



EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y SU IMPACTO EN MATERIA PENAL

SENADOR ARCADIO DÍAZ TEJERA

Senador por Gran Canaria, Coordinador Portavoz
de la Comisión de Justicia del Senado de España

Muchas gracias al presentador, por haber dicho mi fecha de nacimiento, me parece una falta de coquetería, pero vamos a sobrellevarlo con dignidad, porque con esta abundancia de capilar es evidente que soy de los años cincuenta.

Buenos días y gracias a todos, y a todas, y especialmente gracias al maestro Luis Manuel Fiesco Díaz, que está allá, en la esquina, porque es el que me ha invitado.

Hace tres meses tuve la oportunidad de participar en un acto del IFAI aquí, en México, y aun así me ha invitado a participar en esta jornada. Para mí ha sido muy interesante.

Ayer estuve aquí todo el día sentado, se lo aseguro, he escuchado todas las intervenciones, incluso las respuestas a todas las preguntas y ahora mismo tengo el corazón partido, porque de un lado yo hice lo que me pidió Luis Manuel, fui al texto de *Juan sin Tierra, 1215, 15 de junio*, todos los juristas siempre sacamos algunos numeritos, algunas fechas, algunos artículos, para demostrar a los iniciados en el rito del derecho que también somos del mismo rito.

Y entonces, cuando ya me han aceptado, porque he dicho unas cuantas cifras, entonces voy a decir lo que quiero decir, claro, tengo que primero hablar de unas cuantas cifras: *15 de junio de 1215, Juan sin Tierra*. Hay que hablar de la enmienda quinta de la *Constitución de la República de Estados Unidos de América del Norte*, confirmada luego en 1861 y hay que hablar luego de los antecedentes del derecho en la tutela judicial efectiva.

Tengo que hablar de la *Constitución del 47*, exactamente del artículo 24; igual que la española del 78, es el artículo 24; y la italiana del 47, o la *Constitución del 49* de Bonn.

Pero tengo el corazón partido porque si aquí, de los mil 200, hay 900 jueces, cómo le voy a explicar a 900 jueces algo que ellos ya saben y están permanentemente practicando.

Tengo que hablar del derecho de tutela judicial efectiva, tengo que hablar de la prohibición de la indefensión, de la aminoración o menoscabo del derecho a

la defensa, el principio de contradictoriedad, tengo que hablar del acceso a la jurisdicción.

Tengo que hablar incluso del nacimiento de la acción, porque el principio de la acción estaba ligada a la afectación, a un derecho material y luego se espiritualiza, se independiza, que dirían los procesalistas y lo que hay es un derecho a la actividad jurisdiccional en que ya no tiene que ver con el derecho material afectado, sino que es la posibilidad, no en la relación con el tercero que ha afectado mis derechos, sino que tengo un derecho con respecto al Estado de pedirle esa actividad justicial.

Que ese tercero imparcial participe en la resolución de un conflicto entre privados o entre grupos y ciudadanos. Esta es la parte en que hay que hablar de esto con detenimiento y si quieren lo hacemos, no pasa nada, aparte es mi obligación.

Pero escuchando lo de ayer y reflexionando sobre esto a mí me parece que lo que hay que abordar son los nudos, los nudos en conflicto, los aspectos más discutibles, no lo que es evidente; evidente que estamos en México y es evidente que este señor es muy amable que me ha presentado. Todo es evidente, pero es una obviedad.

Me parece mejor hablar de lo que no es tan evidente y que es más difícil de encontrar en cualquier manual de Derecho. Lo primero que diría es que estamos viviendo una crisis de deslegitimación, una crisis de deslegitimación del Derecho, estamos viviendo una crisis de deslegitimación del Estado en una triple vertiente, una crisis de deslegitimación de la política.

Recuerden el debate de ayer, tremendo, porque yo les aseguro que soy híper mega súper crítico hacia la política y los partidos políticos. Pero saben que hay algo peor que los partidos políticos: que no puedan existir. Eso es mucho peor, porque entonces es una situación de dictadura, en una situación de falta de democracia parlamentaria, son los regímenes franquista, o nazi, o de Stalin, en fin, regímenes totalitarios.

Crisis de deslegitimación de la política, crisis de deslegitimación territorial. Piensen ustedes en el referéndum que se va a hacer en Reino Unido, concretamente en Escocia en 2015 o la situación con respecto a Cataluña en España.

En situaciones de crisis, siempre las partes más ricas de las naciones o las partes más ricas de un Estado viven esa tentación; o el Piamonte o la Lombardía en el caso de Italia, esos movimientos que se dan.

En esta situación de crisis de deslegitimación, nosotros podemos instalarnos en la queja y ser simpáticos los unos con los otros a ver quién es el más brillante



en la descalificación del actual momento. Y a mí eso me ha pasado un buen rato en la sobremesa, me parece bien, pero es que entre nosotros, entre juristas, entre personas todas inteligentes, yo creo que lo más relevante es plantearnos qué propuestas podemos hacer para cambiar el actual estado de cosas, eso es lo que a mí me interesa.

Yo no quiero instalarme en la teorización de la derrota o la teorización de la depresión, yo quiero compartir con mis iguales qué podemos hacer para cambiar esto y avanzar hacia ese Estado democrático que nos explicaba quien presidía esta mañana la sesión, hacia esa sociedad democrática.

En este momento de crisis de deslegitimación yo les plantearía: no solo es el territorio, no solo es la política, también hay una crisis de deslegitimación social en los países desarrollados, y ahí la respuesta básica que se está dando de recortes en una gran cantidad de conquistas que se habían logrado a lo largo de los siglos.

Yo no voy a hacer una intervención sectaria, ni una intervención partidista porque no hace estilo; pero lo cierto es que esa es una manera que se está teniendo de salir de la crisis.

En este momento de deslegitimación de lo público, del Estado, del derecho, de la liberación social, y deslegitimación territorial me parece que la reflexión a hacer es: Las cosas están mal, pero no depende de la física, la mecánica cuántica o la química orgánica salir de aquí, depende de nosotros porque, al final, ¿qué es una Constitución o qué es el derecho? Acuerdos entre humanos.

Y como yo parto de la base –en esto sí reivindico mi condición de jurista continental, no digamos de jurista anglosajón que tiene otros criterios previos, etcétera, sino de jurista continental– voy a partir de la base de que no hay otro derecho distinto a aquel que los humanos hemos acordado entre sí, mediante los representantes que hemos elegido; lo demás forma parte de la reflexión teológica, muy respetable, sobre las divinidades, muy respetables en lo que yo me considero ignorante profundo. Solo sé un poquito de la humana condición y de eso es lo que quiero aportar.

Entonces la propuesta es: seamos muy críticos y muy exigentes hacia el Estado, hacia las administraciones públicas, hacia la política, hacia los partidos, hacia todo eso; pero como a un hermano, a un primo hermano, a una madre, o a un padre; yo tengo muchas broncas con mi hermano, muchas broncas, porque le exijo mucho, porque es mi hermano.

Con respecto a la democracia parlamentaria hay como dos fenómenos: una especie de fenómenos del fascismo vociferante que ya participa en el gobierno de Noruega, por ejemplo; o que avanza mucho en Francia en el caso de *Le Pen*; una

cosa es el fascismo vociferante, el del grito. Y otra cosa es el fascismo silencioso, que es el que permanentemente cuestiona la democracia parlamentaria sin salvar la democracia parlamentaria.

Y aquí una vieja expresión de Churchill con respecto a la democracia:

“En la bañera, cuando lavamos al bebé, en el momento de ir a tirar el agua sucia por el retrete, por el baño o el excusado, como quieran llamarle, procuren que no se vaya el niño también”.

Es decir, seamos muy críticos con la democracia parlamentaria, súper mega hipercríticos; pero siempre hay que salvar la democracia parlamentaria, porque no hay democracia sin partidos políticos; aunque le llamemos otra cosa, vamos a llamarle a una agrupación de seres humanos “J”, bueno, pues “J” me da igual. No hay democracia sin partidos políticos, no hay democracia parlamentaria sin partidos políticos.

Yo soy de los que pugna por las listas abiertas, no tienen por qué tragarse una lista entera; propongo que no solo sean listas abiertas, sino no bloqueadas; que uno pueda votar para un ayuntamiento a una persona de una opción, y otra persona de otra, si le parecen personas decentes y respetables, ¿por qué no vamos a hacerlo? Porque el titular, el dueño de la soberanía es la ciudadanía; nuestros jefes son la ciudadanía, los ciudadanos y las ciudadanas. Luego, siguen las listas abiertas y no bloqueadas. Y no solo eso, incluso, poner reyecitos, que nadie pueda estar en ningún cargo orgánico ni ningún cargo institucional si antes no tiene profesión u oficio, el que sea.

Pero hay que tener profesión y oficio; si usted no tiene profesión y oficio, usted no puede estar en ningún cargo, de ninguna naturaleza; y no solo eso, usted ha tenido que estar unos cuantos años trabajando en ese oficio. No puede ser una persona con veinte y pico de años sin formación, sin oficio, sin experiencia profesional de ninguna naturaleza, ya quiere hacer lo que llaman ahora *carrera política*, eso es una barbaridad.

Usted, tiene que desarrollar su proyecto personal, familiar, profesional y luego un paréntesis en su vida, quiere hacer una aportación a la vida pública y lo hace; pero es un paréntesis en su vida, no es una carrera como la de un zapatero, un juez o un dentista. Eso, respecto al ámbito de la política.

Por eso no me gusta la expresión: “Es la plaga que faltaba en Egipto”. No, quienes han vivido la dictadura del general Franco sabemos que por muy mal que estemos en España ahora, que estamos mal, de peores crisis hemos salido, y la peor de las democracias parlamentarias siempre será mejor que la mejor de las dictaduras, siempre. Y eso conviene subrayarlo: Primera cosa.



Segunda cosa: Respecto al contenido de lo que tiene que ser mi moción. Esta es una tensión permanente y es como un jaboncillo mojado o, como el horizonte, caminamos hacia él y nunca llegamos a él. Hay momentos en que avanzamos y momentos en que retrocedemos. Los Estados son más o menos democráticos, y los poderes judiciales son más o menos democráticos en la medida en que avanzan o a veces retroceden.

Por ejemplo, hay debate en España respecto a que el derecho de la tutela judicial efectiva no solo es el derecho al acceso, o a tener una sentencia, los recursos y la coherencia de la sentencia o al abogado, si no te lo puedes pagar. Sino que el acceso es que no haya dificultad económica para que tú puedas acceder a esa justicia, hay que impetrar esa justicia de ese tercero imparcial y que las costas judiciales no te impidan el acceso; si las costas judiciales te impiden el acceso, ¿cómo puedes tú acceder a la justicia, si no tienes dinero?

Ese es un debate, pero estando yo en contra de las costas judiciales, sigo manteniendo que ese contenido del derecho de tutela judicial efectiva, en términos generales, se va manteniendo en la prohibición de la indefensión, en que no haya menoscabo ni reducción del principio de no indefensión y de contradictoriedad.

Los principios constitucionales con lo que tienen que ver es con el proceso penal, no solo es la concentración, no solo es la oralidad. Ahora se empieza a debatir una ley de enjuiciamiento criminal y hay cosas de ellas con las que discrepo, porque soy un ser libre, pero hay otras que comparto. Por ejemplo, hay que ponerle límite a la instrucción: no puede ser que no tenga límite alguno en el tiempo. Ha habido en España instrucciones de 14 años. En Canarias ha habido un miembro de la Sala de lo civil y lo penal, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que hizo una instrucción de 14 años, por un señor que lo hizo mal, *que fue que metió la mano en la lata del gofio* y no debió haberlo hecho; en la lata común, en los dineros públicos, los dineros de todos. ¿Pero 14 años para un asunto que es *sota, caballo y rey*, que es una elementalidad? No hay manera de justificarlo.

Entonces, en el proyecto de ley constitucional se prevé, para unas figuras delictivas, seis meses; para otras doce meses y en ocasiones para 36 meses y que el Tribunal de Garantías pueda plantearse su posible ampliación.

Lo que intento plantearles es que aquí hay debate permanente, hay tensión permanente, hay conflicto permanente, pero dentro de una senda de progresiva conquista de derechos en el ámbito del debido proceso. ¿Por qué razón? Porque ahí se plantean asuntos muy relevantes para los derechos individuales, y un punto de debate y un punto de cariñosa discrepancia, con toda la lealtad y con todo cariño; porque yo ahora soy Senador, pero dentro de dos años acabo como

Senador y vuelvo a poner sentencias. Y claro, mantener una discrepancia en público con un vocal del Poder Judicial, en fin, es muy arriesgado.

Pero como es un ser libre y respetuoso, y yo también, una cariñosa discrepancia: la deliberación. Sinceramente yo a ustedes les envidio, porque qué gran conquista democrática el que las deliberaciones sean públicas, es una garantía para los acusados y también es una garantía para los jueces.

Es decir, el servidor público que se aleja de la legalidad no actúa como servidor público, actúa en vía de hecho y su trabajo no va ser útil, porque van a tumbarlo y a lo mejor años de trabajo se lo van acabar tumbando porque no ha respetado el derecho.

Pero en el ámbito de deliberación, el que todo el mundo pueda en tiempo real, apretando un botoncito en su casa, escuchar a un magistrado diciendo: "Pues yo considero que este señor es inocente por esto, por esto y por esto", y el otro dice: "Pues yo creo que es culpable, por esto y por esto". Y la flexibilidad intelectual, porque no son adolescentes con problemas hormonales, que tienen que reafirmar su personalidad a costa de todo, sino la flexibilidad intelectual para decir: "Pues mira, ese razonamiento lo dices tú, me parece sensato, no lo había tomado en cuenta. Igual tendría que reconsiderarlo".

Claro, si uno piensa que la deliberación entre jueces es *para estar en cholas, en camisilla* y que uno habla así, pues claro que no le conviene la imagen y no le conviene el sonido.

Pero yo conozco a muchos, no a los cinco mil 234 jueces españoles, a todos no, conozco a muchos y la gran mayoría son una gente muy sensata, que cuando trabajan a solas en un juzgador unipersonal o trabaja en un órgano colegiado, son una gente que reflexiona, que debate, que entra con un criterio y que luego lo modifica y que igual a veces el ponente hace su ponencia, al principio está solo, nadie lo apoya y días más tarde hay uno que empieza a apoyarlo y, a lo mejor, otros dos días más tarde hay otro que ya coincide más.

¿Por qué? Porque es una ciencia valorativa. El derecho no es una ciencia empírica, es una ciencia valorativa. Cada uno hace apreciaciones y valoraciones. El derecho es el mismo, pero los seres humanos somos distintos, todos tenemos nuestra biografía y nuestra mochila, y con esa biografía y esa mochila evaluamos, nos fijamos en los detalles, nos fijamos en otro y hacemos un proceso discursivo.

Es una garantía no solo para los acusados, que es el punto que quería hablarles respecto a un derecho público y sin dilaciones indebidas. Respecto



a las dilaciones indebidas, si alguien quiere, podemos hablar un rato de la jurisprudencia constitucional y los siete elementos que establece el Tribunal Judicial Español para ver cuándo hay dilaciones indebidas y cuándo no lo hay. Lo dejo aparte por si alguien quiere y es tan amable de hacerme muchísimas preguntas para tener más oportunidad de hablar.

El caso de la publicidad en la deliberación, no solo es una garantía para los acusados, es una garantía también para los jueces. Porque ¿cuál es nuestra legitimación? Nuestra legitimación no son las elecciones, me refiero a los jueces, nuestra legitimación no son las elecciones que son las que tiene un senador o un diputado, yo tuve que pasar primarias dentro de los afiliados del PSOE en Gran Canaria y luego el voto de la población y cada cuatro años lo mismo.

Por eso digo, ya dentro de dos años, como ya 12 años ya es suficiente de tantos aviones, ahora que lo haga otro, yo vuelvo a lo que se llama el duro considerando, que es mi oficio.

Pues bien, ¿cuál es la legitimación del juez? La Constitución, nuestro ordenamiento jurídico, cumplir cabalmente lo que juramos o prometimos.

Cuando uno cumple cabalmente lo que juró o prometió, tiene a todo el Estado y a toda la sociedad articulada en Estado protegiéndolo; cuando se sale de ese juramento o promesa, entonces actúa en pura vía de hecho, no solo es un trabajo inútil, porque el trabajo de muchos otros servidores públicos lo va a tumbar, no sirve para nada, no solo es un trabajo inútil, sino que está incumpliendo el juramento a la promesa.

A veces se debate mucho, sobre todo en los medios televisivos, aquellos que el fiscal o el juez cuando hace su trabajo, si respeta la legalidad, es como una lucha en que tiene una mano y una pierna atada. Y es profundamente falso, eso es parte del fascismo silencioso, porque la servidumbre y la grandeza de un servidor público es la palabra mágica, la palabra: límite.

Nosotros no somos como los malos, nosotros hay cosas que no podemos hacer. ¿Por qué? Porque no somos como ellos, es que hay una diferencia ética básica, de raíz. No somos como ellos, no queremos ser como ellos y queremos ganarles la batalla a los malos, respetando la legalidad vigente.

Ese es nuestro orgullo, nuestra legitimación, el respeto a la Constitución y al ordenamiento jurídico y que nuestros ascendientes, en el caso de los míos, que no sabían leer ni escribir, eran peones de empaquetados de plátano en Canarias, cuando vean mi comportamiento, no se avergüencen de lo que estoy haciendo.

Se sientan orgullosos de que tengo claro el sentido del límite, lo que puedo hacer y lo que no puedo hacer. Nuestra legitimación de origen es la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

Nuestro jefe no es el magistrado al que voy a ponerle mucho corte y pega, corte y pega, corte y pega, para que sean un texto de 150 páginas e impresionar un montón al peso, para hacer pesar con la sentencia, no.

Nuestro jefe es la ciudadanía, que es la que nos paga, y esa gente tiene que sentirse orgullosa de que estamos haciendo el trabajo cabalmente.

De ahí el que les transmita a ustedes que me siento profundamente orgulloso de estar aquí, profundamente orgulloso de que ustedes planteen la deliberación pública, yo llevo algunos años planteando esta batalla en el Subcomité de Elección de Jueces en el Consejo de Europa, porque se entrevista a los candidatos, cada candidato presenta tres candidatos, hay que examinarlos en francés e inglés, sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

De los 17 que hay, les aseguro que estoy más solo que la luna, proponiendo que esos debates sean públicos, pues no son secretos. Nadie puede saber ni las preguntas que les hacemos ni las respuestas que dan y yo sigo dando la batalla, esto tiene que ser público, es una garantía para todos los que preguntamos y los que responden.

Por ahora estoy solo, *no me como un rosco*, pero sinceramente la próxima vez que vaya les diré:

“Miren, yo aquí estoy solo, pero en México no estoy solo, ahí hay una conquista democrática de la que me siento muy orgulloso y ya quisiéramos –dicho sea con cariño, Antonio– ya quisiéramos que Antonio y yo montáramos un equipo para construir eso también para España”.

Les pido disculpas por la extensión y háganme muchas preguntas, por favor.



EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y SU IMPACTO EN MATERIA PENAL

MAGISTRADO HERMINIO HUERTA DÍAZ
Magistrado del Tribunal Unitario del Trigésimo Circuito

Ante todo agradecer a los organizadores por invitarme a este evento y de antemano a ustedes por escucharme.

Desde luego que para mí es un reto hablar de un tema que los jueces lo sentimos todos los días: el acceso a la información como apoyo probatorio y de proceso penal.

La primera pregunta: ¿Cómo impacta el proceso o el acceso a la información el ámbito de la prueba en el proceso? Y cuando nosotros hablamos de cómo impacta, lo primero que nos preguntamos es: ¿Solo estamos hablando del acceso a la información generada en el Estado o generada por el Estado en sus tres niveles de gobierno: municipio, estado y Federación o cualquier entidad pública, o estamos hablando de cualquier información que, de alguna manera, tenemos a nuestro alrededor y que impacta, no en sí el acceso a la prueba que las partes en el proceso puedan tener, sino al propio juez?

○ sea, cómo juega el juez en esta crisis de la que nos hablaba el senador, una crisis que pareciera una deslegitimación orquestada del Estado y en ella la desautorización de la legitimidad en los jueces.

Sabemos que cuando algo, en el ámbito de la función pública, sale mal y que por desgracia el asunto llega a ser jurisdiccional, siempre el malo de la película va a ser el juez. Y va a ser el juez precisamente porque, por una parte, hay un órgano administrativo que está pendiente del buen funcionamiento de los jueces y, por otra parte, están los informadores.

Y cuando hablo de informadores no solamente de los medios, sino incluso de los funcionarios públicos encargados de la investigación de los delitos quienes, no pocas veces, se apoyan para dar consistencia al material acusatorio de los medios de comunicación.

Y que entonces, el juez se ve en un predicamento de cómo salvar esa influencia de los medios, de la opinión que se dice opinión pública, de unos comunicadores que se dicen legítimos representantes de la sociedad. Yo tengo mis dudas, no conozco ningún periodista que tenga un poder dado por la sociedad y eso que llamamos sociedad también está demasiado abstracto.

Entonces vemos que, cuando hablamos nosotros del apoyo probatorio, por lo menos podríamos hablar de cuatro ámbitos: el ámbito de los sujetos procesales: el fiscal, el acusado, el ofendido y sus defensores y el juez; un segundo ámbito, la naturaleza del contenido de la información; un tercero, la manera como se da a conocer el dato, el dato que impacta; y, cuarto, la forma de obtención de la información.

En este sentido, desde luego, no pretendo hacer una exposición, ni científica ni técnica, sino más bien exteriorizar inquietudes personales a mis colegas de cómo un juzgador, en mi caso, que está a punto de olvidárseme el último vestigio del Derecho y estoy bombardeado por una serie de informaciones o pseudo-informaciones de una sociedad pseudo-informada que, precisamente la información que maneja no es la que se genera en la función pública, sino la que se genera en los medios de comunicación.

Y en este aspecto la intención de esta breve ponencia es hacer, por una parte y, por otra, provocar una reflexión en torno al impacto del acceso y la información, la actividad jurisdiccional en cuatro campos:

1. En la generación de elementos o datos relevantes como fuente de certeza, de verdad y de opinión en relación con los hechos fundamentales de un caso en cualquier sujeto que tenga interés en él; no solamente en las partes, sino en el público que también forma parte y espera una respuesta; porque precisamente el proceso de deslegitimación va encaminado a establecer una paranoia general en donde la sociedad se siente asediada por el peligro y en donde la pregunta es ¿Y qué están haciendo los jueces?
2. En la forma como puede influir en la construcción del material probatorio “aportable” al proceso.
3. En la manera como impacta la información de un caso en la sociedad, en las partes y en el juzgador; en la formación de juicios de verdad, de certeza o de simple opinión; y,
4. En la manera como influyen los juicios mediáticos de los medios de comunicación y de los particulares en la toma de la decisión del asunto. Desde luego, aquí tenemos que hablar de dónde viene la fuente, cuál es la fuente de información a la que acceden las partes y que, a través de ellas, vienen a juicio.

Pensemos en el entorno de un caso que, aparentemente, no tiene importancia porque tanto la víctima como el acusado son de esas personas sin nombre que podríamos llamarlo bajo el nombre genérico de “don nadie”; pero que de repente la prensa toma su rol en ese asunto.



Y se trata de una pequeña de cinco años que, a la hora que lleguen sus padres a la casa, la encuentran sola; encuentran un hilito de sangre que conduce al baño, abren el baño y se encuentran con que ahí hay una criatura calentita, desangrada, aparentemente viva; la toman en sus brazos, van a una clínica muy cercana, a dos cuadras de la casa, y se encuentran con que el médico dice: “Está muerta, pero acaba de morir”.

Los medios, siempre en esos casos intervienen de primera mano; y hacen una serie de conjeturas y planteamientos de hipótesis. Y al día siguiente, todavía sin haber consignado al presunto culpable, a ocho columnas: “Padre desalmado viola y asesina a su hija, de solo cinco años de edad”.

Tenemos ahí un juicio mediático en donde la prensa ha sentenciado y ha dicho que es el padre el único culpable; lo detienen, obvio, sin orden de aprehensión; lo llevan a declarar al Ministerio Público, y esa persona confiesa haber violado a su hija de cinco años y haberla asesinado.

Las lesiones no parecen causadas por un adulto; la confesión no da razones, simplemente dice: “Lo hice”. ¿Qué pruebas? El dicho de una hermanastra que dice que estuvo hasta cierta hora en la casa y que, desobedeciendo la instrucción de sus padres –una niña de 13 años–, se sale a la fiesta del pueblo y deja a la niña sola.

La declaración de una vecina que lo único que sabe es que esas niñas, las dos, estuvieron en su casa 45 minutos antes del hallazgo de la lesionada y muerta.

La pregunta es: ¿Cómo influye esa información y qué más pruebas pueden aportarse para descubrir la verdad?, que es el objeto de toda información, supongo, formar criterios de verdad y no de simple opinión. Cuando la única prueba que se agrega a la instrucción es una prueba pericial médica que se hace conjuntamente con la autopsia de ley y en donde se establece, tanto en el acta de autopsia como en la pericial médica, que la niña no ha sido violada.

Sin embargo, tenemos una sentencia de primera instancia en donde se le condena al acusado prácticamente con su confesión, por homicidio y por violación. ¿Qué es lo que está en la mente de los jueces para que con estos medios de prueba tan precarios lleguen a una conclusión de culpabilidad? Es obvio que aquí el juicio no tenía que decidirse sobre el delito, sino sobre la responsabilidad del acusado y, sin embargo, se va a la apelación y la conclusión del Tribunal de Apelación es confirmar una sentencia en donde ha sido sentenciado por violación y homicidio calificado, con todas las calificativas que el código tiene previstas.

La pregunta es: ¿Realmente la decisión está forjada desde el material probatorio o hay realmente un influjo consciente o inconsciente en la mente de los jueces sobre un evento –en donde la información que hay en los medios, el

juicio mediático no solamente de los medios, sino de las personas que opinan en los medios, en donde han establecido la condena, no solamente jurídica, sino moral, del acusado?—.

¿Cómo pueden salvaguardarse en esos casos tres derechos fundamentales del procesado, como es: la debida audiencia, el debido proceso y, desde luego, la presunción de inocencia?, ¿es posible?, ¿qué clase de juez requerimos ser para ponernos a salvo de esos miedos inconscientes o, lo que es peor, de la infiltración de una condena moral al evento, cuando esta condena moral se desvincula del sujeto procesado y cuando es precisamente ese problema el que la forma como el acceso a la información impacta a la actividad jurisdiccional?

Entonces, es cuando nos preguntamos: ¿Cuál información es la que impacta, no en las pruebas que puedo llevar al proceso, sino en aquellas pruebas que estando en el proceso, o no estando, impactan a la mente del juzgador desde los medios de comunicación y desde luego de la sociedad?

Entonces, es importante que veamos esta perspectiva de cómo puede salvaguardarse, ante un clima de deslegitimación, desde afuera y que puede establecer una visión paradigmática del juez, de ese material probatorio, en donde probablemente el juez no esté tomando una decisión desde el material probatorio, sino desde los paradigmas mentales, desde su ideología, desde la visión moral del evento o desde cualquier otra perspectiva, con una pérdida gradual de la objetividad, de la imparcialidad y profesionalismo e independencia, que es —digamos— la salvaguarda de las garantías jurisdiccionales fundamentales.

Y este es el punto en donde nosotros, como juzgadores, nos preguntamos: ¿qué tipo de temple?, ¿qué tipo de mente?, ¿qué tipo de visión debe tener el juzgador cuando ese juzgador debe precaverse hasta de sí mismo? Muchas gracias.



EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y SU IMPACTO EN MATERIA PENAL

*MAGISTRADO JUAN JOSÉ OLVERA LÓPEZ
Magistrado del Primer Tribunal Colegiado
en Materia Penal, del Primer Circuito*

Muchas gracias. Distinguido público, compañeros de panel, buenos días. Gracias, de antemano, por su atención.

Reitero los ofrecimientos que han hecho mis compañeros de panel, para, con el limitado tiempo que disponemos, entrar en materia.

No obstante, también aprovecho para saludar a muchos compañeros que desde hace ya muchos años, en diferentes lugares, a propósito de diferentes actividades en la carrera judicial, hemos coincidido de una u otra manera y que, como valor agregado, este tipo de eventos nos permite reencontrarnos. Además de venir aquí a escuchar a interesantes panelistas, también para saludarnos. Creo que eso es algo que también se aprecia en este tipo de eventos.

Me corresponde hablar de los delitos en materia de acceso a la información.

La obligación gubernamental de transparencia y el derecho fundamental de acceso a la información pública se mueve en un ancho cauce, que tan solo se encuentra acotado por una regla especial de reserva y confidencialidad.

El servidor público, cualquiera de nosotros, servidores públicos, no podemos dejar fuera de ese cauce la casi totalidad de la información que poseemos con motivo de nuestro encargo; pero a la vez, no podemos incluir la información que por varias, aunque limitadas razones, adquirimos y que no es transparentable.

Se dice que debe depositar el servidor público, en la reluciente urna de cristal, todo aquello que no debe conservar en la caja negra de las excepciones.

De entrada sé que en este foro pudiera parecer políticamente incorrecto hablar de una caja negra. Sin embargo, cuando nos internamos al terreno de las sanciones y sobre todo los delitos, es importante tener muy claro que hay en efecto un reducto de excepción, porque extraerlo de ahí y transparentarlo nos puede hacer a todos susceptibles de cometer un delito.

Sirven por igual, al Estado democrático, la enorme urna de transparencia como esa pequeña cajita que atesora la información reservada o confidencial.

En esta lógica, el legislador ha desarrollado, entre otras estructuras relacionadas con la transparencia, un conglomerado sancionatorio enfocado a

favorecer una adecuada operación entre esa regla general de transparencia y el pequeño grupo de excepciones de reserva y confidencialidad.

Este conglomerado sancionatorio no resulta, sin embargo, asequible. En realidad es muy complejo. Es complejo en dos sentidos: en cantidad de delitos y en la dificultad para operar algunos de ellos, algunos, pero los más importantes.

Voy a hablar de dos cosas: de los delitos, cuáles son los delitos y después voy a referirme a los problemas para operar los delitos más importantes.

Atento al principio de máxima publicidad, el servidor público está obligado a justificar la clasificación de la información que deja en el reducto de la excepción.

Tiene pues la carga de la prueba de que la publicidad de la información afectaría el interés público o corresponde a datos personales o de la vida privada, que en el primer caso debe justificar que debe conservarla temporalmente en reserva y, en el segundo, en restricción absoluta.

Se transgrede, y si transgrede las normas reguladoras de esta labor, puede incurrir en infracción, pero también puede incurrir en delito. Para definir si debe ser sancionado y especialmente por haber cometido un delito, el principio de exacta previsión legislativa, establecida en el artículo 14 constitucional, es el primer referente obligado.

Incurrirá en delito solo en el caso de que adecue su proceder a un enunciado que la ley cataloga como tal. De lo contrario, a lo sumo podría estar en el terreno de la infracción administrativa.

El artículo 14, el mandato de determinación, es un referente obligado para todos los delitos, pero para los delitos de transparencia es fundamental, como iremos viendo.

Para tratar de hacer una exposición más o menos completa de los delitos, de entrada podemos identificar que hay al menos 10 normas de orden general o federal. Me concentro sólo en lo federal o en lo general, dejo para posteriores exámenes las legislaciones estatales. Diez son las normas que establecen delitos y que, en función de la clasificación, puede organizarse de la siguiente manera.

- ♦ Primer grupo de delitos: *Extravío de la información pública o reservada*. Pensemos en el expediente una versión previa o en el expediente clínico de un hospital público.
- ♦ *Alteración, destrucción o sustracción de la información pública o reservada* –refiriéndose al segundo grupo de delitos–. Pensemos en un servidor público o en un particular que destruye los documentos que respaldan una compra-venta pública por auditar o una asignación directa de obra.



- ♦ Tercer supuesto: *reserva de información pública*. Manejar como reservada o confidencial la que es o debe ser pública. El ministerio público que niega el acceso a la base de datos de la averiguación previa, en el caso, pensemos, por ejemplo, en la desaparición forzada de personas. La lógica de entrada es que la averiguación previa es reservada; sin embargo, el progreso, el desarrollo de los estándares de transparencia ha llevado a considerar que no toda la averiguación previa es reservada frente a terceros. Hay temas mucho más sensibles que, incluso, permiten generar la excepción de la excepción, volver a la publicidad aquello que en principio parecería reservado.
- ♦ Cuarta categoría: *publicitación de información reservada*, manejar como pública la que exige reserva o es confidencial. El juez que accede a una petición de un particular de informarle la identidad de las personas sujetas a protección en proceso penal. Proporcionar el domicilio de una persona que goza de protección.
- ♦ Quinta categoría: *obtención forzosa de información pública o reservada*. El ministerio público que obliga a declarar a quien ampara el secreto profesional.
- ♦ Sexta categoría: *inhibir la reutilización de información pública*. El jefe policiaco que amenaza a un subalterno para que no denuncie y no ponga a disposición del ministerio público a un particular involucrado en un hecho delictivo, al periodista que se le amenaza para que no publicite la información recabada en un evento de participación policiaca.
- ♦ Y la séptima categoría, que quizá pudiera ser la más importante: *usar información reservada*. El funcionario de una empresa paraestatal que dispone de la información para realizar negocios por sí, o como dice la ley, por interpósita persona. Aquel que maneje información reservada y que, sin embargo, por disponer de ella la utiliza subrepticamente a través de terceras personas para desplegar actos que en principio podrían ser lícitos, comerciales; sin embargo, se encuentran afectados por el hecho mismo de derivar de información privilegiada.

Aunque son siete categorías las que he tratado de enunciar en función del espacio donde se genera el delito, el número de supuestos de delito que gira en torno de estas categorías y la reiteración que se hace en función de la materia regulada por estas 10 leyes que les he comentado, lleva a la conclusión de que en realidad el número de delitos se multiplica por 10 al menos. Entre 70 y

100 delitos tenemos a propósito de la información pública o reservada, sobre el manejo de ella; hay decenas y decenas de delitos.

Me voy ahora al tema de la dificultad para operar algunos de estos delitos, que esto sería digamos lo más importante en una visión ya más específica, que está uno obligado a hacer cuando dispone de un breve tiempo como este.

De todos los delitos de las siete categorías que he mencionado, ofrece una especial dificultad para determinarlos, para establecer con claridad, con exactitud, como exige la Constitución, a propósito de los enunciados que establecen delitos, para instaurarlos con exactitud, presentan algunas dificultades todos aquellos que tienen como un componente del delito la clasificación de la información reservada o confidencial.

Cuando se utiliza este concepto, de entrada parecería que no tiene un problema de una constitucionalidad; sin embargo, podría tenerlo. Y no lo tiene porque en principio este concepto entra a la categoría de los conceptos jurídicos y determinados que el estado actual de la doctrina de la jurisprudencia ha establecido que no tiene problema un enunciado jurídico delictivo o que establece delito que contenga un enunciado de esta naturaleza. No obstante, por ser un concepto jurídico indeterminado que amerita ser determinable, ya de entrada se mueve en un terreno delicado.

De los casos de las categorías que comenté, hay tres que pudieran ofrecer esta problemática y que son los más importantes:

Cuando el servidor público maneja como información reservada la que debe ser pública y especialmente sensible; el siguiente problema es cuando transparente, y este es más delicado aún, información que debe ser reservada; y el tercero, cuando usa información reservada.

Hay una lista de delitos, que derivan de esas 10 leyes, que se encuentran más o menos relacionadas con esta problemática. Tengo identificados más o menos ocho que juegan con este concepto de información reservada, información clasificada, información confidencial, información privilegiada, que son conceptos que van manejando los delitos, y que tiene que ver con temas sensibles como: trata de personas, protección de personas, seguridad pública, seguridad nacional, entre otros.

Cuando estamos en estos terrenos, los delitos suelen comprender un concepto de difícil determinación de entrada, no necesariamente difícil determinación de salida; pero el operador se encuentra en un terreno escabroso.

De estos siete u ocho supuestos que generan ese tipo de supuestos de delito, el tema importante —es aquí donde viene la parte más álgida, digamos— es quién determina si la información en cuestión, que tiene frente a cada caso, es publicable o no.



En principio, partimos de la base de que el obligado a hacer esta clasificación es el servidor público que la posee; pero también, en principio, partimos de la base de que quien comete el delito es el servidor público que la posee y la clasificó de manera, de entrada, desacertada.

Si el desacierto tiene que ver con una operación, digamos, elemental; o –si me permiten una expresión rápida por razón de tiempo–, en donde no haya objetivamente dolo, podríamos establecer que se queda en el terreno de la infracción administrativa; pero si la acompaña de la deliberada intención de hacerlo, con una pretensión secundaria, o sin pretensión secundaria, en casos mucho más sensibles, con el simple hecho de hacerlo deliberadamente, entonces, estamos ya en el terreno del delito.

Pensemos, por ejemplo, porque además es un caso que ya se resolvió y que nos va a servir como de referente para las siguientes conclusiones: Pensemos en el supuesto de la averiguación previa. El artículo 16 del *Código Federal de Procedimientos Penales*, establece que, en este caso:

“... los documentos, independientemente de su contenido o naturaleza, y los objetos, registros de voz e imágenes o cosas (que estén relacionados con la averiguación previa) son estrictamente reservados”.

La disposición es, en este sentido, absolutamente clara.

Parecería que estamos en un terreno seguro para el operador de esa información, para el que la posee primariamente donde se generó, que el que la recaudó; pero también para el que después secundariamente puede poseerla, pensemos en el juzgador de amparo, que la pide para evaluar la constitucionalidad de un acto derivado de esa averiguación previa.

Bueno, frente a esta norma que, de entrada, parecería la más segura para un operador, es bien conocido, mediáticamente ya es público –por eso lo voy a referir– que la revista *Proceso* solicitó información, sin ser parte, sin ser inculpado, víctima, ofendido; sin ser parte de esa averiguación previa solicitó la información de una averiguación previa. Naturalmente, con la aplicación de la regla, le fue negada la información.

Por vía de amparo, el asunto llegó a la Suprema Corte y esta determinó que esta norma es inconstitucional; que es inconstitucional porque impide al operador, al funcionario público, al operador que interpreta la norma, al funcionario público que posee la información, le impide hacer un juicio de ponderación. Que la claridad, la determinancia de la norma impide hacer ese juicio de ponderación que es necesario hacer frente a la posesión de información.

Dice el criterio, lo leo porque a partir de aquí se construye toda una nueva teoría que dificulta la operación de los delitos: La regla es inconstitucional,

porque sobre la premisa de que la información pública puede limitarse, por interés público o por tratarse de datos personales o de la vida privada. En este caso el precepto en cuestión no contiene criterios que permitan determinar casuísticamente cuál es la información que debe reservarse. Es decir, la regla es, debe reservarse la averiguación previa. Y la Corte dice: Pero esa regla impide al operador hacer la clasificación de la información.

La razón de la necesidad de esta posibilidad de ponderación, dice la Primera Sala de la Suprema Corte, es que la limitación de acceso a la información pública debe vincularse objetivamente con la realización de una prueba de daño; debe, el operador de la información, hacer un examen de ponderación sobre la prueba del daño, que consiste en la facultad de la autoridad que posee esta información, de ponderar y valorar mediante la vía fundamental de la motivación, si es proporcional o no a aplicar la regla, por clara que sea.

Esta tesis de la Primera Sala, de este año, en realidad viene recogiendo o recoge en este criterio y en dos que había sostenido antes, sin usar la palabra, sin usar esta frase: “Prueba de daño”, una teoría que ha venido permeando en otras latitudes y que implica, entre otras cosas, lo siguiente; tres cosas implica esta tesis:

- ♦ *Primero*: Que la clasificación de la información como reservada o confidencial que se haga, en la regla general no es definitiva, sirve tan solo como punto de partida. Si la legislación establece que es reservada, es sólo una aproximación.
- ♦ *Segundo*: Que la clasificación definitiva de que está en el supuesto o no, corresponde hacerla al servidor público que la posee.
- ♦ *Tercero*: Que ese ejercicio concreto consiste en ponderar y valorar si su divulgación pone en riesgo o puede causar un perjuicio real al objetivo o principio que trata de salvaguardar, que haga una ponderación entre los beneficios de transparentarla y los perjuicios de conservarla en reserva. Pero que además ese juicio de ponderación lo haga en cada caso concreto, justificándolo de manera fundada y motivada.

Esta regla que incorpora la prueba del daño, que además es una tendencia que viene de otras latitudes y que tiene por objeto maximizar la regla de acceso y reducir la regla de reserva, que contribuye bien, desde el punto de vista administrativo, a la transparencia. Como efecto secundario, sin embargo, dificulta la operación de los delitos por una razón muy sencilla, si la ley no contempla cuándo es reservada, pero aunque lo contemple –dicen los avances en temas de transparencia–, el operador debe hacer el juicio de ponderación,



para aun sobre la regla transparentar, a la hora de operar los delitos que hablan de la información reservada, la pregunta obligada es: ¿Cumple con el mandato de determinación?

Dicho de otra manera, ¿quién establece si en un caso concreto la información era reservada o no?, ¿lo establece la ley? Pues ni cuando lo establece la ley manda a la jurisprudencia respetarlo. Hay que ir un paso más allá.

Si no lo establece la ley, ¿quién lo establece? Lo establece el propio operador; el operador, por vía de justificación de su actuación, podría sacar del terreno de lo reservado –el tema– a lo público y con eso, vía argumentación, que aquí se cruce con un tema de ética, podría salirse deliberadamente, incluso del delito.

Pero más aún, si ese operador fue llevado al proceso por un delito de esa naturaleza, ¿quién va establecer si la información en el caso concreto era reservado o no? El juzgador penal. Eso, de manera clara e inobjetable, y a estas alturas, salvo su mejor opinión, transgrede el principio de exacta previsión legislativa.

Quizá esto explique por qué, en la vida real, operamos muy pocos delitos de esta naturaleza, porque dicho de otra manera, salvo también su mejor opinión, no creo que el operador de información se conduzca con absoluta transparencia y corrección a la hora de manejar los datos. Son bien conocidos y en la coyuntura actual, es decir, en esta mañana, en la noche de ayer es bien conocido que se está disponiendo de información pública, reservada, que tiene que ver con temas del reducto de mayor reserva, que es el de la Seguridad Nacional.

Y, sin embargo, tiene el investigador problemas en integrar la averiguación previa y eventualmente el juzgador que tenga el caso tendrá problemas para determinar si está en el supuesto de delito o no. Muchas gracias.



EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y SU IMPACTO EN MATERIA PENAL

DOCTOR MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ
Director del Centro de Estudios de Política Criminal
y Ciencias Penales (CEPOLCRIM)

Muchas gracias. Quiero agradecer, antes que nada, a los organizadores de este foro por la invitación para participar. Según lo que se ha anunciado, hay muchas expectativas para escuchar la perspectiva de la academia.

Seguramente no será la opinión de la academia la que yo exprese, porque así como en la Judicatura hay diversidad de opiniones, esto mismo sucede también en la academia, en donde hay una gran cantidad de opiniones diversas y la mía será solamente una de ellas.

Se espera también que comentemos el código que se está gestando, que tendrá aplicación en toda la República Mexicana. Sin embargo, como se trata de un instrumento que aún no se ha decidido respecto de su contenido final, pues haremos mención solamente de lo que hasta ahora se ha planteado en este nuevo código.

Pero antes de tocar aspectos concretos, quisiera señalar algunos aspectos muy generales en torno a esta vinculación que se establece entre el derecho a la información y el sistema de justicia penal.

Por una parte, se afirma que a diferencia de otros tiempos, en donde ha prevalecido la opacidad o la oscuridad en el quehacer estatal, pues ahora vivimos en una época de transparencia.

Ahora vivimos en una época en donde la sociedad cada vez tiene más acceso en lo que el Estado hace y de ahí, por tanto, que ahora se habla mayormente de los derechos humanos.

Incluso se ha llegado a afirmar, porque sin duda vivimos actualmente en un momento más de la historia en que se han discutido los derechos humanos. No es esta la primera vez que se habla de derechos humanos, sino ha habido momentos en la historia de la humanidad, en que han sucedido movimientos precisamente para hacer valer los derechos humanos.

Y todo eso, de alguna manera, también ha influido en el desarrollo de los sistemas de justicia penal lo que ha determinado de la misma manera, la caracterización que han tenido los sistemas de justicia penal, en atención precisamente a los derechos humanos.

Lo cierto es que actualmente se afirma que vivimos una especie de primavera de los derechos humanos y por todos lados se habla de los derechos humanos, y sin duda uno de esos importantes derechos humanos lo es el derecho de acceso a la información.

Sin duda el gran cúmulo de derechos humanos que durante siglos se ha ido reconociendo y consagrando, resaltan tanto cuantitativa como cualitativamente, aquellos derechos que tienen que ver con el sistema de justicia penal, pues en dicho sistema entran en consideración los valores más importantes, los bienes jurídicos más importantes de los individuos y de la sociedad que se ven de alguna manera afectados por el delito.

Pero también entran en consideración los bienes jurídicos de quienes afectan, aquellos otros que son los bienes jurídicos de los victimarios, es decir, en el sistema de justicia penal entran en consideración tanto bienes jurídicos de las víctimas como bienes jurídicos de los victimarios. De ahí la importancia de cómo lograr una consideración equilibrada de estos bienes jurídicos que son derechos humanos frente al ejercicio del poder penal que corresponde al Estado.

Dado que el sistema de justicia penal es una expresión de la política criminal y la política criminal es expresión del ejercicio del poder estatal, es ahí donde se plantea de si esa política criminal y de si ese derecho penal debe observar límites o no.

Y es a partir de ahí que se puede establecer la distinción de diferentes tipos de políticas criminales, diferentes tipos de sistemas penales, de derechos penales, de sistemas procesales penales precisamente en atención a esos límites o no que tiene el poder penal del Estado. Y, sin duda, uno de los criterios importantes para la delimitación del poder penal del Estado lo constituye la observancia de los derechos humanos.

En el desarrollo de la historia conocemos, por ejemplo, lo que se caracteriza como el Derecho Penal Liberal que data desde la segunda mitad del siglo XVIII, que es precisamente uno de los grandes momentos en que se hicieron valer los derechos humanos.

Es, desde entonces, donde se diseñaron una serie de principios fundamentales que dan sustento al Derecho Penal de corte liberal y ahora también al derecho penal de corte democrático.

Desde entonces se establece precisamente que el sistema de justicia penal debe sustentarse en una determinada concepción del hombre, del hombre como persona, del hombre como un fin en sí mismo, del hombre como un ser libre, como un ser capaz al que le son inherentes una serie de derechos atendiendo a su naturaleza humana y en donde se establece precisamente que el reconocimiento de la dignidad humana constituye un criterio fundamental.



Eso que sucedió hace más de 200 años sigue prevaleciendo ahora en las sociedades democráticas, en el Estado democrático de Derecho y, consecuentemente, de igual manera sirve también de sustento a los sistemas de justicia penal de nuestros tiempos.

Por esa razón es que se fueron planteando no solamente el reconocimiento de derechos humanos, sino también el establecimiento de una serie de principios fundamentales que sirven para establecerle límites a la potestad punitiva del Estado y garantizar derechos humanos frente al ejercicio del poder.

Por esa razón también es que se han diseñado distintos sistemas procesales. Se habla, por una parte, de un sistema acusatorio, de un sistema inquisitivo y de un sistema mixto. Cada uno atendiendo precisamente a su concepción filosófico-política, atendiendo a los criterios político-criminales que lo orientan y atendiendo también a las implicaciones que tienen con relación a los derechos humanos.

Y, por supuesto, que desde la perspectiva de la transparencia igualmente se cuestiona cuál de estos sistemas es el que garantiza de mejor manera la transparencia. Por supuesto, es opinión común el decir que el sistema inquisitivo no está en condiciones de garantizar la transparencia; en cambio, el sistema acusatorio es el que está en mejores condiciones de garantizar la transparencia, tanto porque se acompaña de los juicios orales, como porque se lleva a cabo a través de audiencias públicas.

¿Qué sucede con el sistema mixto, el sistema que hemos tenido hasta ahora vigente en nuestro país?

Y decimos que es un sistema mixto porque, habrá simplemente que recordar que, desde el año de 1917 se establecieron las bases constitucionales para que el Sistema Procesal Penal Mexicano fuese un sistema de corte acusatorio; en cambio, su implementación, su desarrollo llevó a que los objetivos constitucionales no se pudiesen lograr de la mejor manera; y de ahí que se tuvo que combinar aspectos inquisitivos anteriores y aspectos acusatorios; y por esa razón tenemos un sistema mixto.

¿Qué sucede entonces en un sistema mixto con la transparencia?

No se puede decir que se garantiza totalmente la transparencia, pero tampoco se puede decir que se trata de un sistema totalmente oscuro o en donde no exista la posibilidad de saber qué es lo que sucede en un proceso.

Ciertamente, aquí es donde habría que detenernos un poco y recordar lo que se dijo o lo que se afirmó cuando empezó a gestarse la necesidad de reformar el Sistema Procesal Penal Mexicano.

Por una parte, siguiendo precisamente la tendencia en el ámbito latinoamericano, se dijo que el Sistema Procesal Mexicano era un sistema inquisitivo; pero por otra, a ese Sistema Penal Mexicano se le satanizó diciendo que era, pues, la causa de todos los males que tiene el Sistema de Justicia Penal. Recordemos muchas de las manifestaciones en este sentido.

Ciertamente, podría decirse que estas afirmaciones tienen algo de verdad, pero sin duda desconoce el desarrollo histórico de nuestro Sistema de Justicia Penal, sobre todo si atendemos lo que se establece en la Constitución de 1917; a partir de ahí, decíamos, estamos ante las bases de un sistema procesal de corte acusatorio.

Se afirma que el sistema procesal acusatorio es un nuevo proceso penal que transparenta y acerca a la justicia a la sociedad, poniendo en evidencia el trabajo de los jueces, ministerios públicos, policías investigadores, peritos y defensores.

De la misma manera, se señala que el proceso acusatorio y oral es un proceso que comprende varios elementos, uno de ellos es la posibilidad de una justicia más cercana; pero también de una posibilidad, de una justicia en la que, incluso, se puede negociar el tipo de acusación, el tipo de delito, y el tipo de sanción a imponer.

Este, sin duda, es uno de los puntos más cuestionables que se puede hacer, no al Sistema Procesal Acusatorio porque este ingrediente que se ha introducido no es algo característico del Sistema Procesal Acusatorio; sino es un ingrediente que se introdujo precisamente en la Reforma Constitucional de 2008. Es ahí donde habrá que cuestionarse qué tanto realmente se pueda garantizar la transparencia.

El hablar de la negociación del delito, de la pena, de acuerdo a las realidades nuestras, implica hablar de oscuridad e implica hablar de la posibilidad de corrupción.

De ahí, por tanto, que el objetivo de transparencia de un sistema procesal acusatorio, en este caso, se ve fuertemente desmerecido; pero, por supuesto que aun cuando podamos encontrar muchos aspectos negativos a la reforma que se introdujo a la Constitución, como, por ejemplo, el hecho de que ahora se afirme –ustedes lo pueden leer en la exposición de motivos del Anteproyecto de Dictamen del Nuevo Código Procesal Penal que el Senado de la República dio a conocer hace unos días– que el nuevo procedimiento tiene como objetivo evitar que se llegue a los juicios orales; siendo que ésta fue una de las principales banderas de la Reforma Constitucional de 2008.

Entonces, si los juicios orales serán la excepción, ¿cómo se desarrollará el mayor número de los procesos? Y es ahí donde, igualmente, se cuestiona si realmente los objetivos de la Reforma Constitucional, atendiendo a estos criterios,



se pueden alcanzar. Pero, dado que no venimos aquí a analizar en sí la Reforma Constitucional, sino la vinculación que existe entre el nuevo sistema y el tema del acceso a la información y de la transparencia, habrá que atenernos, por un lado, a la Reforma Constitucional y, por el otro, a lo que será la nueva Legislación Procesal Penal que rijan en nuestro país.

Partiendo de este proyecto que se encuentra en el Senado, producto de tres iniciativas que fueron presentadas por distintos grupos parlamentarios, ahora hay ahí una serie de bases que sirven precisamente para establecer cómo será el tema de la transparencia o el tema del acceso a la información.

Por un lado, de acuerdo a esta versión del proyecto, tenemos el artículo 5º, que establece el principio de publicidad, y ahí se precisa que las audiencias serán públicas con el fin de que a ellas acudan no solo las partes que intervienen en el procedimiento, sino también el público en general, con las excepciones previstas en el propio Código, y refiere:

“Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en que se desarrolle la audiencia, en los casos y condiciones que determine el órgano jurisdiccional, conforme a lo dispuesto por la Constitución, este Código y los Acuerdos Generales que emita el Consejo de la Judicatura”.

Ahí está precisamente una de las bases que tiene que ver con la publicidad de las audiencias.

Luego viene otro artículo, que es el 55, en donde se establece la restricción de acceso a las audiencias, y dice:

“Los periodistas o los medios de comunicación acreditados deberán informar de su presencia al órgano jurisdiccional, con el objeto de ubicarlos en un lugar adecuado para tal fin y deberán abstenerse de grabar y transmitir por cualquier medio la audiencia”.

Con esto, el Legislador está tomando un criterio en torno a un tema que ha sido objeto de mucha discusión, tanto en el derecho comparado como en las decisiones jurisdiccionales de diversos tribunales.

En fin, hay excepciones –al principio– de publicidad y hay también la regulación de la reserva de los actos de investigación.

Pero, dado que aquí no podemos abundar mayormente, les sugeriría que, ahora que ya se ha dado la publicidad de este proyecto, puedan analizarlo, dado que todavía hay, creo, cuatro o cinco días en que se puedan formular observaciones en torno a su contenido. Muchas gracias.