incorporarse en un sistema inquisitivo-escrito que en un sistema acusatorio-oral. Asimismo, gracias a las medidas alternas de solución de controversias, menos casos llegan a las audiencias públicas, por lo que se pueden destinar mayores recursos institucionales para atender casos de gran complejidad.

En la misma vertiente, el Estado tiene la capacidad de resolver conflictos jurídicos a través de mecanismos procesales abreviados o simplificados, o de interrumpir una investigación ante la falta de evidencia sólida para perseguir un caso. Esta última decisión no es una práctica irregular o discrecional de la autoridad de investigación, como es el caso en los sistemas inquisitivos, pues su ejecución tiene que ser aprobada, en los sistemas acusatorios, por un juez de garantías. En atención a todo lo anterior, las diferencias entre los sistemas acusatorio e inquisitivo no sólo se pueden identificar en el funcionamiento práctico de cada sistema, sino que también son observables al identificar los principios jurídicos a los cuales responden.

Por lo que llevamos expuesto el lector podría estar convencido, como lo estamos nosotros, de la superioridad del modelo acusatorio sobre el inquisitivo. Conviene señalar, sin embargo, que algunos autores han discutido tal superioridad, ofreciendo algunos argumentos que consideramos que deberían ser tomados en cuenta, no tanto para volver al pasado que al menos para México se encuentra en sistema inquisitivo-mixto, sino para perfeccionar algunos aspectos del modelo acusatorio que estamos construyendo.[33]

[33] Para una perspectiva crítica del modelo acusatorio ver Sklansky, David Alan, "Anti-inquisitorialism", *Harvard Law Review*, vol. 122, núm. 6, abril de 2009, pp. 1634 y ss.

III. Principios del nuevo proceso penal mexicano

El artículo 20 nos ofrece las bases de lo que se conoce como un sistema penal de corte acusatorio, dejando atrás el modelo inquisitivo-mixto que existía hasta antes de la reforma, a las que nos hemos referido en el apartado anterior. Esas bases son los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. ¿Qué significan tales principios y cómo se van a concretar en la práctica? Conviene ofrecer una exposición, aunque sea sucinta, del contenido de cada uno de ellos.[34]

1. *Publicidad*

De acuerdo con el principio de publicidad, todos los actos dentro del juicio son públicos. Esto implica, como principio general, que cualquier persona interesada puede asistir a la sala del juzgado de que se trate y ver el desarrollo de las actuaciones procesales.

La publicidad actúa en beneficio de la recta impartición de justicia, inhibe la corrupción, mantiene a las partes en un estado de mayor igualdad y convoca a una mejor rendición de cuentas.

Tal principio es aceptado en muchos países y supone un elemento central de lucha contra la corrupción y la ineficacia que crecen en escenarios opacos y alejados de la mirada pública. Además, la publicidad es un elemento definidor del sistema acusatorio, pues como lo indica Ferrajoli, "asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial. Conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio".[35]

La publicidad de los juicios era una idea que ya estaba presente en el pensamiento de la Ilustración. Jeremy Bentham escribió que "cuanto más secretos han sido los tribunales, más odiosos han resultado". Por su parte Beccaria afirmaba que "el escudo más seguro de la tiranía es el secreto". Más recientemente ha sido Elías Canetti quien ha ilustrado muy bien la relación que existe entre el secreto y la dictadura. Dice Canetti, en su obra *Masa y poder* que:

[34] Para referencias más amplias puede véase Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

[35] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *cit.*, p. 616.

> El secreto ocupa la misma médula del poder... El detentador del poder, que de él se vale, lo conoce bien y sabe apreciarlo muy bien según su importancia en cada caso. Sabe qué acechar, cuándo quiere alcanzar algo, y sabe a cuál de sus ayudantes debe emplear para el acecho. Tiene muchos secretos, ya que es mucho lo que desea, y los combina en un sistema en el que se preservan recíprocamente. A uno le confía tal cosa, a otro tal otra y se encarga de que nunca haya comunicación entre ambos... Todo aquel que sabe algo es vigilado por otro, el cual, sin embargo, jamás se entera de qué es en realidad lo que está vigilando en el otro. ... Así, el soberano siempre está al corriente de la fiabilidad de los recipientes en que ha depositado sus secretos, de su seguridad, y está en condiciones de apreciar cuál de esos recipientes está tan lleno que podría desbordar. De todo el sistema de secretos sólo él tiene la llave...[36]

Héctor Fix-Zamudio indica que por publicidad procesal podemos entender "aquella fase del procedimiento en la que están presentes y participan activamente, tanto el juez o tribunal como las partes y las personas interesadas, pero además, cuando los actos del procedimiento pueden ser observados directa y públicamente por el público en general, así como, con algunas limitaciones, por los medios de comunicación".[37]

García Ramírez apunta que la publicidad "permite y alienta la presencia de terceros en los actos procesales, a título de observadores del proceso y, en este sentido, de controladores de la subordinación de participantes y diligencias a la ley que gobierna el enjuiciamiento".[38]

Perfecto Andrés Ibáñez nos recuerda que la publicidad, cuando se refiere a la jurisdicción, tiene un primer y nuclear sentido de garantía a favor del imputado; de esta manera, la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca darles un grado tal de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa (lo que se llama publicidad interna), o bien por simples ciudadanos quienes tienen un interés genérico en la impartición de justicia y en que la aplicación del derecho penal no sea arbitraria ni discurra fuera de los cauces legales establecidos.[39]

36 Canneti, Elías, *Masa y poder*, Barcelona, Muchnik Editores, 2000, pp. 304, 306 y 307.

37 Fix Zamudio, "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", *cit.*, p. 216.

38 García Ramírez, *La reforma penal constitucional*, *cit.*, p. 122.

39 Andrés Ibáñez, Perfecto, "Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?", *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 51, noviembre de 2004, p. 64; el párrafo en cuestión señala lo siguiente: "Referida a la jurisdicción, la publicidad tiene un primero y nuclear sentido de garantía del imputado, que debe presidir su tratamiento normativo y su proyec-

La publicidad de las actuaciones judiciales da confianza a los usuarios del sistema penal y en general a toda la sociedad, pues de esa manera los ciudadanos pueden "ver" cómo se está administrando la justicia. La publicidad, además, sirve también para evitar presiones sobre los propios jueces, quienes resultan beneficiados en su independencia por realizar sus actuaciones en público.

La publicidad procesal permite por otra parte que la opinión pública pueda desarrollar un escrutinio permanente sobre las tareas judiciales, desplegando en la práctica lo que algunos autores han llamado la "responsabilidad social" de los jueces, es decir, la que deriva de las críticas de la opinión pública. Como lo señala Luigi Ferrajoli,

> La crítica pública de las actividades judiciales –no la genérica de los males de la justicia, sino la argumentada y documentada dirigida a los jueces en particular y a sus concretas resoluciones- expresa, en efecto, el punto de vista de los ciudadanos, externo al orden judicial y legitimado por el hecho de que su fuerza no se basa en el poder sino únicamente en la razón... Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial.[40]

La participación de la ciudadanía en la impartición de justicia, derivada de la mayor visibilidad de los procesos y de la posibilidad misma de asistir a ellos, puede contribuir a generar una mayor cultura constitucional alrededor de la jurisdicción.[41] Esto ya está comenzando a pasar en materia de procesos constitucionales, gracias a las nuevas modalidades de transparencia judicial que ha ido adoptando la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los años recientes, a partir de las cuales se puede dar seguimiento a las discusiones del Pleno, ya sea a través del Canal Judicial, de las versiones estenográficas

ción práctica. Desde este punto de vista, la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca dar a éstas un grado de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa (publicidad *interna*); y por quienes, simplemente como ciudadanos, tienen un genérico y objetivo interés en que el desarrollo del trámite de aplicación del derecho penal no sea arbitrario y discurra por cauces legales (publicidad *externa*)".

40 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *cit.*, p. 602.

41 Andrés Ibáñez, Perfecto, "Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?", *cit.*, p. 64.

que se suben a la página de Internet de la Corte, o bien a través de la solicitud, con fundamento en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (y sus respectivos reglamentos) de las sentencias y demás actuaciones que sean del interés del solicitante.[42]

Ahora bien, la publicidad de los procedimientos judiciales, sobre todo en materia penal, no solamente aporta beneficios, sino que también puede incidir negativamente ya sea en ciertos derechos fundamentales (como la presunción de inocencia o el derecho al juez imparcial), o en la forma en que se juzga sobre un determinado caso, es decir, sobre la marcha de la justicia penal en general. La experiencia de otros países demuestra que los medios de comunicación tienen una incidencia importante respecto a la percepción ciudadana sobre la justicia penal. Pero los medios muchas veces no se limitan (en esta materia como en las demás) a ser fieles transmisores de noticias, sino que con frecuencia dejan ver sus propios puntos de vista. Los medios también tienen su agenda, para decirlo de otra manera.

Adicionalmente, cabe considerar, en el análisis del principio de publicidad, que la mera difusión de procesos abiertos contra ciertas personas puede llegar a ser más gravosa incluso que la sentencia condenatoria, sobre todo porque contra la información que transmiten los medios no cabe ningún recurso de apelación ni de amparo. Lo que es transmitido ya queda fijo en el imaginario de la audiencia.[43]

De particular interés debe resultar la regulación de la presencia de las cámaras de televisión en las salas de juicio oral. La deseada y deseable publicidad no nos debe llevar a que, sin distingos de ninguna especie, las salas de juicio se conviertan en estudios de televisión, las partes en actores y el juicio en un *reality show.*[44] Si eso aconteciera no se estaría sirviendo a los mejores intereses de la justicia, sino probablemente todo lo contrario.

La presunción de inocencia que expresamente está recogida en el artículo 20 constitucional (y en instrumentos internacionales firmados y ratificados por México) puede periclitar por una mala comprensión del principio de publicidad. Sobre todo si los medios de comunicación no asumen responsablemente su tarea de informar sobre procesos judiciales en curso y se abandonan en sus afanes por constituirse en jueces mediáticos de las personas acusadas (o incluso simplemente detenidas).

42 Sobre el desarrollo de la transparencia judicial en México (y sobre sus tropiezos), Carbonell, Miguel, *¿El tercero ausente? Escritos sobre el Poder Judicial*, México, Porrúa, UNAM, IMDPC, 2008, pp. 47 y ss.

43 Andrés Ibáñez, Perfecto, "Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?", *cit.*, p. 68.

44 *Idem.*

Al respecto es de nuevo Fix-Zamudio quien nos llama la atención sobre algunos problemas que tendremos que ir resolviendo al poner en marcha el nuevo sistema penal mexicano. Este autor sostiene que:

> Las consecuencias de esta publicidad ilimitada, se advierten en el desarrollo de programas en los cuales algunos periodistas, con independencia de la investigación oficial, realizan pesquisas e interrogan a testigos y sospechosos, sin la preparación técnica que tiene la policía, el ministerio público y los jueces de instrucción, con lo cual se propicia un proceso penal paralelo, con el riesgo de que los inculpados se lleguen a juzgar por millones de telespectadores con los procesos escenificados durante su tramitación así difundida… esta conducta de los comunicadores implica más que la voluntad democrática de que no se oculten ciertos asuntos, un sorprendente retorno al sistema de acusación privada, inclusive de linchamiento colectivo que no favorece ni la búsqueda de la verdad ni tampoco el retorno de la paz debido al riesgo de reacciones sociales en cadena.[45]

Además de estar mencionada entre los principios generales del proceso, la publicidad vuelve a aparecer en la fracción V del apartado B del artículo 20 constitucional; el apartado B se refiere a los derechos que tiene toda persona imputada. La fracción V señala que el imputado será juzgado en audiencia pública; ahora bien, la propia fracción señala algunos límites a la publicidad, los cuales podrán ser establecidos por una ley (creando de esa manera una "reserva de ley" respecto de tales límites, excluyendo por tanto que los mismos puedan estar contemplados por una norma distinta a la ley). Las razones para limitar la publicidad de las audiencias, según lo señala la fracción V, son las de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

Ahora bien, la misma fracción —en su parte final— abre la posibilidad de que sea el juez quien determine que hay razones fundadas para limitar la publicidad. Es decir, la fracción en comento remite el primer término a la ley para señalar los casos en que podrá limitarse la publicidad de la audiencia, pero además faculta al juez para determinar otros supuestos (o verificar que, en un caso concreto, concurran los que previamente ha señalado el legislador).

Los límites al principio de publicidad (como lo son los que se acaban de señalar), no son extraños en la experiencia comparada del proceso penal.

45 Fix-Zamudio, "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", *cit.*, p. 236.

En el derecho comparado, tanto nacional de otros países, como internacional, hay casos en que se reserva el nombre de las partes. Por ejemplo, en ocasiones los expedientes se identifican como "X, Y y Z contra Bélgica", para proteger la identidad de menores o de personas que han sido víctimas de delitos que generan una especial sensibilidad social (como los de naturaleza sexual).

En este sentido puede mencionarse que en el caso *Newspaper Co. vs. Superior Court,* la Suprema Corte estadounidense sostuvo la pertinencia de restringir el acceso a la información judicial en materia penal cuando, por ejemplo, una víctima menor de edad en delitos de carácter sexual esté prestando testimonio,[46] lo cual es muy entendible pues tiende a proteger el interés superior del niño expresamente tutelado por la Convención de los Derechos del Niño de la ONU (de 1989).[47]

En cualquier caso la publicidad debe ser una nota omnipresente en los procesos judiciales, pero no en la eventual etapa previa de detención e investigación. En México es frecuente que los medios de comunicación den a conocer los nombres y las fotografías o imágenes de personas que acaban de ser detenidas. No hay contra ellos ningún elemento que los haga culpables de haber cometido un delito y sin embargo son exhibidos públicamente como violadores, asesinos o ladrones.

Los medios de comunicación, con el apoyo y la connivencia de las autoridades policiales o ministeriales, vulneran de esa forma la presunción de inocencia (entendida no solamente como un derecho intraprocesal, sino como una protección del individuo también frente a su desdoro público, a la vejación de que puede ser objeto por sus conocidos, por sus vecinos, por la comunidad en que se desenvuelve).[48]

La "presentación" de individuos recién detenidos debería respetar su intimidad, tal y como lo permiten los modernos sistemas electrónicos (por ejemplo mediante la distorsión de su rostro o de su voz). No estamos a favor de detenciones secretas, sino de preservar el debido equilibrio entre los intereses que el principio de publicidad pone en juego y, en ciertos supuestos, en tensión.[49] Perfecto Andrés ha señalado al respecto lo siguiente:

46 En el caso *Newspaper Co. vs. Superior Court,* 457 U.S. 596.

47 De hecho, los procedimientos que rigen la justicia para adolescentes (derivados del mandato del artículo 18 constitucional), pueden ser un parámetro atendible (en sentido positivo o negativo) para establecer las reglas de la publicidad y sus límites en el derecho penal de adultos. Sobre el tema puede verse Vasconcelos Méndez, Rubén, *La justicia para adolescentes en México*, México, UNICEF, UNAM, 2009.

48 Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 315.

49 De hecho, la propia reforma es muy clara al señalar que deberá existir un registro de detenciones en el artículo 16 párrafo cuarto. Habrá que discutir si ese registro puede ser

> Creo que en materia de proceso penal, el pesado gravamen que su sola instauración representa para el afectado no debería verse incrementado por la *pena* sobreañadida de la difusión de los datos que inducen una anticipación del juicio y muy perturbadores efectos dentro del mismo. Siquiera hasta la existencia de una hipótesis acusatoria suficientemente contrastada y madura, apta para determinar la apertura de aquél.[50]

Como puede verse, el principio de publicidad juega un papel de la mayor importancia en cualquier sistema procesal que busque respetar el debido proceso. Pero también puede poner en jaque diversos bienes y derechos de rango constitucional. Por eso es que estimamos prudente y oportuno que la fracción V del apartado B del artículo 20 constitucional haya reflejado la importancia del principio pero también haya reparado en la complejidad del tema, al grado de incluir sus posibles limitaciones desde el texto constitucional, reenviando para su detalle a la tarea legislativa y al criterio judicial para su aplicación concreta.

La publicidad o el derecho a un juicio público aparecen en distintos ordenamientos del derecho internacional de los derechos humanos. Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (1948), en cuyo artículo 11 se señala el derecho de toda persona acusada de haber cometido un delito "a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en *juicio público*…".

2. *Contradicción*

Sergio García Ramírez señala que "el contradictorio constituye un principio procesal de la más elevada trascendencia".[51]

El principio de contradicción significa, entre otras cuestiones, que todo lo que se aporte al juicio puede ser objeto de refutación y que las partes

consultado por cualquier persona o si se mantendrá cierta reserva; en caso de que se limite el acceso a la información que obra en el registro, se tendrá que discutir sobre la extensión temporal de la reserva. En todo caso, la interpretación que se haga de ese párrafo del artículo 16 constitucional por parte tanto del legislador como de los órganos aplicadores, deberá ponerse en armonía o cuando menos ponderarse con el artículo 6 párrafo segundo, fracción primera, que se refiere al principio general de publicidad de toda la información pública, así como al supuesto general de excepción, cuando existan razones de interés público así determinadas por la ley. Sobre el tema en general, Carbonell, Miguel, *El régimen constitucional de la transparencia*, México, UNAM, 2008.

50 Andrés Ibáñez, Perfecto, "Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?", *cit.*, p. 71.

51 García Ramírez, *La reforma penal constitucional*, *cit.*, p. 121.

tendrán a su disposición los mismos elementos para demostrar que les asiste la razón, sin que una parte tenga en sus manos la posibilidad de aportar pruebas de "mayor valor" o de "mayor peso" que la otra. La contradicción "quiere decir, en esencia, que la igualdad de las partes en el proceso y la consideración que ambas merecen, en aras de la justicia, obliga a dar a cada una oportunidades iguales para esgrimir sus pretensiones, probar sus afirmaciones y exponer sus razones".[52]

Es interesante hacer notar que una especie de aterrizaje de este principio general se encuentra tanto en las fracciones V como en la VI del apartado A del artículo 20 constitucional. En la primera de dichas fracciones dado que el texto de la carta fundamental señala expresamente, luego de establecer la carga de la prueba para quien endereza la acusación de acuerdo al respectivo tipo penal, que las partes tienen igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa.

La fracción VI por su parte señala de forma tajante que "ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución". Esta disposición es importante no solamente para mantener intacta la igualdad entre las partes y preservar su capacidad de "contradecir" lo que le diga al juzgador su contraria, sino también porque debería suministrar el mandato necesario para terminar con la no muy correcta práctica del llamado "alegato de oreja", el cual se ejerce en privado por las partes (o por una de ellas) sobre el juzgador. Estimamos que una recta administración de justicia debería impedir esas reuniones privadas, las cuales en ocasiones incluso se realizan fuera de las instalaciones de los juzgados. Las autoridades judiciales deberían evitar en la medida de lo posible el contacto con los litigantes fuera de los supuestos previstos legalmente.

Ferrajoli apunta que:

> En un sistema penal de tipo cognoscitivo, todos los actos en que se expresa el *principio de contradicción* —imputaciones, absoluciones, testimonios, confesiones, denuncias del coimplicado, reconocimientos, careos, requisitorias, alegatos defensivos, impugnaciones, excepciones, etcétera— equivalen a momentos de un conflictos entre verdades judiciales contrapuestas: es decir, entre aserciones que enuncian o sostienen hipótesis acusatorias y aserciones que las *contradicen*, confutando con ello no solo su verdad, sino también la validez de los preceptos en que se apoyan.[53]

52 García Ramírez, *La reforma penal constitucional*, *cit.*, pp. 121 y 122.

53 Ferrajoli, *Derecho y razón*, *cit.*, p. 543.

La efectiva realización del principio de contradicción requiere no solamente de un instrumental legislativo que lo ponga en claro y detalle su alcance, sino también de ciertas habilidades discursivas y analíticas por parte de los participantes en las audiencias del juicio oral. Va a ser del todo relevante que tanto el abogado defensor como la parte acusadora dominen las técnicas del interrogatorio y contra-interrogatorio. Para ello será esencial la capacitación que se proporcione tanto en las escuelas y facultades de derecho como en las instituciones encargadas de preparar a los jueces y a los ministerios públicos.

La audiencia oral ofrece varios momentos en los que toma forma el principio de contradicción. Por ejemplo, en el momento de la declaración inicial, en el que intervienen —en ese orden— la parte acusadora y la defensa. Lo mismo sucede, de manera primordial, en el momento en que se presentan las pruebas, en donde nuevamente hay espacio para la refutación.[54] Y finalmente en el espacio reservado a los alegatos, que también deben presentar tanto la parte acusadora como la defensa.

Las partes deben desarrollar destrezas que les permitan tener una buena actuación en la audiencia oral y de esa manera realizar vigorosamente en la práctica el principio de contradicción. A continuación ofrecemos algunas sugerencias para que se tenga un mejor desempeño en la audiencia oral, en el entendido de que se trata de consideraciones de sentido común para cuya formulación no se requiere de mayor ciencia ni pericia (aunque sí, tal vez, para su puesta en práctica):

- Las partes deben dirigirse al juez o tribunal de manera respetuosa y guardando siempre las formalidades; la audiencia es un momento ritual.
- Hay que hablar en voz alta y clara, evitando las "muletillas" y los circunloquios.
- Hay que mantener contacto visual con el juez, a fin de inspirar seguridad y confianza; lo mismo se aplica respecto de los testigos a los que se va a interrogar.
- Hay que evitar la lectura de documentos en la audiencia; lo ideal es tener todo el caso memorizado en sus cuestiones más importantes. Si no fuera así, es necesario preparar una "guía" con los puntos básicos sobre los que se va a construir el discurso, incluyendo el interrogatorio que se va a aplicar durante la audiencia.

54 Recordemos que la fracción III del apartado A del artículo 20 constitucional señala que "para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio".

- Hay que escuchar con atención a la contraparte; lo que diga será de gran utilidad al momento del contrainterrogatorio. Hay que tomar nota de sus afirmaciones.
- Identifique las fortalezas o debilidades de un testigo, tanto respecto a su credibilidad personal como por lo que haya manifestado en la audiencia. Tenga presente los antecedentes del testigo, sus posibles intereses en el caso, la relación con el acusado o con la parte acusadora, su relación con el ministerio público, la lógica de lo que dice, la forma en que presta testimonio. Repare en aquello que el testigo no está diciendo (las lagunas en un testimonio deben ser aprovechadas, al igual que lo que sí dijo el testigo).
- Vaya conduciendo al testigo a los puntos que a usted le interesan, pero evite las preguntas sugestivas, capciosas o confusas; la claridad es siempre un valor muy apreciable. No pierda el rumbo del interrogatorio.
- Distinga, según las necesidades del caso, cuándo es mejor formular preguntas más abiertas y cuándo es mejor formular preguntas cerradas. Las primeras se refieren a hechos muy generales. Una pregunta abierta sería por ejemplo: "¿en qué circunstancias conoció usted a la víctima?", mientras que una pregunta cerrada sería del tipo: "¿de qué color era el vehículo que atropelló a la víctima?".
- Trate al testigo con respeto y permita que presente su explicación.
- Cuando sea necesario utilice apoyos visuales para enfatizar o aclarar un punto. Por ejemplo para explicar la ubicación física del acusado, la víctima y los testigos en el lugar de los hechos. Un apoyo visual puede ser, en ciertos casos, un medio de prueba (por ejemplo, el arma homicida). También pueden utilizarse fotografías, croquis, etcétera. Algunos de estos materiales pueden incluso llegar a ser reconocidos por los testigos durante la audiencia, en particular para el caso de los peritos.
- Vaya controlando el tiempo de sus intervenciones, evitando que se le acabe el espacio para exponer cuando todavía no ha tocado los puntos esenciales que demuestren su tesis. Recuerde que el tiempo de los jueces y la duración de las audiencias no son infinitos.
- En los alegatos concéntrese en las pruebas, vinculándolas con lo que señala la ley respecto de su pertinencia y de la valoración que el juez o tribunal les debe dar; sugiera al juez el peso que a cada prueba le corresponde, así como la manera en que sería justo que se emitiera la sentencia. La presentación de alegatos no es un concurso de opiniones: se trata de discutir lo que se ha ventilado en la audiencia. Hay que atenerse a lo probado; un buen alegato se basa en hechos y más hechos, no en discursos teóricos o en la exposición de su personal criterio sobre el caso.

En distintas publicaciones sobre juicios orales pueden encontrarse casos reales o ficticios en los que se reproducen interrogatorios y contrainterrogatorios.[55] Es importante tenerlos presente para aprender la manera en que se debe preguntar y para comprender los puntos finos que se deben tener presente en el desahogo de las pruebas presentadas en la audiencia.

En todo caso, los estudiantes y profesores de derecho mexicanos debemos tener claro que litigar juicios orales requiere de una formación específica y de una disciplina que, por lo pronto, nos son en buena medida ajenas. La disciplina que se requiere

> está lejos de consistir en técnicas de oratoria o desarrollos de la capacidad histriónica, como los prejuicios de nuestra comunidad jurídica suelen creer. En cambio, subyace la idea de que el juicio es un ejercicio profundamente estratégico y que, en consecuencia, comportarse profesionalmente respecto de él consiste –en particular para los abogados, aunque esta visión también altera radicalmente la actuación de los jueces- en construir una teoría del caso adecuada y dominar la técnica para ejecutarla con efectividad.[56]

3. *Concentración*

El principio de concentración supone que la mayor parte de los actos procesales se van a realizar en una sola audiencia (idealmente) o en un número muy reducido de actuaciones procesales, lo que va a permitir que el proceso se abrevie lo más posible.

Fix-Zamudio apunta, sobre este principio, que "significa, en esencia, que el procedimiento no debe fragmentarse en diversas etapas preclusivas, lejanas en el tiempo unas de otras y con constantes impugnaciones de numerosos actos procesales intermedios, como ocurre con el proceso predominante o exclusivamente escrito, el que se prolonga excesivamente en el tiempo".[57] Para resguardar adecuadamente la concentración el mismo autor señala que:

> En las fases orales del proceso debe predominar la reunión o condensación del procedimiento en una o varias audiencias orales, en las cuales las partes, en presencia y orientación del juez o tribunal, presenten y desahoguen sus

55 Véase, por ejemplo *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano: lecturas complementarias, cit.,* pp. 135 y ss., así como Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, México, FCE, 2005, pp. 106 y ss.

56 Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal...*, *cit.*, 31.

57 Fix Zamudio, "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", *cit.*, p. 217.

medios de convicción y formulen verbalmente sus alegatos finales, y si es posible en la audiencia final se dicten los puntos resolutivos del fallo respectivo.[58]

4. *Continuidad*

El principio de continuidad indica que las actuaciones judiciales (y, sobre todo, la audiencia principal del proceso) no deben ser interrumpidas, sino que deben agotarse todos los temas a examinar una vez que han dado comienzo. De esta manera se intenta evitar la práctica de interrumpir testimonios o audiencias debido a un sinnúmero de causas, lo que a la postre termina alargando innecesariamente los procesos. Obviamente, el principio de continuidad resulta indispensable para realizar en la práctica el principio de concentración; ambos principios guardan una estrecha relación y se puede decir que uno es condición necesaria para que exista el otro y viceversa.

5. *Inmediación*

El principio de inmediación indica que el juez debe estar presente en la audiencia y dicha presencia debe ser, obviamente, física y no remota, y además debe ser continua. Si el juez se ausenta o de plano no acude a la audiencia, todo lo actuado es nulo de pleno derecho. De esta manera los jueces tendrán un conocimiento más cercano del caso y no podrán emitir sus fallos con la única guía de un frío expediente y del correspondiente proyecto que les prepare algún secretario. Este principio se encuentra reforzado por la fracción II del apartado A del propio artículo 20 constitucional que señala: "II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera lógica y libre".

Sobra decir que la puesta en práctica de este principio requerirá de profundos cambios en la organización del trabajo judicial. En la última parte de este libro haremos referencia a algunos de estos cambios, pero de momento vale la pena apuntar que el principio de inmediación tomado en serio requiere, como lo ha señalado García Ramírez, que los jueces cuenten con el tiempo y la preparación que son necesarios para conducir una audiencia[59]; lo mismo puede decirse respecto de los demás involucrados en el desarrollo de la audiencia, pues sería ingenuo suponer que el éxito de la misma depende

58 *Idem.*

59 García Ramírez, *La reforma penal constitucional*, *cit.*, p. 124.

solamente del juez o tribunal. Lo cierto es que el correcto desarrollo de las audiencias depende también del grado de compromiso, profesionalismo y preparación de las demás partes.

La realización del principio de inmediación requiere, para empezar, que se cuente con la infraestructura que permita, con la comodidad y dignidad debidas para el desarrollo de los correspondientes actos rituales, la presencia física de las partes.

IV. Principio de exclusión de prueba ilícitamente obtenida

La fracción IX, apartado A, del artículo 20 incorpora a nivel constitucional un principio que ya figuraba en varios códigos de procedimientos penales y que es muy conocido en el derecho comparado. Nos referimos al principio de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente.[60] En el caso específico de la fracción mencionada se establece que dicha ilicitud acontece cuando la prueba se obtiene violando derechos fundamentales y además se señala que la consecuencia será la nulidad de la misma, es decir su inexistencia para cualquier efecto jurídico dentro del proceso penal respectivo o en cualquier otro que se inicie con posterioridad.

La justificación de la norma contenida en la fracción IX se encuentra en el hecho de que las autoridades no deben violar derechos fundamentales en el curso de una investigación y, si lo hacen, dicha violación debe ser "neutralizada" dentro del proceso, con independencia de la responsabilidad concreta a la que pueden hacerse acreedores los agentes responsables de la misma. De otro modo los agentes de la autoridad contarían con buenos incentivos para investigar violando derechos fundamentales.

Y no sólo eso, sino que además se estaría permitiendo una doble violación de derechos: una primera a través de la obtención de la prueba ilícita (por ejemplo a través de la entrada en un domicilio sin orden judicial o de la intercepción de comunicaciones privadas), y una segunda a través del uso de ese material en un proceso, en perjuicio de la víctima de la primera violación. El principio que estamos analizando atañe solamente a la segunda violación; la primera tendrá que ser reparada y sancionada por medio de los cauces procesales correspondientes.

El principio de nulidad de la prueba ilícita se proyecta tanto a lo que los procesalistas llaman "actividad probatoria", como a la prueba misma. La

[60] Carbonell, Miguel, "Sobre el principio de exclusión de pruebas ilícitamente obtenida", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, cuarta época, núm. 7, enero-febrero de 2009, pp. 191-196.

actividad probatoria comprende: *a*) los actos procesales y extra-procesales por medio de los cuales se obtiene información que puede ser relevante dentro de un proceso; *b*) los actos de incorporación de tales elementos dentro del proceso (aportación de fuentes y proposición de medios de prueba); *c*) los actos procesales por los que se extrae y se pone ante el juzgador la información contenida en tales fuentes, y *d*) el proceso de valoración de esa información por parte del juez.[61]

El principio de nulidad de la prueba ilícitamente obtenida se conoce también como *exclusionary rule* y ha sido notablemente desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, que lo define como la regla:

> Según la cual los materiales probatorios (*evidence*) obtenidos por las fuerzas del orden público mediante acciones de investigación criminal que vulneren los derechos procesales constitucionales reconocidos por las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta o Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valorados por el juzgador en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, a efecto de la determinación o prueba (*proof*) de la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados.[62]

El precedente fundamental en los Estados Unidos es el caso *Weeks versus United States* de 1914, aunque la teoría de la nulidad de la prueba ilícita no se impone por completo sino hasta la década de los años sesenta. El señor Weeks había sido objeto de una violación constitucional toda vez que agentes federales y estatales habían interceptado sin orden judicial su correspondencia, en la que se transportaban billetes de lotería (lo cual estaba prohibido). La Corte, por votación unánime, estimó que se violó en su

61 Fidalgo Gallardo, Carlos, *Las "pruebas ilegales": de la* exclusionary rule *estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, CEPC, 2003, p. 12.

62 Fidalgo Gallardo, *Las "pruebas ilegales"*, *cit.*, p. 49. Las enmiendas V y VI señalan lo siguiente: Enmienda V: "Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compeliera a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización"; Enmienda VI: "En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda".

perjuicio la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y abrió una senda jurisprudencial que en las décadas posteriores tuvo un gran desarrollo. La Enmienda Cuarta tiene el siguiente texto:

> El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.[63]

De la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida deriva la teoría del "fruto del árbol envenenado", según la cual es nulo también todo lo que derive de una prueba obtenida ilícitamente, siempre que entre la violación inicial y las pruebas adicionales haya una conexión lógica.

El precedente relevante en este punto dentro de la jurisprudencia norteamericana es *Wong Sun versus United States*, de 1963, en el que la Suprema Corte tuvo que decidir sobre un caso en el que la policía había entrado ilegalmente en un domicilio; del registro de la vivienda derivó no solamente la obtención de pruebas diversas y la detención de un sospechoso, sino también el levantamiento de declaraciones que permitieron abrir nuevas líneas de investigación. La Corte estimó que la nulidad afectaba no solamente a las pruebas obtenidas directamente, sino también a las evidencias que derivaran de las declaraciones obtenidas gracias a una violación de derechos fundamentales.[64]

La cuestión importante para la comprensión de la doctrina de los frutos del árbol envenenado es determinar la conexión lógica entre una primera violación de derechos y lo que de ella puede derivar.

En la jurisprudencia norteamericana se han desarrollado ciertos estándares que permiten aceptar que, bajo ciertas circunstancias, no hay conexión lógica entre una primera violación de derechos y otros elementos de prueba que pretendan presentarse a juicio; entre dichos estándares se encuentran: *a*) la teoría de la fuente independiente, *b*) el principio de conexión atenuada, y *c*) la regla del descubrimiento inevitable.

De acuerdo con la teoría de la fuente independiente, serán aceptables en juicio las pruebas que derivan de una fuente que no haya sido "contaminada" por una actuación policiaca violatoria de derechos fundamentales.

63 Cabe hacer notar que esta Enmienda guarda cierto parecido con algunas disposiciones del artículo 16 de la Constitución mexicana.

64 Fidalgo Gallardo, *Las "pruebas ilegales"*, *cit.*, p. 436.

Un precedente importante en esta definición se encuentra en *Silverthone Lumber Co. Versus United States*, de 1920. En realidad no estamos frente a una teoría que limite el principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, sino frente a un ámbito exento del mismo, toda vez que la prueba en cuestión no está relacionada lógicamente (por derivar de una fuente independiente, "limpia") con una cierta violación de derechos fundamentales.

Según la teoría de la conexión atenuada, se considera que no es aplicable la regla de exclusión cuando la distancia entre la prueba viciada y un segundo elemento de prueba no permita considerar que la primera afecta al segundo, de forma que la mancha original haya sido "borrada". Así lo sostuvo la Suprema Corte estadounidense en *Nardone versus United States*, de 1939, y en el ya citado caso de *Wong Sun versus United States*.

Hay ciertos elementos que la teoría procesal penal norteamericana ha ido reconstruyendo para advertir cuando una "mancha" ha sido en efecto limpiada y no afecta a la admisión de pruebas dentro de un proceso. Entre tales factores se menciona:[65] *a*) el tiempo transcurrido entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas (si el tiempo es mayor existen más probabilidades de que un tribunal admita la prueba derivada); *b*) los acontecimientos que intervienen entre la primera ilegalidad y la obtención de las pruebas derivadas (si la cadena lógica es muy extensa, es más probable que la prueba sea admitida; si tal cadena es corta, dada la inmediatez de la obtención de la prueba derivada, la inadmisión es más que probable); *c*) la gravedad de la violación originaria, dentro de la cual se aplica la máxima según la cual si el árbol está más envenenado, será más difícil que sus frutos estén sanos; *d*) la naturaleza de la prueba derivada.

La teoría del descubrimiento inevitable permite admitir una prueba a juicio, aunque haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiera producido incluso sin la existencia de la primera, de forma inevitable. Esta teoría fue asumida por la Suprema Corte de los Estados Unidos en la sentencia *Nix versus Williams*, de 1984.

Las tres teorías que hemos brevemente apuntado suponen limitaciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Hay también que considerar que la regla de exclusión está limitada por la excepción de buena fe, la cual se configura cuando un agente de policía actúa de buena fe, pero viola un derecho fundamental. Esta excepción ha sido admitida por la Corte estadounidense en su sentencia *United States versus Leon*, de 1984. Se trata de una excepción que se aplica en caso de que un agente de la autoridad realice un registro o una detención sobre la base de una orden judicial que él pensaba

65 Fidalgo Gallardo, *Las "pruebas ilegales"*, *cit.*, pp. 441 y 442.

que era válida, pero que luego se demuestra que carecía de los elementos legales que debían acompañarla.

Ahora bien, la propia jurisprudencia ha limitado a esta limitación (configurando una especie de "límites de los límites" o "límites de la excepción"). No podrá argumentarse que hubo buena fe por parte de los agentes de la autoridad:

a) Cuando la autorización judicial derivó de una declaración jurada falsa del propio agente o de uno de sus superiores (*Franks versus Delaware*, de 1979).
b) Cuando el juez en cuestión carece de neutralidad respecto al caso (*United States versus Leon*, ya mencionado).
c) Cuando faltan indicios suficientes en la declaración jurada (*Illinois versus Gates*, de 1983).
d) Cuando la orden es omisa por lo que hace a la particularidad de la delimitación del ámbito de la autorización a la policía, lo cual acontece cuando se da una orden genérica de cateo, sin señalar lo que se debe buscar o el lugar preciso en que se debe realizar la búsqueda (*Massachusetss versus Sheppard*, de 1984).
e) O bien, para terminar, cuando existen defectos en la ejecución de la orden judicial que autoriza un registro (de nuevo en *United States versus Leon*).

Como puede verse de lo que llevamos dicho, el principio de nulidad establecido en la fracción IX del apartado A del artículo 20, aunque breve en su enunciación constitucional, contiene una enorme complejidad y tendrá que ser puntualmente desarrollado por los jueces y tribunales que conocerán de causas penales. En todo caso, no sobra apuntar que dichos órganos judiciales deberán tomar en serio el citado principio, a fin de que nuestros procedimientos penales no abran la oportunidad a los agentes de la autoridad para violar derechos fundamentales, como ha sucedido de manera masiva durante décadas. Es momento, a partir de la reforma constitucional, de elevar el nivel de exigencia de las autoridades, las cuales pueden y deben actuar de forma respetuosa con los derechos, como sucede en la mayor parte de los países democráticos. La incorporación del principio de nulidad de la prueba ilícitamente obtenida a nivel constitucional es una oportunidad para policías, jueces y hasta para los académicos, que también tendrán que hacer su parte en la configuración de tal principio.

V. Presunción de inocencia

La fracción I del apartado B del artículo 20 constitucional señala que toda persona imputada tiene derecho "a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa".

Como se sabe, uno de los principios básicos del derecho penal moderno y del derecho constitucional en la medida en que tiene por objetivo preservar la libertad, es la presunción de inocencia. Se trata de una cuestión central para cualquier análisis que se quiera hacer del sistema de derechos fundamentales que, en materia penal, rige en México.

La presunción de inocencia significa, para decirlo de forma sintética, que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista una sentencia firme de autoridad competente en la que se le tenga como responsable de la comisión de un delito; Ferrajoli al respecto apunta que

> Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni ser sometido a pena.[66]

A partir de esa presunción se deben desarrollar una serie de previsiones legislativas para asegurar que mientras la sentencia condenatoria no exista, se le causen las menores molestias posibles al inculpado, sobre todo mientras dura el juicio en su contra. Por ejemplo, la presunción de inocencia obliga al legislador a limitar la posibilidad de la prisión preventiva a aquellos casos verdaderamente graves, en los que la persona que ha sido detenida supone un riesgo cierto y objetivo para los fines que deben alcanzarse mediante el proceso judicial.

Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrrajoli apunta que:

> —si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias— la presunción de inocencia no sólo es una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa "seguridad" específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica "defensa" que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.[67]

66 *Derecho y razón*, *cit.*, p. 549.

67 *Ibidem*, p. 549.

En concreto, la restricción del uso de la prisión preventiva deriva del principio de presunción de inocencia, pero también de la idea iluminista de acuerdo con la cual solamente se puede privar de la libertad de una persona por orden judicial, luego de seguido un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad: en eso consiste el principio de jurisdiccionalidad que es esencial para cualquier modelo de juicio que se quiera mínimamente garantista.

La presunción de inocencia está también reconocida por los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone en su párrafo primero que: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". En el mismo sentido, el artículo 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

Es importante señalar que la presunción de inocencia, como principio estructurador tanto de la manera de juzgar como del tratamiento que se le debe dar al procesado, debe oponerse incluso frente al criterio mayoritario que pueda expresarse dentro del tejido social respecto de un proceso en lo particular. Ya se habló, al analizar el principio de publicidad, de la incidencia que tienen los medios de comunicación respecto a la percepción social de los procesados y de la actuación de las partes involucradas en un juicio. Por eso es que debe tenerse siempre presente, sobre todo por parte de los jueces, la presunción de inocencia entendida como derecho fundamental, de lo que deriva su carácter contramayoritario. Para decirlo con Ferrajoli: "Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano".[68]

[68] *Ibidem*, p. 544.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

LAS ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES EN MÉXICO

José Ovalle Favela*

Sumario: I. *El reconocimiento de los derechos de los consumidores*. II. *Los derechos en la Ley Federal de Protección al Consumidor.* III. *Las acciones colectivas y de grupo*.

I. El reconocimiento de los derechos de los consumidores

Ha sido a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando se empezaron a reconocer los derechos de los consumidores, como consecuencia de los movimientos y protestas de los mismos (*consumerism*).

Desde la primera mitad del siglo XX se manifestaron los primeros movimientos de los consumidores, que reclamaron nuevas regulaciones sobre cuestiones específicas, particularmente en los Estados Unidos de América.[1] El movimiento inicial se desarrolló en el primer decenio del siglo XX y fue provocado, entre otros factores, por el aumento de los precios, los escritos polémicos de Upton Sinclair y los escándalos relativos a las sustancias farmacéuticas. Este movimiento culminó con la aprobación de la *Pure Food and Drug Act* de 1906 (Ley sobre la Genuinidad de las Sustancias Alimenticias y Farmacéuticas), del *Meat Inspection Act* del mismo año (Ley sobre Inspección de Carne) y con la creación, en 1914, de la *Federal Trade Commission* (Comisión Federal para el Comercio).

La segunda protesta de los consumidores tuvo lugar sobre la mitad del decenio de los treinta y fue motivada por el desmesurado incremento de los precios al consumidor en plena depresión económica, el escándalo de la sulfanilamida y la huelga de las amas de casa en Detroit. Culminó con las

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; profesor en el Departamento de Derecho del ITAM, e integrante de la Junta Directiva del Instituto Federal de la Defensoría Pública. Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal.

[1] La exposición del desarrollo de los movimientos de los consumidores, se basa sustancialmente en la excelente obra de Guido Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Bari, 1995, pp. 3 y 4.

reformas para fortalecer la *Pure Food and Drug Act* y con la ampliación de los poderes normativos de la Comisión Federal para el Comercio, a fin de combatir las actividades y las prácticas ilícitas o fraudulentas.

Por último, el tercer movimiento de los consumidores se inició a la mitad del decenio de los sesenta y es el resultado de una compleja convergencia de circunstancias, de las cuales una de las más importantes es el contraste entre las prácticas habituales del comercio y los intereses a largo plazo de los consumidores. Los orígenes de este movimiento se hacen remontar a diversos factores, entre los que se mencionan a Ralph Nader, el escándalo de la talidomida, el aumento de los precios y la acción de los medios masivos de comunicación.

El 15 marzo de 1962, el presidente John F. Kennedy saludó el establecimiento de una legislación susceptible de asegurar el pleno ejercicio de los derechos de los consumidores: el derecho a la seguridad, a ser escuchado, a ser informado y a elegir libremente.[2] El presidente Kennedy propuso el *derecho a ser informado*, como un derecho fundamental de los consumidores, el cual ha sido la base para muchas batallas en defensa de los intereses de los consumidores. Las cuestiones que se han debatido sobre este tema comprenden, entre otros aspectos, el derecho a conocer el verdadero costo de los intereses en las operaciones a crédito; el costo real por unidad de productos de diversas marcas en competencia; los ingredientes fundamentales de un producto; las cualidades nutritivas de los productos alimenticios, las fechas de su elaboración, así como sus respectivas fechas de caducidad, etcétera.[3]

En el decenio de los sesenta el movimiento de los consumidores se extendió también a los países europeos. Surgieron asociaciones privadas de consumidores; se imprimieron revistas y artículos en defensa de los consumidores; aparecieron las primeras transmisiones radiofónicas y televisivas dedicadas a la información y educación de los consumidores; se realizaron congresos, mesas redondas, debates sobre la posición del consumidor y sus derechos, y, en fin, se crearon organismos administrativos para la tutela de los intereses de los consumidores en Francia, Inglaterra, Suecia y Holanda.[4]

En 1973 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa aprobó de la Carta Europea de Protección de los Consumidores. Esta Carta reconoció

[2] *Cfr.* Calais-Auloy, Jean y Steinmetz, Frank, *Droit de la consommation*, 5a. ed., París, Dalloz, 2000, p. 2, y Gómez Calero, Juan, *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 24.

[3] Alpa, *op. cit.*, p. 5

[4] *Ibidem*, p. 6.

cuatro derechos fundamentales: *a*) el derecho a la protección y a la asistencia de los consumidores; *b*) el derecho a la reparación del daño que resienta el consumidor por la circulación de productos defectuosos, o por la difusión de mensajes engañosos o erróneos; *c*) el derecho a la información y a la educación, y *d*) el derecho de los consumidores a organizarse en asociaciones y a ser representados en diversos organismos, para expresar opiniones sobre decisiones políticas y económicas inherentes a la disciplina del consumo. La Carta fue el primer documento que reconoció los derechos de los consumidores; fue el modelo que guiaría a los ordenamientos de los países miembros de la Comunidad Económica Europea, actualmente Unión Europea, aunque también lo haría con otros ordenamientos.

El 14 de abril de 1975 el Consejo de las Comunidades Europeas aprobó el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información a los Consumidores, que reordenó en forma sistemática todas las iniciativas para la tutela del consumidor. En el Programa se reconocieron los siguientes cinco derechos fundamentales del consumidor: *a*) el derecho a la protección de la salud y la seguridad; *b*) el derecho a la protección de los intereses económicos; *c*) el derecho a la reparación de los daños; *d*) el derecho a la información y a la educación, y *e*) el derecho a la representación (derecho a ser escuchado).[5]

Estos cinco derechos fundamentales fueron confirmados por un segundo Programa de una Política de Protección e Información de los Consumidores, adoptado por el Consejo de las Comunidades Europeas el 19 de mayo de 1981.[6] Los fundamentos jurídicos de la política de protección a los consumidores fueron incorporados al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en virtud de lo estipulado en el punto 17 del artículo G del Tratado sobre la Unión Europea, firmado en Maastricht, Holanda, el 7 de febrero de 1992. La reforma incorporó al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el título XI, con el epígrafe "Protección de los consumidores", el cual comprende el artículo 129 A (este título pasó a ser el XIV y el artículo ahora es el 153, en virtud de la reordenación estipulada en el Tratado de Amsterdam, que entró en vigor el 1o. de mayo de 1999).[7]

[5] *Ibidem*, pp. 24-26. El texto, tanto de la resolución del 14 de abril de 1975 como del programa, fue publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 092, del 25 de abril de 1975, el cual puede consultarse en *http://europa.eu.int*.

[6] Cfr. Louis Cartou, *L'Union européenne*, París, Dalloz, 1994, pp. 415 y 417.

[7] *Ibidem*, p. 417, y Alpa, *op. cit.*, p. 30. El artículo 129 A del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, adicionado conforme al Tratado de Maastrich (actualmente artículo 153, en virtud del Tratado de Amsterdam), dispone lo siguiente:

El 29 de octubre de 2004 los jefes de Estado de los países miembros de la Unión Europea firmaron, en Roma, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cuya entrada en vigor quedó sujeta a los procedimientos de ratificación constitucional de cada uno de los Estados miembros. Este Tratado no entró en vigor en virtud de que en los referendos llevados a cabo en Francia y los Países Bajos aquél no fue aprobado. En su lugar, los jefes de Estado de los 27 países miembros firmaron en Lisboa, el 13 de diciembre de 2007, el Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En este último se conservó el título XIV, *Protección de los consumidores*, y sólo se cambió la numeración del artículo 153, que ahora pasó a ser el 169. El Tratado de Lisboa, como se le conoce oficialmente, quedó sujeto también a la ratificación de los Estados miembros.[8]

Por otra parte, como resultado de las gestiones que realizó la *International Organization of Consumer Unions* (*IOCU*, que después se convertiría en la *Consumers International*), la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 9 de abril de 1985 la resolución 39/248, que establece las Directrices para la Protección al Consumidor, las cuales son un conjunto de bases sobre las cuales los Estados miembros deben desarrollar sus políticas y leyes de protección al consumidor. Las directrices vienen a dar a los derechos del consumidor un carácter universal, que rebasa el ámbito europeo

"1. La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante:

a) medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de realización del mercado interior;

b) acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger *la salud, la seguridad y los intereses económicos* de los consumidores, y de garantizarles *una información adecuada*.

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 189 B y previa consulta al Consejo Económico y Social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1.

3. Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión". Cfr. José Antonio Corrientes Córdoba, "La protección de los consumidores en la Europa comunitaria: de los tratados fundacionales al de la Unión Europea".

Estudios sobre el derecho de consumo, 2a. ed., Bilbao, Iberdrola, 1994, pp. 20 y 21.

El texto tanto de la resolución como del programa fue publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* núm. C092 del 25 de abril de 1975, y puede consultarse en el sitio de Internet *http://europa.eu.int*.

[8] El texto del Tratado se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* del 17 de diciembre de 2007, y se puede consultar en el sitio de Internet indicado al final de la nota anterior.

que se les reconoció en la Carta de 1973 y en el Programa preliminar de 1975.

Las directrices reconocen en forma implícita los siguientes seis derechos fundamentales de los consumidores: *a*) la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad; *b*) la promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; *c*) el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual; *d*) la educación del consumidor; *e*) la posibilidad de compensación efectiva al consumidor, y *f*) la libertad de constituir grupos u otras organizaciones de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que les afecten.[9]

II. Los derechos en la Ley Federal de Protección al Consumidor

La Ley Federal de Protección al Consumidor del 22 de diciembre de 1992, que abrogó a la de 1975 y se encuentra actualmente en vigor, tomó como base los derechos fundamentales reconocidos en el *Programa preliminar* de 1975 y en las Directrices de 1985, así como los derechos básicos establecidos en el artículo 6o. del *Código de Defensa del Consumidor* brasileño,[10] pero sustituyó la expresión *derechos básicos* por la de *principios básicos*. No parece acertado este cambio, pues, por un lado, la ley mexicana no hace sino recoger los *derechos fundamentales* y los *derechos básicos* reconocidos en los documentos mencionados, y por el otro, la expresión principios básicos no parece corresponder a lo que en nuestro ordenamiento se entiende por principios generales del derecho, en los términos establecidos en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución.[11] Pero aun en el supuesto de que realmente

[9] La versión en español de la resolución y las directrices puede consultarse en Stiglitz, Gabriel A., *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 110-120, así como en *http://www.un.org*.

[10] El Código de Defensa del Consumidor del Brasil (Ley Federal número 8,078, del 11 de septiembre de 1990), en su artículo 6o. reconoce como *derechos básicos del consumidor*, los cuatro siguientes, en términos muy similares a los establecidos en el *Programa preliminar* y en las *Directrices*: *a*) el derecho a la protección de la salud y la seguridad (aunque también se agrega la *protección a la vida*, que lógicamente se encuentra implícita en la salud y la seguridad); *b*) *e*l derecho a la educación; *c*) el derecho a la información, y *d*) el derecho a la prevención y reparación de los daños. Sobre este ordenamiento, véase Ada Pellegrini Grinover *et al*., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, 2a. ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Forense Universitaria, 1992, pp. 60-73.

[11] *Cfr*. Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 3a. ed., México, Oxford University Press, 2007, pp. 71-80.

se tratara de principios básicos, es evidente que de los mismos derivarían derechos básicos para los consumidores, por lo que el cambio introducido en la ley de 1992, además de ser inexacto, es irrelevante. Por estas razones estimamos que se puede afirmar que el artículo 1o. de esta ley reconoce en sentido estricto los derechos básicos del consumidor.

Confirma esta opinión el último párrafo del artículo 1o. de la Ley Federal de Protección al Consumidor, cuyo contenido proviene del artículo 7o. del Código brasileño, y en el que se dispone que los *derechos* previstos en esa ley no excluyen los que deriven de tratados o convenciones internacionales de los que México sea signatario; de la legislación interna ordinaria; de reglamentos expedidos por las autoridades administrativas competentes; así como de los que deriven de los principios generales del derecho, la analogía, las costumbres y la equidad. De modo que lo que enumera el artículo 1o. de la Ley Federal de Protección al Consumidor son "derechos básicos" y no principios.

En este precepto se reconocen los siguientes "derechos básicos":

1) *El derecho a la protección de la vida, la salud y la seguridad del consumidor* contra los riesgos provocados por prácticas en el abastecimiento de productos o servicios considerados peligrosos o nocivos (fracción I).
2) *El derecho a la educación y divulgación* sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la *libertad para escoger* y la *equidad en las contrataciones* (fracción II).
3) *El derecho a la información* adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen (fracción III).
4) *El derecho a la efectiva prevención y reparación de daños* patrimoniales y morales, individuales o colectivos (fracción IV).
5) *El derecho de acceso a los órganos administrativos* con el objeto de prevenir daños patrimoniales y morales, individuales y colectivos, y garantizar la protección jurídica, económica, administrativa y técnica a los consumidores (fracción V).
6) *El derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores*, que en la Ley Federal de Protección al Consumidor se expresa en forma específica en la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra las prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios (fracción VII).

En la fracción VI se incluye el "otorgamiento de información y facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos", pero no se precisa en qué pueden consistir esas "facilidades", a diferencia del Código de Defensa del Consumidor brasileño, en el que se indica que estas facilidades incluirán "la inversión de la carga de la prueba" a favor del consumidor, "cuando, a criterio del juez, fuere verosímil la alegación o fuere suficiente, según las reglas ordinarias de la experiencia". Por esta razón, el enunciado de la fracción VI no parece tener un sentido específico.

Es claro que la clasificación de los derechos fundamentales del consumidor que se hace en el Programa preliminar de 1975 y en las Directrices de 1985, o de los derechos básicos en el Código brasileño de 1990 y en la Ley Federal de Protección al Consumidor de 1992, tiene sobre todo un sentido convencional y analítico, pues existen regulaciones que pueden comprender más de un tipo de derecho, como, por ejemplo, cuando se protege la salud y la seguridad a través de la obligación impuesta al proveedor de informar al consumidor sobre los riesgos que puedan presentar productos o servicios peligrosos o nocivos. La ubicación de esta regulación dependerá del mayor énfasis que se otorgue al derecho protegido (la salud y la seguridad) o al medio empleado para asegurarlo (la información), aunque tal regulación finalmente no dejará de incluir a ambos tipos de derechos.

Por otro lado, en la medida en que un ordenamiento jurídico protege la salud y la seguridad de los consumidores, sus intereses económicos, así como su derecho a la educación y a la información, tales intereses de los consumidores devienen necesariamente en intereses jurídicos, en cuanto intereses tutelados por el derecho. Pero la clasificación de los derechos de los consumidores tiene como finalidad destacar el contenido específico, no el jurídico, de los intereses protegidos.

Sin desconocer que todos los intereses de los consumidores protegidos por el ordenamiento jurídico tienen finalmente carácter jurídico, se puede afirmar que existe un conjunto de *derechos e intereses jurídicos* que no tienen en sí un contenido exclusivamente económico, ni constituyen un derecho a la salud y a la seguridad, ni un derecho a la educación ni a la información, sino que vienen a ser un medio o un instrumento para dar eficacia y firmeza a los demás intereses y derechos del consumidor. Dentro de esta categoría se encuentran, entre otros, el derecho al *cumplimiento de lo ofrecido o lo convenido* con el consumidor, el derecho a la *indemnización de los daños y perjuicios* y el derecho de *acceso a los órganos jurisdiccionales y administrativos*, a los cuales podríamos agrupar bajo el rubro de *derecho a la protección de los intereses jurídicos de los consumidores*. Este es un

derecho que funciona como *medio o instrumento* para asegurar la eficacia de los demás derechos del consumidor.

El decreto que reformó y adicionó la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de febrero de 2004, reconoció expresamente el derecho a la protección de los intereses jurídicos, en la fracción IX, que agregó al artículo 1o., que señala como "principio" básico en las relaciones de consumo: "El respeto a los derechos y obligaciones derivadas de las relaciones de consumo y las medidas que garanticen su efectividad y cumplimiento".

III. Las acciones colectivas y de grupo

A partir de la segunda mitad del siglo XX se ha venido difundiendo el estudio y la regulación de las acciones colectivas y de grupo. La complejidad de la sociedad moderna y el desarrollo de las relaciones económicas con base en la producción y comercialización en serie de bienes y servicios, dan lugar a situaciones en las cuales determinadas actividades pueden afectar los intereses de una comunidad o de un grupo de personas, los cuales no encuentran una solución adecuada a través de acciones individuales.

La protección del medio ambiente y la salud; la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural; la protección de los intereses de los consumidores frente a los productos peligrosos o nocivos, la publicidad engañosa, las prácticas y cláusulas abusivas en las relaciones de consumo, son algunos de esos intereses que no se pueden satisfacer por medio de acciones procesales individuales y reclaman otro tipo de soluciones.

Las acciones colectivas y de grupo tienen en común que, a diferencia de las acciones individuales, protegen a una pluralidad de intereses que corresponden a personas que integran una colectividad o un grupo. El problema fundamental consiste en determinar qué pluralidad de intereses pertenecen a una colectividad o a un grupo, y cómo se manifiesta esa diversidad en cada una de las respectivas acciones.

En términos generales, se considera que las acciones colectivas son aquellas que se ejercen para proteger los intereses de toda una comunidad de personas.[12] Se estima que los intereses colectivos tienen dos características esenciales: son *transindividuales*, en virtud de que pertenecen a una colectividad, y no a individuos particulares, y son *indivisibles*, ya que sólo pueden ser ejercidos a nombre de la colectividad y la solución que se dé

[12] *Cfr.* Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 6a. ed., México, Oxford University Press, 2005, p. 171.

en el proceso debe ser la misma para toda la colectividad.[13] En el derecho comparado las acciones colectivas se utilizan para tutelar los derechos a la protección del medio ambiente y la salud; a la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural; los derechos de los consumidores frente a los productos peligrosos o nocivos, la publicidad engañosa, las prácticas y cláusulas abusivas en las relaciones de consumo.

En cambio, las acciones de *grupo* son aquellas que procuran la protección de los intereses que, aun teniendo carácter de individuales o particulares, poseen, sin embargo, un origen o una causa común. Estos intereses individuales son tratados colectivamente en virtud de su origen común, y pueden ser reclamados judicialmente por medio de una acción de grupo, para obtener la reparación de los daños sufridos individualmente por los afectados, que regularmente son consumidores de bienes o servicios producidos en serie. En este caso, cada miembro del grupo es titular de un interés individual, divisible por naturaleza, tanto que cada uno puede presentar su propia demanda a título personal. A diferencia de los intereses colectivos, que son transindividuales e indivisibles, los intereses de grupo son individuales y divisibles, y sólo se reclaman en grupo por tener un origen o causa común (el mismo defecto en determinado tipo de bienes o servicios, adquiridos o contratados por los consumidores). En Brasil se les denomina *intereses individuales homogéneos*; en Colombia y México, *intereses de grupo*.

La contraposición fundamental es la que se manifiesta entre las acciones para la tutela de los intereses *colectivos* y las acciones para la tutela de los intereses *individuales homogéneos*, como los llama la legislación brasileña, o de los intereses *de grupo*, como los denominan las legislaciones colombiana y mexicana. José Carlos Barbosa Moreira ha señalado que los intereses colectivos son *intereses esencialmente colectivos*, en tanto que los intereses individuales homogéneos o de grupo sólo son *intereses accidentalmente colectivos*.[14]

Esta misma distinción entre intereses colectivos e individuales homogéneos o de grupo, se puede encontrar en el derecho europeo. En este sentido, Catherine Kessedjian afirma que las demandas que pueden presentar las asociaciones de consumidores y otras organizaciones representativas de intereses colectivos, son de dos órdenes: ellas pueden estar "destinadas a

[13] *Cfr*. Barbosa Moreira, José Carlos, "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses colectivos y difusos (un aspecto de la experiencia brasileña)", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2, 1992, p. 235.

[14] Barbosa Moreira, José Carlos, "Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos", *Temas de direito processual (Terceira Série)*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 196.

promover el *interés general*, como es el caso de lo que se llama ahora las *actions en cessation*", pero también pueden tender a "representar una *categoría de justiciables dentro de sus demandas individuales*, como en las *class actions* del derecho norteamericano o en las *actions en represéntation conjoint* del derecho francés".[15]

Como advierte el propio Barbosa Moreira, cuando se trata de *intereses esencialmente colectivos* sólo es concebible un *resultado uniforme* para todos los interesados, y el proceso queda sujeto necesariamente a una disciplina caracterizada por la *unitariedad*; en tanto que en los *intereses accidentalmente colectivos*, una vez que en principio se tiene que admitir la posibilidad de resultados desiguales para los diversos participantes, la disciplina unitaria no deriva en absoluto de una necesidad intrínseca.[16]

En nuestro país se han regulado algunas acciones colectivas en el derecho procesal social, como es el caso de las acciones para promover procesos sobre conflictos colectivos jurídicos y colectivos económicos en materia laboral, y los procesos de amparo a nombre de los núcleos de población ejidal y comunal.[17]

En el artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor se regulan las *acciones de grupo* para la tutela de los derechos de los consumidores. A través de estas acciones la Procuraduría Federal del Consumidor puede demandar ante los tribunales competentes que *declaren*, mediante sentencia, que uno o varios proveedores han realizado una conducta que ha ocasionado daños y perjuicios a los consumidores, y *condenen* a los proveedores a la reparación correspondiente. En un incidente los consumidores interesados acreditarán su calidad de perjudicados y, asimismo, el monto de los daños y perjuicios a cuya reparación son merecedores (fracción I).

El decreto de reformas a la Ley Federal de Protección al Consumidor publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de febrero de 2004, suprimió el requisito del previo mandato de los consumidores que la fracción

[15] *Cfr.* Kessedjian, Catherine, "L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations représentatives d'intérêts collectifs en Europe", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 2, abril-junio de 1997, pp. 282 y 283. A las acciones de cesación se refiere específicamente la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 19 de mayo de 1988. Sobre el tema de los intereses colectivos y de grupo, véase Ovalle Favela, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, UNAM, 2004, y Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003.

[16] Barbosa Moreira, *op. cit.*, pp. 196 y 197.

[17] *Cfr.* José Ovalle Favela, "Las acciones colectivas (y de grupo) en el derecho mexicano", *Revista del Instituto Federal de la Defensoría Pública*, año 1, núm. 2, diciembre de 2006, pp. 72-90.

I establecía para que la Procuraduría pudiera ejercer las acciones de grupo previstas en esa fracción. Esta supresión es congruente con la naturaleza que las acciones de grupo tienen en el derecho comparado, en donde normalmente se pueden ejercer sin previo mandato. Se debe señalar, además, que desde el texto original del artículo 24, fracción III, de la Ley Federal de Protección al Consumidor se faculta a la Procuraduría para "*representar* individualmente o *en grupo* los intereses de los consumidores ante autoridades jurisdiccionales...". Se trata de una representación legal que, por su propia naturaleza, no requiere de mandato expreso.

No obstante, se advierte que el decreto de 2004 omitió establecer reglas, entre otras cosas, sobre la integración y exclusión de los miembros del grupo de consumidores; las características de los procesos que deben seguirse; las sentencias que se pueden emitir, su impugnación y el alcance de la autoridad de la cosa juzgada.[18]

Por otro lado, el decreto de 2004 adicionó a la fracción I una frase que no resulta muy clara: "La indemnización de daños y perjuicios que en su caso corresponda no podrá ser inferior al veinte por ciento de los mismos". Si el 20% se refiere a los daños y perjuicios resentidos individualmente por un consumidor, no se encuentra ninguna justificación para reducirlos a tan bajo porcentaje. Si el 20% se refiere a la totalidad de los daños y perjuicios causados a los consumidores que integran el grupo, la regla podría ser aplicable al caso de que sólo fueran cinco o menos los consumidores afectados; pero si son seis o más, ¿cómo se podría repartir el 20% de los daños y perjuicios a cada uno de ellos?

El mismo decreto adicionó un párrafo a la fracción II, que en realidad debería corresponder a la fracción I, en el que prevé que la Procuraduría, en representación de los consumidores afectados, podrá ejercer por la vía incidental la reclamación de los daños y perjuicios que correspondan, con base en la sentencia emitida por la autoridad judicial.

El supuesto fundamental en el que debe basarse el ejercicio de estas acciones de grupo consiste en que, con motivo de la adquisición de un bien o de la contratación de un servicio, un número considerable de consumidores resiente el mismo daño o perjuicio, que puede provenir de uno o varios proveedores.

Las acciones de grupo previstas en la fracción I tienen un doble carácter: son *declarativas*, porque pretenden que el juez declare que uno o varios proveedores, con motivo de la enajenación de productos o la prestación de servicios, ha ocasionado daños o perjuicios a los consumidores en nombre de quienes se ejerce la acción de grupo, y son acciones *de condena*, porque

[18] Ovalle Favela, *op. cit.*, "Introducción", p. XV.

a través de ellas la Procuraduría pide al juzgador que ordene a los proveedores responsables reparar los daños y perjuicios a los interesados.

Por otro lado, a través de las acciones de grupo la Procuraduría también puede demandar de los tribunales competentes un *mandamiento para impedir, suspender o modificar* las conductas de proveedores que ocasionen o puedan ocasionar daños o perjuicios a los consumidores. Este segundo tipo de acción tiene carácter *cautelar* (fracción II).

La Ley Federal de Protección al Consumidor no confiere a los consumidores el derecho a exigir que la Procuraduría ejerza acciones de grupo, sino que se limita a señalar que la Procuraduría ejercerá las acciones de grupo "previo análisis de su procedencia, tomando en cuenta la gravedad, el número de reclamaciones o denuncias que se hubieran presentado en contra del proveedor o la afectación general que pudiera causarse a los consumidores en su salud o en su patrimonio".

Si bien es cierto que el artículo 20 de la Ley Federal de Protección al Consumidor establece que la Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y que por lo mismo debería ejercer sus atribuciones con autonomía, también lo es que desde 1977 la Procuraduría quedó ubicada bajo el control de la entonces Secretaría de Comercio, actual Secretaría de Economía, lo que contrarresta su posible autonomía y la convierte prácticamente en una dependencia de esa Secretaría.

Esta situación explica el hecho de que la Procuraduría Federal del Consumidor haya ejercido hasta ahora, en poco más de 16 años de vigencia de la ley, sólo algunas acciones de grupo.

Si se desea que se puedan ejercer estas acciones de grupo habría que convertir a la Procuraduría en un órgano verdaderamente autónomo, pero también es indispensable reconocer legitimación tanto a los grupos de consumidores directamente afectados, como a las asociaciones constituidas legalmente para su defensa.

Por último, las acciones de grupo tienen, en el ámbito del derecho del consumo, una doble función: por una parte, protegen con mayor extensión a consumidores afectados por la obtención de bienes o servicios normalmente producidos y comercializados en serie, y por la otra, contribuyen en forma muy significativa a mejorar los controles de calidad de los propios proveedores en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

JUSTICIA ALTERNATIVA EN MATERIAS CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIAR

Fabián Mondragón Pedrero*

Es un privilegio para el suscrito, presentar reflexiones respecto de la temática "Justicia Alternativa en Materias Civil, Mercantil y Familiar", cumpliéndole al doctor Cipriano Gómez Lara, que hoy y siempre, estará con nosotros en eventos académicos de actualización en la ciencia del derecho procesal.

Iniciaré expresando que la "justicia alternativa" tiene como base o soporte a la ciencia procesal, la cual definía Eduardo Pallares, de la siguiente forma:

"El conjunto razonado y sistemático de conocimientos que recaen o tienen por objeto el ordenamiento jurídico referente al proceso civil".

A su vez, en el estudio del "conocimiento", es importante señalar tres grandes contextos, a saber:

El primero de ellos, denominado "pre-científico", toda vez que el "conocimiento" se fundamenta en la experiencia, siendo asistemático.

El segundo de ellos, denominado "científico", tomando en consideración que si bien es cierto, que maneja la experiencia y la argumentación, lo hace en forma sistemática, basándose en enunciados que tengan la calidad de verdaderos, necesarios, generales y que puedan ser verificados o confrontados.

En el "conocimiento" "científico" desde el punto de vista de la ciencia del derecho procesal, genera que ante una pregunta (problemática) se obtenga una solución en beneficio de la paz social, surgiendo crítica, ya que no garantiza el elemento verdad, cuya esencia es la integración de los acontecimientos con la realidad.

Se concluye señalando que el "conocimiento", que se maneja a través de la filosofía, se le identifica con la sabiduría, fundándose dicha estructura, en el sentido de que al presentarse una problemática surge una respuesta que a

* Doctor en Derecho por la UNAM. Presidente del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM.

su vez puede generar nuevas preguntas en búsqueda de la integración de los acontecimientos con la realidad, lo cual garantizaría la verdad.

Al identificarse en la realidad los acontecimientos, se observan conductas concretas, que al integrarse con el acto jurídico, dan el siguiente resultado:

Es un acontecimiento que produce efectos jurídicos, mediante la exteriorización de voluntad, normalmente creando, transfiriendo, modificando o extinguiendo derechos y obligaciones.

Cuando en una conducta concreta, se presenta una controversia (litigio), desde el punto de vista procesal, siguiendo a Francesco Carnelutti, se observa: "Un conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro".

Profundizando la palabra "litigio", Niceto Alcalá Zamora y Castillo agrega al concepto del maestro Carnelutti: "la trascendencia jurídica".

En este orden de ideas, es necesario señalar que al surgir un "Litigio" se hace valer una pretensión, entendida ésta como la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio.

Lo expresado permite concluir que la pretensión es uno de los elementos necesarios para la existencia del "litigio", para lo cual, seguiré a nuestro querido Cipriano Gómez Lara, quien indicaba, que existen cinco momentos:

- Existencia del derecho subjetivo.
- Opinión subjetiva del pretensor, sobre la existencia del derecho.
- La pretensión.
- La acción procesal.
- La satisfacción de la pretensión y del derecho.

Ahora bien, puede presentarse la pretensión y el litigio, sin que haya proceso, pero este último no puede existir sin que haya un litigio.

Es por ello que el proceso jurídico es una serie de actos jurídicos que suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí, por el fin u objeto que se quiere realizar con ello, lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue (en el caso en estudio la solución de un litigio), lo cual configuraría la institución de que se trata y que es la de derecho procesal.

Al presentarse un litigio (conflicto de intereses), debemos encontrar formas de solución, destacando las siguientes:

1) *La autotutela*. El más fuerte o el más hábil, impone por su inteligencia, destreza, habilidad, la solución al contrario. En otras palabras, el litigio se resuelve, no en razón de a quién le asiste el derecho, sino en función del más fuerte o más hábil.

2) *Autocomposición*. Con el devenir del tiempo va evolucionando el ser humano, lo cual repercute también en la ciencia del derecho procesal, siendo la mejor prueba de ello, el identificar que las partes son las que encuentran solución al litigio, pudiendo ser, por ejemplo, mediante un pacto (transacción), una renuncia (desistimiento), del sometimiento (allanamiento) y actualmente mediante la denominada "justicia alternativa".
3) *Heterocomposición*. Solución por un tercero ajeno a la conflictiva de intereses, que se le considera imparcial.

Con fecha 8 de enero de 2008, se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, documento en el que destaca lo siguiente:

a) Es una ley de orden público, interés general y observancia obligatoria en el Distrito Federal.
b) Tiene como propósito regular la mediación, como sistema alternativo de justicia.
c) Se basa en la autocomposición asistida, en controversias entre particulares, cuando recaigan sobre derechos de los cuales puedan disponer libremente (su limitante es que no afecte el orden público).

Se puede observar la expresión "justicia alternativa", entendida ésta como una estructura procesal distinta a la jurisdiccional para la solución de controversias entre particulares.

A su vez, la estructura procesal se identifica con la mediación, estableciéndose en la fracción X del artículo 2o. de la ley, que se trata de un procedimiento voluntario por el cual, dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina "mediados", buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado "mediador".

El "mediador" a diferencia del "conciliador", es un especialista capacitado para conducir la estructura procesal de mediación, interviniendo como facilitador de la comunicación y la negociación entre particulares involucrados en una controversia, sin que pueda influir en la toma de decisiones.

Así, se observa que son principios rectores en la mediación los siguientes:

a) *Voluntariedad*: participación de los particulares en la mediación, por su propia decisión libre y auténtica.

b) *Confidencialidad*: la información generada por las partes durante la mediación, no podrá ser divulgada.
c) *Flexibilidad*: la mediación carecerá de toda forma rígida, ya que parte de la voluntad de los mediados.
d) *Neutralidad*: los mediadores tendrán prohibición de influir en la toma de decisiones.
e) *Imparcialidad*: los mediadores deberán abstenerse de favoritismos que impliquen ventaja a alguno de los mediados.
f) *Equidad*: los mediadores propiciarán condiciones de equilibrio, entre los mediados para que éstos obtengan por sí mismos, acuerdos satisfactorios.
g) *Legalidad*: la mediación se limitará a la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres.
h) *Economía*: la estructura procesal debe tener un mínimo de gastos, tiempo y desgaste personal.

Para concluir se señala que la mediación como justicia alternativa es reconocida en materia civil respecto de las controversias que se deriven de relaciones entre particulares, sean personas físicas o jurídico colectivas, en tanto, no se involucren con cuestiones de derecho familiar.

En materia mercantil, se derivan de las relaciones entre comerciantes, en razón de su participación en actos de comercio, tomando en consideración el artículo 78 del Código de Comercio y recordando que el acto de comercio definido como el acontecimiento que produce efectos jurídicos, mediante la exteriorización de la voluntad, en donde normalmente las partes delimitan sus efectos y que se vincula con la producción o con el intercambio de bienes o de servicios destinados al mercado en general.

En relación a la materia familiar, tiene razón de ser respecto a las controversias que se deriven de las personas unidas en matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia, o sin encontrarse en dicho supuesto, tengan hijos en común y en todo caso, tomando en consideración las reglas del parentesco, ya sea por consanguinidad, afinidad o civil, así como los que surjan de las relaciones de los anteriormente mencionados, respecto de terceros.

La justicia alternativa, mediante la figura de la mediación, es una figura autocompositiva ideal en el mundo procesal, sin embargo, la estructura del mexicano y su falta de educación para solucionar conflictos de intereses, afecta su eficacia en el momento histórico en el que vivimos.

MEDIOS INTERNACIONALES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA BUCÓLICA ENSENADA

Luis T. Díaz Müller*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Sistema Internacional y solución pacífica de controversias* III. *El papel de Naciones Unidas*. IV. *Actores emergentes*: *medios alternativos de solución de controversias*. V. *Tendencias para el Siglo XXI: el orden de los factores*.

I. Introducción

Después de la Segunda Gran Guerra, el mundo se dotó de una amplia arquitectura en materia de solución de controversias internacionales.

Los vestigios de la conflagración y su impacto en la conciencia honesta de la humanidad permitió aprobar diversos instrumentos jurídicos relacionados con la paz y los derechos humanos. El recuerdo de Büwenwald y Austwitz no deben llamar al olvido. Al fin y al cabo no fue hace tanto tiempo.

Naciones Unidas delineó las bases de un nuevo modelo: la mantención de la paz y seguridad internacional. No es ocioso recordar que el Pacto Briand-Kellog de 1928 había proscrito el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Por cierto, el tema de la responsabilidad del Estado y de las corporaciones transnacionales, aunque no es materia de este trabajo preliminar, debería invitar a mayores reflexiones y estudios a fondo sobre estos temas.

El Tribunal de Nürembeg, por la vía jurisdiccional, permitió el enjuizamiento de algunos de los criminales de guerra de la Alemania nazi (1946).[1] El clima de la Guerra Fría favoreció el endurecimiento de las relaciones

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. luist@servidor.unam.mx.

[1] Véase Robertson, Geoffrey, *Crímenes contra la humanidad,* Madrid, Siglo XXI, 2008.

entre los bloques y, por tanto, durante este periodo no se planteó un derecho internacional que pudiera estar vigente *urbi et orbi*.

Por esta razón es que se habla de un derecho de la coexistencia pacífica en el caso de los países sometidos al imperio de la URSS. Por el lado del bloque occidental, aparecieron los Tratados de Roma (1957) y los primeros esfuerzos por constituir la unidad económica y política de Europa. En este contexto, Latinoamérica no estuvo ausente, como lo prueba la creación de la ALALC (Tratado de Montevideo, marzo de 1960), el Pacto Andino (1969) y el Mercado Común Centroamericano.[2]

La resolución de conflictos y controversias en materia comercial, como en el caso del GATT y la Organización Mundial de Comercio, amplió las áreas de conocimiento de los sistemas jurídicos de solución de controversias. La mediación, *v. gr.* expande sus horizontes hasta rincones sociales jamás pensados: la vida familiar, la resolución de conflictos en materia de derechos humanos. El arbitraje comercial internacional y en materia de inversiones revelan las enormes posibilidades de la solución pacífica de controversias.

La búsqueda de medios alternativos de solución de controversias orienta la búsqueda de nuevos caminos de solución y abre nuevas avenidas dentro del marco del Estado de derecho. La mundialización recubre y arropa todo este complejo mecanismo en que es menester adaptarse a las nuevas situaciones que transcurren en el orbe: libre comercio, nuevas tecnologías, comercio electrónico, derechos del consumidor,[3] ingeniería genética.

Estas son las pretensiones de este trabajo preliminar: explorar los caminos de nuevas realidades en la solución de controversias internacionales.

II. Sistema internacional y solución pacífica de controversias

La solución de controversias en el contexto de la mundialización amplía los horizontes y las áreas de solución de controversias. Así como se habla del tránsito de un derecho internacional a un derecho mundial,[4] también debería hablarse de un sistema mundial de solución de controversias bastante inci-

[2] Véase Díaz Müller, Luis T., *El derecho económico y la integración de América Latina,* Bogotá, Themis, 1989.

[3] Véase Gómez Segade, José Antonio, *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2001

[4] Véase Orrego Vicuña, Francisco, "Derecho internacional y sociedad global: ¿ha cambiado la naturaleza del orden jurídico internacional?", *Estudios Internacionales*, Santiago, núm. 143, octubre-diciembre de 2003.

piente, poco explorado, bisoño: un nuevo sistema que recoja las realidades emergentes y la pretensión de un derecho universal y multicultural.

Esta situación de tránsito y de búsqueda de nuevas realidades y métodos en materia de solución de controversias requiere la adaptación y la comprensión de estos nuevos fenómenos, tan caros para los estudiosos del derecho constitucional y la ciencia política: la difícil inserción del Estado de derecho en el paradigma de la mundialización.[5]

Con el proceso de la mundialización se cierra cada día más el abismo que tradicionalmente separaba al derecho interno del derecho internacional: las redes transnacionales cruzan los Estados de parte a parte, y se yerguen como una sombra amenazante en el anticuado dominio de la soberanía en su concepción clásica y renacentista.

Los medios alternativos de solución de conflictos (MASC) son principalmente: la mediación, la conciliación, el arbitraje, la negociación, los buenos oficios, la amigable composición y la transacción.

Las virtudes de los MASC, aunque me cuesta aceptarlos como *alternativos* prima facie, en razón de que ya han sido adoptados formalmente en la mayoría de los países. Esto es, han sido incorporados a las estructuras jurídicas nacionales de resolución de controversias. Es más, en la actualidad se piensa trascender el rígido sistema de Naciones Unidas, si bien la organización mundial trata de ponerse en forma[6] y caminar hacia la Internacionalización de la justicia:[7] la propia creación de la Corte Penal Internacional lo refleja con claridad y la emergencia del concepto de humanidad como sujeto del derecho internacional también lo representa.

III. El papel de Naciones Unidas: caminos de reforma

El estudio del tema de resolución de conflictos, de carácter internacional en particular, me permite señalar que con el término del proceso de la Guerra Fría se empezaron a vislumbrar nuevas metodologías y nuevas opciones en el sendero de la paz internacional:[8] Johang Galtung, John Burton y Kenneth Boulding resultan ser los pioneros en esta disciplina.

[5] Véase Mockle, Daniel, *Mondialisation et Etat de Droit,* Bruxelles, Bruylant, 2002.

[6] Véase "Jurisdictional Competition between nacional and internacional courts: Could internacional jurisdiction Regulating apply?", *The Hague Holland. T.M.C. Asser Press. Netherlands Yearhook Internacional Law*, vol. XXXVII, 2006, pp. 3-356.

[7] Véase White, H. D., *The UN system: Toward International justice*, Boulder, Colorado, Lynne Rienner Press, 2002.

[8] Véase para un excelente recuento y panorama: Lombardo Estay, Pía, "La resolución de conflictos en las relaciones internacionales: el debate pendiente", *Estudios Internacionales*, Santiago, octubre-diciembre de 2003, pp. 69 y 55.

Tradicionalmente, la resolución de conflictos, especialmente entre Estados, quedaba entregada al sistema de Naciones Unidas por la vía de la Corte Internacional de Justicia (órgano principal). La mantención de la paz y la seguridad internacional se encargaba, de acuerdo con la idea primigenia de Naciones Unidas, al Consejo de Seguridad que actualmente se encuentra en proceso de reforma. Es más, con las doctrinas antiterroristas, después del 11-S, se plantea la noción de intervención preventiva y un deterioro relativo del concepto de legítima defensa inmanente.[9]

Vale la pena recordar que el artículo 33 de la Carta de la ONU expresa:

> Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional tratarán de basarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arreglo judicial… a los otros medios pacíficos de su elección.

En el ámbito de Naciones Unidas siempre estará presente el principio de solución pacífica de controversias y de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Con seguridad, es el proceso de la mundialización el que ha provocado un deterioro del esquema clásico de la soberanía en relación con la idea de no intervención: estas ideas se relativizan, los asuntos internos se expanden y mundializan, los conflictos internos (Honduras) se proyectan hacia la comunidad internacional. Por vía de ejemplo:

¿En el caso del desarrollo, hasta que punto puede esgrimirse una solución "nacional" al problema en un mundo cada día más universalizado e interdependiente?[10]

Por otra parte, tenemos el caso de la internacionalización de los conflictos: por causa de Guerra (como en Irak), por violación grave a los derechos humanos en que la doctrina reconoce que el impacto de los derechos humanos representa un deterioro de la noción clásica de soberanía, por el creciente grado de legitimidad que asumen las excepciones al principio de no intervención: es el caso de la intervención legitima[11] y la injerencia humanitaria.

[9] Véase Kegley, C. W. Jr. *et al.*, *Intervención preventiva y transformación del orden jurídico internacional,* Madrid, Almuzara, 2005, pp. 143-155.

[10] Véase Díaz Múller, Luis T., *The Big Money. Mundialización, democracias de mercado y derechos humanos,* México, UNAM, 2009 (en prensa).

[11] Véase Hernández Campos, Augusto, "Solución pacífica de controversias: su aplicación a conflictos internos", *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, núm. 120, julio-diciembre de 2002, pp. 211 y 55.

IV. Actores emergentes: medios alternativos de solución de controversias

Si bien es cierto que no existe una correspondencia absoluta entre la evolución de la sociedad mundial y sus mecanismos de solución pacífica de controversias, no es menos cierto que estos métodos adquieren cada día una mayor importancia y se expanden a todos los rincones del orbe: el tránsito de un derecho internacional a un derecho mundial.

Este carácter expansivo es doblemente instrumental. Por una parte, los medios alternativos se trasladan a ciertas áreas hasta ahora desconocidas: como los asuntos del espacio ultraterrestre, el espacio oceánico, el crecimiento del arbitraje comercial internacional, y se llega hasta el planteamiento de la mediación en derechos humanos. En segundo lugar, se refuerza la importancia cada día mayor de recurrir a estos medios para la solución de conflictos internos e internacionales: el recurso a la guerra debería tender a desvanecerse.

Por otra parte, el derecho comparado asume dimensiones mundiales. La emergencia de China y el Sudeste de Asia, *v. gr.*, obliga a ponerse al día en el estudio del derecho de China y otros países: India, Sudáfrica, nueva Rusia, Brasil: ¿será que el derecho comparado se transformará en un derecho mundial?

Se trata del derecho de la mundialización: nuevas realidades emergentes en un sistema multipolar.

V. Tendencias para el siglo XXI: el orden de los factores.

La idea general consiste en señalar que la mundialización afecta al derecho de la solución de controversias.[12]

Primero: una tendencia fuerte consiste en esclarecer los nuevos derroteros que asume la responsabilidad internacional del Estado en relación con la solución pacífica de controversias: la obligación de reparar el daño causado específicamente en materia de derechos humanos y derecho humanitario.

Segundo: el análisis del impacto del proceso de la mundialización sobre los métodos de solución de controversias: por ejemplo, la importancia ad-

[12] Véase Díaz Müller, Luis T., *Mundialización: Estado nacional y crisis de la soberanía,* México, Senado de la República, agosto de 2009.

quirida por cortes internacionales y regionales como es el caso del Tribunal Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[13]

Tercero: el deterioro del concepto clásico de soberanía y su incipiente relevo por un derecho con pretensiones mundiales.

Cuarto: el deterioro del principio de no intervención: no puede estar vigente en situaciones de violaciones a los derechos humanos: "El Otoño del Patriarca".

Quinto: la importancia adquirida por la mediación como es el caso de situaciones de familia, comercio, asuntos internacionales.

Sexto: una cierta tendencia para evadir las instancias judiciales y buscar la solución de la controversia mediante arreglos no jurisdiccionales.

Séptimo: la importancia adquirida por las comisiones de la verdad, si bien su naturaleza jurídica aún debe aclararse. Por ejemplo: el Informe Rettig en Chile o el Informe Sabato en Argentina vuelven a plantear el asunto de la exigibilidad de los derechos humanos: perdón y olvido.

Asunto distinto se refleja en la Ley de la Memoria Histórica de España: en que el tema central debería enfocarse en el espinoso tópico de la reparación del daño y de la indemnización por violación a los derechos humanos. Habría que replantear la relación entre derecho civil y derechos humanos.

Octavo: "Last but not least".

Una materia que debería interesar aún más a los estudiosos del derecho internacional de los derechos humanos: las grandes crisis internacionales y el derecho.[14]

Con la crisis de Honduras de julio de 2009 pudo observarse la ineficacia, práctica y real, del sistema interamericano a pesar de la vigencia de la Carta Democrática Interamericana o Carta de Lima, del 11 de septiembre de 2001: legalidad y legitimidad en abierta contraposición. Pareciera ser que la mediación del presidente de Costa Rica, con el Plan Arias, ha confundido más que resuelto el eterno dilema de los gobiernos de facto en la región.

[13] Véase García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional,* México, INACIPE, 2006.

[14] Véase Guillaune, Gilbert, *Las grandes crisis internacionales y el derecho,* Barcelona, Ariel, 1995.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

MEDIOS INTERNACIONALES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA BUCÓLICA ENSENADA

Luis T. Díaz Müller*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Sistema Internacional y solución pacífica de controversias* III. *El papel de Naciones Unidas*. IV. *Actores emergentes*: *medios alternativos de solución de controversias*. V. *Tendencias para el Siglo XXI: el orden de los factores*.

I. Introducción

Después de la Segunda Gran Guerra, el mundo se dotó de una amplia arquitectura en materia de solución de controversias internacionales.

Los vestigios de la conflagración y su impacto en la conciencia honesta de la humanidad permitió aprobar diversos instrumentos jurídicos relacionados con la paz y los derechos humanos. El recuerdo de Büwenwald y Austwitz no deben llamar al olvido. Al fin y al cabo no fue hace tanto tiempo.

Naciones Unidas delineó las bases de un nuevo modelo: la mantención de la paz y seguridad internacional. No es ocioso recordar que el Pacto Briand-Kellog de 1928 había proscrito el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Por cierto, el tema de la responsabilidad del Estado y de las corporaciones transnacionales, aunque no es materia de este trabajo preliminar, debería invitar a mayores reflexiones y estudios a fondo sobre estos temas.

El Tribunal de Nürembeg, por la vía jurisdiccional, permitió el enjuizamiento de algunos de los criminales de guerra de la Alemania nazi (1946).[1] El clima de la Guerra Fría favoreció el endurecimiento de las relaciones

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. luist@servidor.unam.mx.

[1] Véase Robertson, Geoffrey, *Crímenes contra la humanidad,* Madrid, Siglo XXI, 2008.

entre los bloques y, por tanto, durante este periodo no se planteó un derecho internacional que pudiera estar vigente *urbi et orbi*.

Por esta razón es que se habla de un derecho de la coexistencia pacífica en el caso de los países sometidos al imperio de la URSS. Por el lado del bloque occidental, aparecieron los Tratados de Roma (1957) y los primeros esfuerzos por constituir la unidad económica y política de Europa. En este contexto, Latinoamérica no estuvo ausente, como lo prueba la creación de la ALALC (Tratado de Montevideo, marzo de 1960), el Pacto Andino (1969) y el Mercado Común Centroamericano.[2]

La resolución de conflictos y controversias en materia comercial, como en el caso del GATT y la Organización Mundial de Comercio, amplió las áreas de conocimiento de los sistemas jurídicos de solución de controversias. La mediación, *v. gr.* expande sus horizontes hasta rincones sociales jamás pensados: la vida familiar, la resolución de conflictos en materia de derechos humanos. El arbitraje comercial internacional y en materia de inversiones revelan las enormes posibilidades de la solución pacífica de controversias.

La búsqueda de medios alternativos de solución de controversias orienta la búsqueda de nuevos caminos de solución y abre nuevas avenidas dentro del marco del Estado de derecho. La mundialización recubre y arropa todo este complejo mecanismo en que es menester adaptarse a las nuevas situaciones que transcurren en el orbe: libre comercio, nuevas tecnologías, comercio electrónico, derechos del consumidor,[3] ingeniería genética.

Estas son las pretensiones de este trabajo preliminar: explorar los caminos de nuevas realidades en la solución de controversias internacionales.

II. Sistema internacional y solución pacífica de controversias

La solución de controversias en el contexto de la mundialización amplía los horizontes y las áreas de solución de controversias. Así como se habla del tránsito de un derecho internacional a un derecho mundial,[4] también debería hablarse de un sistema mundial de solución de controversias bastante inci-

[2] Véase Díaz Müller, Luis T., *El derecho económico y la integración de América Latina,* Bogotá, Themis, 1989.

[3] Véase Gómez Segade, José Antonio, *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2001

[4] Véase Orrego Vicuña, Francisco, "Derecho internacional y sociedad global: ¿ha cambiado la naturaleza del orden jurídico internacional?", *Estudios Internacionales*, Santiago, núm. 143, octubre-diciembre de 2003.

piente, poco explorado, bisoño: un nuevo sistema que recoja las realidades emergentes y la pretensión de un derecho universal y multicultural.

Esta situación de tránsito y de búsqueda de nuevas realidades y métodos en materia de solución de controversias requiere la adaptación y la comprensión de estos nuevos fenómenos, tan caros para los estudiosos del derecho constitucional y la ciencia política: la difícil inserción del Estado de derecho en el paradigma de la mundialización.[5]

Con el proceso de la mundialización se cierra cada día más el abismo que tradicionalmente separaba al derecho interno del derecho internacional: las redes transnacionales cruzan los Estados de parte a parte, y se yerguen como una sombra amenazante en el anticuado dominio de la soberanía en su concepción clásica y renacentista.

Los medios alternativos de solución de conflictos (MASC) son principalmente: la mediación, la conciliación, el arbitraje, la negociación, los buenos oficios, la amigable composición y la transacción.

Las virtudes de los MASC, aunque me cuesta aceptarlos como *alternativos* prima facie, en razón de que ya han sido adoptados formalmente en la mayoría de los países. Esto es, han sido incorporados a las estructuras jurídicas nacionales de resolución de controversias. Es más, en la actualidad se piensa trascender el rígido sistema de Naciones Unidas, si bien la organización mundial trata de ponerse en forma[6] y caminar hacia la Internacionalización de la justicia:[7] la propia creación de la Corte Penal Internacional lo refleja con claridad y la emergencia del concepto de humanidad como sujeto del derecho internacional también lo representa.

III. El papel de Naciones Unidas: caminos de reforma

El estudio del tema de resolución de conflictos, de carácter internacional en particular, me permite señalar que con el término del proceso de la Guerra Fría se empezaron a vislumbrar nuevas metodologías y nuevas opciones en el sendero de la paz internacional:[8] Johang Galtung, John Burton y Kenneth Boulding resultan ser los pioneros en esta disciplina.

[5] Véase Mockle, Daniel, *Mondialisation et Etat de Droit,* Bruxelles, Bruylant, 2002.

[6] Véase "Jurisdictional Competition between nacional and internacional courts: Could internacional jurisdiction Regulating apply?", *The Hague Holland. T.M.C. Asser Press. Netherlands Yearhook Internacional Law*, vol. XXXVII, 2006, pp. 3-356.

[7] Véase White, H. D., *The UN system: Toward International justice*, Boulder, Colorado, Lynne Rienner Press, 2002.

[8] Véase para un excelente recuento y panorama: Lombardo Estay, Pía, "La resolución de conflictos en las relaciones internacionales: el debate pendiente", *Estudios Internacionales*, Santiago, octubre-diciembre de 2003, pp. 69 y 55.

Tradicionalmente, la resolución de conflictos, especialmente entre Estados, quedaba entregada al sistema de Naciones Unidas por la vía de la Corte Internacional de Justicia (órgano principal). La mantención de la paz y la seguridad internacional se encargaba, de acuerdo con la idea primigenia de Naciones Unidas, al Consejo de Seguridad que actualmente se encuentra en proceso de reforma. Es más, con las doctrinas antiterroristas, después del 11-S, se plantea la noción de intervención preventiva y un deterioro relativo del concepto de legítima defensa inmanente.[9]

Vale la pena recordar que el artículo 33 de la Carta de la ONU expresa:

> Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional tratarán de basarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arreglo judicial… a los otros medios pacíficos de su elección.

En el ámbito de Naciones Unidas siempre estará presente el principio de solución pacífica de controversias y de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Con seguridad, es el proceso de la mundialización el que ha provocado un deterioro del esquema clásico de la soberanía en relación con la idea de no intervención: estas ideas se relativizan, los asuntos internos se expanden y mundializan, los conflictos internos (Honduras) se proyectan hacia la comunidad internacional. Por vía de ejemplo:

¿En el caso del desarrollo, hasta que punto puede esgrimirse una solución "nacional" al problema en un mundo cada día más universalizado e interdependiente?[10]

Por otra parte, tenemos el caso de la internacionalización de los conflictos: por causa de Guerra (como en Irak), por violación grave a los derechos humanos en que la doctrina reconoce que el impacto de los derechos humanos representa un deterioro de la noción clásica de soberanía, por el creciente grado de legitimidad que asumen las excepciones al principio de no intervención: es el caso de la intervención legitima[11] y la injerencia humanitaria.

[9] Véase Kegley, C. W. Jr. *et al.*, *Intervención preventiva y transformación del orden jurídico internacional,* Madrid, Almuzara, 2005, pp. 143-155.

[10] Véase Díaz Múller, Luis T., *The Big Money. Mundialización, democracias de mercado y derechos humanos,* México, UNAM, 2009 (en prensa).

[11] Véase Hernández Campos, Augusto, "Solución pacífica de controversias: su aplicación a conflictos internos", *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, núm. 120, julio-diciembre de 2002, pp. 211 y 55.

IV. Actores emergentes: medios alternativos de solución de controversias

Si bien es cierto que no existe una correspondencia absoluta entre la evolución de la sociedad mundial y sus mecanismos de solución pacífica de controversias, no es menos cierto que estos métodos adquieren cada día una mayor importancia y se expanden a todos los rincones del orbe: el tránsito de un derecho internacional a un derecho mundial.

Este carácter expansivo es doblemente instrumental. Por una parte, los medios alternativos se trasladan a ciertas áreas hasta ahora desconocidas: como los asuntos del espacio ultraterrestre, el espacio oceánico, el crecimiento del arbitraje comercial internacional, y se llega hasta el planteamiento de la mediación en derechos humanos. En segundo lugar, se refuerza la importancia cada día mayor de recurrir a estos medios para la solución de conflictos internos e internacionales: el recurso a la guerra debería tender a desvanecerse.

Por otra parte, el derecho comparado asume dimensiones mundiales. La emergencia de China y el Sudeste de Asia, *v. gr.*, obliga a ponerse al día en el estudio del derecho de China y otros países: India, Sudáfrica, nueva Rusia, Brasil: ¿será que el derecho comparado se transformará en un derecho mundial?

Se trata del derecho de la mundialización: nuevas realidades emergentes en un sistema multipolar.

V. Tendencias para el siglo XXI: el orden de los factores.

La idea general consiste en señalar que la mundialización afecta al derecho de la solución de controversias.[12]

Primero: una tendencia fuerte consiste en esclarecer los nuevos derroteros que asume la responsabilidad internacional del Estado en relación con la solución pacífica de controversias: la obligación de reparar el daño causado específicamente en materia de derechos humanos y derecho humanitario.

Segundo: el análisis del impacto del proceso de la mundialización sobre los métodos de solución de controversias: por ejemplo, la importancia ad-

[12] Véase Díaz Müller, Luis T., *Mundialización: Estado nacional y crisis de la soberanía,* México, Senado de la República, agosto de 2009.

quirida por cortes internacionales y regionales como es el caso del Tribunal Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[13]

Tercero: el deterioro del concepto clásico de soberanía y su incipiente relevo por un derecho con pretensiones mundiales.

Cuarto: el deterioro del principio de no intervención: no puede estar vigente en situaciones de violaciones a los derechos humanos: "El Otoño del Patriarca".

Quinto: la importancia adquirida por la mediación como es el caso de situaciones de familia, comercio, asuntos internacionales.

Sexto: una cierta tendencia para evadir las instancias judiciales y buscar la solución de la controversia mediante arreglos no jurisdiccionales.

Séptimo: la importancia adquirida por las comisiones de la verdad, si bien su naturaleza jurídica aún debe aclararse. Por ejemplo: el Informe Rettig en Chile o el Informe Sabato en Argentina vuelven a plantear el asunto de la exigibilidad de los derechos humanos: perdón y olvido.

Asunto distinto se refleja en la Ley de la Memoria Histórica de España: en que el tema central debería enfocarse en el espinoso tópico de la reparación del daño y de la indemnización por violación a los derechos humanos. Habría que replantear la relación entre derecho civil y derechos humanos.

Octavo: "Last but not least".

Una materia que debería interesar aún más a los estudiosos del derecho internacional de los derechos humanos: las grandes crisis internacionales y el derecho.[14]

Con la crisis de Honduras de julio de 2009 pudo observarse la ineficacia, práctica y real, del sistema interamericano a pesar de la vigencia de la Carta Democrática Interamericana o Carta de Lima, del 11 de septiembre de 2001: legalidad y legitimidad en abierta contraposición. Pareciera ser que la mediación del presidente de Costa Rica, con el Plan Arias, ha confundido más que resuelto el eterno dilema de los gobiernos de facto en la región.

[13] Véase García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional,* México, INACIPE, 2006.

[14] Véase Guillaune, Gilbert, *Las grandes crisis internacionales y el derecho,* Barcelona, Ariel, 1995.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

JUSTICIA ALTERNATIVA EN MATERIA PENAL

Jesús Zamora Pierce

Sumario: I. *Juicio oral*. II. *Mecanismos alternativos*. III. *Comentarios finales*. IV. *Anexo*.

I. Juicio oral

Por Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 18 de junio de 2008 se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115, y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta reforma afecta muy diversos aspectos de la justicia penal mexicana, en forma tan radical y trascendente que no vacilo en calificarla como la modificación más profunda a nuestro derecho procesal penal en toda su historia.

Entre otros temas, la reforma crea un nuevo proceso con diversas características que lo identifican. Refiriéndose a una sola de estas, los medios han dado en referirse a él como *el juicio oral.* El párrafo inicial del reformado artículo 20 las enumera diciendo: "El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación".

El primer comentario que merece la reforma consiste en señalar que algunos de los principios que establece ya formaban parte de nuestro derecho positivo e incluso ya estaban consagrados en la Constitución, luego no son una novedad; tal es el caso de los principios acusatorio, de publicidad, contradicción e inmediación.

La doctrina contrapone el principio acusatorio al inquisitorio. Este último debe su nombre al Tribunal de la Inquisición, en el cual se reunían en un solo órgano las funciones de acusar, defender y juzgar. Ovalle Favela afirma que el proceso será inquisitivo cuando se dé esa confusión de funciones en un solo órgano y se trate al inculpado como un simple objeto de investigación; en cambio, será acusatorio cuando se atribuya a tres sujetos distintos

e independientes tales funciones, reconociendo al inculpado los derechos que como persona le corresponden. Agrega que el procedimiento inquisitorio responde a una concepción autoritaria del enjuiciamiento criminal; el proceso penal acusatorio tiene como sustento una concepción liberal y democrática de dicho enjuiciamiento.[1]

El proceso penal mexicano ya tenía naturaleza acusatoria antes de la reforma de 2008, por cuanto reservaba la acusación al Ministerio Público y la administración de justicia a la autoridad judicial (Constitución, artículo 21), en tanto que consagraba como garantías del inculpado la de tener un defensor, ser informado del nombre de su acusador y de la naturaleza y causa de la acusación y la de ofrecer pruebas (Constitución, artículo 20, fracciones III, V y IX).

El propio Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados sobre el Proyecto de Decreto que reformó la Constitución, del 10 de diciembre de 2007, admite que el principio acusatorio "está ya reconocido por el artículo 21 constitucional".

Afirmar que el proceso penal mexicano respetaba ya el principio acusatorio equivale a decir que consagraba también el de contradicción, por cuanto éste debe entenderse como el respeto del derecho de defensa. La contradicción busca el equilibrio de las partes acusadora y defensora. Ambas deben poder, en igualdad de condiciones, estar presentes en los actos procesales, participar en ellos, ofrecer pruebas y alegar sobre lo probado.

Por lo que hace al principio de publicidad, la Constitución, sin esperar a la reforma de 2008, lo consagró desde 1917 en su artículo 20, fracción VI, conforme al cual el inculpado "Será juzgado en audiencia pública…", esta garantía, destinada a terminar con el secreto de los procedimientos penales, ha sido generalmente aplicada por nuestros tribunales, permitiendo que asistan a la audiencia todos aquellos que lo deseen, incluyendo los representantes de los medios de difusión.

El principio de inmediación exige que el juzgador esté presente en el desarrollo de las audiencias, que las dirija personalmente, que reciba en forma directa las pruebas y que escuche los alegatos. El Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 16, consagraba ya este principio con anterioridad a la reforma constitucional de 2008. Pero, debemos reconocer que, en la práctica, los jueces están ausentes de todas salvo las más importantes de las audiencias, las cuales resultan presididas por los secretarios. No se me escapan las muchas cualidades que corresponden a un proceso

[1] Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, Oxford University Press, 2005, pp. 70 y 71

que cuenta con la presencia directa del juez. Pero estoy consciente, también de que hay una imposibilidad física para que éste presida seis o más audiencias a la vez. Que la audiencia sea presidida por un secretario es la vía de escape indispensable para que un juez penal pueda conocer de 400, 500 o más procesos en el curso de un año. Como veremos más adelante, el nuevo proceso penal, resultante de la reforma que nos ocupa, también se ve obligado a recurrir a una vía de escape: los medios alternativos de justicia. Una finalidad de este estudio es reflexionar cuál es un medio más adecuado de hacer justicia: el juicio escrito, en el que el secretario preside la audiencia, o el juicio oral, en el que tendremos que forzar al acusado a que se declare culpable.

Ahora bien, los restantes principios del juicio oral sí pueden ser calificados, en alguna medida, de novedosos, tal es el caso de la oralidad, la concentración y la continuidad. Ocupémonos de ellos.

La oralidad consiste en que las partes en el proceso hagan sus manifestaciones y formulen sus alegatos en forma verbal. Pero no debemos olvidar que de esas manifestaciones verbales: preguntas, respuestas, peticiones, acuerdos judiciales, alegatos, etcétera, deberá quedar constancia escrita, pues en otra forma los jueces carecerán de la materia que les permitirá motivar sus resoluciones.

La oralidad ya hacía acto de presencia en nuestros procesos penales antes de la reforma de 2008. El artículo 118 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que las denuncias o querellas pueden formularse verbalmente o por escrito; el 155 determina que la declaración preparatoria se rendirá en forma oral o escrita; además, en su artículo 87 señala que en la audiencia final del juicio es obligatoria la presencia del defensor, quien puede hacer la defensa oral del acusado (sin perjuicio de producir un alegato escrito). Pero hay más: son orales el desahogo de las testimoniales, de las periciales y, por supuesto, de los careos, y admiten oralidad las conclusiones del Ministerio Público (artículo 324); el retiro, la modificación o el cambio de esas conclusiones (artículo 325); la interposición de la denegada apelación (artículo 393), o la audiencia de acumulación promovida por alguna de las partes (artículo 478).[2]

Por lo que hace a los principios de concentración y de continuidad buscan que los actos procesales se reúnan en una sola audiencia que se continúe desde su principio hasta el dictado de la sentencia sin interrupción. El sentido común nos indica que la audiencia deberá, forzosa y necesariamente,

[2] Ruíz Torres, Humberto Enrique, *La reforma al sistema de administración de justicia penal mexicano: ¿es la oralidad el camino?*, en prensa, p. 88.

interrumpirse para permitir a quienes en ella participan comer, dormir y atender a las más ineludibles necesidades personales. Ese mismo sentido común nos señala que la única forma de poner en práctica la intención del legislador es que el juez, una vez iniciada la audiencia de un proceso, atienda, única y exclusivamente, ese caso concreto, sin distraerse en otros procesos de los que conozca, continuando el proceso en audiencias sucesivas hasta su conclusión.

Si los principios acusatorio, de publicidad, contradicción e inmediación ya eran conocidos por nuestro derecho, y si el mismo no prohibía la oralidad, la concentración ni la continuidad, con lo cual estos principios, con o sin reforma constitucional, podrían haber sido adoptados por nuestros códigos procesales, cabe preguntarse si era necesaria la reforma.

La respuesta es que la reforma no era necesaria, y que sólo se explica como obligada consecuencia de que cada estado de la República tiene su propio código de procedimientos penales; luego entonces, si se desea hacer reformas legislativas que impacten en toda la República, debe en principio reformarse la Constitución.

Y, con estas explicaciones, llegamos a la cuestión medular de este estudio. Con el procedimiento escrito, delegando en los secretarios la atención de las audiencias, un juez puede procesar y resolver 400, 500, 600 ó más casos al año. Pero, si el juez y todo el personal del juzgado se dedican única y exclusivamente a atender un proceso a la vez, su capacidad se reduce drásticamente. El resultado, a corto plazo, es la creación de un rezago de proporciones monstruosas. La justicia se paraliza.

Ante ese problema sólo hay dos posibles soluciones: aumentar en forma importante el número de jueces, multiplicándolos por siete o por ocho; o bien disminuir el número de procesos, hasta quedarse tan solo con un pequeño porcentaje, 10 o 15%, del número original.

Aumentar el número de jueces conlleva un costo económico que nuestro país no puede soportar. La reforma es clara respecto al camino por el que ha decidido encaminar a nuestra justicia penal, el artículo 17 constitucional reformado dice, en su tercer párrafo: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

Queda, pues, bien claro: la reforma ofrece un proceso penal acusatorio y oral, que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, pero ese proceso, supuestamente lleno de cualidades y ventajas, en la realidad será un proceso excepcional que casi nunca se aplicará. La gran mayoría de los casos irán por el camino de

los mecanismos alternativos, que no aplican ninguno de los principios mencionados y en los cuales ni siquiera es seguro que intervenga un juez. "Así, el juicio oral y público está expuesto al riesgo de permanecer sólo como un símbolo del debido proceso".[3]

Debemos ahora estudiar esos mecanismos alternativos para conocer cuál es el camino por el que la reforma pretende llevar a la justicia penal mexicana y para saber cuál es el papel que ahora jugarán el legislador ordinario, el juez, el ministerio público y el defensor.

II. Mecanismos alternativos

La reforma impugna la idea de que el conflicto penal únicamente puede ser resuelto mediante una exhaustiva averiguación ministerial, el ejercicio de la acción penal ante los tribunales y un proceso igualmente completo que resulte en el dictado de una sentencia.

El artículo 17 constitucional reformado dispone que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. Esto, en opinión de García Ramírez, rescata la iniciativa de los individuos en la atención de sus propias contiendas, sin perjuicio de la trascendencia que éstas revistan para la sociedad en su conjunto, y permite, por otra parte, desahogar el cúmulo creciente de asuntos que colman los tribunales —y, previamente, los órganos de investigación— y concentrar las fuerzas persecutorias del Estado hacia cuestiones en las que es absolutamente imprescindible la intervención decisoria del poder público.[4]

Señala Maier, correctamente, que el sistema procesal penal que tiene como meta la averiguación de la verdad *material,* se ve reemplazado por otro que busca la verdad *consensual.* El principio de la autonomía de la voluntad, que ha reinado de larga fecha en el derecho privado, aparece ahora en el derecho penal, en donde entra en conflicto con los fundamentos de esta disciplina. Hay una tendencia a la "privatización" del derecho penal.[5]

En la reforma podemos identificar cuatro mecanismos alternativos de solución de controversias:

[3] Maier, Julio B. J., "Transición del sistema de justicia penal: del modelo inquisitivo al acusatorio ¿inquisición o composición?", *El sistema de justicia penal en México; retos y perspectivas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 19.

[4] García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008, p. 85.

[5] Maier, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

1) Los criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal.
2) La justicia restaurativa.
3) La terminación anticipada del proceso.
4) El reconocimiento del imputado.

Procedamos a su estudio.

1. *Los criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal*

El ejercicio de la acción penal puede regirse por el principio de legalidad o por el de oportunidad.

En un sistema jurídico que aplica el principio de legalidad, el Ministerio Público forzosa y necesariamente debe ejercer la acción penal tan pronto como se encuentren satisfechos los requisitos legales que la condicionan. En un sistema que atiende al principio de oportunidad, en cambio, existe la posibilidad de que el Ministerio Público, atendiendo a criterios extralegales, se abstenga de acusar, aún en presencia de los presupuestos que deberían motivar el ejercicio.

Refiriéndose a las ventajas y desventajas de los principios de legalidad y oportunidad, García Ramírez afirma que a la legalidad se asocian las ventajas de que destierra la arbitrariedad y elimina confabulaciones entre el inculpado y la autoridad persecutoria. En cambio, bajo el prisma de la oportunidad el Ministerio Público ha de resolver sobre el ejercicio de la acción penal (dados sus supuestos legales) habida cuenta de motivos de conveniencia (frecuentemente política) que pudieran hacer desaconsejable, en la especie, la persecución del delito.[6]

La Constitución de 1917 optó redondamente por el principio de legalidad e incluso consagró, en el artículo 21, el control judicial de esa legalidad, al establecer que las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional.

La reforma constitucional de 2008, modifica el artículo 21, el cual ahora dispone: "El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley".

Se equivocaría quien concluya, de la lectura de este texto, que estamos ante una revolución copernicana, y que el derecho mexicano ha cambiado radicalmente de parámetro. Basta señalar que, según el propio texto cons-

[6] García Ramírez, *op. cit.*, p. 40.

titucional, el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad *únicamente en los supuestos y condiciones que fije la ley.* Luego entonces el ejercicio de la acción penal no queda librado al entero arbitrio, y a la posible arbitrariedad, del Ministerio Público, por cuanto su conducta continúa sujeta a los supuestos y condiciones que fije la ley.

A mayor abundamiento, la reforma constitucional continúa sujetando el ejercicio de la acción penal al control de legalidad, si bien lo ubica ahora en el artículo 20, C, VII, al enumerar, entre los derechos de la víctima o del ofendido el de: "Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño".

Algunos estados de la República han dictado ya códigos procesales que pretenden incorporar los principios del nuevo sistema. En esos códigos queda claro también que el ejercicio de la acción penal continúa sometido al principio de legalidad, atemperado, apenas, por algunas, pocas hipótesis, en las cuales se permite al Ministerio Público la aplicación limitada de arbitrio.

Veamos, por ejemplo, el caso de Chihuahua, cuyo Código de Procedimientos Penales dispone:

> Sección 4
>
> Criterios de oportunidad
>
> *Artículo 83. Principios de legalidad procesal y oportunidad.*
>
> El agente del Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.
>
> No obstante el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguno o a varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización, cuando:
>
> I.- Se trate de un hecho socialmente insignificante o de mínima o exigua culpabilidad del imputado, salvo que afecte gravemente un interés público o lo haya cometido un servidor público en el ejercicio de su cargo o con motivo de él.
>
> No podrá aplicarse el principio de oportunidad en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales o de violencia familiar, por afectar gravemente el interés público.
>
> II.- Se trate de la actividad de organizaciones criminales, de delitos que afecten seriamente bienes jurídicos fundamentales o de investigación compleja, y el imputado colabore eficazmente con la misma, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados que tengan funciones de di-

rección o administración dentro de las organizaciones criminales, y siempre que los hechos que motivan la acción penal de la cual se prescinda, resulten considerablemente más leves que aquellos cuya persecución facilita o cuya continuación evita;

III.- El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psicológico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena;

IV.- La pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos, o la que se le impuso o se le impondría en un proceso tramitado en otro fuero.

El agente del Ministerio Público deberá aplicar los criterios de oportunidad y otras facultades discrecionales sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las pautas descritas en cada caso individual, según los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia del Estado. En los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser previamente reparado en forma razonable.

Artículo 84. Plazo.

Los criterios de oportunidad podrán ejercerse hasta antes de dictado el auto de apertura de juicio oral.

Artículo 85. Decisiones y control.

La decisión del agente del Ministerio Público que aplique un criterio de oportunidad deberá estar fundada y motivada, y será comunicada al Procurador General de Justicia, o a quien éste designe, a fin de que se revise que la misma se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas dictadas al respecto.

En caso de ser autorizada la decisión de ejercer un criterio de oportunidad, la misma será impugnable por la víctima u ofendido, o por el denunciante, en su caso, ante el Juez de Garantía, dentro de los tres días posteriores a la notificación. Presentada la impugnación, el Juez convocará a los intervinientes a una audiencia para resolver.

Artículo 86. Efectos del criterio de oportunidad.

Si se aplica un criterio de oportunidad, se extinguirá la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso. Si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extenderán a todos los que reúnan las mismas condiciones.

No obstante, en el caso de las fracciones II y IV del artículo 83, se suspenderá el ejercicio de la acción penal en relación con los hechos o las personas en cuyo favor se aplicó el criterio de oportunidad, hasta quince días naturales después de que quede firme la sentencia respectiva, momento en que el Juez, a solicitud del agente del Ministerio Público, deberá resolver definitivamente sobre el cese de esa persecución.

> Si la colaboración a que se refiere la fracción II del Artículo 83 consiste en información falsa, o es proporcionada con el propósito de obstaculizar la investigación, el agente del Ministerio Público reanudará el proceso en cualquier momento.[7]

Subrayemos algunas normas altamente significativas. El ordenamiento procesal de Chihuahua principia por establecer la regla general (artículo 83) de que "El agente del Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley". Consagra, pues, el principio de legalidad como la regla.

A continuación sólo enumera una serie limitada de casos de excepción en los cuales el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal. A mayor abundamiento, en el artículo 85, el Código dispone que: "La decisión del agente del Ministerio Público que aplique un criterio de oportunidad deberá estar fundada y motivada y será comunicada al procurador general de justicia, o a quien éste designe, a fin de que se revise que la misma se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas dictadas al respecto". Un acto de autoridad sólo puede *fundarse* en la ley. Si el Ministerio Público *funda* su decisión está aplicando el principio de legalidad.

De todo lo expuesto debemos concluir que en nuestro derecho procesal penal continúa rigiendo el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal. Este principio se ve apenas matizado por un corto número de hipótesis en las que, excepcionalmente, el propio legislador autoriza al Ministerio Público para prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal; pero le exige que ejerza esas facultades discrecionales sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, en una decisión fundada y motivada que será objeto de una revisión automática por parte del procurador general de justicia para determinar si la misma se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas dictadas al respecto.

2. *La justicia restaurativa*

El artículo 17 constitucional reformado dispone en su tercer párrafo que: "Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.

[7] El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, redactado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos reglamenta en forma idéntica el principio de oportunidad en sus artículos 98 y 99. El diputado federal César Camacho ha presentado a la Cámara de Diputados una iniciativa de Código Procesal Penal Federal cuyos artículos 237 a 240 siguen los mismos lineamientos. No cabe duda que todos ellos se inspiran en un texto modélico de autor anónimo y oculto.

En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial".

Esta reforma pone el acento en la justicia restaurativa que otorga mayor importancia a la reparación del daño sufrido por el ofendido que al castigo del delincuente.

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua (artículo 23) adopta el principio de justicia restaurativa, entendido como todo proceso en el que la víctima u ofendido y el imputado, o condenado, participan conjuntamente, de forma activa, en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado restaurativo, encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la integración de la víctima u ofendido y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad. El Ministerio Público utilizará como medios para lograr la justicia restaurativa la negociación, la mediación y la conciliación, entre otras.

A continuación, en sus artículos 196 a 200, inclusive, el código de Chihuahua reglamenta los acuerdos reparatorios en la siguiente forma:

> Título séptimo
>
> Modos alternativos de terminación del proceso
>
> Capítulo i
>
> Acuerdos reparatorios
>
> Artículo 196. Definición.
>
> Se entiende por acuerdo reparatorio el pacto entre la víctima u ofendido y el imputado que lleva como resultado la solución del conflicto a través de cualquier mecanismo idóneo que tiene el efecto de concluir el procedimiento.
>
> Artículo 197. Procedencia.
>
> (Reformado primer párrafo, P.O. 27 De diciembre de 2006)
>
> Procederán los acuerdos reparatorios en los delitos imprudenciales; aquellos en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido; los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas; en los que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional, así como en aquellos cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión y carezcan de trascendencia social.
>
> (Reformado, P.O. 27 De diciembre de 2006)
>
> Se exceptúan de esta disposición los homicidios imprudenciales en los supuestos a que se refiere el artículo 139 del Código Penal; los delitos en contra de la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, violencia familiar y los delitos cometidos por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas y los realizados por sujetos que pertenezcan a alguna asociación delictuosa u organización criminal, de conformidad con el Código Penal. Tampoco procederán los acuerdos repa-

ratorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza.

Si el delito afecta intereses difusos o colectivos, el Ministerio Público asumirá la representación para efectos de la conciliación, cuando no se haya apersonado como víctima alguno de los sujetos autorizados en este Código.

Artículo 198. Oportunidad.

Los acuerdos reparatorios procederán hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio oral. El juez, a petición de las partes, podrá suspender el proceso penal hasta por treinta días para que las partes negocien, medien o concilien. En caso de interrumpirse la negociación, mediación o conciliación, cualquiera de las partes puede solicitar la continuación del proceso.

Artículo 199. Trámite.

Desde su primera intervención, el Ministerio Público o, en su caso, el Juez de Garantía, invitará a los interesados a que lleguen a acuerdos reparatorios en los casos en que proceda, y les explicará los efectos y los mecanismos de mediación o conciliación disponibles.

La información que se genere en los procedimientos respectivos no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso penal.

El juzgador no aprobará los acuerdos reparatorios cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza.

Artículo 200. Efectos.

El Juez aprobará los acuerdos, los cuales se registrarán de un modo fidedigno.

El plazo fijado para el cumplimiento de las obligaciones pactadas suspenderá el trámite del proceso y la prescripción de la acción penal.

Si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas dentro del término que fijen las partes o, en caso de no establecerlo, dentro de un año contado a partir del día siguiente de la ratificación del acuerdo, el proceso continuará como si no se hubiera arribado a acuerdo alguno.

El cumplimiento de lo acordado impedirá el ejercicio de la acción penal o, en su caso, extinguirá la ya iniciada.[8]

Los acuerdos reparatorios no son una completa novedad, pues encuentran un claro antecedente en los delitos que se persiguen por querella, en los cuales el perdón del ofendido extingue la acción penal. No obstante, existen claras diferencias entre ambas hipótesis. La primera consiste en que el universo de los casos en que proceden los acuerdos reparatorios es más amplio

[8] El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, redactado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos reglamenta este tema en forma semejante en sus artículos 122 a 129. La iniciativa del diputado federal César Camacho lo hace en sus artículos 335 a 339.

que el de los delitos perseguibles por querella. Y esto equivale a decir que, como resultado de la reforma constitucional, el ofendido podrá transigir sobre intereses públicos.

Peor aún, afirmar, como lo hace el código de Chihuahua, que los acuerdos reparatorios proceden en el caso de delitos que carecen de trascendencia social equivale a admitir que el legislador ha tipificado y sancionado penalmente conductas que en nada afectan el interés público.

La segunda diferencia entre los acuerdos reparatorios y el viejo perdón del ofendido radica en la intervención activa del Estado para lograr los acuerdos. Tanto el Ministerio Público como el juez de garantía invitan a los interesados a que lleguen a un acuerdo y les explican los efectos y los mecanismos de mediación o conciliación disponibles. Además, el Estado proporciona el personal capacitado que intentará mediar o conciliar a las partes.

La justicia reparatoria tiene un mérito claro y encubre un problema potencial. El mérito consiste en poner un fuerte acento en el ofendido y en la importancia que reviste el que le sea reparado el daño que sufrió como consecuencia del delito; el problema estriba en precisar los medios de los que deberá valerse el Estado para garantizar que el indiciado dará cumplimiento a lo acordado. De no ser así el ofendido, a más de cornudo será apaleado, y el delincuente habrá logrado burlar a la justicia.

3. *La terminación anticipada del proceso*

El decreto del 18 de junio de 2008 reforma el artículo 20, A, VII de la Constitución para disponer que: "Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley".

Difícilmente podría ser la Constitución más vaga e imprecisa. Se limita a informarnos de que el proceso penal puede terminar anticipadamente. Nada nos dice de los casos en que ello puede ocurrir, ni de los requisitos y las condiciones que deberán ser satisfechos, ni de los supuestos y modalidades; la Constitución deja librado todo ello a lo *que determine la ley.* En consecuencia, el legislador ordinario podría constituir docenas de reglamentaciones diversas, y aún contradictorias, y todas ellas serían jurídicamente posibles, pues todas cabrían dentro del ilimitado concepto de *terminación anticipada,* única referencia que nos otorgó el parco legislador constitucional.

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, desde antes de que se aprobara el decreto de reforma constitucional de 2008, y dando prueba de extrañas facultades para leer el futuro, había reglamentado ya este tema en la siguiente forma:

Suspensión del proceso a prueba

Artículo 201. Procedencia.

En los casos en que el auto de vinculación a proceso se haya dictado por un delito cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años, el imputado no haya sido condenado por delitos dolosos, no tenga o haya tenido otro proceso suspendido a prueba y no exista oposición fundada del Ministerio Público y de la víctima u ofendido, procederá la suspensión del proceso a prueba a solicitud del imputado o del Ministerio Público con acuerdo de aquél.

Artículo 202. Oportunidad.

La suspensión del proceso a prueba podrá solicitarse en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura de juicio oral, y no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales respectivos. Si efectuada la petición aún no existe acusación, se estará a los hechos precisados en el auto de vinculación a proceso.

Artículo 203. Plan de reparación.

En la audiencia en donde se resuelva sobre la solicitud de suspensión del proceso a prueba, el imputado deberá plantear, en su caso, un plan de reparación del daño causado por el delito y un detalle de las condiciones que el imputado estaría dispuesto a cumplir conforme al artículo 205. El plan podrá consistir en una indemnización equivalente a la reparación del daño que, en su caso, pudiera llegar a imponerse o una reparación simbólica, así como los plazos para cumplirla.

Artículo 204. Resolución.

El Juez de Garantía resolverá en audiencia sobre la solicitud de suspensión de proceso a prueba. La víctima u ofendido serán citados a la misma, pero su incomparecencia no impedirá que el Juez resuelva sobre la solicitud. Si la solicitud de suspensión de proceso a prueba es planteada antes de resolverse sobre la vinculación del imputado a proceso, el Juez, en su caso, decidirá sobre la misma inmediatamente después de decretar la vinculación del imputado a proceso.

La resolución fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso o se rechaza la solicitud, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a criterios de razonabilidad. La sola falta de recursos del imputado no podrá aducirse para rechazar la posibilidad de suspensión del proceso a prueba.

Artículo 205. Condiciones por cumplir durante el período de suspensión del proceso a prueba.

El Juez de Garantía fijará el plazo de suspensión del proceso a prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres, y determinará imponer al imputado una o varias de las condiciones que deberá cumplir, entre ellas las siguientes:

I. Residir en un lugar determinado.

II. Frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas;

III. Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas;

IV. Participar en programas especiales para la prevención y tratamiento de adicciones;

V. Aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el Juez;

VI. Prestar servicio social a favor del Estado o de instituciones de beneficencia pública;

VII. Someterse a tratamiento médico o psicológico, de preferencia en instituciones públicas;

VIII. Tener un trabajo o empleo, o adquirir, en el plazo que el Juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia;

IX. Someterse a la vigilancia que determine el Juez;

X. No poseer ni portar armas;

XI. No conducir vehículos;

XII. Abstenerse de viajar al extranjero; y

XIII. Cumplir con los deberes de deudor alimentario.

Cuando se acredite plenamente que el imputado no puede cumplir con alguna de las condiciones anteriores, por ser contrarias a su salud, sus creencias religiosas o alguna otra causa de especial relevancia, el Juez podrá sustituirlas, fundada y motivadamente, por el cumplimiento de otra u otras análogas que resulten razonables.

Para fijar las condiciones, el Juez puede disponer que el imputado sea sometido a una evaluación previa. El Ministerio Público, la víctima u ofendido, podrán proponer al Juez condiciones a las que consideran debe someterse el imputado.

El Juez preguntará al imputado si se obliga a cumplir con las condiciones impuestas y, en su caso, lo prevendrá sobre las consecuencias de su inobservancia.

Artículo 206. Conservación de los medios de prueba.

En los asuntos suspendidos en virtud de las disposiciones correspondientes a esta Sección, el agente del Ministerio Público tomará las medidas necesarias para evitar la pérdida, destrucción o ineficacia de los medios de prueba conocidos y las que soliciten las partes.

Artículo 207. Revocación de la suspensión.

Si el imputado se aparta considerablemente y en forma injustificada de las condiciones impuestas, no cumple con el plan de reparación, o posteriormente es condenado en forma ejecutoriada por delito doloso o culposo, cuando el proceso suspendido a prueba se refiera a delito de esta naturaleza, el Juez, previa petición del agente del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, convocará a las partes a una audiencia en la que se debatirá sobre la revocatoria y resolverá de inmediato, fundada y motivadamente, acerca de

la reanudación de la persecución penal. En lugar de la revocatoria, el Juez podrá ampliar el plazo de la suspensión a prueba hasta por dos años más. Esta extensión de término puede imponerse sólo por una vez.

Si la víctima u ofendido ha recibido pagos durante la suspensión del proceso a prueba que posteriormente es revocada, ellos se destinarán a la indemnización por daños y perjuicios que le pudiere corresponder.

Artículo 208. Cesación provisional de los efectos de la suspensión del proceso a prueba.

La obligación de cumplir con las condiciones establecidas y el plazo de suspensión cesarán mientras el imputado esté privado de su libertad por otro proceso. Pero se reanudará una vez que obtenga su libertad.

Si el imputado está sometido a otro proceso y goza de libertad, la obligación de cumplir con las condiciones y el plazo seguirá su curso, pero no podrá decretarse la extinción de la acción penal sino cuando quede firme la resolución que lo exime de responsabilidad por el nuevo hecho.

La revocación de la suspensión del proceso no impedirá el pronunciamiento de una sentencia absolutoria, ni la concesión de algunas de las medidas sustitutivas a la privación de libertad, cuando fueren procedentes.

Artículo 209. Efectos de la suspensión del proceso a prueba.

Transcurrido el plazo que se fije sin que la suspensión fuere revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el Tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento.

Durante el período de suspensión del proceso a prueba de que tratan los artículos precedentes quedará suspendida la prescripción de la acción penal.[9]

Es evidente la semejanza que existe entre los acuerdos reparatorios y la suspensión del proceso a prueba. Ambos son mecanismos alternativos de solución del litigio penal. El imputado puede, en ambos, mediante el cumplimiento de algunas condiciones, obtener que se extinga la acción penal sin necesidad de agotar el proceso ni de sufrir una pena. Pero aquí se terminan las semejanzas y surgen las diferencias.

La primera diferencia es meramente temporal. Los acuerdos reparatorios proceden hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio oral, la suspensión del proceso a prueba sólo procede después de dictado el auto de vinculación a proceso. Esta diferencia es de poca monta en comparación con la segunda, cuya trascendencia es enorme: el procedimiento de suspen-

[9] El Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León se ocupa de este tema en sus artículos 610 a 621; el Código Modelo reglamenta este tema en sus artículos 115 a 121 y la iniciativa del diputado federal César Camacho lo hace en sus artículos 340 a 348.

sión del proceso a prueba renuncia a la reparación del daño como principio fundamental del nuevo derecho procesal.

Es cierto que el imputado, al solicitar la suspensión del proceso, deberá plantear un plan de reparación del daño causado por el delito, pero ese plan puede ofrecer tan solo una *reparación simbólica,* que será *cumplida a plazos*. Con reparación simbólica, queremos decir que es figurada, alegórica, metafórica, emblemática, concepto opuesto a indemnización real y efectiva. Además, la falta de recursos del imputado no impide la suspensión del proceso.

Dado que la suspensión del proceso ya no se preocupa por la reparación del daño, el ofendido no tiene lugar en el procedimiento correspondiente. En tanto que el acuerdo reparatorio en un pacto o convenio entre la víctima u ofendido y el imputado, el ofendido no tiene participación en la suspensión del proceso. El inculpado solicita la suspensión, no es necesario que el ofendido manifieste su conformidad. El juez de garantía resuelve sobre la solicitud en una audiencia a la que citará a la víctima u ofendido, pero su presencia no es necesaria. El juez resolverá aún en ausencia del ofendido.

El imputado a quien se concede la suspensión del proceso está obligado únicamente a dar cumplimiento a las condiciones que enumera el artículo 205, entre las cuales, desde luego, no está incluida la reparación del daño. Y aún así, el legislador teme haber sido demasiado enérgico con el imputado y agrega que:

> Cuando se acredite plenamente que el imputado no puede cumplir con alguna de las condiciones anteriores, por ser contrarias a su salud, sus creencias religiosas o alguna otra causa de especial relevancia, el Juez podrá sustituirlas, fundada y motivadamente, por el cumplimiento de otra u otras análogas que resulten razonables.

Las condiciones que el Código exige para que el imputado obtenga la suspensión del proceso son de tal manera favorables a éste que, en verdad, un imputado bien asesorado jamás aceptará un acuerdo reparatorio pues, tan solo con esperar a que se le dicte el auto de vinculación a proceso, tendrá acceso a la suspensión del proceso sin necesidad de preocuparse por asuntos tan engorrosos como la reparación del daño.

En verdad, la lectura de los artículos que reglamentan la suspensión del proceso nos permite percibir en el legislador un franco tono de angustia. ¡Horror: se ha dictado al imputado un auto de vinculación a proceso, será pues necesario someterlo a un juicio oral! Pero he aquí que el Estado no tiene la capacidad de juzgar a todos los procesados, no cuenta con las instala-

ciones, ni con los jueces. Es necesario, es imperativo, suspender el proceso, poniendo en plena libertad al imputado bajo condiciones baladíes. Y si aún éstas no le resultan aceptables, entonces el juez las sustituirá por otras que le resulten razonables. ¡Pero, por favor, que se vaya, que no nos obligue a juzgarlo!

La verdad es que bajo el nombre *suspensión del proceso* el Código Procesal Penal de Chihuahua despenaliza todos aquellos delitos cuya pena máxima no excede de cinco años de prisión, y los convierte en meras faltas administrativas.

Más aún, el ordenamiento procesal de Chihuahua, al permitir que se otorgue la suspensión del proceso, primero, y la extinción de la acción penal, después, sin que se repare el daño o bien dándole meramente una reparación simbólica, va directamente en contra del decreto de reforma constitucional de 2008. En efecto, este decreto, en su artículo 20, A, I, consagra como el primer principio general del proceso que los daños causados por el delito se reparen, y en el artículo 20, C, IV, otorga a la víctima u ofendido el derecho a que se le repare el daño, a que se le repare real y efectivamente, no en forma meramente simbólica.

4. *El reconocimiento del imputado*

El artículo 20, A, VII, reformado, dispone que:

> Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

La Constitución no identifica a la autoridad que otorgará los beneficios: ¿el juez o el Ministerio Público? Esa identificación y la naturaleza misma de los beneficios serán determinadas por el legislador ordinario. Los códigos procesales podrán reglamentar estas cuestiones en forma diferente.

Los otros mecanismos alternativos de solución de controversias: los criterios de oportunidad, la justicia restaurativa y la terminación anticipada, se aplican a un número limitado de hipótesis, y tienen como consecuencia la extinción de la acción penal sin necesidad de que se agote el proceso y se dicte una sentencia. El reconocimiento del imputado, en cambio, permite que el proceso continúe hasta su fin normal que es el dictado de sentencia. Estamos ante un proceso abreviado como consecuencia de que el procesado

reconoce su participación en el delito, por lo que ya no es necesario que el Ministerio Público pruebe esa participación.

Pero el hecho de que el inculpado reconozca su participación en el delito no es suficiente para dictar una sentencia condenatoria. El juez deberá atender, también en este proceso abreviado, los principios constitucionales que establecen: que a más del reconocimiento, deben existir medios de convicción suficientes para corroborar la imputación (artículo 20, A, VII); que el proceso penal tendrá por objeto proteger al inocente (artículo 20, A, I); que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora (artículo 20, A, V); que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado (artículo 20, A, VIII); que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula (artículo 20, A, IX), y que el imputado tiene derecho a que se presuma su inocencia (artículo 20, B, I).

La sentencia deberá ser absolutoria cuando, a pesar de que el inculpado reconoce su participación en el delito, no existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, o bien cuando está probada alguna causa de exclusión del delito, como la atipicidad o la legítima defensa, o, por último, si está probada alguna causa de extinción de la pretensión punitiva, como la prescripción.

Veamos ahora la forma en que reglamenta este procedimiento el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua:

> Procedimiento abreviado
>
> Artículo 387. Procedencia.
>
> El procedimiento abreviado se tramitará únicamente a solicitud del Ministerio Público, en los casos en que el imputado admita el hecho que le atribuyera aquél en su escrito de acusación, consienta en la aplicación de este procedimiento y el acusador coadyuvante, en su caso, no presente oposición fundada.
>
> La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos. Se escuchará a la víctima u ofendido de domicilio conocido, a pesar de que no se haya constituido como acusador coadyuvante, pero su criterio no será vinculante. La incomparecencia injustificada de la víctima u ofendido a la audiencia no impedirá que se resuelva sobre la apertura del procedimiento abreviado y, en su caso, se dicte la sentencia respectiva.
>
> Artículo 388. Oportunidad.
>
> (Reformado primer párrafo, P.O. 13 de octubre de 2007)
>
> El Ministerio Público podrá presentar la acusación y solicitar la apertura del procedimiento abreviado desde la audiencia en la que se resuelva la vinculación del imputado a proceso hasta antes del pronunciamiento del auto de apertura de juicio oral. En caso de que el Juez de Garantía rechace la apertura

del procedimiento abreviado, el Ministerio Público podrá retirar su acusación y solicitar al Juez que fije un plazo para el cierre de la investigación.

El Ministerio Público manifestará su deseo de aplicar el procedimiento abreviado al formular su acusación por escrito, o verbalmente, en la misma audiencia intermedia. En este último caso, el Ministerio Público podrá modificar su acusación, así como la pena requerida.

El Ministerio Público podrá solicitar la aplicación de una pena inferior hasta en un tercio de la mínima señalada para el delito por el cual acusa.

Artículo 389. Verificación del Juez.

Antes de resolver sobre la solicitud del Ministerio Público, el Juez verificará que el imputado:

Ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre, voluntaria e informada y con la asistencia de su defensor;

Conociere su derecho a exigir un juicio oral, y que renunciare voluntariamente a ese derecho y aceptare ser juzgado con base en los antecedentes recabados en la investigación;

Entendiere los términos del acuerdo y las consecuencias que éste pudiera implicarle; y

Acepta los hechos materia de la acusación en forma inequívoca y de manera libre y espontánea.

Artículo 390. Resolución sobre la solicitud del procedimiento abreviado.

El Juez aceptará la solicitud del Ministerio Público cuando considere actualizados los requisitos correspondientes.

Cuando no lo estimare así, o cuando considerare fundada la oposición de la víctima u ofendido, rechazará la solicitud del procedimiento abreviado y dictará el auto de apertura de juicio oral. En éste caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Ministerio Público durante el juicio, se tendrán por no formuladas la aceptación de los hechos por parte del acusado, así como las modificaciones de la acusación efectuadas para posibilitar la tramitación abreviada del procedimiento. Así mismo, el Juez dispondrá que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de proceder de conformidad al procedimiento abreviado, sean eliminadas del registro.

Artículo 391. Trámite en el procedimiento abreviado.

Acordado el procedimiento abreviado, el Juez abrirá el debate y otorgará la palabra al Ministerio Público, quien efectuará una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y diligencias de la investigación que la fundamentaren. A continuación, se dará la palabra a los demás intervinientes. En todo caso, la exposición final corresponderá siempre al acusado.

Artículo 392. Sentencia en el procedimiento abreviado. Terminado el debate, el Juez emitirá su fallo sobre condena o absolución en la misma audiencia, y deberá dar lectura pública a la sentencia, dentro de un plazo de cuarenta y ocho horas. En caso de ser condenatoria, no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público.

> En ningún caso el procedimiento abreviado obstará a la concesión de alguna de las medidas alternativas consideradas en la ley, cuando correspondiere.[10]

Si la meta del Constituyente permanente, al establecer este procedimiento abreviado, fue la de disminuir el número de casos que llegan al juicio oral, la de despresurizar a nuestro sistema de justicia, el método parece adecuado. Cada inculpado que reconoce su participación en el delito es un caso menos del que tendrán que conocer los tribunales. Llevando las cosas al extremo: si todos los inculpados reconocen su participación en el delito que se les imputa, los tribunales podrían cerrar sus puertas pues su labor ya no sería necesaria. Resta tan solo resolver un problema: ¿cómo lograr esas confesiones que van en contra de la muy humana reacción de defenderse, de afirmar la propia inocencia y de tratar de evitar el castigo?

Podemos influir en la voluntad de un hombre básicamente de dos maneras: amenazándolo o mediante la promesa de un beneficio; por la fuerza o por el regalo; con un garrote o con una zanahoria. Analicemos estos caminos.

Veamos, primero, el camino de la fuerza. Esta es la ruta que ha seguido el derecho de los Estados Unidos de América mediante la institución del *plea bargaining*, cuyo estudio reviste especial importancia por cuanto se dice que es la que sirve de modelo a nuestro Constituyente permanente.[11]

La figura del *plea bargaining*, o negociación del alegato, surgió en Estados Unidos de América a principios del siglo XIX,[12] como una práctica del Ministerio Público, quien retiraba algunos de los cargos que pretendía hacer al acusado a cambio de que éste se declarase culpable. Los jueces no participaban en esa práctica, de hecho la veían con desaprobación e, incluso, en algún caso pretendieron sancionar a quienes la usaban[13] pero pronto los jueces se unieron a la práctica de negociar la pena que podrían imponer. El *plea bargaining,* que a principios del siglo XIX servía para resolver unos

[10] El Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León reglamenta el procedimiento abreviado en sus artículos 601 a 609; el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos lo hace en sus artículos 412 a 417; la Iniciativa del Código Procesal Penal Federal del diputado César Camacho reglamenta el procedimiento abreviado en sus artículos 448 a 453.

[11] "La figura del procedimiento abreviado es una adaptación de la institución del *plea bargaining* estadounidense", César Camacho, Exposición de Motivos de la Iniciativa de Código Procesal Penal Federal.

[12] Fisher, George, "Plea Bargaining's Triumph", *The Yale Law Jornal,* V, 109, marzo de 2000, p. 864.

[13] *Idem*, pp. 882 y 915.

cuantos casos, a fines de ese siglo se aplicaba a casi el 90% ellos.[14] Hoy, el acusado se declara culpable en más del 95% de los casos. El *plea bargaining,* dice Fisher, no puede crecer más,[15] ha triunfado en toda la línea. El jurado popular, que, según la Constitución de Estados Unidos, debería ser la regla general para tramitar el proceso penal, se ha convertido en la práctica en algo excepcional, cuya subsistencia parece servir únicamente como espectáculo a la televisión y al cine.

Cabe preguntarse cuál es la causa de ese éxito fulminante. Fisher nos informa que el *plea bargaining* ha triunfado porque sirve los intereses de los poderosos.[16] El Ministerio Público, en primer lugar, encuentra en el *plea bargaining* el camino para deshacerse de la sobrecarga de trabajo y evitar el riesgo de perder un caso. El juez, igualmente, encuentra en este procedimiento la forma de eliminar el trabajo de manera rápida, efectiva y sin riesgo de que su resolución sea revocada en apelación.[17] El *plea bargaining* protege la reputación del Ministerio Público y del juez y da legitimidad a todo el sistema en la medida en que el público piensa que el resultado se ajusta a la verdad, puesto que las partes lo han aceptado. Al admitir culpa, el acusado elimina toda duda acerca de ésta. Por su naturaleza, el *plea bargaining* oculta todos los errores de hecho y de derecho.

Por lo que hace a los defensores, recordemos que en Estados Unidos, al igual que en México, los defensores de oficio se encargan de más del 85% de los casos. El defensor de oficio es un empleado del Estado y recibe un salario fijo que no guarda relación ni con el número de casos que se le confían ni con el resultado de los mismos. En consecuencia, está tan interesado como el Ministerio Público y el juez en que los casos se resuelvan en el menor tiempo posible y con el mínimo esfuerzo. Si un caso termina sin tener que agotar todas las etapas procesales, tanto mejor para el defensor de oficio.

El triunfo del *plea bargaining* se explica porque favorece los intereses de todas las partes en el juicio. Bueno, de casi todas. Se nos ha olvidado hablar del acusado. Este se enfrenta, simultáneamente, a un Ministerio Público que exige que se declare culpable, a un defensor que afirma que, en efecto, eso es lo que más le conviene y a un juez que dice: si usted no se declara culpable seré severo al condenar.

14 *Ibidem*, p. 1016.
15 *Ibidem*, p. 1075.
16 *Ibidem*, p. 859.
17 *Ibidem*, pp. 867, 893, 989, 1039, 1042 y 1043.

Los agentes del Ministerio Público, quienes saben que, en la casi totalidad de los casos, el asunto se resolverá por la vía del *plea bargaining*, amenazan al inculpado con acusaciones por delitos múltiples e invocan agravantes improcedentes.[18] Actúan como los vendedores en los mercados árabes, que piden 100 por una mercancía a fin de iniciar un sabroso regateo que les permitirá vender en 20 lo que vale 10.

En algunos, raros, excepcionales casos, un acusado se atreve a declararse inocente, y a reclamar el juicio que la Constitución dice garantizarle. Ese individuo es considerado como enemigo del sistema, que está obstaculizando su funcionamiento fluido, que está dificultando la labor del Ministerio Público y del juez y que será obligado a pagar las consecuencias (*trial tax).* El Ministerio Público cambiará su acusación inicial para agravar los cargos, el juez lo enviará a prisión preventiva por largo tiempo, uno o dos años, a esperar que el juzgado tenga tiempo para atender ese fenómeno excepcional: un juicio penal.[19] En estas condiciones, fácilmente podemos suponer que muchos inocentes se declaran culpables, pues son incapaces de enfrentar la presión combinada del Ministerio Público, del juez y de su propio defensor.

El *plea bargaining* ha tenido fuertes críticas. Los conservadores afirman que favorece a los criminales; los liberales critican que condena inconscientemente, por rutina. En 1973, la Comisión Nacional Asesora en Justicia Penal recomendó su abolición en cinco años. La única finalidad del *plea bargaining*, dijo, es disponer de los casos lo más rápidamente posible, sin atender a la justicia. Su recomendación no ha sido atendida.[20] El número de casos que se resuelven mediante *plea bargaining,* si acaso, ha aumentado. El sistema de justicia penal tiene una adicción por el *plea bargaining* y ya no está a su alcance el librarse de él.

El sistema estadounidense, por una parte, dificulta al acusado el acceso al juicio y, por la otra, lo amenaza con que, si insiste en ser sometido a juicio, será objeto de más graves cargos y sanciones. El resultado es que se coacciona su voluntad en forma que bien puede ser calificada de tortura.[21]

[18] *Ibidem*, p. 872.

[19] Bogira, Steve, *Courtroom* 302, Nueva York, Alfred A. Knopf, 2005, pp. 73, 74 y 127.

[20] *Idem*, pp. 41 y 47.

[21] El *plea bargaining* y la tortura judicial se relacionan, ya que en los dos casos se ejerce presión en contra del imputado para que sea éste quien resuelva el caso con su confesión. La crítica se vuelve aún más grave cuando rutinariamente se impone una pena mayor a las personas que optan por ir a juicio en vez de aceptar su responsabilidad mediante un proceso

Veamos, ahora, cómo puede usarse la zanahoria para incentivar una confesión. Ya la Constitución (artículo 20, A, VII) hace referencia a la zanahoria cuando se refiere a "los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad", pero deja en manos del legislador ordinario el establecer esos beneficios.

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, en su artículo 388, dispone: "El Ministerio Público podrá solicitar la aplicación de una pena inferior hasta en un tercio de la mínima señalada para el delito por el cual acusa".[22]

El texto transcrito no es tan claro como sería deseable, pues admite, por lo menos, dos interpretaciones diversas:

a) El Ministerio Público podrá solicitar que la pena máxima señalada para el delito se disminuya "hasta en un tercio de la mínima señalada para el delito por el cual acusa". Así, por ejemplo, el Código Penal Federal (artículo 320) prevé que al responsable de un homicidio calificado se le impondrán de treinta a sesenta años de prisión, en consecuencia, el Ministerio Público podría solicitar que la pena máxima, sesenta años, se disminuyera hasta en diez años, que es un tercio de la pena mínima señalada en el Código. El inculpado, en consecuencia, sería condenado a cincuenta años de prisión. O bien,

b) El Ministerio Público podrá solicitar que se aplique al inculpado una pena inferior a la fijada en la ley. La disminución de pena podrá llevarla hasta "un tercio de la mínima señalada para el delito por el cual acusa". Así, por ejemplo, en el ya señalado caso del homicidio calificado, el Ministerio Público podrá solicitar que la pena máxima, sesenta años, sea disminuida hasta diez años, que es un tercio de la mínima señalada en el Código. El inculpado, en consecuencia, sería condenado a diez años de prisión.

Como vemos, hay una diferencia mayúscula entre ambos sistemas de contabilizar la pena.

Veamos algunos otros ejemplos. El Código Penal para el Distrito Federal sanciona el delito de violación (artículo 174) con prisión de 6 a 16 años; el robo (artículo 220), cuando el valor de lo robado excede de trescientas pero

abreviado. Langbein, John, "Tortura y *Plea Bargaining*", en Maier, Julio y Bovino, Alberto, *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

[22] La iniciativa de Código Procesal Penal Federal presentada por el diputado César Camacho, en su artículo 449, reitera idéntico texto. En consecuencia, le son aplicables las críticas que haremos al Código de Chihuahua.

no de setecientas cincuenta veces el salario mínimo, tiene una pena de 2 a 4 años de prisión, y el despojo (artículo 237) será sancionado con prisión de tres meses a cinco años. Si esas penas se disminuyen hasta una tercera parte de la mínima, castigaremos la violación con dos años de prisión, el robo con ocho meses de prisión y el despojo con un mes de prisión.

Hagamos ahora un comentario sobre estas dos alternativas. Desde luego, si adoptamos el sistema conforme al cual la sanción es la máxima menos hasta un tercio de la mínima, ningún procesado aceptará esta oferta. Para hacer esta afirmación nos ubicamos en el espíritu de la reforma constitucional. La justicia es una mercancía. Las partes negocian con la misma actitud con que actuarían en un mercado. Nadie vende a un precio demasiado bajo, nadie compra aceptando un precio exageradamente alto. Pues bien: todo procesado sabe que ir a juicio significa tener una posibilidad, mayor o menor, de ser absuelto. Aún en el peor de los casos, si es condenado, la pena será inferior a la máxima; será inferior en más de un tercio de la mínima. Luego entonces, la oferta de que, a cambio de reconocer su participación en el delito, se le condene a la pena máxima disminuida, en el mejor de los casos, por un tercio de la mínima, no es atractiva.

El autor del Código Procesal Penal de Chihuahua, al parecer, eligió la otra opción. La disminución de la pena puede llevarla hasta un tercio de la mínima señalada para el delito. El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos parece apoyar esta interpretación. En su artículo 413 dispone:

> El Ministerio público podrá solicita la aplicación de una pena inferior hasta en un tercio de la mínima señalada para el delito por el cual se acusa, sin embargo, tratándose de los delitos de homicidio simple y calificado, secuestro, desaparición forzosa de personas, tortura, violación y trata de personas, la reducción de hasta un tercio se realizará a la pena que corresponda atendiendo al grado de culpabilidad del sentenciado.

Como vemos, el Código Modelo contempla dos hipótesis; una segunda que se refiere a delitos graves, en la cual "la reducción de hasta un tercio se realizará a la pena que corresponda atendiendo al grado de culpabilidad del sentenciado". Y una primera hipótesis que se refiere a delitos no graves, y para ese caso el Código Modelo copia a la letra el texto del código de Chihuahua. Es evidente que en esa primera hipótesis la oferta tiene que ser más generosa, es decir, la disminución podrá llevar la pena hasta un tercio de la mínima.

En estas condiciones tenemos que criticar al legislador de Chihuahua por un exceso de generosidad. Aplicar tan solo un tercio de la pena mínima destruye el Código Penal. La pena, recortada a una fracción mínima de su monto original, pierde sus características de sanción y de ejemplaridad. Como, además, siguen en vigor las normas de substitución y conmutación de sanciones, el inculpado que reconozca su participación en el delito se verá de inmediato en libertad, sujeto tan solo al pago de una multa o a una vaga obligación de trabajo en favor de la comunidad. Esta norma es un premio para el culpable y una tentación para el inocente, quien se sentirá inclinado a declararse culpable para ahorrarse los gastos, los esfuerzos y los riesgos del juicio.

Alarma el poder que el nuevo proceso otorga al Ministerio Público. Él es quien decide en qué porcentaje debe disminuirse la pena, dentro de un amplio abanico que va desde la pena máxima hasta un tercio de la mínima. No toma su decisión públicamente, ni tiene que fundarla ni motivarla, ni está sujeto a control por vía de apelación. El juez no puede imponer una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público (Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 392; Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 417; Iniciativa del Código Procesal Penal Federal del Diputado César Camacho, artículo 453). En estas condiciones el juez pierde toda importancia. Es el Ministerio Público quien dicta la justicia, y probablemente la injusticia. La pena se convierte en una mercancía y la posibilidad de corrupción es enorme.

El ordenamiento procesal de Chihuahua, además, usa la zanahoria para ocultar un garrote. El Ministerio Público puede modificar su acusación (¿cambiar el tipo? ¿eliminar o sumar agravantes?) según dispone el artículo 388 del Código de Procedimientos Penales del Estado (en forma que repite el artículo 449 de la iniciativa Camacho). La figura del Ministerio Público se agiganta hasta convertirse en todopoderosa.

III. Comentarios finales

1. La reforma constitucional de 2008 crea un nuevo proceso penal que será acusatorio y oral y se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

2. Los principios acusatorio, de publicidad, contradicción e inmediación ya eran conocidos por nuestro derecho. Además, nada en nuestra Constitu-

ción impedía que los códigos procesales exigieran que el proceso fuera oral, concentrado o continuo. La reforma sólo se justifica porque establece un parámetro para todos nuestros ordenamientos procesales.

3. Si el juez puede atender sólo un proceso a la vez, aplicando los principios de publicidad, concentración, continuidad e inmediación, el número de casos que puede conocer a lo largo de un año se reduce drásticamente. Para poder tramitar toda la carga procesal sería necesario multiplicar por siete o por ocho el número de jueces, o bien disminuir el de los procesos, hasta quedarse tan solo con un pequeño porcentaje, 10% o 15% del número original.

4. México no tiene los recursos, humanos y económicos, necesarios para aumentar el número de jueces. El juicio oral es un modelo utópico que no se aplicará en la práctica. En su lugar, los conflictos penales caminarán por cuatro vías alternativas: los criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, la justicia restaurativa, la terminación anticipada del proceso y el reconocimiento del imputado.

5. Aun cuando el artículo 21 constitucional reformado afirma que el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, el hecho de que someta esos criterios de oportunidad a los supuestos y condiciones que fije la ley, que la Constitución conserve el control de legalidad para el ejercicio de la acción penal (artículo 20, C, VII) y la forma en que lo reglamenta el ordenamiento procesal de Chihuahua nos permiten concluir que en nuestro derecho procesal penal continúa rigiendo el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal. Este principio se ve apenas matizado en un corto número de hipótesis.

6. Es un logro de la reforma el poner el acento en la justicia restaurativa. El Estado debe buscar la reparación del daño sufrido por el ofendido. Pero habrá que hacerlo por medio una reparación real y efectiva, no una mera promesa que permitirá al inculpado escapar a su responsabilidad penal y burlar al ofendido y a la justicia.

7. La Constitución afirma que se podrá decretar la terminación anticipada del proceso pero no individualiza los casos en que esto puede ocurrir ni los requisitos y condiciones que deberán ser satisfechos, dejando esa labor al legislador ordinario.

El ordenamiento procesal de Chihuahua reglamenta la terminación anticipada del proceso en forma tal que despenaliza todos aquellos delitos cuya pena máxima no excede de cinco años de prisión, y los convierte en meras faltas administrativas.

8. Si el imputado reconoce su participación en el delito el juez citará a audiencia de sentencia y la ley establecerá los beneficios que se le otorgarán.

Esta nueva figura procesal puede tener algunos méritos. El imputado que públicamente reconoce la verdad está realizando un acto de contrición y está ahorrando a la justicia gastos y esfuerzos inútiles. Merece recibir a cambio algunos beneficios. Los códigos procesales deberán reglamentar cuidadosamente éstos para evitar las muchas consecuencias negativas que pueden resultar.

9. Es un error otorgar al Ministerio Público la facultad de determinar el monto de la pena, como lo que hace el Código de Chihuahua. Ello será fuente de corrupción y de injusticia.

10. Es un error permitir que la sanción se reduzca hasta un tercio de la pena mínima. Ello despenaliza las conductas y destruye la ejemplaridad.

11. Lo correcto sería disponer que el juez, si acaso dicta sentencia condenatoria, procederá a individualizar la pena, conforme a las reglas hoy en vigor y, hecho esto, disminuirá esa pena en un 40%. Ese porcentaje sería el beneficio al que se refiere la Constitución. Sería uniforme, uno y el mismo para todos los inculpados, por cuanto todos ellos tienen un mismo e idéntico mérito: han reconocido su participación en el delito. En esa forma se evitaría toda negociación, que puede dar lugar a corrupción, y se trataría con igualdad a los inculpados. En esta forma lograríamos el equilibrio adecuado entre los beneficios otorgados y el normal y expedito acceso al juicio, y el inculpado tomará la decisión de reconocer su participación en el delito o exigir su enjuiciamiento con una voluntad libre de amenazas y promesas.

12. El Estado debe disponer de las instalaciones físicas y del número de jueces adecuado para tramitar todos los juicios que sea necesario. El procesado debe saber que tiene, real y efectivamente, el derecho a un juicio.

13. El Ministerio Público debe formular su acusación, una sola acusación, la misma acusación, y con conocimiento de ella el inculpado decidirá si reconoce o no su participación. Es inaceptable que se permita al Ministerio Público cambiar los cargos como un medio para obligar al inculpado a reconocer su participación. Modificar la acusación viola el principio de legalidad y el principio de contradicción, pues una de esas dos acusaciones, al menos, será contraria a las constancias procesales.

14. Si, en cambio, se le hace saber al inculpado que la opción de llegar a juicio no existe realmente, o que está obstaculizada por numerosas dificultades, y si además el Ministerio Público lo amenaza con que, si exige su derecho a juicio, la acusación será agravada, veremos a muchos inocentes declararse culpables. Entonces resultará evidente que la reforma constitucional que creó los juicios orales es una enorme burla, por cuanto el Estado no tiene la capacidad para llevar a cabo esos juicios y se ve obligado a presionar al inculpado para que reconozca su participación en el delito.

IV. Anexo

Miércoles 18 de junio de 2008, *Diario Oficial* (Primera Sección) 3

PODER EJECUTIVO
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN

DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.

FELIPE DE JESÚS CALDERÓN HINOJOSA, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que la Comisión Permanente del Honorable Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

«LA COMISIÓN PERMANENTE DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, EN USO DE LA FACULTAD QUE LE CONFIERE EL ARTÍCULO 135 CONSTITUCIONAL Y PREVIA LA APROBACIÓN DE LAS CÁMARAS DE DIPUTADOS Y DE SENADORES DEL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ASÍ COMO LA MAYORÍA DE LAS LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS,

DECRETA:

SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Único. Se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin

demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacía de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma

y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

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, 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.

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decrete la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de

investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor de los reglamentos gubernativos y de policía fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa que se imponga por infracción de los reglamentos gubernativos y de policía, no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas:

a) La regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones.

b) El establecimiento de las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificado y registrado en el sistema.

c) La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.

d) Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito así como de las instituciones de seguridad pública.

e) Los fondos de ayuda federal para la seguridad pública, a nivel nacional serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines.

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;

II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:

a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.

c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.

d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. a XX. ...

XXI.Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada.

...

...

XXII. ...

XXIII. Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta Constitución.

XXIV. a XXX. ...

Artículo 115. ...

I. a VI. ...

VII. La policía preventiva estará al mando del presidente municipal en los términos de la Ley de Seguridad Pública del Estado. Aquélla acatará las órdenes que el Gobernador del Estado le transmita en aquellos casos que éste juzgue como de fuerza mayor o alteración grave del orden público.

...

VIII. ...

...

IX. y X. ...

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

Apartado A...

Apartado B...

I. a XII. ...

XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o

removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.

Las autoridades del orden federal, estatal, del Distrito Federal y municipal, a fin de propiciar el fortalecimiento del sistema de seguridad social del personal del Ministerio Público, de las corporaciones policiales y de los servicios periciales, de sus familias y dependientes, instrumentarán sistemas complementarios de seguridad social.

El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones.

XIII bis. y XIV. ...

Transitorios

Primero. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, con excepción de lo dispuesto en los artículos transitorios siguientes.

Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

En el momento en que se publiquen los ordenamientos legales a que se refiere el párrafo anterior, los poderes u órgano legislativos competentes deberán emitir, asimismo, una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra esta Constitución empezarán a regular la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales.

Tercero. No obstante lo previsto en el artículo transitorio segundo, el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor al día siguiente de la publicación del presente Decreto en el Diario Oficial de la Federación, en las entidades federativas que ya lo hubieren incorporado en sus ordenamientos legales vigentes, siendo plenamente

válidas las actuaciones procesales que se hubieren practicado con fundamento en tales ordenamientos, independientemente de la fecha en que éstos entraron en vigor. Para tal efecto, deberán hacer la declaratoria prevista en el artículo transitorio Segundo.

Cuarto. Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto.

Quinto. El nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

Sexto. Las legislaciones en materia de delincuencia organizada de las entidades federativas, continuarán en vigor hasta en tanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de esta Constitución. Los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serán afectados por la entrada en vigor de la legislación federal. Por lo tanto, deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última.

Séptimo. El Congreso de la Unión, a más tardar dentro de seis meses a partir de la publicación de este Decreto, expedirá la ley que establezca el Sistema Nacional de Seguridad Pública. Las entidades federativas expedirán a más tardar en un año, a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, las leyes en esta materia.

Octavo. El Congreso de la Unión, las Legislaturas de los estados y el órgano legislativo del Distrito Federal, deberán destinar los recursos necesarios para la reforma del sistema de justicia penal. Las partidas presupuestales deberán señalarse en el presupuesto inmediato siguiente a la entrada en vigor del presente decreto y en los presupuestos sucesivos. Este presupuesto deberá destinarse al diseño de las reformas legales, los cambios organizacionales, la construcción y operación de la infraestructura, y la capacitación necesarias para jueces, agentes del Ministerio Público, policías, defensores, peritos y abogados.

Noveno. Dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto se creará una instancia de coordinación integrada por representantes de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, además del sector académico y la sociedad civil, así como de las Conferencias de Seguridad Pública, Procuración de Justicia y de Presidentes de Tribunales, la cual contará con una secretaría técnica, que coadyuvará y apoyará a las autoridades locales y federales, cuando así se lo soliciten.

Décimo. La Federación creará un fondo especial para el financiamiento de las actividades de la secretaría técnica a que se refiere el artículo transitorio octavo. Los fondos se otorgarán en función del cumplimiento de las obligaciones y de los fines que se establezcan en la Ley.

Décimo Primero. En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.

Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

México, D.F., a 28 de mayo de 2008.- Sen. **Santiago Creel Miranda**, Presidente.- Dip. **Susana Monreal Ávila**, Secretaria.- Rúbricas.»

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a diecisiete de junio de dos mil ocho.- **Felipe de Jesús Calderón Hinojosa**.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, **Juan Camilo Mouriño Terrazo**.- Rúbrica.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

JUSTICIA ORAL Y EDUCACIÓN

Rodolfo Bucio Estrada

Sumario: I. *Introducción*. II. *Justicia oral*. III. *La educación en la justicia oral*. IV. *Dimensión educativa para enfrentar la enseñanza de la justicia oral*. V. *Comentarios respecto a las propuestas educativas*. VI. *Referencias bibliográficas*.

I. Introducción

Lo novedoso en México es el cambio del sistema acusatorio penal, identificado como juicio oral penal, sin embargo desde el siglo pasado se cuenta, en materia civil, con juicio oral; posteriormente y con algunos matices la materia laboral se incorpora a la oralidad, y por último con la creación de los tribunales agrarios se incorpora la oralidad a la materia agraria.

El juicio como lo señala Eduardo J. Couture tiene dos acepciones, una como sinónimo de proceso y otra como acto cognitivo del juez o integrantes del tribunal al emitir su juicio por el cual se resuelve el conflicto de naturaleza jurídica puesto a su jurisdicción. Por otro lado, como lo señala Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, no existe un proceso eminentemente oral ni otro escrito, hay una combinación con un componente mayor de oralidad o de escritura, de tal manera que el componente procedimental será ahora, en los juicios penales, eminentemente oral.

El procedimiento oral penal se registra, ahora, ante la ausencia de constancias escritas en el desahogo de pruebas, en videograbaciones, pero no sucede lo mismo para los siguientes actos: la denuncia o querella, la investigación, acusación que formula el Ministerio Público, y el ofrecimiento de pruebas; todos estos actos procesales, son escritos; en la etapa de desahogo de pruebas, sí siguen las características del juicio oral, tales como: la publicidad, la concentración y la inmediatez. En materia civil, laboral y agraria aun cuando el desahogo de pruebas se lleva a cabo en forma oral, esa oralidad se transforma en escritura y se tiene constancia escrita de ello.

Ante la bomba yucateca (metafóricamente) del juicio oral penal, el escenario es hacer competentes en juicios orales a jueces, ministerios públicos, defensores de oficio, abogados postulantes, catedráticos e investigadores; todos ellos arropados en universidades, institutos, colegios, asociaciones y tribunales locales y federales. De esta forma la pregunta es ¿cómo se enfrenta ese reto y con qué calidad?, estando así en el banquillo de los acusados la educación formal y no formal.

II. Justicia oral

En este epígrafe se presentarán las materias de derecho en las que existe juicio oral y son:

1. *Civil*

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece un título especial, denominado "De la justicia de paz", que en su artículo 20 establece:

> Concurriendo al juzgado las partes en virtud de la citación se abrirá la audiencia y en ella se observarán las siguientes prevenciones: I. Expondrán oralmente sus pretensiones por su orden, el actor su demanda, y el demandado su contestación, y exhibirán los documentos y objetos que estimen conducentes a su defensa y presentarán a sus testigos y peritos que pretendan sean oídos; II. Las partes pueden hacerse mutuamente las preguntas que quieran, interrogar a los testigos y peritos en general, presentar todas las pruebas que se puedan rendir, desde luego...

Para llegar a la audiencia, primero se presenta una demanda de manera oral o escrita ante el juez de paz civil, la que sigue su curso normal de admitir o prevenir; admitida se señala fecha para la audiencia de ley y se ordena citar al demandado; hecho lo anterior y llegado el día de la audiencia las partes deben presentar a sus testigos y perito, así como exhibir y presentar documentos y objetos tendientes a probar las acciones y excepciones que se hicieron valer. De esta forma en la audiencia se desahogan todas las pruebas ofrecidas y admitidas, iniciándose con la confesional de las partes, después con la testimonial, la pericial, y la instrumental, así hasta concluir el desahogo de las pruebas en el mismo acto.

2. *Laboral*

En materia laboral la Ley Federal del Trabajo establece en la preparación del juicio oral, artículo 875, una audiencia preliminar, por así llamarla en semejanza con la del juicio oral penal, la que se desarrolla en tres etapas, a saber: de conciliación, de demanda y excepciones, así como de ofrecimiento de pruebas; hecho lo anterior se señala audiencia para el juicio oral, la que se desarrolla en términos del artículo 884, aun cuando en la ley no se establece que se deban desahogar todas las pruebas ofrecidas en un solo acto se considera como una justicia oral.

3. *Agrario*

La ley agraria establece en su artículo 181 que la demanda puede formularse de forma escrita u oral, lo mismo sucede con la contestación a ésta, la que se puede formular hasta la audiencia, artículo 170, segundo párrafo; ya en ésta, artículo 185, el actor expondrá, oralmente, sus pretensiones y el demandado sus excepciones, ofreciendo ambas partes sus pruebas; facultándose, a ambas, para formularse, mutuamente, preguntas e interrogar a sus testigos; en todo momento existe la facultad de celebrar un contrato de transacción y de no ser así, desahogadas las pruebas se formularán alegatos y en ese acto se dictará la resolución correspondiente.

4. *Penal*

En Cuba de acuerdo con la ley procesal penal cubana[1] el juicio oral penal se desarrolla en la forma siguiente: *i*) constituido el tribunal en audiencia el alguacil anuncia la vista del juicio; *ii*) derecho de las partes para recusar a los miembros del tribunal; *iii*) el secretario da lectura a los escritos de conclusiones provisionales de las partes; *iv*) desahogo de las pruebas iniciando con la declaración del acusado y contestará a las preguntas que formulen las partes y el tribunal; posteriormente se desahogan las documentales, resaltando algunas partes de los mismos; se continúa con la testimonial, posteriormente se pasa a desahogar la pericial y por último se desahoga la de inspección; *v*) desahogadas todas las pruebas se procede a formular las conclusiones finales; vi) el tribunal invita a las partes para fijar cuestiones relativas al delito y la participación del acusado en el mismo, entre otras cosas; *vii*) finalmente,

[1] Bodes Torres, Jorge, *El juicio oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009, pp. 141 y ss.

el tribunal declara concluido el juicio y cita a las partes para oír la sentencia, que se les notificará posteriormente.

En México y precisamente en el estado de Oaxaca[2] se establece el juicio oral penal y el Código Procesal Penal de dicho estado establece el proceso penal ordinario con el siguiente desarrollo: *i*) una etapa preliminar que comprende: la denuncia o querella, la investigación, recolección de evidencias o elementos de pruebas, y finalmente la acusación; *ii*) etapa intermedia, que se genera por la acusación que formula el Ministerio Público y que comprende notificación y traslado de la acusación al presunto responsable, una audiencia en la que se delibera y analiza la legalidad de la acusación; se ofrecen pruebas, y es posible establecer acuerdos respecto a las mismas, igualmente se resuelven todos los incidentes, y se concluye con la apertura del juicio; *iii*) una etapa de juzgamiento, la que se desarrolla de la forma siguiente: presentación del caso, tanto por el Ministerio Público como por la defensa; a continuación se desahogan todas las pruebas, casi en iguales términos en que se desarrolla en Cuba; concluido el desahogo de pruebas se concede la palabra a las partes para que formulen sus alegatos y a continuación se procede al dictado de la sentencia, la que se notificará con posterioridad; sin embargo en el estado de Morelos desahogadas las pruebas se procede a la deliberación y juicio respectivo, el que se comunicará a las partes y se redactará la sentencia en un plazo no mayor de tres días.

5. *Características*

La oralidad como principio del proceso se caracteriza por lo siguiente: *i*) la publicidad implica que durante el desahogo de pruebas se haga en forma pública, a menos que por razones de moralidad, seguridad u orden público, su desahogo tenga que decretarse en forma privada, lo que genera una transparencia y credibilidad al proceso; sin que dicha publicidad alcance al tribunal o jurado al tiempo de deliberar para emitir su juicio, es decir, esa parte no es pública; *ii*) la de concentración implica que el desahogo de pruebas se lleve a cabo en un solo acto, es decir, de manera continua y sin interrupciones prolongadas, así mismo que durante todo el proceso las etapas sean lo más cortas y continuas, en lo posible, implicando también un principio de economía del proceso; *iii*) el de inmediatez implica la identidad entre el tribunal que emite el juicio (decisión de la litis) y aquel ante el cual se desahogaron las pruebas, permitiendo una vivencia del tribunal con los medios de prueba y las partes;

[2] Pastrana Berdejo, Juan David y Benavente Chorres, Hesbert, *El juicio oral penal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009, pp. 40 y ss.

iv) el de contradicción implica la acción de acusar o reclamar así como el de defensa, es decir, tesis y antítesis, y *v*) la de libre apreciación de la prueba, sana crítica, que implica la libertad lógica, razonada, fundada y motivada del tribunal para apreciar la prueba y sustentar su juicio.

6. *Competencia oral*

Todos los seres humanos, casi, de forma natural aprendemos a hablar, por repetición, conforme a la estructura cognitiva de cada individuo, se adquiere más por una necesidad que por una competencia; al paso del tiempo la comunicación verbal se vuelve más específica utilizando nuevos códigos a la par del desarrollo de cada individuo, lo que será determinado por su entorno social y económico; la comunicación verbal lleva a la lectura y escritura de uno o varios idiomas, existiendo una relación entre pensamiento y lenguaje ya sea escrito o verbal.

Aun cuando no existe una definición de competencia es posible señalar que se adquiere una competencia cuando se cuenta con conocimientos, habilidades, destrezas, actitudes y valores, ya sea conjunta o separadamente, que permiten actuar en contextos situacionales específicos; de tal manera que para lograr la competencia oral de todos los participantes en la justicia oral, en un primer alcance, será necesario que exista: *i*) un dominio de la materia sustantiva y adjetiva, ya sea civil, penal o agraria; *ii*) dominio del método de casos; *iii*) dominio organizacional; *iv*) dominio discursivo; *v*) capacidad inductiva; *vi*) capacidad deductiva; *vii*) capacidad de síntesis.

III. La educación en la justicia oral

Educar para la justicia oral puede ser formal y no formal, la primera se lleva a cabo en una Universidad, en niveles de: licenciatura, especialidad, maestría y doctorado, y la no formal puede ser laboral, entre otras, como la que llevan a cabo los institutos de capacitación de tribunales y procuradurías. En la formal se cuenta con un espacio determinado, profesores especializados, y alumnos determinados, todos regidos bajo un currículum; en la no formal, generalmente, no se cuenta con currículum pero sí con los otros elementos.

En la justicia oral no basta con conocer las reglas de la lengua, se requiere que ese conocimiento deba estar vinculado con las posibilidad de emitir oraciones, frases y enunciados oportunos y con un propósito definido, de tal manera que la intención expresiva, la forma de manifestarla, y las condiciones en que se haga serán determinantes para el propósito.

A continuación presento algunos ejemplos de la educación que se ofrecen para el aprendizaje de la justicia oral, tanto en la educación formal como en la no formal.

1. *Inacipe*

El Inacipe[3] ofrece una especialidad en juicio oral y proceso penal acusatorio, cuyas asignaturas, impartidas en dos semestres, son:

i) Introducción al sistema penal acusatorio.
ii) Teoría del delito y teoría del caso.
iii) Procedimiento penal acusatorio (nociones básicas y etapa de investigación).
iv) La prueba en el sistema penal acusatorio.
v) Procedimiento penal acusatorio (de la etapa intermedia al juicio oral plenario).
vi) Técnicas para el debate oral.
vii) Taller de simulación de audiencias orales, entre otras.

La especialidad tiene como objetivo general el siguiente: "Formar especialistas en juicio oral y proceso penal acusatorio, capaces de identificar, describir, analizar y aplicar sus postulados, principios y técnicas, proporcionando amplias bases teórico-prácticas que profundicen y amplíen las destrezas que requiere el ejercicio profesional en el ámbito de la procuración e impartición de justicia".

2. *Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León*

El Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León[4] ofrece un diplomado en justicia oral, el que contiene las siguientes unidades:

i) Definición, estructura y contenido de los juicios orales en materia civil y familiar.
ii) Desarrollo de habilidades.
iii) Simulación de juicios orales.

[3] *www.inacipe.gob.mx/htm/CursosActividades/Maestrias/Maestrias.html.*
[4] *www.pjenl.gob.mx.*

Y tiene como objetivos específicos los siguientes: la implementación de juicios orales; conocer los lineamientos y directrices a seguir para la celebración de los juicios orales; elaborar juicios lógicos y críticos mediante la argumentación oral; argumentar las resoluciones judiciales y actos procesales; conocer los elementos y estructura de un discurso, así como las técnicas para la elaboración y ejecución de discursos jurídicos (respiración, vocalización y relajamiento), aprender diversas técnicas de oratoria jurídica, así como las técnicas de expresión corporal y verbal, con el propósito de persuadir con su elocuencia a sus interlocutores y refutará mediante expresión oral los argumentos contrarios.

3. *Universidad Iberoamericana*

La Universidad Iberoamericana[5] ofrece un Diplomado intitulado "Aprende, piensa y actúa con sentido. Técnicas y destrezas de litigio", con el siguiente contenido:

i) Introducción al derecho procesal anglosajón, europeo continental y de América Latina.
ii) Principios y problemática del sistema procesal acusatorio y del juicio oral.
iii) México y el juicio oral.
iv) La teoría del discurso.
v) Taller de análisis legal y teoría del caso.
vi) Taller de examen directo, contra-examen y objeciones.
vii) Taller de peritos, testigos y pruebas.
viii) Taller de alegatos de apertura y de clausura.
ix) Técnicas de persuasión y preparación para juicio oral.
x) Simulación de juicio oral.

Y sus objetivos generales son: diferenciar las características y elementos de un sistema procesal y de administración de justicia acusatorio y oral de un sistema inquisitivo escrito; entender y aplicar la metodología para analizar los hechos materia de un juicio oral, así como las reglas para la presentación de evidencia y teoría del caso; conocer y aplicar las reglas para la elaboración y presentación de alegatos de apertura y clausura, así como

[5] *www.uia.mx*.

de interrogatorios y contrainterrogatorios; desarrollar y poner en práctica las técnicas y habilidades de litigio oral en un juicio adversarial acusatorio.

4. *Otras universidades*

Las universidades autónomas de los estados en los cuales ya se hicieron las reformas legales para los juicios orales en materia penal, a nivel Licenciatura, no cuentan con ninguna materia o materias que preparen a los estudiantes a enfrentar la práctica profesional en juicios orales, habiendo consultados los planes y programas de estudios siguientes: Universidad Autónoma del Estado de México, *http://www.uaemex.mx/*; Universidad Autónoma del Estado de Morelos, *http://www.uaem.mx/*; Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca, *http://www.uabjo.mx/*; Universidad Anáhuac Oaxaca, *http://www.anahuacoaxaca.edu.mx/*; Universidad La Salle Chihuahua, *http://www.ulsachihuahua.edu.mx*; Universidad Nacional de Nuevo León, *http://www.uanl.mx/*. Sin embargo la Universidad Autónoma de Zacatecas, por conducto de su rector, Francisco Domínguez Garay, anunció en diciembre pasado la construcción de una aula para la práctica de juicios orales con una inversión de dos millones y medio de pesos.

IV. Dimensión educativa para enfrentar la enseñanza de la justicia oral

Quién deberá enfrentar la enseñanza para la justicia oral, por un lado tenemos a las universidades y por el otro a los institutos de capacitación de los tribunales de justicia de los estados, Suprema Corte de Justicia de Nación, así como a las procuradurías de justicia; lo óptimo serían las universidades, pues en éstas existe la multidisciplinariedad que se requiere para enfrentar el reto de la enseñanza, no sólo con contenidos de cada materia, también con especialistas en psicología, pedagogía, filosofía, comunicólogos, etcétera; todas éstas especialidades convergerían no sólo para la formación de un currículum, sino también para la impartición de las clases. Por otro lado ¿quién debe enfrentar el costo?, tanto en la elaboración de un proyecto curricular como el de la enseñanza-aprendizaje; por un lado las universidades cuentan con académicos e investigadores en todas las especialidades necesaria y bastará con que se tenga la decisión de llevarlo a cabo, ese currículum lo pueden administrar y propalar para que los institutos de capacitación de los tribunales de justicia y las procuradurías lo adquieran y desarrollen, y por el otro, el costo de la enseñanza-aprendizaje por tratarse de una competencia laboral

debe ser absorbido por los patrones, pues se trata de capacitar a jueces, ministerios públicos y defensores de oficio; por otro lado existe la necesidad de que los abogados que ejerzan libremente su profesión, también, se capaciten en juicios orales, por lo que las universidades podrán cubrir esa necesidad cobrando por ello.

Como se puede observar de lo señalado en el numeral anterior, tanto los tribunales como las procuradurías, así como las universidades, están enfrentando la enseñanza en justicia oral, pero sin una cohesión y sin un profesionalismo, por ejemplo, carecen de un currículum. Por último, existe otra dimensión a señalar, ¿la enseñanza para la justicia oral debe atenderse en licenciatura o posgrado y en ésta por medio de especialidad, maestría o doctorado? Se considera que debe ser iniciada por las diversas universidades, incorporando materias relativas a juicios orales y todo lo que ello implica, debiendo modificar sus planes y programas de estudio; posteriormente especializar a los egresados haciéndolos competentes en la justicia oral.

1. *La microenseñanza*

La microenseñanza se lleva a cabo en dos sentidos, uno dentro del aula formando grupos de cinco a seis alumnos bajo la supervisión de un coordinador, cada uno expone un tema, durante cinco minutos frente al agrupo, otro lo videograba, posteriormente se reproduce la grabación procediéndose a su análisis y discusión de los méritos de la presentación, enfatizando en la habilidad oral, posteriormente se procede a la evaluación. Lo anterior se repetirá hasta que el alumnado llegue a ser competente en juicios orales; algunos de los parámetros de evaluación pueden ser: velocidad al hablar, vocabulario, claridad en la pronunciación, modulación del tono, movimientos, ademanes, gestos, forma de vestir, desplazamiento, uso de pausas y silencios.

La otra es la formulación de preguntas[6] que tiene por objeto suscitar y desencadenar procesos de memoria, comprensión, aplicación, análisis, síntesis, y evaluación. Las preguntas pueden ser de baja categoría, las que presentan un reducido poder de estimulación, y de alta categoría, las que requieren una organización de ideas, relación entre conceptos, conexión entre hechos e ideas. Las preguntas tienen como características las siguientes: preguntas estimulatorias, las que motivan a descubrir el conocimiento; reforzadoras, las que refieren a la integración del conocimiento adquirido; desencadenantes, las que generan un proceso de toma de decisión; aclaratorias, las que se formulan para dar más información; divergentes son las que estimulan

6 *www.udec.edu.mx*.

el pensamiento creativo; y convergentes son las que requieren de una sola respuesta. Las preguntas deben tener un contenido de transferencia, por el cual la información recibida se presente con un equivalente, de paráfrasis.

2. *Lineamientos para la elaboración de un currículum*

El currículum es un término utilizado ordinariamente en dos sentidos, uno indica un plan para la educación, y el otro para identificar un campo de estudio,[7] de donde sería válido señalar que el currículum puede ser un plan que norma y conduce toda acción educativa; lo que implica una determinada concepción del hombre y de la sociedad, sirviendo esto de base para las interrogantes que se formula Miguel Carbonell[8] cuando aborda el tema de la enseñanza del derecho, y señala ¿qué derecho se quiere enseñar?, ¿qué jurista formar?, y ¿ qué tipo de enseñanza requieren esos modelos de derecho y de jurista? De tal manera que el currículum debe contener los siguientes fundamentos: pedagógico (del cómo se enseña y aprende), psicológico (responde a cómo será el egresado en el aspecto emocional y mental), sociológico (responde a qué tipo de sociedad se quiere), filosófico (responde a qué tipo de valores se deben transmitir), antropológico (responde a qué tipo de persona se quiere formar), entre otros.

Para la elaboración del currículum[9] se proponen los siguientes pasos: *i*) un diagnóstico situacional, abarcando el aspecto social, político, económico, etcétera; *ii*) determinación de necesidades las que derivan del diagnóstico, y serán nacionales, internacionales o locales, así como mediatas e inmediatas; *iii*) fundamentación de la carrera o posgrado, que incluye la investigación de mercado, qué otras instituciones ofrecen lo mismo y problemas a que se enfrentará el futuro egresado; iv) un marco teórico; *v*) requisitos de ingreso; *vi*) perfil de egreso, que implica la investigación de: conocimientos, técnicas y procedimientos de la disciplina aplicados a la solución de problemas, áreas en la que se desempeña el egresado, tareas potenciales a realizar, poblaciones con que se relacionará; *vii*) organización y estructura del currículum, consistente en qué tipo de plan de estudios se seguirá, tales como: el lineal, modular, mixto o flexible; *viii*) requisitos de obtención del grado o título, y *ix*) evaluación curricular.

[7] Angulo, Félix y Blanco, Nieves, *Teoría y desarrollo del currículum*, 2a. ed., España, Ediciones Aljibe, 2000, p. 18.

[8] Carbonell, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México, Porrúa, 2004, p. 8.

[9] Díaz-Barriga Arceo, Frida, *Diseño curricular para la educación superior*, México, Trillas, 2008, pp. 15 y ss.

V. Comentarios respecto a las propuestas educativas

La justicia oral enfrenta a sus participantes en la adquisición de: capacidad y habilidad para hablar en público; capacidad y habilidad para el manejo del estrés; capacidad y habilidad para el trabajo bajo presión de tiempo y problemas; conocimiento y aplicación de los siguientes métodos: deductivo, inductivo y dialéctico; conocimiento y aplicación de la idoneidad de la prueba, así como de la *litis*; conocimiento y aplicación de acciones de naturaleza civil, penal, agraria y laboral; conocimiento y aplicación del método de casos; capacidad y habilidad para: síntesis, formular preguntas y posiciones, objeción de documentos y valoración de pruebas; conocimiento y aplicación de argumentación jurídica, utilizando el método dialéctico de tesis y antítesis; conocimiento y aplicación de pensamiento y lenguaje; conocimiento y aplicación de ética profesional; conocimiento y aplicación del bien desde el ámbito filosófico; conocimiento y aplicación de rutas críticas del proceso; conocimiento y aplicación de la problemática de la *litis*; conocimiento y aplicación del debate oral; conocimiento y aplicación de lógica jurídica; conocimiento y aplicación del discurso; conocimiento y aplicación de hermenéutica jurídica; conocimiento y aplicación de técnicas de expresión.

Para la elaboración de un currículum que contenga el objeto de la enseñanza aprendizaje de la justicia oral es fundamental contar con especialistas en cada campo del conocimiento, por lo que las ofertas educativas, formal y no formal, que se tienen en la actualidad no cuentan con esa visión multidisciplinaria, y quizá, tampoco, con los recursos materiales para la práctica de la justicia oral. La del Inacipe carece de los siguientes contenidos: métodos deductivo, inductivo y dialéctico; hermenéutica jurídica; ética profesional; técnicas de expresión; lógica jurídica, entre otras. La del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León carece de contenidos pedagógicos y psicológicos, así como de contenidos de hermenéutica y lógica jurídicas. Por lo que respecta a la oferta educativa a nivel licenciatura, no se han dado cuenta, las universidades antes citadas, de la necesidad de incorporar en sus planes de estudio asignaturas, materias o módulos sobre la justicia oral. Por lo anterior es urgente que las autoridades educativas convoquen a todas la instituciones de educación superior para la elaboración de un currículum modelo con estricto apego al conocimiento vigente al respecto, de lo contrario la sociedad sufrirá las consecuencias.

La especialidad en justicia oral es impostergable, la que no se puede adquirir en una forma parcial; los cursos, diplomados y talleres aun cuando ayudan a la preparación de los participantes en la misma no son suficientes en su contenido ni en su forma. Si bien es cierto que la especialidad pretende

atender necesidades inmediatas, también lo es que debe dársele el rango de grado académico para que se enfrente con seriedad el reto de la justicia oral con un currículum de la más alta calidad.

VI. Referencias bibliográficas

Angulo, Félix y Nieves, Blanco, *Teoría y desarrollo del currículum*, 2a. ed., España, Ediciones Aljibe, 2000.

Bodes Torres, Jorge, *El juicio oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.

Carbonell, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México, Porrúa, 2004

Díaz-Barriga Arceo, Frida, *Diseño curricular para la educación superior*, México, Trillas, 2008.

———, *Enseñanza situada*, México, Mc Graw Hill, 2006.

Pastrana Berdejo, Juan David y Benavente Chorres, Hesbert, *El juicio oral penal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.

Taba, Hilda, *Elaboración del currículo*, 7a. ed., Argentina Ediciones, Toquel, 1987.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

PRINCIPIO DE ACCESO AL JUZGADOR EN MÉXICO

José Luis Huape Rodríguez*

Sumario: I. *Estado de cosas*. II. *Principios jurídicos*. III. *Principios de imparcialidad y transparencia*. IV. *Conclusiones*.

I. Estado de cosas

El propósito de esta ponencia es apuntar algunas reflexiones jurídicas sobre la relación que guarda el acceso del ciudadano al juzgador, con los principios de imparcialidad y transparencia judicial, pero sobre todo es la ocasión de actuar como nuncio de un gremio sensible al perjuicio que reciente el justiciable por el abuso del cabildeo ante la autoridad jurisdiccional.

Es un hecho público que a lo largo y ancho de la República se practica en los tribunales nacionales la política de puertas abiertas, de manera que justiciable y abogado tienen acceso libre al juzgador para exponer argumentos relacionados al asunto que les atañe, casi siempre en ausencia de la contraparte.

También es un hecho de conocimiento generalizado la existencia de castas que hacen del *lobby* o cabildeo su ocupación ordinaria con o sin tener representación de las partes en el proceso, con el agravante de hacerlo en sigilo, y no son pocas las ocasiones en que servidores públicos que ocupan altos cargos estatales se encargan de esa faena.

La posibilidad de que todo justiciable y abogado se pueda entrevistar con el juzgador cuantas veces éste lo permita a discreción, parece favorecer la garantía de igualdad entre contendientes, pero esa apariencia se desvanece cuando una de las partes cuenta con defensores técnicos para la actuación procesal propiamente dicha, y cabilderos profesionales que están en posibilidad de ocurrir sistemáticamente ante el juez o magistrado para hacer labor incesante de convencimiento; mientras que la contraparte que no tiene medios para igualar la capacidad de movilizar un equipo similar de respaldo, sólo se comunicará con el juzgador por los medios institucionales del proceso.

* Presidente del Colegio de Abogados de Mexicali, A.C.

La influencia para obtener decisiones que favorezcan a una parte en detrimento de otra, se ve facilitada en una sociedad en la que existen notorias y graves disparidades en cuanto a las capacidades y medios para acceder e influir en la toma de decisiones. Los hechos en sí crean ese resultado negativo: las diferencias en educación, acceso a la información, capacidad organizativa, recursos económicos, mediáticos, contactos personales, etcétera.

La comunicación con el juzgador sin atender a lineamientos jurídicos y sin transparencia, puede contribuir a que las decisiones se tomen con parcialidad, pues la falta de control de esa práctica favorece actos de soborno o extorsión de funcionarios jurisdiccionales, al propiciar que en privado se le hagan propuestas a cambio de decisiones que beneficien en forma ilegítima a una de las partes contendientes en el proceso, o que la autoridad busque de alguna de las partes, la captación de un beneficio bajo amenaza, que de no acceder, la resolución le será adversa. [1]

El positivismo excluyente limita la posibilidad de encontrar solución a la problemática, pues bajo esa concepción del derecho como sistema de reglas neutras siempre se demandará de una ley emanada del Poder Legislativo que resuelva expresamente la situación, o se apelará a la discreción en sentido fuerte con los riesgos inherentes.

Los hechos conminan a tomar de urgencia una actitud preventiva en el acceso al juzgador, desarrollando para ello estándares de conducta a seguir basados en la justicia, equidad, u otra dimensión de la moral social a fin de dar solución a ese segmento de la dinámica jurisdiccional desatendida, sin esperar a que el legislador proporcione la regla.

Así, nuestra hipótesis consiste en sostener que el acceso al juzgador se puede moderar a partir de principios jurídicos, sin necesidad de reforma legal o nueva legislación.

II. Principios jurídicos

El tratamiento de situaciones no reguladas expresamente en la norma legislada tiene distinta solución según se asuma una postura positivista o principalista; la primera pregona que en caso de silencio de la ley, la autoridad resolutora debe ejercer discrecionalidad y crear la norma jurídica que decida el caso, por consiguiente en aquellos asuntos no previstos ni reglamentados en ley, la autoridad crea nueva regla en la decisión que pronuncia.

En cambio la posición principalista niega a la autoridad el uso de discrecionalidad para crear la norma que solucione casos no previstos en la

[1] Malem Seña, Jorge F., *La corrupción*, Barcelona, Gedisa, p. 35.

regla, porque ello implica que el juez cree retroactivamente el derecho para el asunto concreto, lo que no es dable en un Estado democrático.

La concepción principalista, a la cual nos adscribimos, sostiene que ante la falta de norma aplicable, la autoridad decisoria debe recurrir al razonamiento moral y jurídico para construir una teoría que describa y prescriba la solución al caso inédito, proceder de esa manera es resolver a partir de principios jurídicos.

Este enfoque de concebir a los principios como expresiones axiológicas tiene otra dimensión, que permite juzgar a partir de ella la validez del contenido de las normas jurídicas, a pesar de que éstas se hayan expedido por una mayoría política institucionalizada, si el peso de los principios vence en una ponderación concreta a los que informan a la regla positiva; por ese camino corre una de las tesis básicas de Ferrajoli.[2]

Las trabajos del filósofo estadounidense Ronald Dworkin marcan el renacimiento de los principios como elementos formativos del derecho, con razón Prieto Sanchís escribe

> que en las dos últimas décadas, el tema de los principios jurídicos como un ámbito integrativo del ordenamiento jurídico, pero diferenciado de las reglas o normas jurídicas, adquirió una importancia notable en el campo de la teoría general o de la filosofía del derecho, a tal punto que con justicia se habla de una nueva edad de oro de los principios.[3]

No se debe olvidar que si bien la discusión sobre los principios en la teoría del derecho reciente tiene su origen en la obra de Dworkin, la reflexión sobre principios jurídicos no ha faltado en la teoría del derecho, de lo que son buena muestra las obras de Esser (1956), Del Vecchio (1958), Bobbio (1966), García de Enterria (1963),[4] sin embargo, la originalidad del enfoque de Dworkin es indiscutible.

Dentro del contexto de los principios se plantearán alternativas de solución al inmoderado acceso al juzgador, ante la ausencia de regulación positiva expresa.

[2] Ferrajoli Luigi, *Derechos y garantías,* trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trota, 2006, pp. 23-28.

[3] Prieto Sanchís Luis, *Sobre principios y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 17, *cit.* por Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 1.

[4] Atienza Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 24 y 25.

1. *Qué son los principios*

Para Dworkin el derecho no es sólo un sistema de normas, porque paralelamente a ellas existen estándares de conducta que no son normas, sino principios o directrices políticas. Llama principio a un estándar que ha de ser observado, no por favorecer o asegurar una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad; el autor citado entiende por directriz política al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad.[5]

Un enunciado del tipo, "es menester disminuir los accidentes de automóvil" es una directriz, y un enunciado que pregone: "Ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia", es un principio.[6] Se podría pensar que los axiomas o máximas acuñadas en el derecho romano tienen la calidad de principios, pero no es así bajo la óptica de Dworkin, para él los principios son el producto de una construcción teórica que toma en cuenta el derecho institucional y los valores morales comunitarios.

Al lado de la concepción Dworkiniana existe gran variedad de criterios para identificar y caracterizar a los principios jurídicos y otros tantos para distinguirlos de las reglas o normas, a manera ejemplificativa se citan algunos de ellos.

Sobre la temática Robert Alexy establece diferencias entre principios y reglas; los principios, para el filósofo alemán son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado; mientras que las reglas, son normas que sólo pueden ser cumplidas o no, de modo que la distinción entre principios y reglas sería cualitativa.[7]

En cambio para Prieto Sanchís la diferencia entre principios y reglas se sitúa en el ámbito estructural o interpretativo. En el primero sólo se podría diferenciar en virtud del carácter incompleto de la norma, por ser de textura abierta, entiende que es complejo trazar diferencias entre el carácter abierto de los principios y la zona de penumbra de las reglas, en el fondo, desde el

[5] Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 72.

[6] *Ibidem*, pp. 72 y 73.

[7] Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 37-41.

punto de vista de la interpretación, la actividad que realiza el operador jurídico es semejante en ambos casos.[8]

Esa diferencia estructural es más evidente con respecto a las directrices que pueden tener un cumplimiento gradual, y suponen un caso de vaguedad, aunque sea esta vez relativa a la conducta prescrita.

Desde el segundo punto de vista, el interpretativo, la distinción entre principio y regla es de mayor importancia en la medida en que se manifiesta una forma de resolver los conflictos sin hacer el encuadramiento de los hechos a la norma.

Por su parte Gustavo Zagrebelsky expresa que la literatura sobre el modo de entender la diferencia entre los principios y las reglas jurídicas es extensísima y constituye por sí misma una demostración elocuente no sólo del carácter problemático, sino también de la relevancia de esta distinción a la que ahora se presta una atención creciente.[9]

Zagrebelsky nos dice que la diferencia entre las reglas y principios se enuncia de la siguiente manera: en primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas en efecto, se agotan en sí mismas, es decir no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.[10]

Para el citado autor, la distinción esencial entre reglas y principios está en que las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos o podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a ese respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias de adhesión y apoyo o disenso hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de supuesto de hecho, los principios a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto.[11]

[8] *Ibidem*, pp. 52-54.

[9] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia,* trad. de Mariana Gascón, Madrid, Trotta, 2008, p. 109.

[10] *Ibidem*, p. 110.

[11] *Ibidem*, pp. 110 y 111.

2. *Tipos de principios*

Hay diferentes tipos de principios, de los que sólo enunciaremos, por razón de oportunidad, los explícitos, implícitos y extrasistemáticos en la medida que es útil para los fines de este ensayo.

Los principios explícitos son enunciados abiertos contenidos en normas legisladas. Dice Rodríguez Calero, los principios explícitos, independientemente de que se considere que tienen diferencias estructurales con las normas propiamente dichas, no se puede negar que su carácter jurídico deriva de la regla de reconocimiento —a la que se refiere Hart[12]— que la valida.[13] Pierde de vista el citado autor que la regla de reconocimiento sólo valida la norma como producto estatal, más no el principio subyacente cuya validez depende de su peso racional.

Una gama de principios explícitos se encuentran en el texto del artículo 17 constitucional en el enunciado del tipo: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial". Otro principio explícito es el enunciado previsto en el artículo 1830 del Código Civil Federal del tipo: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

De otro lado, los principios jurídicos implícitos están, por lo tanto, vinculados con la plenitud del orden jurídico. El jurista cuando aprecia un problema con relevancia jurídica que no encuadra en una regulación concreta en el derecho, ha de acudir a uno de los métodos de integración jurídica. Así Riccardo Guastini señala que en los casos en que un operador jurídico observa que existe una laguna en el derecho, puede acudir a dos tipos de discurso: los interpretativos o los productivos.[14]

Ahora nos interesa sólo los segundos, que se refieren a enunciados o conjunto de enunciados que completan o hacen coherente el derecho, transformado el propio discurso legislativo, los principios generales del derecho pertenecen a este grupo.[15]

[12] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho,* trad. de Genaro R. Carrio, México, Nacional, 1980, pp. 125-153.

[13] Rodríguez Calero, Juan Manuel, *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 91 y 92.

[14] *Ibidem*, p. 94.

[15] Guastini, Riccardo, *Etica e diritto*, Bari, Biblioteca de la Cultura Moderna, 1986, pp. 173-201, *cit.* en Rodríguez Calero, Juan Manuel, *op. cit.*, pp. 94 y 95.

Al respecto abunda Rodríguez Calero diciendo que el operador jurídico ha de racionalizar las normas de un ordenamiento jurídico y al realizar esta operación va a establecer los principios jurídicos implícitos. Estos no tienen una existencia previa al derecho, surgen de la abstracción de éste. Se ha de tener en cuenta que los principios implícitos no son construidos por el intérprete con libertad absoluta, sino que ha de tener en cuenta el conjunto de normas que forma parte del sistema jurídico.[16]

Paralelamente existen principios extrasistemáticos, que al decir de Dworkin no están contenidos en los sistemas jurídicos, sino que provienen de otros órdenes normativos como la moral y la política, esos principios se han de elaborar en cada caso mediante una teoría que recoja y depure una moral comunitaria.

III. Principios de imparcialidad y transparencia

Los principios se configuran como criterios básicos y obligatorios desde el punto de vista jurídico, estén expresamente positivizados, implícitamente positivizados o no, nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas, no describen los hechos, ni la eventual consecuencia, porque su formulación es indeterminada, sin embargo proporcionan razones para la acción.

En México los principios forman parte del derecho, son elementos del sistema jurídico, su validez no depende de ninguna regla de reconocimiento del tipo Hartiano, ni de alguna norma fundante básica de la que penda una cadena de validez a la manera Kelseniana.[17]

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se dispone, que las sentencias no penales, se deben ajustar a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.[18]

La inclusión de la expresión principios generales del derecho,[19] en el texto constitucional no autoriza a sostener que todos los principios están o deban estar positivizados, tampoco que su validez dependa de algún enun-

[16] Rodríguez Calero Juan Manuel, *op. cit.*, pp. 110-113.

[17] Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho,* trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1986, p. 205-208.

[18] Se comenta el artículo 14 último párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[19] Consideramos que la expresión principios generales del derecho, equivale por evolución terminológica a principios jurídicos.

ciado de la Constitución general o de otra norma secundaria, los principios valen por su contenido y fuerza argumentativa; en ese sentido se afirma la tesis siguiente:

> Cuando las leyes son insuficientes, vagas, imprecisas, ambiguas o contradictorias, debe atenderse a los principios y valores consagrados en la Constitución para resolver una controversia y lograr la óptima aplicación del derecho. Este criterio, que parte de la base de que los principios son postulados que persiguen la realización de algo como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico, debe aplicarse en la mayor medida posible, en virtud de que las reglas (contenidas regularmente en las leyes) son enunciados que tienden a lograr la aplicación de los principios y valores a los casos concretos y, por tanto, de menor abstracción que éstos...[20]

La validez *per se* de los principios jurídicos se reconoce en los precedentes de la justicia federal, si se quiere tímidamente, sin duda el siglo XXI será una era principalista en la operación del derecho mexicano.

Un principio constitucional expreso es el de imparcialidad, se encuentra previsto en el artículo 17 segundo párrafo de la Constitución al señalar que "los Tribunales deben ser imparciales al dictar sus resoluciones", la imparcialidad es una condición del juzgador cuyas cualidades definitorias son amplias pero determinables en casos concretos.

El principio de imparcialidad del juzgador por su naturaleza envuelve la conducta desplegada antes, durante y después de juzgar, en sí es la actitud del juzgador de dar tratamiento similar a los contendientes, y resolver con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables.

Para dar contenido específico a la imparcialidad como principio se debe recurrir a pautas de justicia, equidad, ética o cualquier otra dimensión de la moral comunitaria, de tal manera que se puede dar contenido concreto a esa actitud que debe observar el juzgador, no como simple deber interno cuyo incumplimiento pueda causar remordimiento a su destinatario, sino porque se trata de un deber jurídico.

La imparcialidad si bien se puede entender como un deber ético, no por ello deja de ser un deber jurídico, pues se trata de un principio que forma parte del derecho. De ordinario se considera, por ejemplo, que el Código de

[20] Tesis: I.4o.A.439 A., Principios y valores consagrados en la Constitución. Debe atenderse a ellos cuando las leyes son insuficientes para resolver una controversia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, septiembre de 2004, p. 1836

Ética del Poder Judicial de la Federación es un puñado de buenos deseos, sin embargo, tiene la virtud de dar contenido al principio de imparcialidad y entonces cobra validez jurídica por sus valores y posibilidad de argumentación.

Con ello se sostiene, que si el artículo 2.1. del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación establece: "Que el juzgador debe evitar conceder ventajas o privilegios ilegales a cualquiera de las partes", ello implica que a virtud del principio de imparcialidad tiene el deber jurídico de no comunicarse ni discutir con una de las partes o su abogado sobre los méritos de un caso pendiente en ausencia de la contraparte, porque ello da ventaja a uno de los contendientes, no en lo cuantitativo de las entrevistas, sino porque se lleva a cabo en ausencia del otro interesado. La presunción de ventaja se funda en la privacidad de la conversación.

Obviamente se debe estimar esa presunción de ventaja, porque el contenido de la conversación privada que sostenga el juzgador con una de las partes, es refractaria a la prueba directa,[21] máxime que la imparcialidad no necesariamente es de resultado ostensible.

Comunicarse en privado con una de las partes en ausencia de la otra, es una conducta que implica inobservancia a un deber jurídico derivado del principio de imparcialidad, cuyo contenido está determinado por un estándar ético. Se podrían señalar otras manifestaciones de ese principio, sin embargo para el fin de este ejercicio basta con el comentado.

Este planteamiento reconducido del nivel teórico al operativo tiene aplicación relevante para corregir el acceso inmoderado al juzgador, que hoy es un lastre en ciertos sectores de la justicia mexicana y particularmente en la entidad.

La función correctiva en el abuso del cabildeo a partir de principios se produce de la siguiente manera. La Ley Orgánica del Poder Judicial Federal establece en el artículo 131 fracción VIII, lo siguiente: "Será causa de responsabilidad para los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación: No preservar la dignidad, imparcialidad y profesionalismo propios de la función judicial en el desempeño de sus labores". Esa disposición comprende a juzgadores, secretarios y demás servidores que intervengan en la función judicial.

[21] Tesis: 380, Simulación, prueba de la, mediante presunciones.-La simulación es por regla general refractaria a la prueba directa, de tal manera que, para su demostración, tiene capital importancia la prueba de presunciones, *Apéndice 2000*, Tercera Sala, Jurisprudencia SCJN, Materia(s): Civil, t. IV, p. 321.

No preservar la imparcialidad en el desempeño de la función judicial, tiene un fuerte contenido ético y jurídico, una de sus manifestaciones expresada en forma negativa consiste en no proporcionar ventajas a una de las partes sobre la otra, de manera que el juzgador que no observe ese deber, incurre en responsabilidad.

La causal se actualiza por el solo hecho de que el juzgador se entreviste en privado con una de las partes en ausencia de la otra, con independencia del resultado de la conversación, porque como se dijo, éste puede ser imperceptible, de no adoptarse una posición en tal sentido, el influyentísmo quedará solapado una vez más.

La transparencia conmina al juzgador a suprimir la práctica de entrevista privada con una de las partes en ausencia de la otra, porque es un principio jurídico que impone el deber a cargo de los funcionarios judiciales de obrar públicamente, el cual se cumple si los interesados en la actuación de la autoridad están enterados de cuándo, cómo y dónde se producirá la conducta y tengan la posibilidad de intervenir, obviamente se incluye en esa posibilidad al público en los casos en que no se afecte la privacidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se refiere a la transparencia de la manera siguiente:

> El acceso a la información se distingue de otros derechos intangibles por su doble carácter: como un derecho en sí mismo y como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos. En efecto, además de un valor propio, la información tiene uno instrumental que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos y como base para que los gobernados ejerzan un control respecto del funcionamiento institucional de los poderes públicos, por lo que se perfila como un límite a la exclusividad estatal en el manejo de la información y, por ende, como una exigencia social de todo Estado de Derecho. Así, el acceso a la información como garantía individual tiene por objeto maximizar el campo de la autonomía personal, posibilitando el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones; incluso algunos instrumentos internacionales lo asocian a la libertad de pensamiento y expresión, a las cuales describen como el derecho que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por otro lado, el acceso a la información como derecho colectivo o garantía social cobra un marcado carácter público en tanto que funcionalmente tiende a revelar el empleo instrumental de la información no sólo como factor de autorrealización personal, sino como mecanismo de control institucional, pues se trata de un derecho fundado en una de las características principales del gobierno republicano, que es el de la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia de la administración. Por tanto, este derecho resulta ser una consecuencia directa del principio administrativo de transpa-

> rencia de la información pública gubernamental y, a la vez, se vincula con el derecho de participación de los ciudadanos en la vida pública, protegido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[22]

La transparencia evita a la vez prácticas de corrupción porque disuelve el escenario propicio en que se produce ese flagelo social, proscribe que el funcionario judicial acceda o busque tener una entrevista privada con una de las partes en su oficina o peor aún fuera de ella, cualquiera que sea el tema de la misma, si existe una causa pendiente de resolución en la que tenga interés la parte.

1. *Acceso al juzgador*

La comunicación de las partes con el juzgador es conveniente en un escenario de moderación, porque el acceso al juzgador permite al justiciable aportar información necesaria para una decisión óptima.

El escenario propicio para que se dé la entrevista de las partes con el juzgador, en el actual estado de cosas, no depende de una regulación especial, ni del establecimiento de un aparato burocrático de control, basta aplicar los principios jurídicos conducentes.

Un principio jurídico es el acceso a la jurisdicción del cual emana el de acceso al juzgador. En el artículo 17 segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece el principio de acceso a la jurisdicción, que garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas.[23]

La emanación de ese principio es el acceso al juzgador, que deriva del deber de impartir justicia completa agotando todos los argumentos y expresiones que puedan llevar a un fallo justo; en el sistema de juicios escritos no

[22] Tesis: P./J. 54/2008, Acceso a la información. Su naturaleza como garantías individual y social. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, junio de 2008, t. XXVII, p. 743.

[23] Tesis: P./J. 113/2001, Justicia, acceso a la. La potestad que se otorga al legislador en el artículo 17 de la Constitución general de la República, para fijar los plazos y términos conforme a los cuales aquélla se administrará no es ilimitada, por lo que los presupuestos o requisitos legales que se establezcan para obtener ante un tribunal una resolución sobre el fondo de lo pedido deben encontrar justificación constitucional, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, septiembre de 2001, t. XIV, p. 5.

está prohibido que el particular se entreviste con el juzgador bajo condiciones de transparencia e igualdad entre partes.

Al juzgador tampoco le está prohibido entrevistarse bajo esas condiciones con las partes del proceso, antes bien debe hacerlo en atención al principio de acceso al juzgador para informarse de los argumentos y expresiones que puedan aportar los contendientes con miras a un fallo justo, en otras palabras el principio de acceso al juzgador se basa en un estándar de justicia.

La manera en que se puede moderar las comunicaciones de las partes con el juzgador son tantas como encuadren dentro de los principios anotados, ahora nos referiremos sólo a tres posibilidades.

La primera de ellas es mediante solicitud escrita dirigida a las actuaciones del proceso en cuestión, a la cual debe recaer un acuerdo citando a las partes a la entrevista, mediante el tipo de notificación que la legislación prevea.

El escrito debe anunciar el objeto de la entrevista, la cual nunca debe referirse a hechos o pruebas distintas a las que obran en las actuaciones, tampoco debe tener por objeto la entrega y recepción de escritos fuera de actuaciones judiciales.

Existe la práctica de comunicarse con el juzgador por medio de memorándum, ello equivale a una entrevista privada, porque de igual manera la contraparte queda inaudita con relación al contenido de los alegatos así formulados, lo cual obviamente implica ventaja indebida de una de las partes sobre la otra.

Las veces que debe el juez conceder entrevista a las partes está limitada por las posibilidades fácticas y jurídicas, es decir, si la entrevista no se solicita con oportunidad de manera que implique a esa altura del proceso un obstáculo para que se dicte el fallo, ésta no debe ser concedida, en cambio si la cita se pide en más de una ocasión con oportunidad y el asunto lo amerita, se debe conceder.

Las fronteras de oportunidad para solicitar la cita se trazan a partir del tipo de proceso o medio de impugnación que corresponda, por ejemplo en un juicio de amparo directo el tercero perjudicado cuenta con un plazo de diez días para comparecer ante el Tribunal Colegiado de Circuito, en tal caso, las partes deben solicitar la cita en ese lapso, para que una vez fenecido el plazo para la comparecencia, tengan oportunidad de abundar con alegatos y expresiones ante el juzgador en la entrevista concedida.

Una segunda alternativa para moderar el acceso al juzgador es la implementación de un registro público de solicitudes de entrevista, que debe controlar el Consejo de la Judicatura, la idea es que el público y por supuesto los interesados puedan consultar en un portal de Internet la práctica de esa

medida, e identificar a quien utiliza el derecho de acceso al juzgador en atención al principio de máxima transparencia.

Igualmente la solicitud de entrevista debe revelar el objeto de la misma y tener las restricciones que mencionamos anteriormente, desde luego se debe identificar la causa, y en caso de que esa información no esté disponible al público, por lo menos se debe identificar el número de expediente.

La tercera posibilidad de moderación está relacionada con el Acuerdo General 16/2009 emitido por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que regula las sesiones de los Tribunales Colegiados de Circuito y establece los lineamientos para su videograbación y difusión, y consiste en que también se haga videograbación de todos los accesos a los juzgados y tribunales para constatar que las solicitudes de entrevistas concuerdan con las personas que acudieron al recinto judicial.

Esta medida pretende identificar a cabilderos espurios que han sentado sus "reales" en los tribunales nacionales a la vista, ciencia y paciencia de la comunidad jurídica. El camino amplio de los principios jurídicos nos permite no aplazar más la solución al abuso en el acceso al juzgador, del que poco se habla públicamente por temor al fantasma de las represalias encubiertas de criterios judiciales.

IV. Conclusiones

Primera. En México los principios forman parte del derecho, son elementos del sistema jurídico, su validez no depende de regla de reconocimiento, ni de una norma fundante básica de la cual penda una cadena de validez.

Segunda. Los principios jurídicos tienen validez por su contenido y fuerza argumentativa, es decir por su peso racional.

Tercera. La imparcialidad del juzgador es un principio que se nutre de pautas de justicia, equidad, ética o cualquier otra dirección de la moral comunitaria, que dan contenido concreto a la actitud que debe observar el juzgador, no como simple deber interno cuyo incumplimiento pueda causar remordimiento a su destinatario, sino porque se trata de un deber jurídico.

Cuarta. Las pautas éticas consignadas en el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación tienen la virtud de dar contenido al principio de imparcialidad y por ello cobran validez jurídica.

Quinto. La regla ética señala que el juez debe evitar conceder ventajas o privilegios ilegales a cualquiera de las partes, lo que implica que el juzgador tiene el deber jurídico de no comunicarse ni discutir con una de las partes o su abogado, sobre los méritos de un caso pendiente en ausencia de la con-

traparte, porque esa conducta hace presumir la concesión de una ventaja dado el ambiente de privacidad en que se desarrolla.

Sexto. Se propone la moderación del acceso al juzgador, implementando las siguientes alternativas:

- Estableciendo como principio que el acceso al juzgador sólo tendrá lugar a través de solicitud escrita de la parte interesada, previo acuerdo judicial debidamente notificado que fije la fecha y hora de la entrevista.
- Estableciendo un registro público de solicitudes de entrevista que debe controlar el Consejo de la Judicatura, para que se anuncien en un portal de Internet.
- El establecimiento de medios tecnológicos para videograbar los accesos a juzgados y tribunales para cotejar en su caso, las entrevistas registradas con las imágenes de las personas que acudieron al recinto judicial.
- El amplio camino de los principios jurídicos nos permite no aplazar más la solución al problema del abuso en el acceso al juzgador.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA FEDERAL*

Valeriano Pérez Maldonado**

Sumario: I. *Preámbulo*. II. *Datos personales*. III. *Marco constitucional y legal*. IV. *Referencia internacional*. V. *Criterios judiciales*. VI. *Hábeas data*. VII. *La transparencia del Poder Judicial*.

I. Preámbulo

El derecho fundamental de acceso a la información tiene como límite, entre otros, el respeto a la vida privada y los datos personales.

Con esta premisa se procede a abordar el tema para destacar su elevada importancia.

A iniciativa del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a propósito del aniversario de la firma del Convenio 108 sobre la Protección de los Datos Personales, el 28 de enero de 2006 se estableció como el día de los datos personales.

Tal celebración tiene como finalidad generar un espacio de reflexión, debate y promoción respecto la importancia que tiene para cualquier persona, el adecuado uso, obtención y transmisión de los datos personales.

Hoy, cualquier actividad humana requiere el tratamiento de la información personal, forma parte de la vida cotidiana el transmitir o intercambiar alguno de los datos personales para adquirir un bien o servicio público o privado.

* Ponencia presentada en la mesa de análisis: Transparencia en la administración de justicia, dentro del XI Curso Nacional Anual de Preparación y Capacitación de Profesores de Derecho Procesal. Ensenada, B. C., 20-23 de julio, 2009.

** Secretario instructor adscrito en la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; miembro del Colegio de Secretarios de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2003-2006), del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal (secretario general), del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional (secretario).

Las innovaciones tecnológicas de la información han dado lugar a la recolección y transmisión de bases de datos e información que, en suma, permiten el almacenamiento masivo de información personal. Al margen de ello, existen mecanismos que en forma indebida disponen y explotan esa información personal, provocando con ella injerencias arbitrarias o ilegales a la vida privada, lo que ha llevado a decidir que es urgente la protección de datos personales.

II. Datos personales

Son datos personales aquella información relativa a la persona que la identifica o la hace identificable.

El Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), garante de la protección de datos personales en el ámbito de la administración pública federal, ha clasificado éstos en tres niveles de seguridad: "básico", "medio" y "alto", para esta clasificación toma en cuenta la naturaleza de la información contenida en los sistemas de datos personales, así como las conveniencias existentes en torno a la de mayor o menor necesidad de garantizar su integridad.

Al respecto, clasifica como:

— Nivel básico.

Identificación: nombre, domicilio, teléfono particular, teléfono celular, correo electrónico, estado civil, firma, firma electrónica, RFC, CURP, cartilla militar, lugar de nacimiento, fecha de nacimiento, nacionalidad, edad, nombres de familiares dependientes y beneficiarios, fotografía, costumbres, idioma o lengua, entre otros.

Laborales: documentos de reclutamiento y selección, de nombramiento, de incidencia, de capacitación, puesto, domicilio de trabajo, correo electrónico institucional, teléfono institucional, actividades extracurriculares, referencias laborales, referencias personales, entre otros.

— Nivel medio.

Los sistemas de datos personales que contengan, además del nivel básico, alguno de los datos que se señalan con nivel medio.

Patrimoniales: bienes muebles e inmuebles, información fiscal, historial crediticio, ingresos y egresos, cuentas bancarias, seguros, afores, fianzas, servicios contratados, referencias personales, entre otros.

Procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio y/o jurisdiccionales: información relativa a una persona que se encuentre sujeta a un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio o jurisdiccional en materia laboral, civil, penal o administrativa.

Académicos: trayectoria educativa, títulos, cédula profesional, certificados y reconocimientos, entre otros.

Migratorios: información sobre tránsito de las personas dentro y fuera del país e información migratoria de las personas, entre otros.

— Nivel alto.

Los sistemas de datos personales que contengan alguno de los datos clasificados con nivel básico o medio, además, contener las marcadas con nivel alto.

Ideológicos: creencia religiosa, ideología, afiliación política y/o sindical, pertenencia a organizaciones de la sociedad civil y/o asociaciones religiosas, entre otros.

Salud: estado de salud, historial clínico, alergias, enfermedades, psicológico y/o psiquiátrico, incapacidades médicas, intervenciones quirúrgicas, vacunas, consumo de sustancias tóxicas, uso de aparatos oftalmológicos, ortopédicos, auditivos, prótesis, entre otros.

Personales: tipo de sangre, ADN, huella digital, u otros análogos.

Características físicas: color de piel, color de iris, color de cabello, señas particulares, estatura, peso, complexión, discapacidades, entre otros.

Vida sexual: preferencia sexual, hábitos sexuales, entre otros.

Origen: étnico y racial.

Los datos personales son necesarios para que una persona pueda socializar en la comunidad en la que interactúa, así como para cumplir con lo que disponen las leyes para hacer posible la obtención de bienes y servicios.

El uso extensivo de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones ha propiciado que en ocasiones los datos personales sean tratados para fines distintos para los que originalmente fueron recabados, rebasando de esta manera los límites del derecho fundamental a la privacidad y lesionando eventualmente otros derechos y libertades que tienen también esa jerarquía.

Ello ha exigido la conveniencia de establecer criterios que permitan equilibrar los derechos tanto de la persona y de los órganos públicos o privados ocupados en recabar y colectar datos personales.

La necesidad de equilibrar esos derechos tuvo como génesis Europa, dando lugar al concepto de "autodeterminación informativa" y, paralelamente en Estados Unidos de América se desarrolló el concepto "privacidad", cada concepto con alcances distintos.

El concepto "autodeterminación informativa" se orienta en sostener que el titular (o dueño) de los datos es el propio individuo y quien decide respecto su disponibilidad, y en el concepto "privacidad" se sostiene en que los datos son de dominio social, salvo que exista oposición del titular, dando lugar la existencia de recursos legales para reparar el mal uso eventual de la información.

La protección de datos personales es un nuevo derecho del que goza toda persona, cuyo desarrollo es revelador en los Estados con mayor desarrollo.

El Convenio 108 para la Protección de las Personas sobre el Tratamiento Automatizado de Datos Personales, representa el instrumento primigenio de carácter internacional que dota de un marco legal con principios y normas concretos para prevenir la recolección y el tratamiento ilegal de datos personales.

Los Estados parte del Convenio citado se han comprometido a realizar las reformas necesarias en su legislación nacional para implementar los principios en materia de datos personales, estos principios se sustentan principalmente en las premisas siguientes:

a) Los datos deben recolectarse y tratarse sólo con fines legítimos.
b) No deben conservarse más de lo estrictamente necesario.
c) Esos datos se deben conservar sólo con el fin para el cual fueron recolectados.
d) Que sean verdaderos.
e) Que no sean excesivos.

Además, prevé que deberá tutelarse la confidencialidad de los datos sensibles y reconoce el derecho de las personas para tener acceso y en su caso solicitar la corrección de sus datos.

III. Marco constitucional y legal

El artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé como derecho fundamental el derecho a la información, constituyendo en torno a éste, el principio de máxima publicidad; a la par de este reconocimiento y con la misma calidad garantiza el derecho a la vida privada y los datos personales.

Por su parte, el artículo 16, primer párrafo de dicha Constitución, establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento; aunado a éste, señala que toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en su artículo 3o., fracción II, prevé que son datos personales aquella información concerniente a una persona física, identificada o identificable, por ejemplo, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad.

Las autoridades públicas que tengan bajo resguardo esos datos, sólo podrán entregar a terceros cuando medie consentimiento expreso del particular titular de la información, además, deberán adoptar los procedimientos adecuados para recibir y responder las solicitudes de acceso y corrección de datos. En caso de negativa a esas solicitudes, deben preveer un recurso para la debida tutela de los datos mencionados.

IV. Referencia internacional

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966, al cual se encuentra vinculado el Estado mexicano desde 1981, establece en su artículo 19 que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales, por lo que puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y sean necesarias para: *a*) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y *b*) la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, adoptada por México desde 1981, señala en su artículo 13, que en el ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión, se deben asegurar: *a*) el

respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o *b*) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Como se ve, estos instrumentos señalan que inherente a la libertad de pensamiento y expresión, convive el derecho a la honra y reputación de las personas, en igual jerarquía, equilibrio y armonía normativa, en la inteligencia de que la protección de datos personales, entre otros fines, se encamina a tutelar la honra y reputación de las personas.

V. Criterios judiciales

Los órganos del Poder Judicial de la Federación han señalado entre el derecho a la información y protección de datos personales lo siguiente:

— El derecho a la información se encuentra estrechamente vinculado con el respeto de la verdad. Tal derecho es básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana, por lo tanto, si las autoridades públicas, asumen ante ésta actitudes que permitan atribuirles conductas faltas de ética, al entregar a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o personas, que le niegue la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general, incurren en violación grave de dicha garantía, ya que su proceder conlleva a considerar que existe en ellas la propensión de incorporar a nuestra vida política, lo que podríamos llamar la cultura del engaño, de la maquinación y de la ocultación, en lugar de enfrentar la verdad y tomar acciones rápidas y eficaces para llegar a ésta y hacerla del conocimiento de los gobernados.
— La libertad de expresión es inherente a los derechos del hombre, sin embargo, tiene límites de cuya transgresión derivan consecuencias jurídicas, es decir, la opinión no debe atacar la moral (no deben tender a destruir el conjunto de valores que sustenta la cohesión de la sociedad en el respeto mutuo y en el cumplimiento de los deberes que tienen por base la dignidad humana y los derechos de la persona), y no debe dañar los derechos de terceros, ni incitar a la provocación de un delito o a la perturbación del orden público.
— Para determinar el límite entre el derecho a la información, la libertad de expresión y la intimidad, se deben ponderar dichos derechos para determinar si la disponibilidad está o no justificada por la limitación que sufriría el otro.

— La confidencialidad de los datos personales constituye un derecho para las personas físicas.
— La oposición para que se publiquen datos personales de las partes en los procesos del conocimiento de los órganos del Poder Judicial de la Federación, está sujeta a la calificación de eficacia, de ahí que el órgano jurisdiccional está obligado a determinar si tal oposición puede surtir efectos.

VI. Hábeas data

La figura procesal de hábeas data se reconoce como una acción constitucional que permite acceder a los datos personales registrados en bancos de datos. Su nacimiento se debe para dar respuesta a los problemas que la informática ha ocasionado, al posibilitar la acumulación de datos personales en archivos electrónicos.

Es sabido que el desarrollo de la Internet y las tecnologías de la información ha permitido la acumulación de datos en forma automatizada; sin embargo, estos datos pueden resultar incorrectos, desactualizados o caducos, incluso, le otorga un poder quien detenta ese conjunto de información, lo que ha motivado regular estos usos de distintas maneras.

Diversos textos constitucionales de América Latina han introducido un mecanismo de control contra los abusos del "poder informático".

Ese mecanismo constitucional se ha denominado como hábeas data, el cual permite acceder a los datos personales y corregir informaciones erróneas, desactualizadas o discriminatorias.

La institución de hábeas data nació y se desarrolló en América Latina. Actualmente existen aproximadamente nueve textos constitucionales que tienen alguna especie de habeas data.

El acceso de esta garantía procesal constitucional en Latinoamérica se explica a partir de la Constitución de Brasil de 1988, la cual, sin establecer los principios relativos al tratamiento de los datos ni reconocer un derecho al control de los mismos, reguló por primera vez una garantía específica, denominándola hábeas data, para asegurar el conocimiento o rectificación de informaciones relativas a la persona solicitante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales.

Dalmo de Abreu Dallari[1] señala que:

[1] Puccinelli, Óscar Raúl, "Versiones, tipos, subtipos y subespecies de *hábeas data* en el derecho latinoamericano (un intento clasificador con fines didácticos)", *Revista Iberoame-*

El hábeas data fue incorporado a la Constitución brasileña de 1988 como consecuencia de la proyección de las disposiciones sobre protección de datos personales contenidas en la Constitución de 1976, las cuales fueron establecidas, en gran medida, con el fin de permitir el acceso a las informaciones que se encontraban en poder de la arbitraria y violenta policía política, creada por Oliveira Salazar.

De manera similar, en Brasil la Policía y el Servicio Nacional de Informaciones se ocupaban de determinar quiénes eran los opositores al régimen de facto que culminó en 1985, y de perseguirlos. Por ello, con la misma finalidad que motivó la incorporación de la norma portuguesa, y en la inteligencia de facilitar el ingreso a tales archivos y permitir actuar sobre ellos, se consagró en el *hábeas data*.

VII. La transparencia del Poder Judicial

Al respecto, Genaro Góngora Pimentel, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en alusión a las reglas de heredia, ha señalado esencialmente que corresponde al Poder Judicial tutelar el derecho fundamental a la información, pero en obvio de razones, esta función comprende la transparencia de las diversas funciones que realizan los órganos encargados de su protección.[2]

El acceso a las actuaciones judiciales constituye una ampliación del derecho a la información, por lo que resulta de elevada importancia que los gobernados, partes procesales o terceros ajenos al juicio, tengan en principio acceso a la labor jurisdiccional y administrativa realizada por los órganos de la judicatura.

Es en principio porque no se debe perder de vista que la información judicial guarda íntima relación con otros derechos igualmente fundamentales, entre otros, con el de intimidad, con el honor, con la presunción de inocencia, con la privacidad, con el patrimonio moral, lo que hace que el acceso a la información no sea ilimitada.

El reconocimiento del derecho a la transparencia y apertura de información del Poder Judicial trasciende en dos senderos, por una parte, la relativa al cumplimiento con el acceso igualitario a la información judicial y por otra, la de cuidar los datos personales, que sólo pueden ser utilizados y vistos por las partes procesales.

ricana de Derecho Procesal Constitucional, México, núm. 1, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, enero-junio de 2004, p. 99, .

[2] "El Derecho a la Transparencia del Poder Judicial", ponencia en el panel de discusión sobre el tema, *Libro Blanco de la Reforma Judicial, una agenda para la justicia en México.*

El Poder Judicial debe preservar un equilibrio entre el principio de la máxima apertura con la protección del derecho a la vida privada y a la autodeterminación informativa.

En suma, la información judicial puede concentrarse en las sentencias, en los procesos y en las funciones administrativas, los cuales contienen hechos, consideraciones o justificaciones respecto de las decisiones tomadas por los órganos judiciales, sin dejar de considerar que la publicación de las sentencias en Internet pone en riego la protección de datos sensibles ahí relacionados, desde luego, si no se genera la versión pública en forma adecuada.

A propósito de la protección de datos personales, el debate en México sobre la acción de hábeas data, como una de las garantías del derecho procesal constitucional de la libertad, no es novedoso, incluso, se ha planteado su viabilidad en el sistema jurídico nacional.

Es orientador el *Libro Blanco de la Reforma Judicial, una agenda para la justicia en México* que publicó en 2006 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual contiene el resultado de un largo proceso de investigación, sistematización, consulta y metodología que persiguió identificar los problemas y buscar soluciones jurídicas.

Al respecto, en la mesa de debate sobre "Transparencia y Apertura de Información", se concluyó que es conveniente tutelar los derechos a la intimidad y a la imagen personal, y para ello, se sugirió establecer mecanismos para su protección a través del hábeas data.

Asimismo, se establecieron como conclusiones y objetivos relativos al interior del Poder Judicial de la Federación, entre otros, los siguientes:

— Distinguir los datos como públicos de los diversos datos sensibles.
— Fomentar la transparencia de la información con pleno respeto de los datos personales que puedan vulnerar la honra y dignidad de las personas.
— Durante la instrucción del juicio, el juzgador deberá tener una versión pública que facilite la máxima información.
— En las decisiones judiciales donde exista el problema de privilegiar el derecho a la información o el derecho de privacidad, se deberán ponderar los valores y principios, utilizando métodos como la prueba de daño y la prueba del equilibrio.
— Generar sistemas de búsqueda que respondan a criterios jurídicos, sin necesidad de referir a datos personales de las partes.
— La protección debe gravitar en torno a la persona y no en relación con el dato.

Con este marco, tanto la Suprema Corte como el Consejo de la Judicatura Federal, expidieron los respectivos acuerdos generales, a efecto de tutelar los derechos de acceso a la información, a la privacidad y a la protección de datos personales garantizados por el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[3]

Ambos acuerdos reconocen la institución de hábeas data y establecieron el procedimiento que al efecto se deberá atender.[4]

Los acuerdos señalan que la acción de hábeas data es procedente cuando las unidades administrativas o los órganos jurisdiccionales requeridos para pronunciarse sobre los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición a la publicación de datos personales, se abstengan de resolver en el plazo previsto o emitan cualquier determinación que no satisfaga lo requerido.

Estos instrumentos reconocen con carácter de legitimados al sujeto directamente interesado, y en su caso, a su representante legal, el tutor, curador o sucesor, mediando para ello, un interés jurídico.

El órgano competente para conocer de la acción de hábeas data es el Comité de Acceso a la Información, dada su integración es un órgano de naturaleza administrativa, que provisionalmente puede bloquear el archivo en cuanto al dato personal motivo de rectificación, cancelación u oposición a su publicación, cuando sea manifiesto o evidente el carácter discriminatorio, falso o inexacto de la información de que se trate.

La determinación del Comité de Acceso a la Información respecto de dicha acción procesal, es impugnable vía recurso de revisión ante la Comisión de Transparencia. Al respecto, si bien la normatividad no reconoce formalmente que este recurso sea jurisdiccional, materialmente se estima que sí lo es, considerando que su integración en la Suprema Corte se compone con 3 ministros (jueces) y en el Consejo de la Judicatura Federal con 3 consejeros.

Instaurado el procedimiento, se requerirá a la unidad administrativa o jurisdiccional un informe sobre el particular, para que lo rinda dentro de un plazo de 5 días hábiles y el Comité resolverá sobre el particular dentro de una temporalidad de 10 días hábiles, pudiendo duplicarse por un término igual.

Cuando mediante esta acción se impugna una omisión, el informe que rinda la unidad o el órgano jurisdiccional, se remitirá vía electrónica al solicitante para que en un plazo de 5 días hábiles manifieste lo que a su derecho convenga o aporte las pruebas conducentes.

[3] DOF, del 11 de julio de 2008 y del 2 de enero de 2009.

[4] Artículos 168-164 y 136-40.

De resultar fundada la pretensión planteada vía *hábeas data*, el Comité especificará la información a la que se debe otorgar acceso o que deba ser suprimida, rectificada, actualizada o declarada confidencial o reservada, estableciendo el plazo de 5 días hábiles para su debido cumplimiento.

El instructivo para la elaboración de versiones públicas de los expedientes y las sentencias que tiene bajo su resguardo la Suprema Corte,[5] señala que éste tiene como finalidad asegurar el adecuado tratamiento de los datos e impedir su transmisión ilícita y lesiva para la dignidad y derechos del afectado.

Para ello dispone que en la versión pública que se realice de los expedientes y sentencias bajo resguardo de la Suprema Corte podrán suprimirse los siguientes datos:

> Los nombres, alias, pseudónimos o cualquier otra denominación que identifique o haga identificable a una persona, así como las firmas del quejoso o partes en un juicio, víctimas y ofendidos, representantes y personas autorizadas, testigos, peritos, terceros mencionados en juicio y cualquier otra persona referida en las constancias del expediente o en la propia sentencia, con la salvedad de que correspondan a servidores públicos en ejercicio de sus funciones.
>
> Cuando resulte necesario para la comprensión del fallo, se deberán sustituir los nombres de los sujetos antes señalados por los numerales (1, 2, 3, así sucesivamente), que permitan distinguir la relevancia de su participación en el procedimiento.

Además, que se deberán suprimir el domicilio, letras o números que identifiquen o hagan identificable a la persona, las cuentas bancarias o información relacionada con el patrimonio de una persona física, las características físicas o intelectuales de la persona, los datos vehiculares, con excepción de los que sean oficiales o se refieran a los sueldos y prestaciones derivados del ejercicio de las funciones de los servidores públicos.

Particular relevancia tiene el hecho de que dichos datos no se deberán suprimir cuando resulten indispensables para comprender el criterio del juzgador.

Por otra parte, los lineamientos de mérito de manera enunciativa relacionan los documentos que pueden formar parte de las constancias de los expedientes judiciales y que son susceptibles de contener datos personales sujetos a protección, a saber:

[5] Expedido por el Comité de Acceso a la Información de la SCJN de 16 de abril de 2008.

…

a. Pasaportes
b. FM3
c. Cartillas
d. Credenciales de elector
e. Licencias de conducir
f. Cédulas profesionales
g. Registro Federal de Contribuyente (R.F.C.)
h. Clave Única de Registro de Población (C.U.R.P.)
i. Cheques, pagarés, letras de cambio, y cualquier otro título de crédito
j. Pólizas de seguros
k. Estados de cuenta bancarios
l. Recibos de nómina
m. Currículos
n. Cédulas de notificación
o. Contratos y convenios
p. Expedientes, constancias y evaluaciones médicas
q. Títulos profesionales
r. Constancias expedidas por instituciones y autoridades educativas
s. Evaluaciones psicométricas
t. Evaluaciones con fines de reclutamiento o selección de personal
u. Declaraciones de impuestos
v. Actas de nacimiento, matrimonio, divorcio y defunción, así como las escrituras constitutivas y documentos en los que conste la disolución de sociedades y asociaciones
w. Constancias expedidas por asociaciones religiosas
x. Fotografías de personas físicas
y. Cualquier documento de identificación independientemente de que no tenga el carácter de oficial, o el objeto de su expedición, tales como credenciales de escuelas, centros recreativos o deportivos, empresas o instituciones privadas, afiliaciones políticas, entre otras.
z. Facturas

…

Además, prevé que las Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte, deberán generar la versión pública de las sentencias de los procesos concluidos anteriores al 12 de junio de 2003, cuando medie una solicitud de información en modalidad diversa a la consulta física, y que corresponderá a los secretarios de estudio y cuenta generar la versión pública de las sentencias falladas posterior al 15 de mayo de 2007 sobre copias impresas o electrónicas, para su disponibilidad se deberá atender el procedimiento de acceso previsto.

Finalmente, el tratamiento de datos personales deberá observar los principios de:

Licitud. Que no contravengan disposiciones civiles, penales, administrativas o de cualquier otra naturaleza y su manejo sea lícito en cuanto se realice para la finalidad perseguida con su obtención, relacionada con las atribuciones del órgano respectivo.

Calidad. Sea exacto, adecuado, pertinente, no excesivo y atienda la finalidad con la cual fueron recabados.

Información. Los titulares de la información deben estar informados en forma expresa, precisa e inequívoca de la existencia de un archivo que los relaciona; la finalidad con la que se hizo y el destino de la información; la posibilidad para acceder, rectificar, cancelar u oponerse a esa información, y la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

Seguridad. El responsable del tratamiento deberá adoptar las medidas para garantizar la integridad, confiabilidad, confidencialidad y disponibilidad, de tal manera que eviten su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado.

Consentimiento. Todo tratamiento deberá implicar el consentimiento inequívoco del titular de los datos, excepto cuando éstos se recaben para el ejercicio de las atribuciones del órgano, en este sentido, el consentimiento deberá otorgarse por escrito, en forma libre e informada.

En los principios arriba relacionados, a la luz del Convenio 108 citado, es evidente que se recogen los que éste procura, que si bien falta una ley federal sobre protección de datos personales que defina el órgano competente, administrativo o judicial, la vía procesal idónea para plantear el derecho de acceso, rectificación, cancelación u oposición, es loable concluir que el Poder Judicial de la Federación, en lo que corresponde a sus atribuciones, ha tomado la iniciativa de establecer un mecanismo de tutela de ese derecho a través de la acción de hábeas data.

Con esta iniciativa la Suprema Corte hace eco de lo que el derecho comparado enseña y como tribunal constitucional garante de los derechos fundamentales, en casa hace lo que es debido en cuanto al derecho de acceso, rectificación, cancelación u oposición respecto de información relacionada con datos personales.

Sin duda, en nuestra cultura colectiva aún no se tiene concebida la dimensión que toma el hecho de que órganos públicos o privados recolecten y transmitan bases de datos e información que permiten el almacenamiento masivo de información personal, en todo caso, es incipiente, aún no nos es

fácil desprendernos de la información inherente a nuestra persona y, mucho menos hemos considerado, quizás, buscar la tutela y protección de los derechos en comento.

Finalmente, entre otros, el Distrito Federal, Guanajuato, Colima y Oaxaca tienen legislación en materia de datos personales, la de Colima y Oaxaca reconocen la acción de datos personales o hábeas data, sin que exista información que reporte su eficacia.

Seguro que el carácter innovador de los congresos locales dotará de materia y reflexión al Congreso federal para ocuparse ya de este tema, recordemos que el juicio de amparo se heredó de una legislación estatal. Actualmente algunos congresos locales han legislado sobre omisión legislativa y jurisdicción constitucional local. La acción de hábeas data, al parecer, está naciendo en México bajo ese mismo cuño.

En efecto, las legislaturas locales, en aras de la atribución residual que la Constitución general les otorga, están introduciendo en su sistema normativo temas novedosos, de los que la Federación tiene mucho que aprender.

Como corolario, la transparencia judicial va de la mano de la justicia, de ahí que, esta última no sólo se ha de hacer, también es necesario que se vea que se ha hecho.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

LA JUSTICIA ALTERNATIVA PENAL COMO TRADUCTOR ENTRE EL PODER JUDICIAL Y LA CIUDADANÍA

Patricia Eugenia Ortega Cubas*

Quisiera platicarles algo del México en el que crecí, del México que se nos ha perdido. Cuando yo era niña, mi papá, ingeniero de profesión, trabajó por un tiempo haciendo las portadas de disco, eran todavía aquellos discos de 33 revoluciones, negros, los de colores, transparentes, eran novedad, de hecho nunca fueron un éxito y las portadas o estuches de cartón eran una necesidad para el mercado de discos de aquellos años. La industria disquera apuntalaba a los cantantes y existían promotores que sabían quién era del gusto del pueblo. Yo no conocí a muchos de ellos y tampoco conocí a quien se hacía llamar "Juan Pueblo", mi papá decía que era un productor o promotor, no sé realmente, que cuando escuchaba a un cantante, contestaba: "A mí no me gusta, pero a Juan Pueblo le va a encantar". Tenía, podríamos decir, un oído del rey Midas, lo que escuchaba con ese toque de "Juan Pueblo" era un éxito y el intérprete se convertía en millonario. Según sé, se pagaba a las estaciones de radio para que promovieran la canción, existían espectáculos televisivos en donde a los cantantes se les pagaba muy poco o nada y el público favorecía el esfuerzo comprando el disco. Tiempos aquellos en que no existían los "piratas" elegantemente llamados "clones", donde el cantante vivía de sus regalías y la industria disquera era prospera, ni que decir de programas o de software, pero ahora la realidad es diferente.[1]

* Licenciada en derecho por la UNAM.

[1] La distribución ilegal de software afecta a la economía internacional. Con un porcentaje estimado de piratería del 36%, los efectos sobre la economía son significativos. En 2001, según la Business Software Alliance, la piratería costó a la economía global más de 13 000 millones de dólares en pérdidas de ingresos por impuestos que beneficiarían a las comunidades locales. También se perdieron cientos de miles de trabajos en el campo del software y sectores relacionados. *http://www.adobe.com/es/aboutadobe/antipiracy/hurt.html#Anchor-The-47857*

De acuerdo con un reporte de la Federación Internacional de la Industria Discográfica (IFPI por siglas en inglés), México ocupa la quinta posición en el "top ten" de la industria de la producción ilegal de fonogramas en el mundo, sólo abajo de Brasil, China, India e Indonesia. "Quizá una de las causas sea que el ambulantaje crece día con día, lo que lo ha

El tiempo ha pasado y hace unos meses visité una disquera, me impactó que su tamaño ya no era el de un edificio de varios pisos, como los que yo conocí en mi niñez, hoy era una especie de casa pequeña, sólo existía una secretaria y casi me voy de espaldas cuando el director general comentó que la piratería había ocasionado que las disqueras fueran extremadamente pequeñas y que nadie quisiera ya invertir en cantantes. Pensé entonces en lo que como país habíamos perdido.

Mi carrera judicial ha implicado que vea al delito como algo cotidiano, que si bien, todavía no me acostumbro y espero nunca hacerlo, a esta falta de respeto a la ley, si lo vea como algo técnico, jurídico y rutinario. No obstante, me doy cuenta de que hoy "Juan Pueblo" no es considerado tanto como antes, su gusto no se escucha. La analogía actual en cuanto a lo que el pueblo quiere me parece ideal. Las razones las ignoro, pero es evidente que el delito, la falta de respeto a la ley ha provocado una afectación a nosotros, a "Juan Pueblo".

La sociedad es cada vez menos escuchada en todo, tenemos aparentes instituciones democráticas que pretenden representarnos, sin embargo, cuando se trata de que seamos la víctima de un delito, nos convertimos en el "Juan Pueblo" de hoy, lejos estamos del de hace 30 años, en donde su gusto era tan conocido e idealmente escuchado, que las disqueras querían tener a alguien que conociera a "Juan Pueblo" trabajando a su lado, esta persona era una voz altamente calificada y a la vez digna.

El Poder Judicial de la Federación y del Distrito Federal trabajan por largas horas, tienen una sobrecarga de trabajo y parece que nunca se va a acabar, estamos acostumbrados a delitos en donde el Estado parece el único ofendido, de hecho la víctima es la convidada de piedra; sin embargo, nuestra tranquilidad, seguridad, paz como ciudadanos comunes y, porque no decirlo, hasta nuestro esparcimiento se ve afectado. No podemos negar que cada vez dudamos más en ponernos alguna alhaja y también que nos hemos acostumbrado a encontrarnos con "música ilegal" y películas "pirata" en cada esquina. A nadie es ajeno el litigio en cuanto a la música por Internet y que no es sino la punta del iceberg, afectando no sólo a la industria de la música, sino a nuestra vida cotidiana. En nuestro país la tranquilidad no es ya una condición natural, se gastan grandes sumas de dinero en "seguridad", todo aquello que hace impensable el que un niño salga solo al parque

convertido en un terreno fértil para la distribución de discos ilegales, pero precisamente la compra de un disco pirata cierra el ciclo y provoca mayor desempleo", afirman representantes de la Asociación Mexicana de Productores de Fonogramas. *http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=290196&tabla=notas.*

y seguimos sin entender que todos de alguna forma, somos víctimas de agresiones reales, psicológicas o sociales.

En materia penal, la función que como Poder Judicial buscamos es la imparcialidad, siempre hemos intentado no tomar partido, mantener el justo medio, escuchar a ambas partes, no inclinarnos a favor de nadie; intentamos vivir en la imparcialidad y neutralidad. Pero nuestro propósito es el lograr una sociedad más justa, en donde la *legalidad* reine, buscar la verdad penalmente relevante; sin embargo, no siempre podemos saber cómo la sociedad fue afectada.

Debo reiterar que entiendo todo el proceso penal, las cargas de trabajo, la revisión de expedientes, la transcripción de pruebas, la presión diaria de los términos y la constante visita de familiares de los procesados, en donde lo técnico cobra relevancia y lo jurídico o legal, en ocasiones puede o debe hacer a un lado a lo que la sociedad pretende. Destaca que en mediación los términos para denominar a los involucrados sufran transformaciones que modifican también la actitud hacia ellos. El agresor o delincuente, se denomina: ofensor y el ofendido o agredido: se transforma en víctima.[2] De donde no es que no se considere delincuente, que se pretenda mediar la existencia de una pena; sino lo trascendente es lo relativo a la reparación del daño, el ver la lesión que se produjo con el actuar delictivo, es el encontrar una solución al verdadero conflicto, el porqué de la vulneración de las normas en un aspecto humanitario. "La mediación víctima ofensor (VOM) —por sus siglas en inglés— es un procedimiento que provee a las victimas interesadas (principalmente a aquellas de delitos patrimoniales y robos menores) la oportunidad de encontrarse con sus ofensores en un lugar estructurado y seguro".[3]

Pero esta variación en el nombre de ambos participantes, no puede considerarse como algo sutil; pretende trastocar la esencia misma del proceso penal. En el proceso judicial no muy frecuentemente se habla del hecho que vivieron los ofendidos en aspectos ajenos a lo legal. Así funciona nuestro sistema penal, los ofendidos son aparentemente el centro del proceso, sin embargo, ya estando en él, el proceso los relega y no importa si el ofendido quiere algo diferente a la pena especificada en el código, está interesado en recuperar sus bienes, lo que puede hacerse es únicamente lo que la ley señala. Entonces el objeto de la fiesta pierde su importancia, no es remoto

[2] Véase Umbreit, Mark S., *The Handbook of Victim Offender Mediation. an Essential Guide to Practice and Research. Jossey Bass*, U.S.A., 2001.

[3] Umbreit, Mark S. y Jean Greenwood, M. Div., *Guidelines for Victim-Sensitive Victim-Offender Mediation: Restorative Justive Through Dialogue*, U.S. Departament of Justice, Office of Justice Programs, 2000, p. 1.

que el acusado se quede en prisión por largo o corto tiempo, condenado y pese a ello, los ofendidos no sean restituidos en algo por el daño que se les causo. No estamos escuchando a "Juan Pueblo" y si alguno pretende hacerlo, "Juan Pueblo" no se entera que fue escuchado. El mundo necesita ahora empoderar a la víctima.

> La mediación es un proceso que permite a las víctimas de los delitos interesadas a encontrarse con los ofensores en la presencia de mediadores entrenados, que ahora sucede en cerca de 300 comunidades de los Estados Unidos y más de 700 comunidades en Europa… se originó en Canadá en 1974 y en los Estados Unidos en 1978… El creciente interés en la mediación víctima-ofensor se debe a su capacidad de facilitar un real y entendible sentido de la justicia por aquellos directamente afectados por el crimen: victimas, comunidades víctimatizadas y ofensores.[4]

De allí que al hablar ahora de víctima y ofensor, se pretenda modificar de forma radical cómo se han visto a ambas partes en el proceso y tener hacia ellas ahora nuevos ojos.

Reitero que no menosprecio en ninguna forma la entrega de todos aquellos involucrados en el proceso penal actual; sin embargo, es evidente que la sociedad no está conforme con los resultados obtenidos, no se siente escuchada. Baste referirnos a la mega marcha a favor de la paz,[5] para comprender que la sociedad no se siente satisfecha con las instituciones que procuran e imparten justicia. El trabajo desarrollado aunque jurídicamente adecuado, socialmente es inentendible y denostado. Se confunden las penas con los resultados, se ignora que todos perdemos en un incremento en los delitos y que la prisión no va a favorecer a nadie; se pretende la aplicación de medidas extremas desconociendo qué resultado van a producir o si su aplicación es adecuada.

Al respecto, no dejan de llamarme la atención los mensajes de un partido político que en aras de obtener más votos hace campaña con: "Coraje es que al secuestrador de tu hija lo liberen… PENA DE MUERTE". Independientemente, de que este mensaje afecta primeramente a la lógica, pues condena a una persona que fue declarada libre a PENA DE MUERTE y desvalora la función del juzgador; además, ignora los convenios internacionales que México ha

[4] *Op. cit.*, p. ix.

[5] El 30 de agosto de 2008, la sociedad civil convocó a la ciudadanía a una marcha por la seguridad y la paz, denominada "Iluminemos México" que lleno el zócalo capitalino y la avenida Reforma hasta el Ángel de la Independencia.

firmado en contra de la PENA DE MUERTE.[6] Sin embargo, dicho mensaje debe ser traducido para nosotros, miembros del Poder Judicial, postulantes y ministerios públicos y sobre todo estudiosos del derecho, como un juicio de que no se hace el trabajo y se busca aplicar las medidas extremas —pena de muerte— para lograr un lugar seguro, pues las penas que actualmente se imponen no lo logran. Frecuentemente se ven espectaculares condenando la función judicial, ministerial y a los abogados: la sociedad no se siente identificada con nuestro trabajo, necesitamos un vínculo con ella. Nuestro máximo esfuerzo, la diaria labor y orgullo en el trabajo, no ha sido suficiente para que el mexicano promedio entienda lo que hacemos. No se sienten escuchados, no tienen voz o su mensaje no es entendido y esto nos afecta a todos.

El constante cambio mundial implica una búsqueda constante de alternativas, la justicia no puede ser la excepción, al ser una materia de cambio y que influye y es influida por la sociedad. "El mejor camino para los futuros abogados de aprender a servir a sus clientes es el escucharlos y colaborar con otros para trabajar en crear procesos y programas que verdaderamente manejen las cuestiones de justicia y equidad a través de manejar las necesidades e intereses de las personas".[7]

Como Poder Judicial los ofendidos desaparecen en el proceso y su participación se limita a colaborar, a través de la coadyuvancia con el Ministerio Público, únicamente en lo relativo a la reparación del daño. Los daños no son expuestos por ellos de forma directa, sino que son considerados por "peritos", sin tomar en cuenta la necesidad que presenta la víctima en cuanto al daño que se pretende reparar o qué es lo que debe repararse. La víctima no es ostensible para nadie en el proceso penal, pues inclusive, debo comentar que hace unos meses organicé, con el apoyo de la embajada de Estados Unidos un entrenamiento en mediación víctima ofensor, teniendo como ponente a Eddie Mendoza y él me solicitó que interviniera una víctima. Para encontrar "una víctima", acudimos a diversos organismos de derechos humanos y a asociaciones de víctimas, sin ningún resultado para el taller,

[6] Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Adoptado en Asunción Paraguay, 8 de junio de 1990 y que entró en vigor en México el 20 de agosto de 2007. Segundo Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte, Adoptado en la ciudad de Nueva York, el 15 de diciembre de 1989 y con entrada en vigor para México, el 26 de diciembre de 2007.

[7] GESKE, Janine, *Why Do I Teach Restorative Justice To Law Students, Marquette Law Review*, vol. 89, núm. 2, invierno 2005, p. 327.

que finalmente se realizó al acercarnos a un juez y solicitarle a alguna persona que acudiera al juzgado y que resultó ser de violencia intrafamiliar.[8]

Es completamente incongruente el hecho de que aunque todos hemos sido en algún momento víctimas de un delito, quizás no todos de forma directa, pero seguro indirectamente, no pudiéramos encontrar de forma rápida y sencilla una víctima que hablara de sus necesidades. Las víctimas son ahora, hoy por hoy, dentro del proceso, ya sea por voluntad propia o por ignorancia del procedimiento, una realidad poco clara.

También es evidente con propaganda partidista como la ya señalada, que las leyes y aplicación de las mismas, son realidades oscuras para el ciudadano medio. En sentido opuesto, "la vasta mayoría de estudios revisados reportan en algún sentido la satisfacción de las víctimas y ofensores con la mediación víctima-ofensor y sus resultados… Típicamente, ocho o nueve de diez participantes, reportan su satisfacción con el proceso y con el convenio resultante".[9] En el Centro de Justicia Alternativa igualmente, los resultados son siempre sorprendentes para ambos involucrados, la víctima se empodera y se hace claro al ofensor la posición y efectos que su actuar producen.

Es para mí tangible la necesidad actual que tenemos de encontrar un traductor eficiente entre las autoridades involucradas en el proceso penal, los profesionales y la ciudadanía, a efecto de lograr un real sistema que sea el resultado social necesario. La verdad es que el incremento de penas con el cual los legisladores pretenden contestar el clamor ciudadano, no ha tenido siempre el resultado social esperado. Baste señalar dos asuntos en

[8] Violencia familiar, artículo 200. Al que, por acción u omisión, ejerza cualquier tipo de violencia física o psicoemocional, dentro o fuera del domicilio familiar en contra de: I. El o la cónyuge, la concubina o el concubinario; II. El pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin límite de grado, o el pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado; III. El adoptante o adoptado, y IV. El incapaz sobre el que se es tutor o curador. Se le impondrá de seis meses a seis años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio, patria potestad, tutela y en su caso a juicio del Juez, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él; además se le sujetará a tratamiento especializado que para generadores de violencia familiar, refiere la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por cualquier otro delito. Este delito se perseguirá por querella, salvo que la víctima sea menor de edad; o incapaz. No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de la violencia hacia los menores.

Delito que a nivel internacional no puede ser mediable atendiendo a la falta de equidad entre los interviniente, el extenso manejo de emociones y complicación en la relación.

[9] Umbreit, Mark S. *et al.*, "Restorative justice in the twenty-first century: a social movement full of opportunities and pitfalls", *Marquette Law Review*, *cit.*, *7*

concreto que prueban lo señalado. Conozco un asunto de una persona que detuvo a otra porque no quería pagar los servicios de un tercero y su sanción por esta detención, que encuadra en la figura del "secuestro express" es evidentemente de 20 años de cárcel;[10] porque, lo cual es contrario a la pretensión social que se tenía y que implicaba el hartazgo social a personas que vulneraban de forma directa la libertad; sin embargo, la aplicación real de la norma no es siempre adecuada a la pretensión, por carencia de técnica legislativa, comprensión social e ignorancia leal de la sociedad con relación a las consecuencias en el dictado de una sentencia. Otro ejemplo, es el hecho de que en la legislación del Distrito Federal, el robo actualmente es siempre calificado,[11] de tal forma que es más sencillo que cualquier otro

[10] Artículo 163 Bis del Código Penal del Distrito Federal. Comete el delito de privación de la libertad en su modalidad de secuestro express, el que prive de la libertad a otro por el tiempo estrictamente indispensable para cometer los delitos de robo o extorsión, previstos en los artículos 220 y 236 de este Código o para obtener algún beneficio económico..

[11] Artículo 223. Se aumentarán en una mitad las penas previstas en el artículo 220 de este Código, cuando el robo se cometa: I. En un lugar cerrado; II. Se deroga; III. Aprovechando alguna relación de trabajo, de servicio o de hospitalidad; IV. Por quien haya recibido la cosa en tenencia precaria; V. Respecto de equipo, instrumentos, semillas o cualesquiera otros artículos destinados al aprovechamiento agrícola, forestal, pecuario o respecto de productos de la misma índole; VI. Sobre equipaje o valores de viajero, en cualquier lugar durante el transcurso del viaje o en terminales de transporte; VII. Por los dueños, dependientes, encargados o empleados de empresas o establecimientos comerciales, en los lugares en que presten sus servicios al público, sobre los bienes de los huéspedes, clientes o usuarios; VIII. Respecto de documentos que se conserven en oficinas públicas, cuando la sustracción afecte el servicio público o cause daño a terceros. Si el delito lo comete un servidor público que labore en la dependencia donde cometió el robo, se le impondrá además, destitución e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos; IX. En contra de persona con discapacidad o de más de sesenta años de edad; Artículo 224. Además de la penas previstas en el artículo 220 de este Código, se impondrá de dos a seis años de prisión, cuando el robo se cometa: I. En lugar habitado o destinado para habitación, o en sus dependencias, incluidos los movibles; II. En una oficina bancaria, recaudadora, u otra en que se conserven caudales o valores, o contra personas que las custodien o transporten; III. Encontrándose la víctima o el objeto del apoderamiento en un vehículo particular o de transporte público IV. Aprovechando la situación de confusión causada por una catástrofe, desorden público o la consternación que una desgracia privada cause al ofendido o a su familia; V. En despoblado o lugar solitario; VI. Por quien haya sido o sea miembro de algún cuerpo de seguridad pública o personal operativo de empresas que presten servicios de seguridad privada, aunque no esté en servicio; VII. Valiéndose el agente de identificaciones falsas o supuestas órdenes de la autoridad; VIII. Respecto de vehículo automotriz o parte de éste; o IX. En contra de transeúnte, entendiéndose por éste a quien se encuentre en la vía pública o en espacios abiertos que permitan el acceso público.

Artículo 225. Las penas previstas en los artículos anteriores, se incrementarán con prisión de dos a seis años, cuando el robo se cometa: I. Con violencia física o moral, o cuando se ejerza violencia para darse a la fuga o defender lo robado; o II. Por una o más personas

delincuente salga bajo algún sustitutivo o beneficio, que el ladrón. Conclusiones ellas opuestas a una traducción de la necesidad real de la sociedad de poder contar con un ambiente más seguro. Pues se modifican las normas, pretendiendo entender a alguien que no ha hablado de forma directa y clara y que tampoco entiende de impartición de justicia, de allí que surja la necesidad real e inminente de que la víctima se coloque en una posición importante y el Poder Judicial se humanice, y para mí la figura que empodera a la víctima y sensibiliza al juzgador es la mediación.

Nuestro sistema penal no ofrece ninguna restitución real en un sentido amplio, no existe la potestad de la víctima para decidir qué quiere del ofensor y su peregrinar ante el juzgado se convierte en una serie ininterminable de búsqueda de pruebas que permitan justificar su pretensión, en el remoto caso de que exista un abogado que los oriente a tal fin, y si bien existe avance al respecto, pues ahora el ofendido puede *coadyuvar con el Ministerio Público,* esto todavía no se traduce en una mejor evolución de la reparación del daño.[12] Tampoco importa que el afectado se vea anímicamente imposibilitado de desarrollar un trabajo, salir a la calle solo, requiera terapia o asesoría psicológica, el sistema requiere que el tratamiento sea determinado por un experto y que además este experto comparezca ante el juzgado para ratificar el medio y costo para volver a dejar al ofendido en una situación similar a la que tenía antes del hecho delictivo. La víctima deberá probar los ingresos que perdió, acreditar sus sueldos previos, etcétera. Huelga decir que en mis catorce años en materia penal local y federal, en el 99.99% de los casos no se pudo acreditar el mismo, pues como Poder Judicial, nunca contamos con suficiencia de pruebas al respecto que permitieran fundar la condena en tal sentido. Menos aún, se llegó a una conclusión favorable a la víctima, inclusive siendo el Estado, quien no quedaba plenamente resarcido en su daño. Baste decir que la seguridad es un bien a cargo del Estado y es a todos ostensible que la misma sigue afectándose día a día y no parece que nadie pague en forma alguna y nos devuelva la tranquilidad.

armadas o portando instrumentos peligrosos. Se equipara a la violencia moral, la utilización de juguetes u otros objetos que tengan la apariencia, forma o configuración de armas de fuego, o de pistolas de municiones o aquéllas que arrojen proyectiles a través de aire o gas comprimido.

[12] El artículo 42 del Código Penal para el Distrito Federal fija el alcance de la reparación del daño y aún cuando en su fracción III señala la reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a reparación, en la práctica requiere de pruebas pertinentes que la sustenten. Inclusive el numeral 9 del Código Procesal Penal establece como derecho de las víctimas: XVII.- A ser restituidos en sus derechos *cuando éstos estén acreditados.*

Por otra parte, el activo no toma conciencia del verdadero daño ocasionado, no sabe cómo su conducta perjudicó en forma psicológica, social y económica a la víctima y a la sociedad de la cual ambos forman parte, de donde el daño se convierte así para él en algo intrascendente y por tanto la reinserción social del ofensor es trunca de origen.

Este manejo se dio en la sentencia de la reparación del daño, al estudiarse en sus considerandos, pero difícilmente existió un verdadero litigio al respecto durante las audiencias; no sólo implica que sea éste no substancial o esencial para el procedimiento; sino además que el ofendido o la víctima sean vistos ante el juez como una especie de inimputable que no puede o sabe identificar su daño y cómo resolverlo. La verdad en nuestro país adolecemos de estudios científicos que permitan determinar el interés real de la víctima en lo que al proceso penal se refiere. En mi realidad profesional, sólo en contadas ocasiones he podido preguntar a la víctima su pretensión y recuerdo un asunto de un homicidio culposo de un doctor en el nacimiento de una bebé, en donde la madre pretendía que el médico no volviera a cometer el mismo error. No le interesaba pena diversa a que éste no volviera a ejercer su carrera y otra madre sufriera lo mismo que ella. No pretendo con ello que la pena sólo sea lo que la víctima intente, sin embargo, es momento de sentarse a escucharla, pues como ella somos parte de la sociedad. El Poder Judicial requiere también un toque de sensibilización hacia el ofendido, requiere tomarlo en cuenta, para poder actuar acorde a necesidades sociales. Es evidente que los jueces pretenden servir a la sociedad, son parte de ella, pero actualmente la legislación no ha sido capaz de otorgar mecanismos adecuados para poder servir a ésta de forma tangible, es hasta hoy que en lo relativo a la reparación del daño, al proponer la justicia alternativa surge un primer intento de posesionar a la víctima.

El lugar de la mediación en nuestra ciudad es el engargolar los principios que al efecto señala la mediación comunitaria en el proceso para un nuevo contrato social "basada en el previo reconocimiento universal de los derechos sociales para todos los ciudadanos, la legitimidad de la pluralidad de opciones de uso de los mismos, la participación directa de los ciudadanos en la creación de consensos y en la gestión de los conflictos que supone la aceptación de la diferencia".[13]

Nuestro vivir judicial implica una innumerable serie de denuncias, en donde los términos son fatales y las resoluciones ininterminables, nuestra profesionalización implica una extensión de pruebas, fojas y tiempo, para el dictado de una sentencia, utilizando todos los términos y conocimientos

[13] *Op. cit.*, p. 15.

de la teoría del delito, de tal forma que el resultado no es entendible al ciudadano y sus conclusiones menos, la función jurisdiccional es descalificada aduciendo "legalismos", pues el pueblo no entiende qué es lo que la justicia pretende y a veces la justicia tampoco puede seguir las intenciones del pueblo, ya que la norma no lo autoriza y a veces ignora las opciones que se ofrecen. Se ha creado un abismo entre el Poder Judicial y la sociedad para la que éste trabaja. Se habla un idioma diferente y no existen traductores eficientes.

Junto a esta realidad vigente en nuestros juzgados penales y me atrevería decir que en la totalidad de nuestra sociedad, es pertinente el considerar que el Centro de Justicia Alternativa evidencia en su labor que los criterios de solución son diversos y que las necesidades sólo entendibles para quien las tiene; que el juez siempre será injusto para una de las partes y que el conflicto en el mejor de los casos queda intocado, la víctima no se siente satisfecha, quizás tenga temores, que no se aminoran y en otros, como cuando se trata de conocidos o personas cercanas se incrementan con una sentencia; pues la venganza continúa por años.

Es aquí donde considero que la mediación puede ser un vínculo invaluable para unir dos mundos buenos, que intentan diariamente coexistir y favorecer a nuestro país: el Poder Judicial y la sociedad misma. El mundo vuelve ahora su vista hacia la mediación, "considerando que existen fuentes naturales de resolución de los conflictos",[14] México quizás no esté llegando tan tarde a su solución, tenemos la gran fortuna de contar con diversos estudios al respecto. "No es sorpresa que dados los altos niveles de satisfacción, la vasta mayoría de participantes en VOM (típicamente el 80%) a través de lugares, culturas y tipos de ofensas reportadas crean que el proceso fue justo para ambas partes y que el resultado del acuerdo fue adecuado".[15]

Ahora bien, es momento de hacer un alto en el camino, cuestionarnos si los resultados obtenidos han producido una conciencia de la verdadera lesión que se causó. Se ha manifestado en forma crítica en todos los sectores sociales, la poca rehabilitación que la pena privativa de libertad produce en los que la padecen. Como la víctima no se siente con ella satisfecha y como tampoco se le restituye en el bien jurídico que la conducta delictiva toca. No obstante ello, sin ningún estudio que lo motive, se aduce un nuevo

[14] Redorta, Joseph, "En torno a los métodos alternativos de solución de conflictos". *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos.* Memoria del Foro Regional: Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos "Tendencias contemporáneas de la mediación en sede judicial", México, 2006, p. 21

[15] Umbreit, Mark S. *et al.*, *Facing violence. The Path of Restorative Justice and Dialogue. Criminal Justice Press*, Nueva York, Monsey, 2003, p. 28

incremento de la pena privativa de libertad o inclusive la pena de muerte. "Es un hecho que la justicia material se aleja cada vez más de la equidad".[16]

Es allí donde también surge como alternativa la mediación:

> ... los participantes buscan en la mediación la posibilidad de resolver su conflicto en menor tiempo y con efectos más adecuados a sus necesidades, que los que podrían obtener en un juicio penal.[17]|
>
> Aunque la mediación entre víctima y agresor no está destinada a todas las víctimas ni a todos los agresores, la teoría de este tipo de mediación se basa en que el conflicto entre la víctima y el agresor que participan en la mediación puede verse humanizado, los estereotipos de cada uno pueden disminuir, y el miedo puede reducirse.[18]

Evidentemente no todos los asuntos son mediables y no todas las personas están interesadas en mediar; sin embargo, es pertinente el considerar que esta solución está vigente para aquel que la requiera. El artículo 290 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, ya contempla la opción de la justicia alternativa, de conformidad con la reforma Constitucional; pero también debe tenerse conciencia que el homicidio *per se* nunca podrá ser mediado. Puede ser mediada la reparación del daño y existen procesos ya experimentados al respecto que apoyan a la víctima y ofensor a enfrentar sus consecuencias.[19] Es pertinente el considerar que la voluntariedad que rige a la mediación, no sólo empodera a la víctima que no se sentía tomada en cuenta y que verdaderamente actuará en el proceso en lo relativo al daño, sino que además responsabiliza socialmente y compromete al ofensor.

> En muchos sitios, la restitución es inexplicablemente vinculada con la mediación víctima-ofensor. Cerca de la mitad de los estudios han observado a la restitución como un resultado de la medicación. De todos los casos que alcanzaron un encuentro, típicamente 90% o más generaron acuerdos. Restitu-

16 *Op. cit.*, p. 33.

17 Risolía de Alcaro, María Matilde, "El caso de mediación en materia penal", *op. cit.*, 14, p. 62.

18 Herrera Trejo, Sergio Ignacio, *¿Qué espacio hay para los acuerdos en la reforma procesal penal mexicana*, *cit.*, p. 73.

19 Solo por señalar algunos: El Centro para la Justicia Restaurativa y la Pacificación, escuela de trabajo Social, Universidad de Minnesota y el departamento de Texas sobre Justicia Criminal.

> ción de una forma o de otra fue parte de la vasta mayoría de estos acuerdos… 80 o 90% de los acuerdos se cumplieron.[20]

Durante mucho tiempo, los ciudadanos hemos sido tratados como menores de edad, sujetos incapaces de resolver nuestras propias vidas y menos aún, nuestros conflictos. Nosotros hemos sido los impulsores de esta incapacidad, al decidir que el juez es quien debe guiar nuestras opciones y ante cualquier cosa acudimos al Poder Judicial. Si tenemos un problema con el vecino, en lugar de intentar hablar con él, lo acusamos: ante juez cívico o el Ministerio Público. Pero difícilmente trastocaremos el umbral de nuestra puerta para intentar solucionar el conflicto de raíz y con la persona directamente involucrada.

El Poder Judicial del Distrito Federal funciona y me atrevería a decir, que funciona muy eficientemente, considerando todas sus limitaciones económicas, aunadas a la cantidad de personas a las que atiende y sus conflictos. Pues a nadie que realmente haya laborado en él le pasa desapercibido la cantidad de horas extra que el trabajo requiere, la enorme entrega de muchísimas personas: administrativos y profesionales que cargan con el trabajo a su casa o lo realizan en horarios extras, para poder cumplir con los términos.[21] Sin embargo, el acudir con el juez no es la panacea de todos nuestros males; debemos tomar conciencia que el problema real no puede ser solucionado por alguien que no lo vive, a quien no le afecta. El problema legal, la aplicación de la ley, corresponde evidentemente al juez; sin embargo, ¿existe la necesidad real de presentarle cualquier conflicto al juez? La mediación actualmente tiende a revestirse de humanismo, donde la "gente preocupada de promover la armonía social y construir comunidades más pacíficas pueda tener un rol activo en promover la mediación a un más alto nivel aplicando un modelo humanístico de mediación".[22]

La idea de la mediación es el empoderar a los directamente involucrados en la solución del conflicto. Difícilmente observaremos las consecuencias

[20] *Op. cit.*, p. 29.

[21] Frecuentemente se menciona que vivimos en una ciudad de proporciones multitudinarias y evidentemente su número de habitantes no pasa a nadie desapercibido, menos aún que éste, día a día se incrementa; sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia no ha podido incrementar su número de juzgados o salas en varios años y por tanto la cantidad de personas a las que diariamente atiende es superior a la de cualquier otro estado o inclusive a su correspondiente a nivel Federal. Véase los informes anuales de la Institución para mayor referencia *http://www.tsjdf.gob.mx/informe.*

[22] Umbreit, Mark S., *Mediating Interpersonal Conflicts. A Pathway to Peace. Center for Restaurative Justice and Mediation*, School of Social Work, University of Minessota, St. Paul. 1995, p. 203

de los actos delictivos, si no conocemos a quien directamente la sufrió, menos aún si impedimos o nulificamos su actuar. Lo que a primera vista parecería una reforma constitucional mínima de involucrar al ofendido en la reparación del daño; bien analizado y llevado a la práctica, puede modificar de raíz todo nuestro sistema penal e involucrar adecuadamente al ofendido.

Cuando se creó el Centro de Justicia Alternativa, uno de sus fines, de hecho, el principal y el que sigue vigente en su visión, fue el ayudar en la carga de trabajo a los juzgadores del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. En ninguna materia se hace más patente la necesidad de que el auxilio a los jueces y magistrados sea realidad, que en la materia penal; pues el optar por esta alternativa implica que no solo se imponga una pena, que se vuelve voluntaria para el ofensor y lo responsabiliza de su actuar; sino que además, se logre sanarlo y por tanto el sistema logre una verdadera reinserción social. La solución no consiste en crear más cárceles, sino en que su necesidad sea menor y que las personas no reincidan. La idea de que el problema o conflicto se solucione a profundidad, dejando a los involucrados en el mismo con una experiencia positiva y no sólo conocimiento tramito-lógico-judicial, favorece la propia función judicial. La idea de la justicia alternativa otorga a los conflictuados el poder de resolver sus problemas en un medio favorable para ambos, parte de la idea del ganar-ganar. Evita que el procesado se sienta "mal juzgado", "condenado injustamente".

Además de que fortalece la posición del juzgador penal, de que sea verdaderamente la *ultima ratio,* cuando de delitos de querella se trata.

El hecho de que la Ley de Justicia Alternativa del mencionado Tribunal señale a la letra:

> Art. 5. La mediación procederá en los siguientes supuestos:
>
> IV.- En materia penal, las controversias entre particulares, originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, en cuanto a la reparación del daño.

Al igual que el Reglamento Interno del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, exponga:

> Artículo 5. La mediación procederá en los siguientes supuestos:
>
> …
>
> IV. En materia penal, las controversias entre particulares, originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales del Distrito Federal, en cuanto a la reparación del daño, y
>
> V. En materia de justicia para adolescentes, las controversias originadas por las conductas tipificadas como delitos en las leyes penales del Distrito

> Federal ejecutadas por las personas mayores de doce años y menores de dieciocho años de edad; en los términos y bajo las condiciones que señala la ley de la materia.

No ha implicado que se exploten adecuadamente sus servicios para auxiliar a los juzgadores en cuanto a lo que la norma ya establece la reparación del daño, pues es necesario el que los juzgadores entiendan la esencia misma del conflicto, en un concepto psicológico, jurídico y social, no limitado a dictar sentencias, sino a verdaderamente dar una solución social al problema.

La mediación es una materia actual y en constante crecimiento a nivel mundial, en donde se ha demostrado su efectividad. El Tribunal ha sido siempre punta de lanza en cuestiones jurídicas y el Centro de Justicia Alternativa, como parte del mismo, no ha sido la excepción. Es importante el que se aproveche el conocimiento de los mediadores y la necesidad social real de solucionar los conflictos en diversas vías, pues en la medida en que se solucionen éstos, el Tribunal, el Centro y la sociedad ganan.

El clamor social es de una mejor sociedad y

> la sesión de mediación no está destinada primordialmente a rehabilitar al agresor ni un proceso de apoyo a la víctima. Está diseñada, en cambio, para atender las necesidades de ambos, víctimas y agresores, en forma tal que el proceso de justicia se vea personalizado facilitando la facultad de ambas partes de resolver el conflicto en un nivel comunitario. Sin embargo, intentar atender algunas de las necesidades de ambas partes no significa que éstas sean tratadas como si ambas hubieran contribuido al conflicto de la misma manera.[23]

Así, el nuevo sistema evidencia lo que la sociedad misma conoce: agresor y víctima forman ambos parte de la misma cultura y la ciudad no puede mejorar si todos sus miembros no se involucran en el proceso de crecimiento; principalmente aquellos que han sido más afectados por el conflicto.

> Las organizaciones de víctimas fueron inicialmente escépticas acerca del dialogo víctima-ofensor y otras iniciativas de justicia restaurativa,… Sin embargo, en 1995, la Organización Nacional para la Asistencia de Víctimas (NOVA) aplicó los principios de la justicia restaurativa al publicar una monografía… Como los programas de dialogo y otras iniciativas restaurativas continúan demostrando un fuerte compromiso de las necesidades y deseos de

[23] *Op. cit.,* p. 1

> las víctimas de los crímenes, las organizaciones de víctimas cada vez apoyan más.[24]

La realidad mundial demuestra que los asuntos que se han tratado en mediación víctima-ofensor donde el ofensor se encontró cara a cara en mediación, tuvieron una real rehabilitación, pues de los menores que habían tenido un 87% de condenas previas antes de la mediación; el 68% no tuvieron condena alguna en los dos años posteriores a la mediación.[25] Quizás sea dudoso para los escépticos el que el conflicto sea solucionable por los involucrados, más aún que se interesen en ponerse frente a frente, pero en una época en donde se habla reiterativamente de cerrar círculos, de avanzar, es indudable que el problema debe necesariamente involucrar a los que participan de él, no podemos lograr ningún compromiso si no se cuenta con las personas que van a ser parte de la solución. El ofensor no puede considerar la pena de forma ajena con la afectación a la víctima. La pena necesariamente tiene que involucrar al ofendido, si realmente queremos una reinserción social de éste. "El paradigma del fin de la sentencia parece compatible con la justicia restaurativa que tiene sensibilidad paradigmática en su escepticismo de un reclamo absoluto de «castigo justo» y su deseo de reparar el daño y «poner las cosas de forma ordenada»".[26] La idea de tener todo en orden, de poder salir a la calle con tranquilidad y disfrutar de una paz que todos nos merecemos, bien vale la pena; es el momento de romper paradigmas e intentar un cambio, es evidente que lo que hemos hecho no nos ha dado los resultados esperados; una seguridad y paz. La mediación, en su nueva forma de justicia restaurativa en materia penal, es una opción novedosa y cubre aspectos que no se han intentado y sin embargo, sabemos que dan resultados al involucrar a todos y permitir asumir responsabilidades y soluciones posibles, no es válido cerrar las puertas a posibles opciones que nos permitan vivir en una mejor sociedad, estoy segura que nos la merecemos.

[24] *Op. cit.*, p. 260.

[25] *Op. cit.*, p. 32.

[26] O'Hear, Michael, *Is Restorative Justice Compatible with Sentencing Uniformity?, cit.*, p. 323.