

ISSN: 2448-6965

Año IV. Núm. 7

R

EVISTA del
Centro de Estudios
Constitucionales

Julio - diciembre, 2018



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

R4546CECSCJN

Revista del Centro de Estudios Constitucionales / [nota editorial Roberto Lara Chagoyán ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales]. -- Año 4, número 7 julio-diciembre 2018. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018-.

volumen ; 22 cm.

Semestral

ISSN 2448-6965

1. Derecho constitucional – Doctrina – Publicaciones periódicas – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Estudio de casos 3. Administración de justicia 4. Normas constitucionales 5. Tribunal constitucional 6. Cultura jurídica I. Lara Chagoyán, Roberto II. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Año IV, Núm. 7, julio-diciembre, 2018, es una publicación semestral editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Avenida José María Pino Suárez núm. 2, Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06060, Tel. 4113-1000, www.scjn.gob.mx, rlarac@mail.scjn.gob.mx. Editor responsable: Roberto Lara Chagoyán. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2015-092411204900-102. ISSN: 2448-6965; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título en trámite. Certificado de Licitud de Contenido en trámite.

Impresa por Impresores en Offset y Serigrafía, S.C. de R.L. de C.V., calle Pascual Orozco núm. 53, Colonia Barrio San Miguel, Alcaldía Iztacalco, C.P. 08650, Ciudad de México, México. Este número se terminó de imprimir y encuadernar en diciembre de 2018, con un tiraje de 3,000 ejemplares.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Año IV. Núm. 7

REVISTA del
Centro de Estudios
Constitucionales

Julio - diciembre, 2018



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales
Presidente

Primera Sala

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Ministro José Ramón Cossío Díaz
(Hasta el 30 de noviembre de 2018)

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Eduardo Medina Mora Icaza
Presidente

Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Doctor Roberto Lara Chagoyán
Director General

Contenido

Nota editorial	VII
Presentación	XIII
Doctrina Constitucional	
<i>El derecho a no inculparse. Análisis de ciertos aspectos problemáticos</i>	3
Guillermo Ormazabal Sánchez	
<i>Sistemas y principio acusatorio: implicaciones teóricas y operativas</i>	45
Teresa Armenta Deu	
<i>Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso</i>	85
Joan Picó i Junoy	
<i>La protección de datos personales en el proceso penal oral</i>	99
Miguel Recio Gayo	

<i>Interpretación de la oralidad en el Nuevo Sistema de Justicia Penal e implicaciones a su infracción</i> Jorge Mario Pardo Rebolledo Alejandro Alberto Díaz Cruz	141
La Constitución en acción	
<i>Reforma Penal en México: nuevos datos e indicadores sobre el Poder Judicial de la Federación</i> Matthew C. Ingram	181
<i>La tortura como cuestión constitucional: balances sobre la evolución doctrinal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación</i> Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena	205
<i>El derecho de defensa en el proceso penal acusatorio y oral</i> Taissia Cruz Parcero	237
<i>El control constitucional del procedimiento abreviado en el sistema procesal acusatorio</i> Julio Veredín Sena Velázquez	269
Reseña	
Pizzi, William T., <i>Trials Without Truth. Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It</i> , New York University Press, Nueva York-Londres, 1998 Patricia del Arenal Urueta	305

Nota editorial

El lector o lectora tiene en sus manos el número siete de la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Con la misma ilusión con la que lanzamos el primer número, ponemos a disposición del público un volumen dedicado a reflexionar sobre la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal, derivado de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008. A diez años de ese cambio trascendental, consideramos oportuno llamar a la reflexión a propios y extraños, es decir, a algunos de los protagonistas de la implementación de la reforma –secretarios proyectistas, jueces, magistrados y ministros– y a ilustres académicos de otras latitudes. El resultado de esta convocatoria es este volumen que concentra ideas, críticas, análisis, alertas y reflexiones sobre este cambio de gran calado que no termina por consolidarse, pero camina en esa dirección.

Arrancamos con la sección Doctrina Constitucional que en esta ocasión está conformada por cinco artículos. El primero, a cargo de Guillermo Ormazabal Sánchez, trata sobre el análisis de ciertos aspectos problemáticos del derecho

a no autoincriminarse. El autor presenta un rico y revelador contraste entre este derecho y la presunción de inocencia, el derecho a la defensa o el derecho a guardar silencio. A través de un método comparativo que abarca no sólo literatura especializada, sino también la historia del derecho y la jurisprudencia de varios países, el estudio penetra en discusiones sobre: ¿qué efecto tienen las declaraciones realizadas como testigo o parte en un proceso civil? ¿El derecho a no autoincriminarse es compatible con el uso de técnicas de investigación criminal como la infiltración policiaca o el uso de agentes encubiertos? ¿Debe otorgarse algún valor probatorio al silencio? ¿Existe algo tal como un derecho a mentir en el proceso penal?

En el segundo texto, Teresa Armenta Deu presenta un estudio sobre el sistema y/o principio acusatorio, mostrando algunas implicaciones teóricas y operativas. El propósito central de la autora es colocar en su justa dimensión al sistema acusatorio, es decir, como un modelo basado en la necesidad de que alguien ejercite y sostenga la acción penal con imparcialidad. Para ello, considera necesario diferenciarlo del principio contradictorio propio del sistema adversarial, a lo largo de todo el proceso: investigación, juicio, prueba y sentencia. Un trabajo como éste resulta sumamente oportuno en momentos como el que atraviesa nuestro país, pues la higiene conceptual que transmite arroja luz a quienes estudian o practican este nuevo modelo.

En tercer lugar, Joan Picó i Junoy incursiona en el tema de los pactos procesales probatorios, y lo hace desde las garantías constitucionales del proceso. Se trata de un trabajo que se concentra en las implicaciones que tiene el modelo acusatorio en materia probatoria, específicamente, en el aspecto relativo a la casi absoluta libertad de las partes para hacer pactos sobre iniciativa probatoria, medios de prueba y carga de la prueba, que prescriben algunas legislaciones como la brasileña. Para el autor, no cabe duda de que a pesar de esa creciente libertad para pactar en materia de prueba, los pactos probatorios tienen un alcance muy limitado, ya que su único objeto es permitir al juez la máxima actividad

probatoria o facilitar su decisión. Haciendo un símil entre médico y juez, el autor considera que ambos deben ser libres para identificar la patología del caso y valorar sus resultados, así como para elegir la mejor terapia o solución, sin que las preferencias u opinión del paciente y de las partes, respectivamente, los vinculen. Médicos o jueces deben tener la libertad para identificar y ordenar los medios de diagnóstico o pruebas que crean oportunas, y valorar sus resultados como estimen conveniente para determinar correctamente la mejor terapia o aplicar la debida norma jurídica que resuelva el conflicto litigioso.

En cuarto lugar, Miguel Recio Gayo escribe sobre la protección de datos personales en el proceso penal oral. En un trabajo dedicado ex profeso al Nuevo Sistema de Justicia Penal de México, el profesor y consultor español reflexiona sobre los nuevos derechos reconocidos a las víctimas y ofendidos en el nuevo modelo, así como sobre las correlativas obligaciones de los jueces de proteger la identidad y otros datos personales de aquellos. En el trabajo se enfatiza sobre cómo esta nueva serie de relaciones jurídicas involucra otras normas –además de las penales– sobre la protección de datos personales; especialmente, si se toma en cuenta que en los procesos orales, la víctima u ofendido así como otras personas que pueden verse involucradas son los más expuestos a la vulneración de este tipo de derechos. Por ello, se hace indispensable una inteligente conjugación de medidas normativas autorregulatorias y tecnológicas que permitan dejar a salvo el interés superior del menor, así como evitar la revictimización.

La primera sección cierra con el trabajo del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo en coautoría con Alejandro Alberto Díaz Cruz, Secretario de Estudio y Cuenta adscrito a su ponencia, el cual está dedicado a la interpretación y posible vulneración del principio de oralidad en el Nuevo Sistema de Justicia Penal. Se trata de un estudio teórico sobre el origen, el sentido y los alcances de la oralidad penal. Los autores precisan que la oralidad debe ser entendida como un medio de comunicación entre el juez, las partes, testigos, peritos y demás intervinientes en el proceso, que rige en todas las etapas, con especial relevancia en la

etapa del juicio. Asimismo, que la oralidad persigue como finalidad la producción de información de calidad, necesaria para lograr una decisión justa en cada etapa de juicio. En la parte medular del artículo, los autores proponen una metodología para determinar si se vulnera o no la oralidad, en aquellos casos en los que la lectura íntegra de un documento sustituye la intervención oral, de conformidad con el artículo 20 constitucional. El estándar propuesto señala que la oralidad se habrá vulnerado cuando: a) la información producida con la lectura no reúna las condiciones de calidad esperada: claridad, concreción, pertinencia y exhaustividad; b) se afecte el derecho de defensa de la contraparte que usa la lectura, y c) dicha infracción trascienda al resultado de la resolución.

Nuestra segunda sección, La Constitución en Acción, dedicada al análisis de casos prácticos, inicia con el magnífico estudio empírico de Matthew C. Ingram, sobre la reforma penal en México, datos e indicadores sobre el Poder Judicial de la Federación. El autor lleva a cabo un análisis estadístico de datos sobre el funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal a nivel federal en México. Son tres los indicadores relevantes mediante los cuales se evalúa este funcionamiento: un indicador de implementación y dos de rezago. De acuerdo con los resultados de la investigación, la implementación es altamente desigual, con cuatro estados avanzados, siete en una etapa intermedia y 22 atrasados. En cuanto al rezago, los datos arrojan también un alto grado de desigualdad. En suma, el esfuerzo del autor permitirá a nuestros lectores tomar la temperatura al nuevo sistema de justicia penal en nuestro país, a partir de datos duros obtenidos del propio Consejo de la Judicatura Federal, y analizados con seriedad y profesionalismo; sin duda, un estudio sumamente útil para las autoridades responsables de la implementación del sistema, la academia y los propios operadores jurídicos.

En seguida, presentamos el artículo del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena dedicado a revisar la jurisprudencia que en materia de tortura ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante los últimos años. El autor hace

una exhaustiva revisión de la jurisprudencia en materia de tortura a partir de la Quinta Época del *Semanario Judicial de la Federación*. Uno de los resultados de la investigación es que entre la Quinta y la Novena Épocas, la Corte hizo pronunciamientos mínimos en materia de tortura: apenas nueve tesis entre 1917 y 2011, en claro contraste con los realizados en la décima época (de 2011 a la fecha), que rozan los 30. El artículo lleva al lector de la mano en un viaje por toda esta historia jurisprudencial sobre el tópico de tortura, con interesantes valoraciones en cada caso. El contraste es contundente: en materia de tortura hay claramente un antes y un después en nuestra historia jurisprudencial, aunque ello no supone en modo alguno que el terrible fenómeno haya quedado proscrito de nuestro país.

A continuación, la Magistrada de Circuito, Taissia Cruz Parceró, ofrece a los lectores un artículo sobre el derecho a la defensa en el proceso penal acusatorio y oral. El enorme valor de este artículo es que la autora lo escribe desde su propia experiencia como magistrada penal y, además, lo hace con tal claridad que permite a propios y extraños entender en qué consiste el derecho a una defensa adecuada desde las particularidades del nuevo modelo de justicia penal en México. Arroja valiosa información cuando se pregunta, por ejemplo, a partir de qué momento la persona imputada puede hacer efectivo el derecho de defensa adecuada; asimismo, precisa los conceptos de defensa material y defensa técnica.

La sección cierra con la participación de otro titular, el Juez de Distrito Julio Veredín Sena Velázquez, quien escribe sobre los criterios definitorios del procedimiento abreviado, establecidos por la Primera Sala de la Suprema Corte, al resolver los amparos directos en revisión 4491/2013 y 1619/2015, de cuyo análisis obtiene la naturaleza, el entendimiento y la forma de aplicación del referido procedimiento. Advierte que, sin soslayar el derecho a la defensa, este procedimiento implica la exclusión de algunos derechos del imputado, con pleno conocimiento de sus consecuencias, a fin de que se beneficie con la imposición

de una sanción menor a la que se le impondría en caso de recibir una sentencia condenatoria en el juicio oral. Entre las exclusiones se cuentan las siguientes renunciaciones: tener un juicio previo; ofrecer y desahogar pruebas; debatir y argumentar en juicio oral; y el principio de presunción de inocencia.

El volumen termina con la sección Notas y Reseñas, con una contribución de Patricia del Arenal Ureta acerca de la obra *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del proceso penal estadounidense*, de William T. Pizzi. De acuerdo con la reseñista, la obra constituye una severa crítica al sistema penal de los Estados Unidos, a partir de un análisis comparado con modelos de países de Europa continental y tomando precedentes de la Corte Suprema de este país. Lo que el autor predica de ese sistema es una obsesión por reglas innecesarias, contraintuitivas y falsamente protectoras.

Como en los anteriores números, expreso mi satisfacción por poder escribir esta nota, ya que ello representa una meta más alcanzada por nuestro equipo de trabajo. Los que integramos el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que iniciamos hace casi cuatro años esta aventura editorial, estamos satisfechos por el trabajo realizado y, sin embargo, comprometidos a seguir mejorando. Estamos ciertos de que el favor de los lectores sólo se logra con la calidad de los productos ofrecidos, y esa calidad se debe, sin duda, a los autores que han escrito para la *Revista*, a quienes agradecemos infinitamente.

Roberto Lara Chagoyán
*Director del Centro de Estudios Constitucionales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Presentación

Tengo el gusto de presentar el número 7 de la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En esta ocasión, hemos reunido varios trabajos dirigidos a analizar, desde diferentes enfoques, lo que significa un sistema de justicia penal acusatorio basado en la oralidad. El motivo es que en este 2018 se cumplieron 10 años de la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008, mediante la cual se instauró en nuestro país el Nuevo Sistema de Justicia Penal. Como es del conocimiento de la mayoría, esta reforma ha sido asumida por el Poder Judicial de la Federación como una gran oportunidad para mejorar la impartición de justicia penal en nuestro país, a través de un nuevo procedimiento con las siguientes virtudes: es acusatorio, oral, más transparente, dinámico y garantista, tanto para los imputados como para las víctimas. Mediante la reforma se ha buscado privilegiar el esclarecimiento de los hechos, para proteger a los inocentes, procurar que los culpables no queden impunes y que se reparen los daños causados por el delito. El eje articulador de la reforma es el pleno respeto a los derechos fundamentales del imputado y de la víctima, por ello, en el Poder Judicial de la Federación,

hemos estado trabajando incasablemente por lograr un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos, mediante la capacitación, el estudio y el análisis de la legislación, la jurisprudencia y la teoría.

Me complace presentar este número en el que escriben autores nacionales y extranjeros sobre diferentes tópicos relacionados con los sistemas de justicia penal oral en general, y con nuestra reforma constitucional en particular. Entre los primeros destacan cinco trabajos de autores y autoras adscritos al Poder Judicial de la Federación, como son: dos trabajos de los ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena; uno elaborado por la magistrada de circuito Taissia Cruz Parceró; uno realizado por el juez de distrito Julio Veredín Sena Vázquez; y uno más por la secretaria de estudio y cuenta de la Suprema Corte Patricia del Arenal Urueta.

El resto de los trabajos los han elaborado cuatro autores españoles: Teresa Armenta Deu, Guillermo Ormazabal Sánchez, Joan Picó i Junoy y Miguel Recio Gayo. Finalmente, la *Revista* contiene el trabajo de un profesor norteamericano-mexicano: Matthew C. Ingram.

Los temas que estos autores analizan en este volumen son tan variados como relevantes: las infracciones a las reglas de oralidad; las implicaciones teórico-prácticas de sistema y, a la vez, principio acusatorio; el derecho de no autoincriminación; el derecho a la defensa; el control constitucional del procedimiento abreviado; los pactos procesales probatorios; la protección de datos personales en el proceso penal oral; la tortura como cuestión constitucional; y un estudio empírico sobre nuevos datos e indicadores sobre el Poder Judicial de la Federación, a propósito de la reforma.

La variedad de los temas demuestra que los cambios de gran calado en un sistema jurídico son todo menos pacíficos; sin duda la reforma constitucional que trajo a nuestro país el Nuevo Sistema de Justicia Penal en México es una

de las más importantes de las últimas décadas y, por ello, no puede ser pasada por alto por esta Suprema Corte, a través de este volumen de la *Revista* dedicado, precisamente, al fenómeno constitucional.

No quiero dejar pasar la oportunidad para expresar que nuestra *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* se ha seguido produciendo de forma ininterrumpida durante estos casi cuatro años, ofreciendo a los lectores análisis constitucionales de actualidad con una gran calidad. Recuerdo bien cuando presenté el primer número a mediados del 2015 y auguré que este producto editorial refrendaría el prestigio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el mundo académico, y ahora, que se acerca el otoño de 2018, con esta séptima entrega, puedo afirmar con orgullo que lo hemos logrado.

Las instituciones preceden y trascienden a las personas. Estoy convencido de que una revista como ésta continuará siendo producida por nuestra Corte, porque ya es parte de ella. Esperemos, pues, que los números que vienen en camino sean muchos más y que los amables lectores y autores nos sigan exigiendo mejorar nuestra oferta en beneficio de la cultura constitucional de nuestro querido México.

Ministro Luis María Aguilar Morales
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Doctrina
Constitucional

EL DERECHO A NO INCRIMINARSE. ANÁLISIS DE CIERTOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

*THE RIGHT AGAINST SELF-INCRIMINATION.
SOME PROBLEMATIC ISSUE*

Guillermo Ormazabal Sánchez*

Resumen

El derecho a no incriminarse es una de las garantías de las personas acusadas que más ha tardado en incorporarse a las constituciones de la mayoría de países del mundo. A partir de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, ha experimentado una expansión universal. La determinación del contenido y alcance del derecho, sin embargo, presenta notables dificultades. En el trabajo, entre otros aspectos, el autor profundiza en el fundamento del derecho a no incriminarse así como en la relación del mismo con otras garantías constitucionales, analiza la posibilidad de utilizar contra el acusado las declaraciones realizadas como testigo o parte en un proceso civil, la incidencia de la conformidad del acusado en el derecho a no incriminarse y la compatibilidad del mismo con el uso de técnicas de investigación criminal como la infiltración policial o el uso de agentes encubiertos. Particular atención se presta a la posibilidad de otorgar al silencio algún tipo de valor probatorio y a la existencia de un controvertido derecho a mentir en el proceso penal.

* Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Girona (España). Contacto: guillermo.ormazabal@udg.edu

Palabras clave: Proceso penal, derechos fundamentales, garantías constitucionales, derecho a no incriminarse, derecho al silencio, presunción de inocencia, prueba judicial, prueba ilícita, derechos del acusado.

Abstract

The right against self-incrimination is one of the constitutional guarantees referring to the accused persons latest incorporated in the most legal systems. Although it has spread worldwide in the wake of the Second World War, its content and implications still remain blurred to a large extent. This paper focuses, among others, on determining the fundament of the right against self-incrimination and its relationship with other constitutional guarantees, on the possibility of using against the accused person his testimony given as a witness or as a party in a previous civil proceeding, on inquiring if plea-bargains can undermine the right against self-incrimination and whether this right is compatible with employing undercover officers or similar criminal investigation devices. Particular attention will be placed on assessing if some evidential weight can be given to the silence of the accused person and if a "right to lie" in criminal proceedings can be asserted.

Keywords: Criminal procedure, fundamental rights, constitutional guarantees, right against self-incrimination, right to silence, presumption of innocence, legal evidence, exclusionary rules, rights of the accused persons.

1. Introducción

Todos los sistemas jurídicos del mundo occidental reconocen un derecho que impone límites a las autoridades de persecución penal para exigir a los acusados o imputados su colaboración activa en la consecución de elementos probatorios de cargo.¹ Tal derecho se extiende incluso a las personas envueltas en cualquier género de procedimiento sancionatorio no jurisdiccional, es deno-

¹ Sobre el derecho a no incriminarse en general, véase Guillermo Ormazabal Sánchez, *El derecho a no incriminarse*, Thomson Reuters, Civitas, Pamplona, 2015, donde se ofrece una amplia panorámica de Derecho comparado y español sobre los diferentes aspectos del derecho a no incriminarse.

minado con expresiones diferentes y presenta en los distintos sistemas jurídicos un contenido y significación también muy diversos.²

El denominador común a todas las formulaciones, direcciones o facetas del derecho, o si se prefiere, la cuestión esencialmente concernida en todos los casos, es determinar si –y hasta qué punto– pueden los ciudadanos involucrados, como acusados o imputados en un procedimiento sancionador, rehusar su cooperación activa en la consecución de elementos probatorios que pueden acarrearles una condena. La cooperación que los poderes públicos recaban de ellos puede consistir en ocasiones en revelar, en el sentido de exteriorizar con palabras, si han realizado el hecho punible de que se les acusa u otro tipo de informaciones con potencialidad de contribuir a su condena; en entregar documentos o exhibir objetos de otro tipo; en prestarse a la realización en su persona de ciertos exámenes, análisis o comprobaciones que asimismo pueden conducir a fundamentar la imposición de una pena o sanción.

2. El "éxito" mundial del derecho a no inculparse

Durante los siglos XIX y XX hasta la actualidad, las constituciones del mundo occidental han ido plasmando y dando una formulación concreta a ciertas garantías del proceso penal que, asimismo, se han visto reflejadas en las codificaciones procesales de los respectivos Estados (*v. gr.* el derecho a la presunción

² En lengua castellana y concretamente en Derecho español aparece en un primer plano el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, consagrado en el art. 24.2 CE; pero tampoco son inusuales expresiones como el "derecho a no autoinculparse" o a "no inculparse", el "derecho al silencio", el derecho a no ser testigo en causa propia, o incluso un sedicente "derecho a mentir" en juicio, etc. Lo mismo sucede en el resto de idiomas del mundo occidental, especialmente del ámbito anglosajón, en cuya cultura jurídica está fuertemente arraigado el denominado *Privilege against Self-Incrimination*, *Right not to be Witness against himself*, *Right to Silence*, etc. Mucho antes que todas estas expresiones, el Derecho común europeo conoce el brocardo *nemo tenetur edere contra se* o *nemo tenetur se detergere*, de significación menos precisa pero de amplia difusión y presencia en la cultura jurídica europea.

de inocencia, la prohibición *non bis in ídem*, el derecho a la asistencia letrada, el *habeas corpus*, el derecho a conocer la acusación, etcétera). No cabe decir lo mismo del derecho a no declarar contra uno mismo, de cuyo reconocimiento no existen ni siquiera atisbos en las constituciones vigentes de la mayoría de los Estados de la Europa occidental y central (Austria, Francia, Italia, Alemania/ Prusia, Portugal), con la notable excepción del artículo 24.2 de la Constitución española de 1978, posterior a todas ellas.

La situación en Iberoamérica no es muy diferente, con la notable excepción de México, donde el art. 20.B.II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917) ya recogía en su texto original el derecho de toda persona imputada a declarar o a guardar silencio, disponiendo que 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.

No obstante lo dicho, pese a la ausencia de reconocimiento expreso en el plano constitucional, el derecho que nos ocupa ha ido encontrando acomodo en las legislaciones procesales de la mayoría de los Estados europeos o, en cualquier caso, en la jurisprudencia de sus Máximos Tribunales. Por otra parte, como advierte Berger,³ ya desde algunas décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial a esta parte, se ha producido un considerable auge o expansión internacional en el reconocimiento constitucional del derecho a no incriminarse. Aparte de la Constitución española de 1978 (en adelante CE), muchas otras constituciones de Estados muy alejados del continente europeo, promulgadas en los últimos decenios, han visto consagrada esta garantía de forma expresa en sus articulados. Sea como fuere, el derecho a no incriminarse es una suerte de advenedizo entre las garantías constitucionales clásicas relativas al proceso penal.

³ Mark Berger, *Europeanizing Self-incrimination: the Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights*, *Columbia Journal of European Law*, vol. 2, núm. 12, 2006, p. 341.

Por lo que se refiere a los textos internacionales que reconocen derechos humanos o instituyen tribunales internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, en su art. 14.3.g), y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional reconocen un derecho que confiere inmunidad frente a la autoincriminación. Este último, en particular, lo hace de manera reiterada y profusa, nada menos que en tres lugares diferentes de su articulado, concretamente en sus arts. 55.1.a), relativo a los derechos de las personas durante la investigación; en el 55.2.b, en relación con las personas sospechosas de haber cometido un delito que cae bajo la jurisdicción del Tribunal; y en el 67.1 g), que se ocupa de los derechos del acusado.

Por lo que a Europa respecta, aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) no lo prevé expresamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se ha convertido en uno de los más fervorosos valedores del derecho a no incriminarse, considerándolo una garantía inherente al proceso equitativo, incluida en el art. 6.1 CEDH. Recientemente, en el ámbito de la Unión Europea, el art. 7 de la Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio en el proceso penal, ha impuesto a todos los Estados miembros que reconozcan en sus ordenamientos el derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo.

3. La relación del derecho a no declarar contra uno mismo con otros derechos y garantías constitucionales en España: el derecho de defensa, la presunción de inocencia y el derecho a la asistencia letrada

El Tribunal Constitucional español (en adelante TC) considera los derechos a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable como una manifestación o

especificación del derecho de defensa o, para expresarlo con las palabras de la STC 197/1995, FJ 6, posteriormente reiteradas en múltiples ocasiones de modo literal o con términos semejantes (véase, por ejemplo, SSTC 75/2007, de 16 abril y 76/2007), se trataría de

garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o confesarse culpable.⁴

La doctrina se hace eco de esta afirmación del Tribunal, en algunas ocasiones sin cuestionarla⁵ y en otras, asumiéndola explícitamente.⁶

Creo, sin embargo, que conviene distinguir ambas garantías y derechos. Ciertamente, en la medida en que el acusado puede impedir o dificultar su condena a través de una conducta silente o pasiva cabría decir que, de algún modo, está "defendiéndose" o ejercitando su derecho de defensa en sentido genérico. A mi juicio, poner bajo el manto del derecho de defensa todas y cualesquiera conductas

⁴ El párrafo es citado con frecuencia como el principal exponente de la línea jurisprudencial del TC en esta materia. Así, por ejemplo, véase Ignacio Díez-Picazo, *Comentarios a la Constitución Española*, t. III, Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1997, p. 104; o María Isabel Huertas Martín, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 288 y 289.

⁵ Así, por ejemplo, Ignacio Díez-Picazo, *Comentarios a la Constitución Española...*, op. cit., pp. 104 y ss.; Jacobo López Barja de Quiroga, "El derecho a guardar silencio y a no incriminarse, en Derecho procesales Fundamentales", *Manuales de formación continuada*, núm. 22, 2004, p. 617.

⁶ Es el caso, por ejemplo, de María Luisa Villamarín López, quien considera que uno de los fundamentos del derecho a guardar silencio es "garantizar al sujeto una plena disposición de su derecho de defensa, decidiendo de qué armas se va a servir frente a la acusación y cómo las quiere hacer valer a lo largo del proceso". En "La protección constitucional del derecho a no confesarse culpable", *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2009/1, p. 213. En el mismo sentido véase, Julio Banaloché Palao, "El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, 2000, p. 194.

que puedan coadyuvar a esquivar la condena supone hipertrofiar tal derecho y, sobre todo, asociarle una cobertura, alcance y consecuencias que no le son propios.

Para empezar, el así llamado derecho de defensa posee un significado esencialmente activo, concomitante al de gozar de la oportunidad de introducir en el proceso alegaciones y pruebas útiles para hacer triunfar la propia posición procesal y, asimismo, de rebatir o contradecir todo el material alegatorio y probatorio introducido por el adversario procesal, aportando a su vez alegaciones y pruebas.⁷ Por otra parte, si el derecho a no inculparse es elevado al rango de derecho fundamental, como sucede en España, ya no es preciso acudir al derecho de defensa para denunciar su vulneración, sino que dicha transgresión puede hacerse valer de modo autónomo e independiente.

Pero sobre todo: afirmar que el derecho a no inculparse es una variante o manifestación del derecho de defensa supondría conferirle un carácter absoluto o ilimitado, frente al que no cabría ponderar otros intereses o derechos. El derecho de defensa, en efecto, admite modulaciones, permitiendo, por ejemplo, que ciertas medidas se adopten *inaudita parte*, difiriendo la oportunidad de defenderse a un momento posterior a su adopción (*v. gr.*, cabe dictar medidas cautelares *inaudita parte* o decretar el secreto del sumario), pero no tolera excepciones propiamente dichas,⁸ pues, sobre todo en el ámbito penal, no es concebible que quepa condenar a alguien sin ofrecerle previamente la oportunidad de realizar

⁷ En este sentido, véase por todos, Juan Montero Aroca, "Introducción al derecho procesal", Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer y Silvia Barona Vilar *et al.* (eds.), *Derecho Jurisdiccional*. I., Parte General, 22a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 246-249.

⁸ Véase, en este sentido, Guillermo Ormazabal Sánchez, *Introducción al derecho procesal*, 5a. ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 148. Se distingue entre "modalizaciones" y excepciones a la vigencia del derecho de defensa. Las segundas serían propiamente inadmisibles. No así las primeras, que no implicarían suprimir absolutamente el derecho sino deferirlo o dilatarlo en el tiempo, de manera que cabría adoptar ciertas resoluciones sin oír al demandado (despacho de la ejecución, medidas cautelares, uso de procedimientos sumarios con tasa de excepciones, restricciones relativas a las causas de oposición en la ejecución hipotecaria o la declaración de secreto del sumario) pero ofreciéndole más tarde la oportunidad de defenderse formulando alegaciones y aportando pruebas.

todas y cada una de las alegaciones y de aportar todas y cada una de las pruebas –lícitas, pertinentes y útiles– de las que pudiera derivarse su inocencia. Puede resultar proporcional y justificable, sin embargo, introducir ciertas limitaciones del derecho a no inculparse, por ejemplo, en relación con los delitos relativos a la seguridad vial y, singularmente, en lo relativo a los test de alcoholemia, con el objeto de proteger otros bienes jurídicos fundamentales.

A diferencia del derecho de defensa, el derecho a no declarar contra uno mismo sí presenta una estrecha relación con la presunción de inocencia, aunque no se confunde con ella.⁹ La presunción de inocencia libera al acusado de la carga de probar su inocencia. Es decir: si al final del proceso no existe plena certeza sobre la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal objeto de acusación o sobre la culpabilidad, procede absolver al acusado.

Asimismo, la presunción de inocencia exige que las acusaciones hayan acopiado un mínimo material probatorio de cargo, producido en principio durante el juicio oral y con todas las garantías, como presupuesto de la condena. De suyo, sin embargo, la presunción de inocencia, aunque sólo pueda desvirtuarse a través de pruebas que no merezcan el calificativo de ilícitas, no prejuzga cómo se hayan obtenido dichas pruebas; de forma que, por sí misma no sería obstáculo para que dicho material probatorio de cargo se hubiese traído al proceso coaccionando o presionando al acusado con sanciones u otras consecuencias adversas para que declare verazmente, cosa que sí queda vedado en virtud del derecho a no declarar contra uno mismo. De ahí que la doctrina alemana afirme que la presunción de inocencia libera al acusado de la carga de declarar (*Aussage/last*), mientras que el derecho a no autoincriminarse lo libera de toda coerción para declarar (*Aussagezwang*).

⁹ Véase al respecto el apartado dedicado a esta cuestión al analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido también, por ejemplo, Ignacio Díez-Picazo, *Comentarios a la Constitución Española...*, *op. cit.*, p. 106; Julio Banacloche Palau, *El derecho a ser informado...*, *op. cit.*, p. 194.

Estrechamente relacionado con el derecho a no declarar contra uno mismo está también el derecho a la asistencia letrada, asimismo incluido en el catálogo del art. 24.2 CE. En efecto, no cooperar con la acusación puede suponer un riesgo para los intereses del acusado si dicha pasividad no se complementa con una intensa actividad del abogado defensor, que habla y actúa por su cliente. Callar y no colaborar o hablar y cooperar constituyen estrategias procesales cuyo uso inteligente requiere una considerable pericia profesional de la que puede depender en muy buena medida el desenlace final del proceso.

4. El principal fundamento del derecho a no inculparse: liberar al acusado del "cruel dilema" entre procurarse la propia condena o mentir

A mi juicio, la razón que justifica el establecimiento de un derecho a no inculparse estriba fundamentalmente en consideraciones de carácter humanitario o, si se prefiere, en el designio de humanizar el proceso penal. Se pretende primordialmente eximir al acusado de enfrentarse al arduo dilema de declarar en falso o contribuir a cavar la fosa de la propia condena.

Es posible que hoy en día las motivaciones religiosas y el significado de esta índole que posee el juramento o la promesa no pesen sobre las conciencias de igual modo que en épocas pasadas, cuando el derecho que nos ocupa empezó a ver la luz. Es indudable, sin embargo, que situar a alguien en la disyuntiva de autoinculparse o mentir bajo juramento/promesa puede constituir un no menos preciable tormento de naturaleza moral o ética. Y, en cualquier caso, cooperar a la propia destrucción o aniquilamiento social constituiría una obligación que, como norma general no exenta de salvedades, se considera más allá de los parámetros éticos exigibles al hombre medio, del que el Derecho no exige heroísmo, sino sujeción a ciertos imperativos básicos de conducta, entre los que

no se cuenta desafiar el propio instinto de conservación colocándose voluntariamente en manos del aparato punitivo estatal.

En relación con el conflicto ético que persigue evitar el derecho a no inculparse cabría objetar que, en la actualidad, muchos ciudadanos pueden sentir nulos o pocos reparos morales y apenas plantearse conflictos internos por el hecho de declarar ante un Tribunal falsamente y con plena consciencia. Aunque de hecho así fuese, parece poco discutible que el orden jurídico y social presuponen una base o sustrato ético, un cierto código moral que incluye ciertos valores, mínimos e insoslayables, que se suponen compartidos por toda la ciudadanía. Con independencia, pues, de la efectiva vigencia o vigor social de dichos valores, parece claro que el ordenamiento jurídico debe partir de la base de que situar a un ciudadano ante la disyuntiva autoinfligirse una condena penal o de transgredir aquellos valores (aunque ello no traiga consigo consecuencias sancionatorias) equivale a colocarlo ante una difícil tesitura o dilema existencial del que conviene liberarlo.

Además, abstenerse de declarar puede también responder a una finalidad legítima por parte de un acusado inocente, quien podría fundadamente temer que declarar y hacerlo conforme a la verdad implicase el riesgo de enmarañar o complicar la reconstrucción de los hechos, de delatar o perjudicar a otras personas, de ofrecer al Tribunal o al jurado una impresión distorsionada que no se correspondiese con la realidad de los hechos, a causa de las deficientes dotes de expresión o peculiaridades de su personalidad, cualidades comunicativas, etcétera.

Las palabras de uno de los autores que habitualmente se presentan como exponente del derecho penal y procesal penal de la modernidad –el marqués de Beccaria– sirven para confirmar cuanto acabo de decir sobre el fundamento humanitario del derecho a no inculparse: "una contradicción entre las leyes y las máximas naturales del hombre nace de los juramentos que se piden al reo sobre que diga sencillamente la verdad cuando tiene el mayor interés en

encubrirlo; como si el hombre pudiese jurar de contribuir seguramente a su destrucción".¹⁰

Por otra parte, las teorías contractualistas del Estado y del poder político surgidas desde el Renacimiento suelen ofrecer una justificación teórica del derecho a no autoincriminarse, muy cercana a la ya referida idea de relevar a los ciudadanos del deber de atraer sobre sí mismos la propia destrucción o aniquilamiento personal y social. En la obra de Hobbes, en concreto, puede encontrarse un claro exponente de cómo las teorías contractualistas del poder político tienden a justificar el derecho a no entregarse voluntariamente al poder punitivo del Estado. En efecto, al concluir el contrato social las partes se someterían al poder del soberano con el objeto de asegurarse la paz y la tranquilidad que de otro modo quedaban constantemente amenazadas en el estado de naturaleza. La misión del Estado, sería, pues, asegurar la conservación de la existencia y de ciertos bienes especialmente valiosos para los individuos. De ahí que imponer a los contratantes un deber de entregarse a la propia destrucción, aniquilación o a la privación de aquellos bienes vitales repugnaría a la misma idea de contrato social.¹¹

5. ¿Existe un verdadero "derecho a mentir"?

Una de las cuestiones clásicas que suele plantearse al abordar el contenido del derecho que nos ocupa es la de si en Derecho español cabe afirmar la exis-

¹⁰ Cfr. César Bonesana, "De los juramentos", en *Tratado de los delitos y de las penas*, Cap. XVIII, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 98. Disponible en: <https://ia600606.us.archive.org/12/items/TratadoDeLosDelitosYLasPenas/TratadoDeLosDelitosYLasPenas-CesarBeccaria.pdf>

¹¹ "Nadie está obligado a acusarse a sí mismo. Por la misma razón es inválido un pacto para acusarse a sí mismo, sin garantía de perdón. En efecto, es condición de naturaleza que cuando un hombre es juez no existe lugar para la acusación. En el Estado civil, la acusación va seguida del castigo. y, siendo fuerza, nadie está obligado a tolerarlo sin resistencia". Y en otro lugar añade que "si un hombre es interrogado por el soberano o su autoridad, respecto a un crimen cometido por él mismo, no viene obligado (sin seguridad de perdón) a confesarlo, porque, como he manifestado en el mismo capítulo, nadie puede ser obligado a acusarse a sí mismo por razón de un pacto". *Ibidem*, parte 2, cap. 21, p. 89. Véase también Thomas Hobbes, *El Leviatán*, Versión digital del Instituto de Estudios Políticos, parte I, cap. 14, p. 58.

tencia de un "derecho a la mentira". Existe una diferencia radical entre los ordenamientos jurídicos de la Europa continental y la tradición anglosajona en lo que se refiere al tratamiento penal de las declaraciones comprobadamente mendaces del acusado (detenido o imputado). Mientras que en la Europa continental la desviación consciente entre lo declarado y la verdad no es punible, en los Estados Unidos o en Gran Bretaña el acusado goza del derecho a guardar silencio, pero si escoge declarar queda inmediatamente trasladado al estatus de testigo, de modo que debe prestar juramento y cabe posteriormente condenarlo por un delito de perjurio si se demuestra que mintió. Concretamente, en la doctrina española es mayoritario el parecer de que existe un verdadero derecho a mentir, que formaría parte del derecho a no inculparse del art. 24.2 CE.¹²

El primer punto que debe abordarse a este respecto es el de la posibilidad de utilizar las declaraciones demostradamente falsas del acusado (la así llamada "versión inverosímil") como indicio apto para sustentar su condena, posibilidad asumida por alguna sentencia del Tribunal Supremo,¹³ cuestión a la que se alude también con la expresión "contraindicios". El Tribunal Constitucional, sin embargo, mantiene una postura diferente. Como recuerda la STC 229/1988, de 29 de diciembre (RTC\1988\229) en su FJ 2, haciéndose eco de otros pronunciamientos anteriores,

...el Tribunal ha precisado también –STC 174/1985 (RTC 1985\174) y 175/1985 (RTC 1985\175)– que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria

¹² Véase I. Díez-Picazo, *Comentarios a la Constitución española...*, op. cit., p. 105; J. López Barja de Quiroga, "El derecho a guardar silencio...", op. cit., p. 594; María Isabel Huertas Martín en su obra trae un extenso panorama de opiniones doctrinales al respecto (véase *El sujeto pasivo...*, op. cit., pp.297 y ss). En concreto, los autores que defienden un derecho a mentir son: Manuel Gomez Del Castillo (en *El comportamiento procesal del imputado*, J. M. Bosch, Barcelona 1979, pp. 48 y ss); José María Asencio Mellado en *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Ed. Trivium, Madrid, 1989, p. 126; Juan Montero A. en *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, op. cit., p. 158. Todos ellos citados por la autora.

¹³ En concreto la STS 956/2003, de 26 de Junio (RJ 2003\6249); STS de 29 de Enero de 2013 (RJ 2013\975), donde se recapitula la doctrina del Tribunal.

(...) la versión de los hechos ofrecida por el inculpado constituye un dato que el Juzgador debe tener en cuenta, pero que ni aquél tiene por qué demostrar su inocencia ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba debe servir para considerarlo culpable.

Discrepando de la mayoría, Banacloche Palao afirma que no cabe afirmar en el Derecho español la existencia de un verdadero derecho a mentir.¹⁴ El autor sostiene que, aunque no existan consecuencias penales anudadas a la mentira, no se excluye que pueda dirigirse contra el acusado una acción de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que hubiese podido causar a otras personas su declaración mendaz; o incluso de carácter penal, sirviendo para ello de prueba la contradicción entre las declaraciones del acusado y lo constatado en el relato fáctico de la sentencia.¹⁵ Además, alineándose con una de las líneas seguidas por la jurisprudencia del TS, Banacloche Palao es del parecer que los tribunales pueden considerar la mentira del acusado como un indicio más de su culpabilidad, a diferencia de lo que sucedería con su silencio.¹⁶

Discrepo de Banacloche en cuanto a la posibilidad de otorgar valor indiciario en contra del acusado a sus versiones o coartadas inverosímiles o acreditadamente falsas. Porque, en efecto, de la mentira del acusado no cabe deducir lógicamente la verdad de la tesis afirmada por la acusación, que debe poder sustentarse en otros elementos de convicción para justificar una condena. Y además, como señala Revilla González, la mentira del acusado bien puede tener motivaciones diversas a la de oscurecer la demostración de su culpabilidad, tales como el

¹⁴ Julio Banacloche Palao, *El derecho a ser informado...*, op. cit., p.198.

¹⁵ *Ibidem*, p. 199.

¹⁶ El autor ilustra su afirmación con un ejemplo: "si a A se le acusa de asesinato y decide guardar silencio, si no hay pruebas de cargo, no se le podría condenar (y en ningún caso se podría considerar su silencio como un indicio de culpabilidad); ahora bien, si A decide declarar, y expone una coartada que luego resulta falsa, o imputa a B el delito, y después B justifica su inocencia, el comportamiento de A puede ser un indicio más de su culpabilidad (y permitiría fundar una condena junto a otros indicios)." *Ibidem*, p. 198.

favorecimiento de un familiar, la ocultación de otro hecho cierto distinto del investigado, etcétera;¹⁷ y, cabría añadir, el intento –con frecuencia contraproducente– de un acusado inocente de ofrecer al Tribunal explicaciones o coartadas que considera parecerán más convincentes o concluyentes que la propia verdad sobre los hechos.

Es cierto, sin embargo, que no cabe deducir del enunciado del art. 24.2 CE un derecho a mentir en juicio sin sufrir consecuencias adversas. El del art. 24.2 CE se trata, estrictamente, de un derecho del acusado a permanecer en silencio y, en su caso, a no ser compelido a colaborar activamente con la acusación en el acopio de pruebas inculpatorias. No obstante lo cual, me parece sensata la posición del legislador ordinario español, y cuando menos, de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, de eximir de responsabilidad penal al acusado mendaz.

En efecto, parece más prudente permitir al acusado las más amplias posibilidades de defensa, sin que el temor a un posterior castigo por la falsedad de sus declaraciones le retraiga o inhiba de declarar, cosa que bien podría suceder incluso en el caso del acusado inocente, pues nunca cabría descartar el patológico desenlace de que los hechos que la sentencia declarase finalmente probados acabasen resultando en realidad falsos, a causa de la declaración falsa de testigos o, en general, de errores de apreciación de la prueba por parte del Tribunal, acaso difícilmente subsanables o incluso insubsanables en una segunda instancia o recurso extraordinario. En todo caso, no se trata de una cuestión de derechos o garantías constitucionalmente exigibles, sino de pura ausencia de responsabilidad penal establecida por el legislador ordinario.¹⁸

Es preciso clarificar, sin embargo, que en Derecho español el ámbito de inmunidad penal es exclusivamente el relativo a la falsedad de las declaraciones en

¹⁷ Véase José Alberto Revilla González, *El interrogatorio del imputado*, Tirant-lo-Blanch, Valencia, 2000, p. 62.

¹⁸ En este sentido, véase *ibidem*, p. 59.

sí misma considerada. La responsabilidad civil u otro tipo de responsabilidades penales diferentes no quedan necesariamente excluidas por el hecho de que la declaración mentirosa que generó aquellos daños o lesionó ciertos bienes jurídicos haya sido proferida por un acusado. Al menos el derecho a no inculparse no exige dicha exención.

En España se ha vivido un caso de amplia resonancia mediática que confirma que la jurisprudencia española es propensa a considerar que las declaraciones inveraces del acusado, aunque no punibles en razón de la falsedad en sí misma considerada, pueden, sin embargo, acarrearle responsabilidad penal. Se trata de la STS de 29 de enero de 2013 (RJ 2013\975). El recurrente fue condenado por el asesinato de una menor pero absuelto del cargo relativo a un delito contra la integridad moral.¹⁹ La cuestión que el Tribunal había de resolver era, en concreto, si resultaba compatible con el derecho a no inculparse condenar al acusado por un delito contra la integridad moral, a causa del dolor infligido a los parientes de la víctima a causa de sus versiones cambiantes acerca del paradero del cadáver de la víctima. Se trataba, en definitiva, de resolver si el derecho a no inculparse facultaba al acusado para mentir sistemáticamente sin responder penalmente por el dolor moral que de este modo causó a los allegados de la víctima.

La conclusión que finalmente alcanza la sentencia es que el acusado había infligido a los parientes de la víctima un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral y realizando así el tipo delictivo tipificado en la actualidad en el art. 173.1 CP, sin que el derecho de defensa/a no inculparse pudiese

¹⁹ Como se relata en el FJ 14 de la sentencia, "los hechos probados reflejan (...) que a lo largo del proceso Miguel Nicanor "de forma reiterada se ha negado a decir qué destino ha dado al cuerpo" de Benita Reyes, "llegando a ofrecer varias versiones, es decir, en primer lugar que tiraron el cadáver de la menor al río, en segundo lugar, que lo tiraron al interior de un contenedor de basuras, cercano a la calle... y, en tercer lugar, que ayudó a introducir el cadáver en un coche desconociendo qué se hizo con el mismo", lo que ha impedido a los familiares de Benita Reyes dar sepultura a su cuerpo, causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas" (...).

prestar cobertura justificadora a tal modo de proceder. En el caso concreto, sin embargo, según el Tribunal, ni siquiera llegó a producirse el referido conflicto o colisión entre derechos fundamentales (derecho de defensa y a no inculparse) ya que las diferentes versiones ofrecidas por el acusado carecían de toda utilidad defensiva.

6. La posibilidad de extraer del silencio consecuencias adversas para el acusado

6.1. Con carácter general: la valoración del silencio como prueba de cargo contra el acusado

El problema más arduo que se plantea, para determinar el contenido del derecho a no inculparse, es el de esclarecer si cabe extraer consecuencias adversas del silencio del acusado.

Un panorama de Derecho comparado pone de manifiesto que en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos estudiados está vedada la posibilidad de interpretar el silencio en un sentido perjudicial para el acusado.²⁰ Tanto en el caso de los Estados Unidos como en el de Alemania no existe una prohibición expresa en este sentido por parte de la legislación, pero es una tesis consolidada en la jurisprudencia (aunque no sin voces discrepantes, como es el caso de los Estados Unidos). En el Reino Unido, sin embargo, el legislador consiente explícitamente, si concurren ciertas condiciones y presupuestos, la extracción de dichas consecuencias adversas. Significativamente, el desencadenante de esta nueva legislación parece haber sido la reacción ante serias y extraordinarias dificultades para combatir el terrorismo.²¹ La prohibición de extraer del silencio consecuencias

²⁰ Dicho panorama de Derecho comparado puede encontrarse en la obra anteriormente citada. Cfr. Guillermo Ormazabal Sánchez, *El derecho a no inculparse*, Thomson and Reuters, Civitas, Pamplona, 2015.

²¹ La cuestión está ampliamente expuesta por María Luisa Villamarín López en "La protección constitucional"... *op. cit.*, pp.152 y ss.; y en "La callada agonía del derecho a guardar silencio", *op. cit.*, p. 215 y ss.

contra el reo parece ser, por lo demás, la opción más extendida en los ordenamientos jurídicos europeos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin embargo, no es exactamente del mismo parecer y ha concluido en varias ocasiones (muchas de ellas en relación con la legislación y práctica judicial británica) que la valoración del silencio no es incompatible con el CEDH en ciertas condiciones y si concurren determinados requisitos. Concretamente, en la STEDH de 8 de febrero de 1996 (caso *John Murray contra Reino Unido*), el TEDH concluyó que es lícito extraer consecuencias adversas del silencio cuando se han probado circunstancias que sitúan al acusado en una posición en la que sería razonable o esperable una explicación, en cuya ausencia el sentido común no permitiría sino confirmar o corroborar que los cargos que contra él se dirigen, y sobre los que ha recaído una prueba de cargo concluyente, están suficientemente fundados.²²

Este parecer, sin embargo, contrasta con la opinión del Comité de Derechos Humanos y con la del Observatorio de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los cuales no han dudado en mostrar expresamente su total discrepancia con la tesis del TEDH y han sostenido, sin ambages, que la posibilidad de extraer consecuencias adversas del silencio del acusado resulta contrario al derecho al silencio reconocido en el art. 14.2 g) del Pacto Internacional de

²² Fundamento Jurídico núm. 47: "Por un lado, es manifiestamente incompatible con las prohibiciones de las que se trata basar una condena exclusiva o esencialmente en el silencio del acusado o sobre su negativa a responder a las cuestiones o a declarar. Por otro, es también evidente para el Tribunal que esas prohibiciones no pueden y no deberían impedir tener en cuenta el silencio del interesado, en situaciones que requieren seguramente una explicación por su parte, para apreciar la fuerza de persuasión de los elementos de cargo. Se sitúe donde se sitúe la línea de demarcación entre estos dos extremos, se deriva de esta interpretación del 'derecho a guardar silencio' que hay que responder negativamente a la pregunta de si este derecho es absoluto. No se podría decir, por lo tanto, que la decisión de un acusado de permanecer en silencio del principio al fin del procedimiento penal debería necesariamente estar desprovista de incidencia una vez que el Juez competente en cuanto al fondo intente apreciar los elementos de cargo. En concreto, como señala el Gobierno, las normas internacionales establecidas, si consagran el derecho a guardar silencio y la prohibición de contribuir a su propia incriminación, nada dicen sobre este punto".

Derechos Civiles y Políticos y a la presunción de inocencia.²³ El Observatorio, en concreto, resalta el contraste entre la admisión de inferencias adversas derivadas del silencio tolerada por el TEDH y el articulado del Tratado de Roma (que instituye la Corte Penal Internacional) –texto que califica como "articulación autorizada de las normas de justicia internacional penal" y cuyos arts. 55.2.b, en relación con la fase previa al juicio y 67.1 g)– que se ocupa de los derechos del acusado durante el juicio, confieren un "derecho a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia".

Por lo que se refiere al ordenamiento español específicamente, existe una abierta confrontación entre la jurisprudencia y la opinión de la doctrina. Esta última es casi unánime en considerar que no cabe valorar el silencio como prueba de cargo contra el acusado,²⁴ mientras que la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional admite dicha posibilidad sometida a condiciones similares a las establecidas por el TEDH, más arriba aludidas.

Personalmente coincido con la doctrina en la conveniencia de no permitir que los tribunales extraigan del silencio del acusado consecuencias que le resulten adversas. La conclusión no es, sin embargo, ni mucho menos evidente o inmediata.

Al menos a primera vista, no choca con la racionalidad humana extraer inferencias adversas del silencio del acusado. Si, por poner un ejemplo, se ha probado que alguien se encontraba en el espacio donde se ha perpetrado un homicidio precisamente en el momento en que éste se cometía y cuando se le ha preguntado acerca de qué hacía en aquellos instantes, se rehúsa a declarar sin

²³ El texto lo cita María Luisa Villamarín López en "La protección constitucional...", *op. cit.*, pp. 159 y 160. Se trata de una declaración del Observatorio de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de julio de 1995, pronunciándose sobre la *Criminal Justice and Public Order Act* británica de 1994.

²⁴ En este sentido, entre otros, véase Ignacio Díez-Picazo, *Comentarios a la Constitución española*, *op. cit.*, p. 105; Julio Banacloche Palao, "El derecho a ser informado...", *op. cit.*, p. 200.

añadir explicación alguna, ¿repugnaría al sentido común concluir que –como mínimo– existen grandes probabilidades de que el acusado ha cometido realmente el delito? ¿Por qué no permitir entonces al juzgador una operación lógica que se reputaría normal en cualquier ser humano que no viste toga?

Es interesante advertir, por otra parte, que la prohibición de inferencias adversas que ahora nos ocupa tardó tiempo en llegar a los ordenamientos jurídicos del mundo occidental. Desde luego no es uno de los contenidos a los que se asocia la máxima *nemo tenetur edere contra se/se detergere* en la Canonística y en el Derecho intermedio, ni tampoco en el ámbito anglosajón hasta el siglo XIX. En los Estados Unidos dicha regla de valoración probatoria, introducida por la jurisprudencia de la Corte Suprema, no se consolidó hasta 1965, con ocasión de la sentencia *Griffin vs. California*.²⁵ A partir de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, la prohibición de inferencias adversas parece haberse generalizado en Europa y Norteamérica, con la excepción de Inglaterra y Gales, que paradójicamente fueron las primeras legislaciones en introducirla.

Por lo demás, una cosa es que el acusado no pueda ser coaccionado o compelido mediante sanciones que traten de incentivar su declaración o colaboración con la acusación; y otra muy distinta, que su silencio haya de provocar restricciones en el uso de la lógica y sentido común del juzgador. También resultaría incompatible con el derecho a no inculparse introducir una suerte de reconocimiento tácito de hechos, como sucede en el proceso civil (art. 307.1 LEC), es decir, la fijación como ciertos de aquellos hechos sobre los que el acusado, preguntado al respecto, no respondiese o lo hiciese de forma evasiva o inconcluyente.

De hecho, a mi juicio, el ámbito objetivo del derecho a no declarar contra uno mismo constitucionalmente consagrado en el art. 24.2 CE no se extiende a la prohibición de extraer consecuencias adversas del silencio. Como sucede con

²⁵ US Supreme Court, Caso *Griffin vs. California*, 380 U.S. 609 (1965).

la posibilidad de declarar falsamente de modo impune, soy del parecer que dicha prohibición es la opción de política legislativa más acertada y conveniente, pero no necesariamente la impuesta por la Constitución española, cuyo objetivo se circunscribe a liberar al acusado de cualquier género de sanción o presión para declarar o prestar su cooperación con la acusación. El hecho de tomar en consideración el silencio, sin embargo, no tendría por qué resultar incompatible con la referida garantía constitucional, siempre claro está, con las limitaciones inherentes a un elemento de convicción como el silencio, que, de suyo, nada prueba de modo positivo, sino que, en buena lógica, no puede servir sino como indicio para corroborar o confirmar el resultado de otras pruebas.

Pese a todo lo expuesto, como decía, soy partidario de privar de todo valor probatorio al silencio. Por una parte, apreciar el silencio como indicio de culpabilidad cuando una explicación por parte del acusado se presenta como natural y razonable (términos en los que la jurisprudencia del TS, TC y TEDH consienten extraer inferencias adversas) entraña, en la práctica, el peligro de rebajar las exigencias probatorias que la acusación precisa colmar para que pueda dictarse un pronunciamiento de condena.

En la jurisprudencia de aquellos tribunales se mantiene que el puro silencio actúa tan sólo como un indicio que, nunca en solitario sino siempre en conjunción con otras pruebas, puede contribuir a desvirtuar la presunción de inocencia. Su utilidad, pues, no podría ir, en ningún caso, más allá de una suerte de confirmación o ratificación de las consecuencias extraídas de otras pruebas de cargo, de modo que, si éstas por sí solas valen o son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, nada relevante o sustancial aportará el silencio.

Al contrario: es muy de temer que la función confirmatoria del mismo degenerare, en la práctica, en una relajación o trivialización del exigente estándar probatorio que deben satisfacer las acusaciones para que proceda dictar una sentencia de condena. O, en otras palabras: es de temer que, producido el silencio "injustificable" o carente de explicación plausible, el juzgador se muestre altamente

predispuesto a tener los hechos por probados, aunque el resto del material probatorio no permita objetivamente colmar el cualificado estándar de una certeza rayana en la plena convicción subjetiva. En definitiva: me parece preferible purificar el razonamiento judicial de un elemento sobre el que no cabe construir el silogismo conducente a la fijación de los hechos y que, si bien podría ratificar los resultados que arroja dicha operación lógica, no añadiría sustancialmente nada a la misma y comportaría el peligro de distorsionar o hacer peligrar su corrección.

Para cerrar este apartado, es preciso advertir que el párrafo 5o. del art. 7 de la Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 dispone que "el ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal de que se trate". No disponemos aún de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) que interprete este precepto, pero, pese a la prohibición explícita de atribuir valor probatorio al silencio, no cabe afirmar que el legislador europeo haya pretendido borrar de un plumazo una consolidada jurisprudencia del TEDH y de muchos altos tribunales de los países europeos (entre ellos España) que atribuyen al silencio un valor indiciario de carácter corroboratorio, una vez aportada prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Me parecería muy positivo que el TJUE así como la jurisprudencia y las legislaciones nacionales europeas acabasen privando al silencio de todo valor de convicción, pero será preciso esperar algunos años para comprobar qué derroteros acaba tomando esta cuestión en el conjunto de Europa.

6.2. En particular: la valoración del silencio del acusado cuando éste guarda silencio durante el juicio oral en relación con aspectos sobre los que declaró en fase de instrucción o viceversa

El TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la posibilidad de extraer consecuencias adversas del silencio del acusado durante la fase de ins-

trucción en relación con hechos sobre los cuales posteriormente declaró durante el juicio. Las SSTEDH/2000, de 2 de mayo (caso *Condron contra Reino Unido*); 2002/230102 y 120791, de 8 octubre 2002 (caso *Beckles contra Reino Unido*); /2010, de 20 abril 2010 (caso *Adetoro contra Reino Unido*) se ocupan de la cuestión en supuestos en los que el juicio oral tenía lugar ante un tribunal de jurados, mientras que la STEDH/2000, de 6 de junio (caso *Averill contra Reino Unido*) se ocupa de la misma cuestión cuando el Tribunal sentenciador estuvo formado por Jueces profesionales.

Tanto en un caso como en el otro, el TEDH afirmó que cabe extraer consecuencias adversas del silencio durante la fase instructora con tal de que el Juez advierta a los jurados mediante las oportunas instrucciones de que sólo pueden extraer inferencias adversas para el acusado en razón de su silencio en el caso de que no considerasen plausibles o razonables las explicaciones que ofreció en el juicio sobre los motivos que le llevaron a callar ante la policía.

El caso inverso, el del imputado que declara durante la instrucción pero calla durante el juicio, no ha sido abordado por el Tribunal de Estrasburgo, pero sí por el Tribunal Supremo español. La conclusión es que cabe traer al juicio las declaraciones realizadas durante la fase de instrucción y, una vez así introducidas, pueden servir de prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.²⁶ El TS considera que el silencio del acusado constituye un caso de imposibilidad de reproducir en el juicio (el precepto señala *por causas independientes de la voluntad* de las partes) una diligencia practicada ante la policía o ante el Juez de Instrucción (la declaración del imputado), de modo que cabe su lectura, posteriormente sometida a la posibilidad de contradicción. La posibilidad de dar lectura a las declaraciones previas al juicio alcanzaría, por lo demás, tanto a las practicadas ante el Juez de Instrucción como ante la policía.

²⁶ SSTS de 20 de diciembre de 2006 (RAJ 2007/387) ya analizada, en sus FFJJ 6 y 7. El reciente ATS (Segunda Sala) num. 177/2014 de 13 febrero (RAJ 2014/64202), recapitula los antecedentes jurisprudenciales hasta el momento presente.

Convengo con Revilla González en que los arts. 714 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (para abreviar LECrim) razonablemente interpretados no consienten introducir en el juicio dichas declaraciones. En primer lugar, el art. 714 LECrim está pensando en dos declaraciones contradictorias, no en una posteriormente no reiterada. Se trata, por lo demás, de una excepción a una regla general universalmente tenida por razonable, a saber, que las actuaciones previas al juicio no pueden servir como prueba de cargo para fundar una sentencia de condena, y parece claramente desaconsejable una interpretación hasta tal punto extensiva de la misma.

Además, como señala también Revilla González,²⁷ este modo de proceder priva de todo sentido a la estrategia defensiva de guardar silencio durante el juicio una vez que se ha prestado declaración durante la instrucción, de modo que el derecho a no declarar queda frustrado precisamente en el momento o fase central del proceso penal. A ello hay que añadir, que el acusado que en su día declaró como detenido en comisaría podía no ser entonces consciente de la trascendencia que posteriormente iban a tener sus declaraciones.

7. Derecho a no inculparse y atribución de ventajas o consecuencias favorables al acusado que se autoinculpa.

En especial, atenuantes basadas en la autoinculcación y el instituto de la conformidad

Hasta el momento me he referido al derecho a no inculparse como el derecho a no declarar o a no cooperar con la acusación de otro modo, sin que esta actitud acarree al acusado o imputado consecuencias adversas, tales como sanciones, la interpretación del silencio como prueba o indicio de culpabilidad etc. En algunas

²⁷ José Alberto Revilla González, *El interrogatorio del imputado*, op. cit., p. 47.

ocasiones, sin embargo, el ordenamiento jurídico no apareja tales consecuencias adversas a la confesión de los hechos, sino ventajas o beneficios. Tal es o puede ser singularmente el caso de las conformidades, la consideración del arrepentimiento espontáneo como atenuante, etcétera.

La doctrina y la jurisprudencia alemana han debatido ampliamente sobre si la institución de la conformidad es compatible con el derecho a no inculparse. Incluso el Tribunal Constitucional Federal ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto en una importante sentencia de 19 de marzo de 2013, en la que, sin declarar el instituto de la conformidad (*Verständigung, Absprache*) inconstitucional por ser contrario al derecho a no inculparse, se anulaba una de las sentencias de instancia recurridas objeto de recurso, porque el límite penal máximo ofrecido por el Tribunal al acusado para llegar a un acuerdo estaba muy por debajo de la pena que hubiese correspondido de haber recaído sentencia condenatoria siguiendo los cauces ordinarios del proceso, de modo que se estaría conculcando el imperativo de que la penalidad consensuada resulte adecuada o conforme con el grado de culpa y, además, la expectativa de una ventaja de semejante envergadura produciría una presión para confesar la culpa incompatible con el derecho constitucionalmente garantizado a no inculparse.

En cualquier caso, las conclusiones que el Tribunal Constitucional y la doctrina de aquel país han alcanzado me parecen del todo sensatas y abstractamente trasladables al Derecho español: si el alcance del posible acuerdo entre las partes es tal que puede determinar disminuciones muy relevantes de la pena, la presión ejercida sobre el acusado para aceptar el acuerdo puede resultar poco menos que insuperable, sobre todo en aquellos supuestos en los que la aceptación pudiese asegurarle una reducción tal de la condena que le permitiese eludir la prisión. Incluso el acusado inocente, frente a la incertidumbre que presenta de suyo el desenlace de un proceso penal, podría en algún caso verse fatalmente presionado a reconocer hechos que no cometió o no cometió en los términos que sostiene la acusación, si de este modo puede evitar un siempre posible,

aunque tal vez no probable, resultado condenatorio que le acarree ingresar en prisión. De hecho, no faltan algunos autores españoles que ya han expresado sus dudas respecto de la incompatibilidad del instituto de la conformidad con el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable consagrado en el art. 24.2 CE.²⁸

El pensamiento que subyace a la lapidaria frase de Meyer, escrita nada menos que en 1907, continúa siendo plenamente suscribible en la actualidad: "quien castiga más levemente porque el delincuente ha confesado, comete el mismo error que aquél que lo castiga con mayor rigor porque ha negado los hechos".²⁹

A la compatibilidad de las ventajas derivadas de la cooperación del acusado con el derecho a no inculparse cabría objetar también la relatividad de los términos ventaja y desventaja. En cierto modo, toda ventaja que se anude a la actitud cooperativa del acusado puede simultáneamente ser considerada como desventaja o perjuicio para el caso de que el acusado opte por no acogerse a ella. Es decir, quien se decanta por esta segunda posibilidad para no tener que sacrificar su derecho a no autoinculparse se estaría privando de un beneficio y, en dicho sentido, experimentando un perjuicio. Y cualquiera que fuese la opción finalmente adoptada, el acusado estaría sufriendo la presión psicológica o conflicto de tomar partido por la propia inculpación o exponerse a las consecuencias de un desenlace procesal incierto.

Aunque este modo de razonar se considere artificioso y falaz, y se sostenga que cabe distinguir entre perjudicarse por no declarar y beneficiarse por hacerlo, soy

²⁸ Es el caso de Manuel Ortells Ramos, "El nuevo procedimiento penal abreviado. Aspectos fundamentales", *Justicia: revista de derecho procesal*, 1989, núm. 3, pp. 557 y 558. En el mismo, adhiriéndose a este parecer, véase José Antonio Martín Pallín, "¿Es constitucional la conformidad?", *Revista del Poder Judicial*, núm. especial 19, 2006, p. 234.

²⁹ Véase Max Ernst Mayer, "Das Leugnen des Angeklagten als Strafschärfungsgrund", *ZStW* núm. 27, 1907, p. 922. Véase también en este sentido Lutz Eidam, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Ed. Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006, p. 246.

del parecer de que, en el fondo, el problema estriba más bien en la intensidad del incentivo o acicate que se ofrece al acusado a cambio de su colaboración. Lo relevante es que dichos estímulos no resulten desmesurados, de manera que la disyuntiva entre declinarlos o aceptarlos no constituya para el acusado una presión intolerable o desmedida para reconocer los hechos o la culpa, lo que efectivamente sucedería si dicha cooperación se retribuye al acusado dispuesto a colaborar de modo claramente desproporcionado.³⁰

Volviendo al ordenamiento español, en un supuesto en el que se cuestionaba la compatibilidad de la atenuante de arrepentimiento espontáneo con el derecho a no inculparse, el TC, en el FJ 2 de su sentencia 75/1987, de 25 de mayo (RTC 75/1987), afirmó que no cabía apreciar vulneración alguna del art. 24.2 de la Constitución. En este mismo sentido y con una cuidada argumentación en la STS de 30 abril de 2013 (RAJ 2013\7316) se defiende la compatibilidad de la atenuante del art. 21.4 CP ("haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades") con el derecho a no inculparse, en un supuesto en el que se impuso a los acusados que confesaron en su día el delito una pena menor que a otro coacusado que no lo hizo.

8. Derecho a no inculparse y prisión provisional

Una de las vulneraciones prácticas no infrecuentes del derecho a no inculparse consiste en decretar la prisión provisional con fundamento en la falta de colaboración del imputado o detenido para esclarecer los hechos o en sugerir al imputado que dicha falta colaboración puede resultar decisiva para decretar la prisión

³⁰ En este sentido véase también Jacobo López Barja De Quiroga, "El derecho a guardar silencio y a no inculparse...", *op. cit.*, p. 601.

provisional.³¹ De este modo, se ejerce sobre su persona una presión intolerable y lesiva a su derecho a no inculparse. El problema es tan real en muchos países que en Alemania se han acuñado y popularizado expresiones tales como *auf Geständnis sitzen* ("guardar prisión para confesar") o *Untersuchungshaft schafft Rechtskraft* ("la prisión provisional crea cosa juzgada"); y en otros ordenamientos, como es el caso italiano, el legislador ha tenido que salir al paso de tan denostable praxis introduciendo disposiciones expresas en el código procesal.³²

Por supuesto, los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española que se ocupan de los presupuestos de la medida cautelar de prisión provisional de ningún modo incluyen o sugieren que la falta de actitud cooperativa del imputado pueda coadyuvar a justificar tan traumática medida (*cf.* art. 503 LECrim). Ello no obstante, si de la fundamentación del auto acordando la prisión se derivase que dicha falta de colaboración para esclarecer los hechos ha supuesto un factor determinante para ordenar el ingreso en prisión, existiría un claro motivo para justificar la anulación de dicha resolución.

Como explica Revilla González, el fenómeno de la colaboración no espontánea bajo la amenaza de cárcel puede asumir una forma variada y no fácilmente perceptible.³³ Sin embargo, al tratarse de una medida que puede experimentar variaciones a lo largo del proceso, de manera que puede darse una sucesión temporal de autos de prisión y libertad, en algún caso cabría poner de manifiesto una estrecha relación entre las vicisitudes de la medida y la conducta del acusado declarando o negándose a hacerlo, revelando así la existencia de presiones sobre

³¹ Sobre la relación entre el derecho a no inculparse y la prisión provisional, véase José Alberto Revilla González, *El interrogatorio del imputado*, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

³² Art. 274: "(Esigenze cautelari) - 1. Le misure cautelari sono disposte: a) quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini, relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti" (Legge n.332/95).

³³ José Alberto Revilla González, *El interrogatorio del imputado*, *op. cit.*, p.104.

el acusado para estimular su declaración, con mayor claridad aun si en la causa existen varios imputados y se acredita que los más "locuaces" son también los que se han beneficiado de más autos de libertad.³⁴

Con lo dicho hasta el momento no se ignora que la actitud proactiva del acusado puede contribuir poderosamente a evitar un auto de prisión, y que su silencio puede privar al Juez de elementos de juicio que hubieran conducido a desvirtuar la imagen que éste razonablemente se forjó sobre la concurrencia de los presupuestos justificativos de la medida. Ante la falta de aclaraciones por parte del acusado, por supuesto, el juzgador no puede sino obrar de conformidad con los datos que tiene a su disposición y no estará en condiciones de considerar aquellos otros que el imputado se niega a proporcionar y que, tal vez, le hubiesen evitado la privación de libertad. Lo que no cabe es que la falta de disposición a colaborar, por sí misma, se considere como indicio de culpabilidad o de concurrencia de los presupuestos de la medida. Y menos, por su puesto, que la prisión se plantee como lubricante para lenguas agarrotadas.

9. Las declaraciones prestadas por un testigo o por los litigantes en un proceso civil como prueba de cargo en un posterior proceso penal

En la STUE de 10 de noviembre de 1993, recaída en el asunto *Otto BV contra Postbank* (asunto C-60/92), se trataba de resolver si resultaba conforme con el Derecho de la Unión citar en un proceso civil al demandado para interrogarlo sobre hechos cuya admisión podrían acarrearle una condena por vulneración del Derecho europeo de la competencia y, eventualmente, utilizarse contra él en un proceso sancionador tramitado por la Comisión Europea. El TJUE afirmó categóricamente que no cabría utilizar las informaciones suministradas por el

³⁴ *Ibidem.*

demandado en el proceso civil en el marco de un posterior procedimiento sancionador incoado por la Comisión o por la autoridad nacional competente.³⁵ La *ratio decidendi* contenida en esta resolución parece asimismo trasladable al Derecho español y a muchos ordenamientos procesales europeos.

Por lo que al Derecho español específicamente se refiere, parece claro que no existe causa alguna eximente del deber de testificar consistente en el riesgo de autoinculpación penal. La Ley de Enjuiciamiento Civil española (abreviadamente LEC) no enumera ningún motivo que exima de aquel deber, a diferencia de la ley procesal penal (arts. 416 a 418 LECrim). Parece claro que deben existir causas de exención, puesto que el art. 371 LEC está dedicado a los *testigos con el deber de guardar secreto*. En cualquier caso, en nuestro caso más que un "deber" de guardar secreto, se trataría de un caso de "derecho" a guardarlo. En consecuencia, el testigo cuyas declaraciones podrían tener potencial autoinculpatorio en un proceso penal no puede ser relevado del deber de deponer.

Sin embargo, la utilización de su testimonio en causa penal sí que habría de quedar vedada. En efecto, dado por supuesto que el testigo no puede invocar causa alguna que lo exima de prestar declaración, me parece fuera de toda duda que estamos ante un supuesto en el que introducir dichas declaraciones en un proceso penal supondría una flagrante vulneración del derecho a no inculparse que toda persona tiene constitucionalmente garantizado. El testigo tiene la obligación de comparecer y no hacerlo le puede acarrear una pena de multa e incluso ser procesado por un delito de desobediencia (*cf.* art. 292.1 y 2 LEC). Además, ha de jurar o prometer decir la verdad, y la falsedad en la declaración

³⁵ "Ciertamente, las informaciones obtenidas en el marco de tal procedimiento nacional pueden ser puestas en conocimiento de la Comisión, en particular, por una parte interesada. Sin embargo, de la citada sentencia Orkem/Comisión se desprende que esta Institución, lo mismo que una autoridad nacional, no puede utilizar dichas informaciones como medio de prueba de una infracción de las normas sobre la competencia en el marco de un procedimiento que pueda dar lugar a sanciones o como indicio que justifique la apertura de una investigación previa a tal procedimiento" (ap. 20).

podría ser perseguida por delito de falso testimonio en causa civil (art. 365 LEC). En estas condiciones, es evidente que el testigo civil declara bajo una innegable compulsión, de modo que utilizar sus declaraciones como prueba de cargo en un ulterior proceso penal resultaría del todo incompatible con el derecho a no inculparse.

En el caso de que un litigante llame a declarar a su adversario procesal (arts. 301 a 316 LEC), la cuestión es diferente. El llamado a declarar en causa civil no está obligado a prestar juramento o promesa ni tampoco está tipificado delito alguno que lo amenace en el supuesto de proferir mentiras. Sin embargo, callar o emitir respuestas evasivas puede provocar que se tengan por probados los hechos concernidos por el silencio o la actitud evasiva (*cf.* art. 307 LEC). Para privar de valor probatorio en una causa penal a las declaraciones de parte vertidas en un proceso civil sería preciso verificar si la presión a que se vio sometido el litigante para declarar reviste una considerable intensidad. Concretar el grado exacto de compulsión que justifica situar el derecho a no inculparse por encima del interés público en la persecución de los delitos no es tarea precisamente fácil. Me parece, en todo caso, inevitable arrostrar las dificultades de tan ardua empresa. El factor primordial para realizar tal ponderación parece que debería situarse en la importancia o trascendencia del desenlace del pleito civil para la parte que declaró. Es decir, no sólo la entidad en sí misma considerada del interés económico o patrimonial (aunque también personal o afectivo, por ejemplo, en los procesos en materia de familia, filiación, etc.) en juego, sino la trascendencia que dicho interés, atendidas sus circunstancias personales, representa para el litigante que prestó declaración.

La solución que se acaba de apuntar es por completo diversa a la prevista por Derecho de los Estados Unidos. En aquel ordenamiento, el privilegio de no autoincriminarse también puede ser eficazmente invocado en un proceso civil, hasta tal punto que si el demandado o testigo renuncian al privilegio y responden las preguntas que se les formulan, las declaraciones realizadas en dicho proce-

dimiento podrán ser utilizadas en su contra en una causa penal posterior y servir como prueba de cargo. Invocar la Quinta Enmienda en causa civil, sin embargo, comporta el riesgo de que el Tribunal o jurado extraiga consecuencias adversas del silencio y, en la fase de *discovery*, podría comportar sanciones tan graves como la de prohibir que la parte que se acogió al silencio aporte posteriormente pruebas sobre los hechos acerca de los cuales se reclamaba su declaración (Regla 35 de las *Federal Rules of Civil Procedure*). Me parece a todas luces mucho más sensata la solución que he considerado adecuada en Derecho español: separar ambos procedimientos mediante la prohibición de valorar las declaraciones en la posterior causa penal, de suerte que cada uno de ellos pueda desarrollarse mediante las reglas y principios que les resultan propios.

10. Declaraciones inculporias inducidas por engaño: las autoinculpaciones realizadas a agentes públicos u a otras personas que actúan por encargo de la autoridad bajo una identidad falsa y el registro de manifestaciones autoinculporias mediante instrumentos de grabación con desconocimiento del interesado

Se trata ciertamente de una cuestión de vital importancia, pues de ella depende, entre otras cosas, la validez de gran parte de las pruebas obtenidas mediante el uso de técnicas de infiltración y el empleo de agentes encubiertos.

La primera objeción que plantea el uso de estos medios de investigación es que implican engañar o crear en quien más tarde tendrá el estatus de imputado/ acusado una falsa representación de la realidad, en concreto de la identidad de su interlocutor, de modo que, mediante dicho engaño o falsa representación de las cosas, aquella persona se decide a revelar informaciones con potencial autoinculporio que hubiese silenciado de haber sido interrogado formalmente ante el Juez o ante la policía. De este modo, las autoridades de persecución penal estarían burlando o esquivando el derecho a no inculporarse que asiste al acusado,

y evitando la advertencia o instrucción formal que debe realizarse al acusado sobre la posibilidad de acogerse a dicho derecho antes de su declaración ante el Juez o ante la policía (art. 520.2 LECrim).

Ciertamente, aunque dicho engaño, de suyo, no entraña arrancar coactivamente ni bajo presión la confidencia o revelación inducida, fuerza es reconocer, sin embargo, que provoca la actuación del sujeto investigado de un modo determinado y, en dicho sentido, es innegable que elimina o empaña la voluntariedad o libertad con que dicha decisión se adopta, pues aquellas libertad o voluntariedad pueden verse anuladas o comprometidas tanto si se fuerza o compele al sujeto a actuar de un modo determinado, como si se le induce a error sobre aspectos o factores que podrían haberle llevado a obrar de modo diferente. Sin embargo, parece que el tipo de voluntariedad o libertad amparada por el derecho a no inculparse es la de asegurar al acusado la ausencia de coacción o presión para declarar, no la de protegerlo frente al error en el sentido expuesto.

En efecto, el derecho a no declarar pretende, por razones humanitarias, liberar al acusado del duro trance de escoger entre cooperar con su condena declarando la verdad o tratar de esquivar el castigo mintiendo. En el caso que nos ocupa no se sitúa al acusado en dicha tesitura. A lo que cabría añadir que la prueba obtenida es de carácter testifical, que, a efectos prácticos, carece de la fuerza persuasiva que normalmente posee la confesión formal del reo ante la policía y, más aún, ante el Juez o el tribunal sentenciador.³⁶

³⁶ Son muy interesantes, a este respecto, las consideraciones expuestas por Fernando Gascón Inchausti en relación con la infiltración policial: "Aunque la constitución (art.24.2) y la LECrim (arts.385 y sigs., art.520) aseguran una serie de derechos, especialmente al imputado, y el cumplimiento asimismo de ciertas formalidades, resulta que ni los primeros ni las segundas podrán observarse en el marco de una infiltración. Más aún, el recurso a la infiltración se muestra como necesario precisamente ante la perspectiva de fracaso de un interrogatorio "convencional". La autorización judicial para actuar bajo una identidad supuesta justifica, de nuevo, el engaño en el que se funda el hecho de que el imputado o testigo accedan a conversar con el infiltrado y a suministrarle información de contenido incriminatorio. Así, no puede entenderse que estas informaciones se han obtenido con infracción del derecho a guardar secreto, o a no declarar contra uno mismo, o a no declarar contra determinados familiares, clientes o feligreses (arts. 416 y 417 LECrim). A todos los efectos, se consideran

Si, para extraer la información, el agente infiltrado o persona encubierta emplease la violencia, sustancias que anulan o disminuyen la consciencia o incluso cuando el error se provoca aprovechando una situación de presión psicológica o angustia de la persona que lo sufre, parece claro que no cabría admitir valor probatorio a las declaraciones del agente encubierto o infiltrado. Tal vez por este motivo en la STEDH de 5 noviembre 2002 (Caso *Allan contra Reino Unido*), el Tribunal concluyó que las declaraciones inculpatorias provocadas por un compañero de celda confidente de la policía se habían obtenido con violación del derecho a no inculparse, al haberse aprovechado la situación de debilidad psicológica del acusado, compañero de prisión y sometido a intensos interrogatorios policiales.³⁷

Por lo demás, el engaño –o cuando menos la desinformación– del futuro acusado acerca de las consecuencias autoincriminatorias de su actuación, no es exclusivo de esta modalidad de investigación policial, sino que está en la base de otras normas del ordenamiento jurídico que regulan diligencias de investigación (interceptación de las comunicaciones, por ejemplo).

En cualquier caso, como en toda ponderación sobre intereses tan vitales y delicados, es preciso poner especial énfasis en la necesidad de observar las exigen-

como declaraciones espontáneas y libres –pues el engaño en que se fundan lo salva la autorización judicial–, a través de las cuales el imputado o el testigo asumen el riesgo propio de toda relación humana: que se produzca una traición en la confianza depositada en el interlocutor. Es preciso, por lo anterior, que para la obtención de la información por estas vías el agente encubierto se valga únicamente del engaño que subyace a su infiltración; sería ilícito, sin embargo, acudir a otros métodos –incluso en el marco de la infiltración–, como podrían ser ciertas sustancias o el recurso a la violencia o la coacción!. Véase Fernando Gascón Inchausti, *Infiltración policial...*, *op. cit.*, pp. 242 y 243.

³⁷ "Aunque es cierto que no existía ninguna relación especial entre el demandante y H. y que no se han identificado factores de coacción directos, el Tribunal considera que el demandante estuvo sujeto a presiones psicológicas que chocaban con la 'voluntariedad' de las declaraciones supuestamente hechas por el demandante a H.: era sospechoso en un caso de asesinato, estaba arrestado y bajo presión directa por parte de la policía en interrogatorios sobre el asesinato, y habría sido susceptible de persuasión para hacer de H., con quien compartió celda durante varias semanas, su confidente. En esas circunstancias, la información obtenida utilizando a H. de esta manera puede ser considerada como habiendo sido obtenida en contra de la voluntad del demandante y su utilización en el juicio iba en contra del derecho del demandante a permanecer en silencio y el derecho a no autoincriminarse" (FJ 52).

cias derivadas del principio de proporcionalidad, pues no cabe justificar el sacrificio de un derecho fundamental si no es en orden a perseguir delitos gravemente lesivos de ciertos bienes jurídicos y castigados con penas severas. Además, el modo de investigación que nos ocupa supone afectar considerablemente el derecho a la intimidad. El agente policial encubierto puede penetrar, gracias al engaño o encubrimiento de la realidad, en esferas o capas muy sensibles de la intimidad de la persona investigada. En buena parte, la proporcionalidad puede quedar asegurada por el hecho de que gran parte de este tipo de actuaciones policiales caerá dentro del ámbito de aplicación del art. 282 bis LECrim, que regula la infiltración policial, limitando su aplicabilidad a las *actividades propias de la delincuencia organizada*, sometiéndola a ciertos requisitos y presupuestos, entre ellos preceptiva e ineludible la autorización judicial.

En efecto, cuando se trata de una infiltración policial propiamente dicha, parece claro que resulta insoslayable la consabida autorización judicial, pues junto al de la intimidad (art. 18.1 CE), se afecta también, cuando menos, la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE); y el libre desarrollo de la personalidad, como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE), aspectos que la jurisprudencia constitucional alemana agrupa en un así llamado *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*.³⁸ Tratándose de la actuación de particulares.

El engaño al que se induce al acusado, por lo demás, es hasta cierto punto relativo o en parte justificable si consideramos que el inexcusable conocimiento de la

³⁸ Sobre el contenido y alcance de este derecho en la jurisprudencia constitucional alemana, véase Fernando Gascón, *Infiltración policial y...*, *op. cit.*, p. 92 y ss. En palabras del autor, condensando la esencia de dicho derecho, "su contenido lo integra el derecho de todo ciudadano a saber quién, qué, cuándo y de qué manera dispone de información acerca de uno mismo; por extensión, protege con ello la esencia de la comunicación humana: la libre decisión de elegir los destinatarios de las conversaciones y a los testigos de ciertas facetas de la vida privada a través de las cuales se manifiesta la personalidad de cada uno". *Ibidem*, p. 94.

ley por parte de los ciudadanos debería cuando menos llevarlos a contar con la posibilidad de que, si toman parte en actividades criminales, la autoridad podrá poner en marcha técnicas de investigación tales como la infiltración o el uso de agentes encubiertos, lo que justifica en mayor medida imputarles las consecuencias derivadas de una desacertada elección de la persona con quien comparten sus informaciones o en quienes depositan su confianza.

En abierto disenso con lo que acabo de sostener en las líneas precedentes, en la doctrina española, López Barja de Quiroga afirma que las técnicas de investigación que entrañen "astucia, disfraz o cualquier tipo de engaño son contrarias al derecho a no inculparse y constituyen la *expresión de una forma de actuar impropia e incompatible con los postulados del Estado de Derecho*".³⁹ El problema radica, según el autor, sobre todo en la falta de información al futuro acusado/imputado sobre las consecuencias de realizar las manifestaciones correspondientes, de manera que en ningún modo cabría hablar de una declaración libre, pues se estaría burlando el derecho a no inculparse. El TS español, en su sentencia de 16 de Febrero de 2006 (RAJ 1068/2006, FJ 27) aborda también la cuestión que nos ocupa y rechaza que la prueba obtenida por los agentes encubiertos entrañe vulneración del derecho a no inculparse.⁴⁰

En el supuesto de que las manifestaciones autoinculpatorias hubiesen sido provocadas por el engaño de un particular que simula u oculta su identidad,

³⁹ Jacobo López-Barja, "El Derecho a guardar silencio...", *op. cit.*, p. 598.

⁴⁰ "(...) el derecho a guardar silencio y a no declararse culpable, como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal, en el trámite de instrucción, constituye un derecho predicable de las declaraciones prestadas ante la Policía y en el proceso penal, pero no de las que el culpable pueda hacer fuera de ese marco de la investigación y de la instrucción propiamente dichas. No hay que olvidar, a este respecto, que la investigación por medio de los agentes encubiertos constituye un medio de investigación legalmente permitido en relación con las actividades de la delincuencia organizada, siempre que se respete el correspondiente marco legal (v. art. 282 bis LECrim)". Argumentación que completa aseverando que "(...) con independencia de lo dicho, que justifica sobradamente la desestimación del motivo, por evidente falta de fundamento, es patente que existe una esencial diferencia entre las declaraciones que, formalmente, puedan hacerse ante la Policía, debidamente documentadas y suscritas por el declarante, y el testimonio –como testigos de referencia– de los agentes encubiertos, al dar cuenta a la autoridad judicial de lo que hayan podido oír a las personas investigadas".

tampoco cabría –a mi juicio– formular objeción alguna desde el punto de vista de su licitud probatoria a la declaración como testigo de la persona que obtuvo dichas confidencias o revelaciones. En este caso, con mucha más razón que en el caso del encubrimiento o infiltración policial, induciendo a error no se conculcan derechos fundamentales del acusado ni, específicamente, el de no inculparse. No sólo porque el particular no actúe investido de autoridad, sino porque aquel derecho no puede llegar a implicar un grado tal de paternalismo que sirva también para salvar los errores de cálculo de un ciudadano sobre la fiabilidad, reserva o discreción de las personas a las que confía sus secretos e intimidades.

El TS, sin embargo, no tiene una jurisprudencia clara en este punto y hace un distinto tratamiento de la cuestión en sus sentencias de 7 de febrero de 2014 (RAJ\2014\838) y en la de 4 de noviembre de 2009 (RAJ 2009\7871), relativas a la grabación de conversaciones sin conocimiento del interlocutor en las que se vierten manifestaciones autoinculpatorias. En el caso de la STS de 7 de febrero de 2014 (Sala de lo Penal, Sección 1a.) (RAJ\2014\838), el Tribunal recalca que las conversaciones registradas fueron previas o coetáneas a la comisión del delito de cohecho (soborno), de modo que en dichas grabaciones el acusado no reconocía la autoría de unos hechos realizados en el pasado sino que el delito de cohecho se consumaba precisamente en las propias declaraciones grabadas, razón que llevó al TS a rechazar que se hubiese producido vulneración del derecho a no inculparse. En la sentencia, además, el Tribunal advierte que se trata de un caso diferente del resuelto en su sentencia de 4 de noviembre de 2009 (RAJ 2009\7871), relativa a un delito de abusos sexuales sobre una menor, en la que decidió de un modo diverso.⁴¹

⁴¹ En este último caso, el TS señala que "la grabación se efectúa por la propia víctima, cuando el delito ya se había consumado, alentada por su madre y con la exclusiva finalidad de hacerse con pruebas que pudieran ser utilizadas en un proceso, cuya extravagante forma de incoación también destaca la sentencia de casación. Nada de esto sucede en el supuesto que nos ocupa. Una cosa es almacenar en un archivo de sonido las conversaciones que pueden servir de prueba de la autoría del hecho que se va a cometer o que se

En este segundo caso, según el Tribunal, la grabación se consiguió tras provocar un encuentro inopinado en la vía pública sorprendiendo al acusado, que *no se despoja de manera voluntaria y libre de sus manifestaciones, sino que, en cierto modo, se le arrancan o extraen de modo torticero* y se produce en circunstancias tales que *lo cierto es que se trata de un ardid que vicia la prueba y el método empleado*.⁴²

No acaba de ser convincente la argumentación del TS cuando hace depender la licitud de las grabaciones del hecho de que las autoinculpaciones en ella registradas se refieran al reconocimiento de la autoría de delitos ya consumados o, por el contrario, los delitos se estuviesen consumando al mismo tiempo que se realizaban las manifestaciones grabadas, o sea, que la conducta punible consistiese precisamente en realizar las manifestaciones grabadas. En ambos casos el acusado estaba revelando la comisión del delito, por mucho que dicha revelación resultase coetánea con la perpetración. Y sorprende, asimismo, que, sin mediar ulterior explicación, se considere un "ardid" o un modo de proceder "torticero" dirigirse a alguien en la vía pública y sin previo aviso, con el objeto de asegurar la sinceridad de sus respuestas o manifestaciones. Al fin y al cabo, en los antecedentes de la sentencia no consta que los acontecimientos, ciertamente estudiados y planificados con antelación, se preparasen artificiosa o arteramente de modo tal que indujesen o competiesen al interlocutor a responder contra la verdad o incurriendo en error.⁴³

está cometiendo durante el desarrollo de la grabación y otra bien distinta es la grabación de un testimonio del que resulta la confesión de la autoría de un hecho ya perpetrado tiempo atrás".

⁴² Como se cuenta en el Fundamento Jurídico 3.5 de la sentencia: "La propia parte recurrente admite espontáneamente que cuando la menor contó a su madre la versión de los hechos, ésta le aconsejó que procediera a grabar una conversación con él acusado, con el fin predeterminado de conseguir las pruebas necesarias, ya que, en caso contrario, sería su palabra contra la de él. La conversación tiene lugar en la calle, después de ser abordado el acusado por la denunciante".

⁴³ Otra cosa es, por supuesto, que cupiese dudar de la autenticidad o coincidencia de lo grabado con la realidad, o que las manifestaciones obtenidas de tan accidentado modo resultasen suficientes para deducir razonablemente la culpabilidad del acusado. Estos aspectos han de ser objeto de la libre valoración del material probatorio por parte del juzgador y bien podrían conducir a considerar que las grabaciones carecen de fuerza de convicción.

Tanto en este caso, como en el de la infiltración policial o el encubrimiento, creo preciso afirmar de una vez por todas que el uso de la sagacidad, la astucia o el ardid –si se admite que estas palabras no están necesariamente provistas de un matiz peyorativo, equivalente o concomitante al de engaño reprobable, fraudulento o inadmisibles– bien pueden resultar medios lícitos para producir prueba, y no tienen por qué implicar la vulneración de derechos ni resultar siempre modos de proceder torticeros o infames. Me parece una exageración afirmar que la licitud de este tipo de grabaciones requiera para su validez que se trate de un "encuentro libremente concertado entre ambos y que se acuda a la cita espontáneamente y sin condicionamientos de ninguna clase, o que cuando se fuerza y provoca una conversación ya no es posible situarse en el mismo plano, ni menos que dicha conclusión así se desprende de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y por esta Sala", como se afirma en la referida STS de 4 de noviembre de 2009.

Por supuesto, aunque el derecho a no incriminarse no proteja frente al engaño producido por agentes encubiertos o infiltrados, sí lo hace contra el engaño llevado a cabo en el interrogatorio formal ante la policía respecto de hechos que pueden decantar al imputado o detenido por declarar o no hacerlo.⁴⁴ Nadie puede invocar la vulneración de un derecho fundamental a la lealtad o fidelidad de las personas a las que confía informaciones sensibles, pero sí que cabe hacerlo cuando es el Estado quien actúa formalmente como tal. A diferencia de las declaraciones autoinculpatorias realizadas a un agente de la policía que posteriormente las introduce en el proceso mediante su testimonio, declarar contra uno mismo ante la policía durante un interrogatorio formal implica generar un elemento probatorio de mucha mayor contundencia, en cuya producción no puede mediar engaño o inducción de clase alguna por parte de la autoridad. Una declaración formal extraída mediante engaño sí que constituiría, por lo tanto, un vicio que privaría de eficacia probatoria a las declaraciones autoinculpatorias.

⁴⁴ En este sentido Jacobo López Barja, "El derecho a guardar silencio...", *op. cit.*, pp. 599 y 600.

Fuentes

ASENCIO Mellado, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Ed. Trivium, Madrid, 1989.

BANACLOCHE Palao, Julio, "El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable", *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, núm. 10, 2000, pp. 179-201.

_____, *Tratado de los delitos y de las penas*, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1993. Disponible en: <https://ia600606.us.archive.org/12/items/TratadoDeLosDelitosYLasPenas/TratadoDeLosDelitosYLasPenas-CesasBeccaria.pdf>

BERGER, Mark, *Europeanizing Self-incrimination: the Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights*, *Columbia Journal of European Law*, vol. 2, núm. 12, 2006.

BONESANA, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1993.

DÍEZ-PICAZO, Ignacio, *Comentarios a la Constitución española*, t. III, Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1997.

EIDAM, Lutz, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Ed. Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006.

GASCÓN Inchausti, Fernando, *Infiltración policial y 'agente encubierto'*, Comares, Granada, 2001.

GOMEZ Del Castillo, Manuel, *El comportamiento procesal del imputado*, J. M. Bosch, Barcelona, 1979.

HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, Versión digital del Instituto de Estudios Políticos, México.

HUERTAS Martín, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.

LÓPEZ-BARJA De Quiroga, Jacobo, "El derecho a guardar silencio y a no inculparse, en Derecho procesales Fundamentales", *Manuales de formación continuada*, núm. 22, 2004, pp. 587-626.

MARTÍN Pallín, José Antonio, "¿Es constitucional la conformidad?", *Revista del Poder Judicial*, núm. especial 19, 2006, pp. 213-236.

MAYER, Max Ernt, "Das Leugnen des Angeklagten als Strafschärfungsgrund", *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften (ZStW)*, núm. 27, 1907, pp. 921-926.

MONTERO Aroca, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

_____, "Introducción al derecho procesal", Juan Montero, Juan Luis Gómez Colomer, Silvia Barona *et al.* (eds.), *Derecho Jurisdiccional*. I., Tirant lo Blanch, Parte General, 22a. ed., Valencia, 2014, pp. 246-249.

ORMAZABAL Sánchez, Guillermo, *El derecho a no inculparse*, Thomson and Reuters, Civitas, Pamplona, 2015.

_____, *Introducción al derecho procesal*, 5a. ed., Marcial Pons, Madrid, 2016.

ORTELLS Ramos, Manuel, "El nuevo procedimiento penal abreviado. Aspectos fundamentales", *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 3, 1989, pp. 545-568.

REVILLA González, José Alberto, *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

VILLAMARÍN López, María Luisa, "La callada agonía del derecho a guardar silencio", *Revista de Derecho Procesal Penal*, La prueba en el proceso penal-I, 2009/1, pp. 211-226.

_____, "La protección constitucional del derecho a no confesarse culpable", *Revista de Derecho Procesal Penal*, año 2010-1, pp. 139-149.

SISTEMAS Y PRINCIPIO ACUSATORIO: IMPLICACIONES TEÓRICAS Y OPERATIVAS

*ACCUSATORY SYSTEM AND PRINCIPLE:
THEORETICAL AND OPERATIONAL IMPLICATIONS*

Teresa Armenta Deu*

Resumen

Sin hipertrofiar el significado de los términos, ya sean principios, ya sistemas, este trabajo sitúa la esencia del principio acusatorio en la necesidad de que alguien ejercite y sostenga la acción penal, en la imparcialidad y en los matices que lo diferencian del principio de contradicción o audiencia, del derecho de defensa y del sistema adversarial. Se recorre el decurso del proceso, desde las medidas cautelares hasta los recursos, identificando aquello que implica la vigencia del principio acusatorio, en la investigación, el juicio, la prueba o la sentencia y aquello que, o bien se integra en un concepto más amplio abarcado por el sistema acusatorio, o bien se encuentra extramuros, en el "debido proceso" o simplemente en los mandatos de la Constitución, los tratados internacionales o las opciones de política legislativa.

Palabras clave: acusatorio adversarial, principios, sistemas, imparcialidad audiencia, oralidad, intermediación, congruencia, *reformatio in peius*, doble grado, Ministerio Público, víctima, oportunidad.

* Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Girona (España). Miembro de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Contacto: teresa.armenta@udg.edu

Abstract

Without exaggerating the meaning of the terms, be they principles or systems, this paper places the essence of the accusatory principle on the need for someone to exercise and sustain the criminal proceedings with impartiality and nuances that differentiate it from the principle of contradiction or the hearings, the right to defense and the adversarial system. The course of the process covers the precautionary measures and resources by identifying what the validity of the accusatory principle implies both in the investigation, trial, proof or sentence and that which is either integrated into a broader concept encompassed by the accusatory system or lies beyond the limits in the "due process" or simply found in the provisions of the Constitution, International Treaties or the options of legislative policy.

Keywords: accusatory, adversarial, principles, systems, impartial hearings, orality immediacy, congruence, *reformatio in peius*, double degree, prosecution authorities, victim, opportunity.

1. Introducción

a) Sistema acusatorio y principio acusatorio: el porqué de la distinción¹

A partir de la citada necesidad de no hipertrofiar el significado de los principios, de forma que se corra el riesgo de dejarlos vacíos de contenido, y paralelamente de salvaguardar un sistema que obedezca, en muchos aspectos, a los mandatos contenidos en tratados internacionales y constituciones, dedicaré un primer apartado a lo que con carácter estricto supone el principio acusatorio. Se dedica un segundo apartado a las proyecciones que sobrepasan el concepto de *principio* cuando se integra al sistema acusatorio, el cual, en unión de otros principios y garantías, constituye el modelo procesal penal correspondiente.

¹ Este trabajo se ha realizado disfrutando de un ayuda a la investigación I+D (referencia DER2017-82146-P) y de la Ayuda para la mejora de la productividad científica de los grupos de investigación (MPC UdG 2016/002).

Dividiré mi exposición en tres apartados: en el primero se destacará lo que constituye –a mi juicio– la esencia del principio acusatorio a lo largo del desarrollo del proceso penal; en un segundo apartado se advierte de ciertos institutos asimilados comúnmente al acusatorio, pero que realmente se deben a la vigencia de otros principios o garantías; y un último, en el que se busca dilucidar las divergencias entre 'acusatorio' y 'adversarial', origen de muchos malentendidos.

b) Principio acusatorio y Sistema acusatorio: la necesidad de evitar hipertrofiar los significados

No conviene hacer confluír todos los principios y derechos en el sistema acusatorio que, por más esenciales que resulten a un *proceso con todas las garantías*, no derivan de aquél en sí mismo considerado, salvo que se entienda que "o acusatorio o no hay propiamente proceso (Montero); o que existe una única manera de configurarlo, cuando no es así. Me explico. El proceso acusatorio requiere que exista alguien que ejercite y sostenga la acción (*nemo iudex sine actore*), pero dicha exigencia puede alcanzarse al contemplar, e incluso imponer, una sola parte acusadora, oficial o bien dando entrada a otros acusadores (como la víctima u otro acusador semipúblico que garantice que la acción se ejercitará).² En igual medida, con un segundo ejemplo, la acusatoriedad se salvaguarda tanto si la investigación la dirige el Ministerio Fiscal como si lo hace un Juez, siempre y cuando este último se limite a labores de dirección.³

Ni el principio ni el sistema acusatorio abarcan todas las garantías. Existen otros sistemas cuyo fundamento debe buscarse en textos supranacionales, en las

² El actor popular en España, ha dado origen ciertamente a una polémica de gran trascendencia; sin embargo, su actuación ha llevado a juicio a casos importantes de corrupción. Cfr. Teresa Armenta Deu, "La acción popular: claves de una reforma que conviene ponderar", *Justicia. Revista de derecho procesal*, núm. 1, 2017, pp. 71-126. Y Susana Oromi Vall-Llovera, *El ejercicio de la acción popular*, Marcial Pons, Madrid, 2003, con amplio aporte de bibliografía y casos.

³ Sobre este pormenor, aunque en menor medida, sigo convencida de la posición que he sostenido en diversos trabajos, entre ellos: "La investigación penal ¿jueces o fiscales?", *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 119-127.

respectivas constituciones o simplemente en exigencias derivadas de otros componentes, como el derecho a la prueba, a la presunción de inocencia o a los recursos. Pudiera decirse, por ejemplo, que la regla de exclusión –la prueba ilícita– forma parte de un sistema acusatorio, si se quisiera reforzar la idea garantista que se le atribuye a éste; pero en realidad, la prueba ilícita forma parte del derecho a que la presunción de inocencia pueda enervarse sólo mediante pruebas; las cuales, entre otros componentes, deben haber sido obtenidas de forma lícita.⁴ Una lectura más amplia engazaría el sistema acusatorio con la presunción de inocencia, como veremos que sucede en otros aspectos, aunque siempre de manera mediata.

Al final, tampoco está claro que exista una única modalidad de sistema acusatorio, lo que equivale a decir, lejos de los reproches desde otras tradiciones jurídicas, como la de los Estados Unidos desde cuya perspectiva todos los modelos ajenos al suyo son sencillamente inquisitoriales,⁵ que la inmensa mayoría de los sistemas europeos son plenamente acusatorios, aunque quizá no "adversativos"; lo que resulta, precisamente, el núcleo de la crítica.

2. La esencia de un sistema acusatorio: la garantía de imparcialidad y sus implicaciones

Como es sabido, el objeto del proceso penal es la actuación del Derecho penal mediante la declaración de existencia o inexistencia de la relación jurídica entre el derecho que nace del delito y su correlativo deber de persecución. A esta defi-

⁴ La averiguación de los hechos, uno de los fines de la investigación, cuya ulterior prueba conducirá a una condena legítimamente obtenida, sólo se obtendrá válidamente si la fuente de prueba se ha obtenido conforme a derecho, se incorpora válidamente a las actuaciones, se propone y se practica con todas las garantías, ya sea pre-constituyéndola, ya en el proceso o juicio oral. De hecho, la no inadmisión o la valoración de un medio probatorio ilícitamente obtenido no vulnera el sistema acusatorio, sino el derecho a un proceso "justo" o "con todas las garantías" (arts. 6o. y 8o. del Convención Europea de Derechos Humanos y el Convenio Americano de Derechos Humanos (Pacto de San José). Más en extenso en Teresa Armenta Deu, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 233-275.

⁵ David A. Sklansky, "Anti-Inquisitorialism", *Harvard Law Review*, vol. 122, núm. 6, 2009, p. 1684.

nición de Adolf Wach, Gómez Orbaneja añade que: "Este fin es independiente de la forma que el proceso adopte, no lo es, sin embargo, la forma respecto de la concepción que se tenga del derecho penal sustantivo y de los factores políticos y sociales dominantes de cada época".⁶ Idea que recogía asimismo James Goldschmidt, adaptándola a la representatividad que implican las diferentes opciones, en una celebrada frase: "Los principios de la política procesal de una nación no son sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución".⁷

Tal como he tenido ocasión de señalar, la esencia del principio acusatorio reside en la necesidad de existencia de que alguien distinto al Juez sostenga la acción; lo que, si se piensa bien, garantiza tanto la imparcialidad como que en el ejercicio de la acción penal nunca sea parte el órgano enjuiciador. Nada más y nada menos, esta idea corresponde a la concepción originaria del Derecho penal, que se ajustaba al principio dispositivo del que entonces derivaba y que, actualmente, informa el proceso civil.⁸ La incorporación del Ministerio Público obedece a la garantía de la persecución penal mediante el deber de investigar y perseguir los hechos delictivos, conforme al principio de legalidad⁹ o en los términos establecidos legalmente para la vigencia del principio de oportunidad.

⁶ Emilio Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal: de 14 de septiembre de 1882*, t. II, J. M. Bosch, Barcelona 1951, pp. 160-162, donde se cita a Wach.

⁷ James Goldschmidt, "Problemas Jurídicos y políticos del Proceso penal" (Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de Enero, Febrero y Marzo de 1935), J. M. Bosch, Barcelona, 1935, p. 73.

⁸ En esa fase primitiva, la *compositio* ocupaba el lugar de la pena, constituyendo un derecho subjetivo atribuido al particular. El *ius puniendi* desempeñaba entonces una función de retorsión (satisfacción de la necesidad psicológica de la víctima de infligir un sufrimiento a quien previamente se lo infringió a ella). Sin embargo, todavía cabía elegir entre la *compositio* y la vía judicial. No podía distinguirse así, entre el principio del castigo y el resarcimiento ni, por ende, entre proceso civil y proceso penal. Al ir apareciendo los delitos públicos, el Derecho penal se va separando del civil. Junto a la acción privada de la víctima, se reconoce la acción popular. La sociedad no se desentiende de la persecución, pero ésta no existe si no hay acusador, quien con la iniciativa acepta la responsabilidad. E. Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, op. cit.*, pp. 162 y ss., y en Teresa Armenta Deu, *Principio acusatorio y Derecho Penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 27 y ss; y Teresa Armenta Deu, *Sistema procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 21 y ss.

⁹ Se incorporó la oficialidad a la par de que el Estado perdía su posición como dirimente de una contienda entre partes ajenas a sus intereses.

En palabras de J. Goldschmidt

la asunción por el Estado de la responsabilidad en el efectivo cumplimiento del derecho penal resulta plenamente compatible, en un principio, con la adopción de un sistema inquisitivo o uno acusatorio en el que la acusación esté atribuida al órgano oficial en régimen de exclusiva. Ahora bien, *la decisión entre configuración acusatoria e inquisitiva del proceso no lleva consigo todavía precisamente una decisión de la cuestión, si en todos los casos en que hay un hecho punible, la persecución ha de ser obligatoria (llamado principio de legalidad) o si hay que tomar en cuenta también consideraciones de oportunidad, sobre todo el interés público (principio de oportunidad); pues aun cuando es más natural someter al juez que ha de proceder de oficio al principio de legalidad, sin embargo, no se excluye otro arreglo de la ley; y viceversa, el derecho de acusación se puede combinar con un deber correspondiente*¹⁰ (énfasis añadido).

2.1. Principio acusatorio y principio dispositivo: algunas precisiones

La actual deriva del proceso penal tiende a equiparar –tendencial y, en algunos casos, prácticamente– el principio acusatorio con el principio dispositivo, lo que pareciera retornar a la configuración primigenia del sistema. Esto se debe probablemente a la incidencia del sistema adversarial, que corresponde a un proceso "de partes" en el que la disponibilidad acaba siendo si no un punto de partida, sí un punto de llegada a través de los acuerdos, conformidades o alguna de las distintas variantes del *plea bargaining*. Frente a ello, conviene advertir que, el error está en predicar del principio acusatorio todo aquello que corresponde al principio dispositivo, o defender que es tanto más acusatorio aquel proceso que más coarta la actividad jurisdiccional, sin distinguir cuando dicha actividad se proyecta sobre el objeto del proceso (en cuyo supuesto, sí quedaría comprometida la imparcialidad), o cuando se refiere a otros aspectos en los que el interés público está presente y se justifica dicha intervención. Como veremos, en las distintas fases del proceso, el principio acusatorio presenta implicaciones diversas que no conviene identificar en absoluto con la disponibilidad.

¹⁰ J. Goldschmidt, "Problemas jurídicos...", *op. cit.*, p. 74-75.

3. Necesidad de que alguien ejercite y sostenga la acción. Acusador oficial único o existencia de varios acusadores: la víctima

El que alguien ejercite la acción supone la clave diferencial respecto del proceso inquisitivo caracterizado por la facultad reconocida al órgano judicial de iniciar el proceso penal y continuarlo hasta la sentencia.¹¹ La idea se sustenta en el jurado de acusación norteamericano, figura originariamente clave del modelo, aunque en la actualidad esté en desuso, como se verá después y haya sido incluso objeto de críticas internas por presentar alguna nota inquisitorial.¹²

Como ya señalaba hace años, la posición jurídica del Estado –en su papel de Juez que dirime imparcialmente una contienda entre partes– proviene de un tiempo en el que el juicio tenía como objeto una relación en la que el propio Estado no estaba implicado. La subsistencia y posterior incremento del principio acusatorio en estas condiciones sólo ha sido posible a través de una construcción artificial; en virtud de la cual, la incorporación al proceso de un órgano como el Ministerio Público permite salvaguardar la imparcialidad judicial, a través de encomendar la acusación y el enjuiciamiento a sujetos diferenciados.

En efecto, la introducción del fiscal en el proceso penal –que implica una quiebra incuestionable en la concepción estricta del sistema acusatorio como contienda

¹¹ Cfr. Bruno Aguilera Barchet, "La estructura del procedimiento inquisitorial", en Joaquín Pérez Villanueva y Bartolomé Escandell Bonet (eds.), *Historia de la Inquisición en España y América*, vol. II, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, pp. 334-558; Ángel Alcalá, *El proceso inquisitorial de fray Luis de León*, Junta de Castilla y León, Salamanca, 1991; Nicolás González-Cuellar S., *Ecos de Inquisición*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2014.

¹² El gran jurado puede obligar a los testigos a declarar en secreto sin tener que alegar previamente la relevancia del testimonio y pueden ser conducidos y declarar sin abogado. El futuro acusado no puede presenciar los actos ni conocer los resultados de la indagación, ni tiene derecho a presentar medios de prueba o cuestionar el *indictment*. Además, el MF no tiene la obligación de presentar prueba exculpatoria, aun sabiendo que ésta existe. Cfr. Stephen C. Thaman, "Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos", en Lorena Bachmaier Winter (coord.), *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 161-174.

entre partes con intereses contrapuestos— se justifica, no obstante, de manera plena en atención a diversas consideraciones. Por una parte, asegura la persecución penal y, con ello, la realización del Derecho penal. Por otra, garantiza la separación de las funciones acusadora y juzgadora.

Resulta irrelevante a estos efectos cuál de las dos posibles formas de atribución de estas funciones se adopte en un régimen de monopolio (sistema continental francés, italiano o alemán, por ejemplo) o en un ejercicio compartido (sistema continental español). No lo es, en cambio, en torno a la función garantizadora de la persecución penal implícita en el principio de oficialidad.

El sistema de monopolio garantiza en mayor medida la función garantizadora de la persecución penal, al permitir un control directo sobre el efectivo cumplimiento de la norma penal, y así se pone de relieve en los países que han optado por reconocérselo al Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal. Pero, además, la existencia de dicho monopolio permite, por otra parte, incorporar, en su caso, ámbitos de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal. Tan es así, que la existencia de otros acusadores se percibe como un obstáculo para el carácter acusatorio del modelo, aunque en realidad no cabe negar que la existencia de más acusadores refuerza el ejercicio de la acción y con ellos la "acusatoriedad" del sistema.¹³

Ahora bien, garantizada la exigencia del sostenimiento de la acción penal por parte de un órgano oficial: ¿cuál es la posición de la víctima? ¿Cabría incluso una figura como la acción popular?¹⁴

¹³ Teresa Armenta Deu, "Nuevo proceso penal: sistemas y valoración de pesos y contrapesos", en Teresa Armenta Deu, *Estudios de Justicia penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 31-32.

¹⁴ No me es posible extenderme aquí sobre esta institución claramente favorecedora del sistema acusatorio. Al respecto, véase, por ser más reciente: Teresa Armenta Deu, "La acción popular: claves de una reforma que conviene ponderar", *Justicia: Revista de derecho procesal*, núm. 1, 2017, pp. 71-126. También T. Armenta y S. Oromi, *El ejercicio de la acción popular*, ya citado.

3.1. Acusatorio y Ministerio Fiscal como acusador oficial

Se ha repetido que incorporar al Ministerio Fiscal a la original configuración acusatoria cumplió un doble objetivo. Por un lado, garantizar que todo hecho delictivo fuese perseguido y, simultáneamente, impedir que se solaparan en un solo órgano las funciones acusadoras y enjuiciadoras.

La necesidad de que alguien ejercite y sostenga la acción, no obliga a configurar el proceso con un solo acusador que tenga, además, el monopolio del ejercicio de la acción penal. Dicha opción de política legislativa, refuerza el carácter desigual del acusador oficial, porque se otorga a sus actuaciones presunción de veracidad pero, busca, además, un doble objetivo: fundamentar la acción, preparando la acusación, o defender a quien de otra manera sería acusado injustamente, situación difícilmente compatible con la idea de "parte procesal". Esta configuración procesal concreta, junto a ciertas ventajas, es objeto de algunos reproches que veremos en el siguiente apartado. Y desde luego, ni responde al sistema acusatorio original, ni justifica reproches ciertamente discutibles, como que la víctima –el otro acusador– sólo actúa movida por deseos de venganza.¹⁵

Una cuestión muy distinta es el análisis que se ha efectuado desde una perspectiva oficialista y adversativa: desde la que se avistan los perjuicios de un control no exclusivo del ejercicio de la acción penal, en las diversas manifestaciones del principio de oportunidad, o a la hora de llegar a acuerdos de conformidad; y de la pretendida necesidad de que exista un solo sujeto en cada polo (un acusador y un acusado) para conformar un verdadero "proceso de partes"; percepción que no es correcta, ni mucho menos puede defenderse en nombre del sistema acusatorio.¹⁶

¹⁵ A tal idea responde el conocido como "ofrecimiento de acciones", instrumento en virtud del cual se informaba de la solicitud de sobreseimiento al superior jerárquico del MF y a las restantes partes acusadoras para que acudieran a sostener la acción; y que ha servido para solventar errores de apreciación instructora o simple disidencias a la hora de valorar los hechos investigados y sus valoraciones jurídicas.

¹⁶ Aceptar dicho argumento conduciría a poner en entredicho los procesos con más de un acusado, que no son sino otra opción de política legislativa igualmente acusatoria.

Es necesario negar el frecuente reproche surgido desde las filas de los partidarios del modelo adversativo, quienes entienden que enfrentar al acusado a varios acusadores merma su derecho de defensa, por resultar un argumento endeble desde el momento en que el derecho de defensa no descansa en absoluto en tal parámetro, sino en la necesidad de que se respeten otros derechos como: el derecho a ser informado de la acusación formulada; el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable; el derecho a la asistencia letrada; derecho al intérprete y a la traducción; el derecho a acceder a todos los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad y a ser examinados por el médico forense; el derecho a que se ponga en conocimiento de familiar o persona que desee la privación de su libertad y lugar de custodia y a comunicarse telefónicamente con un tercero de su elección o el derecho a utilizar todos los medios pertinentes para su defensa; corolario de derechos que difícilmente pueden verse mermados por la circunstancia de que, la víctima, por ejemplo, tenga la condición de parte procesal. Veamos algo más al respecto.

3.2. Acusatorio y posición de la víctima

No cabe detenerse ahora en la posición de la víctima en la historia y en las reformas más recientes de diversos ordenamientos, pero sí resultan útiles un par de trazos recordatorios. Tras las dos Guerras Mundiales, diferentes textos se han centrado en los derechos de las víctimas¹⁷ conscientes del olvido de que éstas eran objeto, sin afrontar, empero, su posición procesal, como parece razonable. Sólo en el art. 68 del Estatuto de Roma se propicia su participación en la fase preliminar ante la CPI, sin reconocerle el derecho a ser parte propiamente.

¹⁷ Convenio Europeo de Derechos Humanos, Carta Interamericana de Derechos Humanos o Declaración Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración de Principios básicos de la justicia para las víctimas y los abusos de poder, Nueva York, ONU, 1985; Directiva 2012/29/UE/ del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de 25 de octubre de 2012.

Como ya tuve ocasión de relatar anteriormente,¹⁸ en el modelo angloamericano, la estructura adversativa del proceso (acusador *versus* acusado) excluye la posición de la víctima como parte, alcanzando un mayor grado de protagonismo cuando es contemplada como acreedora de una indemnización o como receptora de determinadas noticias sobre el proceso.¹⁹ Desde 1973 se puede utilizar la vía de las órdenes de compensación (*compensation orders*), pero lo cierto es que la víctima no ha adquirido condición de parte en el proceso y ni tan siquiera se le permite participar en la lectura de la sentencia concediéndosele simplemente el derecho a ofrecer a la Corte una declaración de impacto a la víctima (*victim impact statement*).²⁰

Las diferentes variantes de proceso mixto continental europeo sitúan a la víctima en situaciones procesales que abarcan un arco de posibilidades, desde su plena incorporación al proceso como parte en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, hasta su exclusión en el reformado Código procesal penal italiano. En medio se sitúan legislaciones como la alemana o la francesa, que desde el primigenio ejercicio exclusivo de la acción penal han ido dando entrada a la víctima en el proceso.²¹

¹⁸ Cfr. Teresa Armenta Deu, "La víctima como excusa: diversas posiciones en torno a su figura y tratamientos en los sistemas procesales", en Teresa Armenta Deu, *Estudios de Justicia Penal*, op. cit., pp. 209-212.

¹⁹ Dicha situación se justifica en Inglaterra, al menos teóricamente, porque nunca se abolió formalmente el viejo sistema de la acusación privada, con arreglo al cual cualquier ciudadano puede en principio ejercitar la acción penal por infracciones incluso graves, prerrogativa que sin embargo se usa muy raramente debido a que el Juez penal no tenía tradicionalmente ningún poder de imponer el resarcimiento del daño.

²⁰ Cfr. Richard K. Vogler, "Introduction" en AA. VV, *Criminal Procedure in Europe*, Max-Planck Institut, Friburgo, band S. 112, 2008, pp. 22-24.

²¹ En Alemania, como "Nebenkläger", o a través de la *Opferschutzgesetz* que ha derivado en diversas modificaciones de la citada Ordenanza Procesal penal, recogidas actualmente en los parágrafos 406d a 406h StPO, permitiendo entre las más relevantes que la víctima se presente como acusador subsidiario y acceda a la documentación del proceso, reclame una indemnización durante el juicio, y reciba información acerca del desarrollo del proceso, e incluso, en una reforma posterior, reconoce el derecho a que las víctimas declaren fuera de la sala de vistas o a que declaren acompañadas de una persona de su elección. El Código procesal penal francés reconoce a la víctima la capacidad de forzar la incoación de un proceso penal constituyéndose como actor civil, o a través de la citación directa en caso de pena correccional. Arts. 85ss CPP. Igual derecho se reconoce a determinadas asociaciones en función del ámbito delictivo de que se trate, en sustitución de la víctima (arts. 2-1 a 2-21 CPP).

En Italia, cuya reforma del Código de Procedimiento apostó decididamente por el sistema *adversarial* norteamericano, se ha intentado recoger en buena medida la filosofía imperante en aquél, observando a la víctima como un "intruso" en una arena procesal que resulta dirigida por la acusación y la defensa, de manera que a la posición de "persona ofendida" de la víctima se niegan poderes procesales de relieve, y éstos sólo surgen en el momento del ejercicio de la acción.²² Esta situación ha variado parcialmente en virtud de la Ley núm. 96 de 4 de junio de 2010, que inicia un proceso de reconocimiento de la Decisión marco 2001/220/GAI y acoge la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso Pupino, que condenaba a Italia por preterir los derechos de la víctima. Aun así, el CPP italiano reconoce a la víctima el derecho a oponerse al archivo requerido por el fiscal, indicando el objeto de una eventual investigación suplementaria y otros elementos de prueba.²³ En cuanto a las facultades de tipo probatorio, su posición es, de igual forma, menor; y en el juicio, corresponde proponer la prueba a la parte civil, y no a la persona ofendida.²⁴

El ordenamiento procesal penal español representa una de las legislaciones más abiertas a la incorporación de la víctima al proceso. El acceso de la víctima, como el de cualquier otra parte eventual, se examina desde un doble punto de vista, cuando se constituye como parte mediante la presentación de una querrela, adoptando la calidad de acusador particular,²⁵ o en el caso de que se ejercite

²² Desde entonces, dichas prerrogativas se mantienen, y en cierto modo son incrementadas, en el único caso de que la víctima ejercite la acción civil en el proceso penal, atenuándose sin embargo notablemente, especialmente en materia probatoria, cuando no haya sufrido daños resarcibles, haya decidido solicitar la indemnización en sede civil o renuncie a la acción.

²³ En dicho caso, el Juez tendrá que fijar una audiencia con la participación de la víctima y de su defensor antes de poder decidir respecto a la solicitud de archivo.

²⁴ No puede facilitar elementos de prueba en la fase de investigación, sino tan sólo conferir a un defensor un mandato para realizar las investigaciones defensivas que podrán ser asignadas también por el defensor a investigadores privados autorizados o bien a asesores técnicos, pero sin que esté previsto solicitar del Juez, como investigaciones preliminares, que practique prueba anticipada, salvo que el MF, a quien debe solicitarlo, así lo apruebe.

²⁵ La víctima accede al proceso como actor particular, desde el mismo momento en que interponga la querrela. El ejercicio de la acción penal de la víctima puede concurrir con el órgano oficial de la acusación

la acción civil derivada de delito junto a la penal para satisfacer los perjuicios que se hayan originado, convirtiéndose en actor civil.²⁶

De esta forma, los intereses de la víctima obtendrán tutela a través de su constitución como actor particular, quien podrá solicitar también la indemnización correspondiente por los perjuicios derivados de la acción delictiva o anunciar que lo hará a través de la vía civil correspondiente. Incluso, si el acusador particular no ha pedido la iniciación del proceso por medio de querrela o, lo que es lo mismo, no se ha constituido en parte, cuando el Ministerio Público solicite el sobreseimiento, el Juez del proceso ordinario puede comunicar a los interesados tal decisión para que puedan personarse a sostener la acusación (ofrecimiento de acciones).²⁷

Esta línea claramente favorable a la participación de la víctima ha sido confirmada en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2002, que incorporó los avances de la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, de *ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, otorgándole categoría general y ampliando así su derecho a la información y a su eventual participación, mediante la información que la policía debe proporcionar a las víctimas sobre su derecho a nombrar abogado, a mostrarse parte, a tomar parte en las actuaciones, y a ejercitar la acción civil, advirtiéndoles de que en otro caso lo hará el MF.²⁸ Y aún

(art. 108 LECrim) o con el actor popular (art. 101 LECrim) quienes representan el interés público e incluso con el perjudicado no ofendido que ejercita únicamente la acción civil.

²⁶ De hecho, en la hipótesis de que la acción penal se ejercite únicamente por el MF, si no se hace reserva expresa de la acción civil para su ejercicio en el proceso correspondiente, el acusador oficial la ejercerá de oficio (art. 108 LECrim).

²⁷ Art. 644 LECrim. En el proceso abreviado y en el juicio rápido se conserva la misma oportunidad, si bien se limita temporalmente el ofrecimiento de acciones, a un plazo de quince días, para los perjudicados y de diez para acudir al MP del Tribunal Superior (art. 782.2 y 800.2 LECrim, respectivamente). Las facilidades para el acceso y ejercicio de la acción penal no terminan ahí. Si resulta desconocido el paradero de los interesados en el ejercicio de la acción penal, se les llamará mediante edictos. Y aún más, si el Tribunal considera improcedente el sobreseimiento puede acudir al MP del Tribunal Superior al que conoce, para que resuelva si procede o no el ejercicio de la acción.

²⁸ El Secretario, en la primera comparecencia, deberá informarles de los derechos del art. 109 y 110 LECrim y de las medidas de asistencia a las víctimas, y el Juez efectuará el ofrecimiento de acciones, si el único

más recientemente, se ha publicado la Ley 4/2015 de abril, del Estatuto de la víctima (EVD), que además de derechos procesales suma otros derechos básicos²⁹ otros relativos a su protección.³⁰

4. Sobreseimiento, ejercicio de la acusación y oportunidad

Resulta consustancial al acusatorio, como se ha venido repitiendo, que alguien sostenga la acción penal, lo que proyectado sobre el proceso equivale a que, solicitado el fin de la investigación, el acusador (oficial o alguno de los otros acusadores, si los hubiere) requieran la apertura del juicio, formulando escrito de acusación. De no ser así, no cabe abrir juicio.

Con antelación, sin embargo, pudiera ocurrir que la parte o las partes acusadoras no ejerciten la acción, solicitando el sobreseimiento. Circunstancia que corresponde a entender, que: a) no existe fundamento suficiente en las diligencias practicadas l; b) dichas diligencias han puesto de manifiesto que no existe

acusador es el MF y solicita el sobreseimiento, para que comparezcan en 15 días a sostener la acción, informando a la víctima –aunque no se haya constituido como parte– de la celebración del juicio; y notificando, la sentencia a la víctima (ofendido o perjudicado), y la sentencia de apelación.

²⁹ 1o. Derecho a entender y ser entendida (art. 4o. EVD); 2o. Derecho a ser informada desde el primer contacto con las autoridades competentes, adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y los daños y perjuicios sufridos sobre un elenco de cuestiones, como: a) las medidas de asistencia y apoyo; b) el derecho a denunciar; c) el procedimiento para asesoramiento y defensa jurídica; d) la posibilidad de solicitar medidas de protección; e) las indemnizaciones a que pueda tener derecho y cómo reclamarlas; f) servicios de interpretación y traducción disponibles; g) ayudas y servicios auxiliares disponibles para la comunicación, h) procedimiento mediante el cual la víctima puede ejercer sus derecho si reside fuera de España; i) recursos que puede interponer; j) datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento; k) servicios de justicia restaurativa disponibles; l) supuestos en los que puede obtener el reembolso de los gastos judiciales, y m) solicitud para que se le notifiquen las resoluciones sobre la causa penal (art. 5o. LEVD).

³⁰ Protección desde diferentes perspectivas, como *evitar el contacto con el infractor, que se le reciba declaración sin dilación y el menor número de veces posibles*, protegiendo su intimidad y evaluando individualmente a aquellas víctimas necesitadas de protección especial por personas expresamente previstas legalmente. Se contemplan, además, medidas específicas de protección, con carácter general y de manera concreta cuando se trate de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

fundamento alguno para acusar;³¹ o c) se prevé la eventualidad de solicitar el archivo de manera vinculante para el Juez si concurren determinados presupuestos (oportunidad reglada) o se reconocen facultades discrecionales al órgano acusador (oportunidad). Recordemos, ahora sí, que cualquiera que sea el supuesto, el acusatorio impide enjuiciar la falta de ejercicio de la acusación.

¿Eso significa que debe rechazarse que el Juez lleve a cabo control alguno sobre la fundabilidad de la acusación, evitando así juicios innecesarios? Y si así fuera, ¿afectaría al acusatorio?

No se trataría de que el Juez, al oponerse al sobreseimiento, suplantara al acusador por entender que procede acusar (algo que le está vedado), sino que, valorando como errónea la petición, pudiera buscar de otros acusadores que sostuvieran la acción, como se prevé en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española;³² o que pueda discernir entre el tipo de sobreseimiento (provisional o definitivo) si considera equivocado el solicitado por el acusador y en atención a los supuestos previstos legalmente o sobreseer, incluso tras una comparecencia especial en que todas las partes fueran oídas.³³

No parece que en tal circunstancia se produzca incompatibilidad con el principio acusatorio, ya que no se lleva a cabo un juicio de acusación paralelo y enfrentado

³¹ Bien porque no existen indicios racionales de que el hecho se haya perpetrado; bien porque no es constitutivo de delito; bien porque los procesados o encausados aparecen exentos de responsabilidad criminal (art. 636 LECrim).

³² Arts. 642, 643 y 789,5,1 LECrim. Véase nota 28 y 36.

³³ Las dudas que pudieran cernirse sobre la actuación del Juez tienen diversas soluciones. Desde que el sobreseimiento dictado por el Juez instructor se someta a revisión por un órgano diferente, como acontece en Francia con la *Chambre d'Acusation*; hasta que el control, se prevea en supuestos concretos, como sucede en España: cuando el hecho no es constitutivo de infracción penal, o no hubiera autor conocido aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito (art. 789, 5,1o. LECrim); pudiendo ir acompañado de una comparecencia previa de todas las partes en las que se podrá solicitar la práctica de diligencias complementarias (art. 26.1 Ley Orgánica del Tribunal del Jurado). Cfr. María Luisa Villamarín, *El Sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Centro Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, y Julio Sigüenza López, *El sobreseimiento libre*, Aranzadi-Thomson, España, 2003.

al de las partes, sino un control judicial sobre la procedencia de una solicitud conforme a la legalidad, tanto de no perseguir,³⁴ como de hacerlo, por quien corresponda en el caso del "ofrecimiento de acciones".³⁵

4.1. Acusatorio y oportunidad en el ejercicio de la acción

Cuando exista una previsión normativa en virtud de la cual se habilite al órgano oficial de la acusación a decidir discrecionalmente o atendiendo a la concurrencia de unos presupuestos previstos legalmente a no acusar, no nos encontraremos propiamente ante una implicación del principio acusatorio. Como señalaba Gómez Orbaneja en relación con el Fiscal: "El problema de la fundamentación de la acción es una cosa y otra distinta el de la oportunidad de una acción fundada. Es completamente diferente determinar, conforme a las normas de derecho penal sustantivo, por ejemplo si un hecho es constitutivo de delito, que abstenerse de acusar por hechos que sean constitutivos de delito."³⁶ Algo que también recordaba J. Goldschmidt:

La decisión entre configuración acusatoria e inquisitiva del proceso no lleva consigo todavía precisamente una decisión de la cuestión, si en todos los casos en que hay hecho punible, la persecución ha de ser obligatoria (llamado principio de legalidad) o

³⁴ De hecho, en el modelo norteamericano –donde no todos los hechos delictivos son perseguidos– existen tres filtros para el ejercicio de la acción: el primero, el de la policía, cuando ésta decide si existe "probable cause" para arrestar a un sujeto por la supuesta comisión de un delito; el segundo, la actuación del "Prosecutor" (Fiscal) en función del material probatorio obtenido de la investigación y de la oportunidad, en el sentido de corresponder a los intereses priorizados en la persecución por la Fiscalía; y el tercero, la decisión del Grand Jury (Jueces legos) o la resultante del "Preliminar Hearing" (ante el Juez ante quien se efectuó la primera comparecencia y en la que se le comunicaron los cargos que se le imputan, se le informan de sus derechos y se decide sobre las medidas relativas a su libertad). Cfr. Stephen A. Saltzburg y Daniel J. Capra, *American Criminal Procedure*, 5a. ed., West Publishing Co, St Paul, Minnesota, 1996, p. 679 y ss.

³⁵ Mediante esta figura se pretende garantizar que la falta de actividad o el error del acusador oficial pueda llevar a la impunidad, permitiendo que la víctima pueda constituirse en parte o que el superior del fiscal le ordene acusar. La Exposición de Motivos de la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece una clarividente explicación del porqué de esta figura. Algo que también se efectúa en el proceso alemán, a través del "Klageerzwingungsverfahren".

³⁶ Cfr. E. Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*, op. cit.

si hay que tomar en cuenta también consideraciones de oportunidad, sobre todo el interés público (principio de oportunidad); pues aun cuando es más natural someter al Juez que ha de proceder de oficio al principio de legalidad, sin embargo, no se excluye otro arreglo de la Ley; y viceversa, el derecho de acusación se puede combinar con un deber correspondiente.³⁷

Cuestión distinta será la valoración que se hagan de sus ventajas e inconvenientes.³⁸

Son ejemplos de aplicación del principio de oportunidad en España, que: 1) la policía no remita el atestado (*dossier*) al fiscal y/o al Juez, si no existe autor conocido, con determinadas excepciones;³⁹ 2) la petición de sobreseimiento del fiscal resulte vinculante en el caso de delitos leves, si concurren otras circunstancias;⁴⁰ y 3) el fiscal formule una propuesta de aceptación y conversión de la sanción en una sentencia firme (*procedimiento por decreto*).⁴¹

5. La imparcialidad en el juicio de acusación

Entre el cierre de la investigación y el inicio del juicio se reitera la esencia del principio acusatorio, ya que la acusación debe sostenerse, lo que implica que el acusador o los acusadores deben entender acreditada la existencia de elementos suficientes para abrir el juicio, lo que les conducirá a redactar el correspondiente escrito de acusación.

³⁷ J. Goldschmidt, "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal", *op. cit.*, p. 73.

³⁸ Para aquello que no puedo contar aquí, véase Teresa Armenta D., "Principio de legalidad v. principio de oportunidad: una ponderación necesaria", *Estudios de Justicia Penal, op. cit.*, pp. 95-115.

³⁹ Art. 284,2 LECrim.

⁴⁰ Que el delito revista escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor; y además, no exista interés público relevante en la persecución del hecho (art. 963 y 964,2 LECrim).

⁴¹ Aplicable en un ámbito objetivo circunscrito legalmente en el art. 803 bis a LECrim.

Más allá de la agotadora discusión sobre la necesidad de que el MF dirija la investigación, excluyendo que lo haga un Juez (instructor o investigador),⁴² y dado que en países como México la investigación se desarrolla por la policía bajo la dirección de una fiscalía independiente,⁴³ quiero dedicar unas breves líneas a las dudas que surgen en modelos en los que la dirección de la investigación y el ejercicio de la acción convergen en una sola mano, la del fiscal.

Cabe argüir en tal sentido que, idénticas dudas sobre la imparcialidad de la doble función investigadora y acusadora podrían cernirse sobre el fiscal, como director de la investigación, y quien decide a veces en exclusiva sobre el ejercicio de la acción. A excepción, claro está, de que se configure al Ministerio Público como auténtica parte acusadora, dirigiendo la investigación exclusivamente a la búsqueda de fundamentos para la acusación, a reforzar el "juicio de acusación", como ocurre en la fase intermedia del proceso abreviado español,⁴⁴ mermando irremediabilmente la actuación de la defensa y posponiendo las peticiones de

⁴² Un buen conocedor de los modelos europeo y norteamericano, Mirjan Damaska, catedrático de la Universidad de Zagreb y posteriormente de la Universidad de Yale, a partir de la comparación entre los modelos alemán, español y francés, y al hilo del relevante número de reformas que han atribuido la investigación al Ministerio Público en los CPP de los países latinoamericanos, señalaba: "La transición de las investigaciones judiciales a las fiscales se anuncian últimamente como un paso grande en la dirección del proceso penal adversarial (acusatorio). De hecho, sin embargo, el cambio poco tiene que ver con el incremento de los elementos de contienda en las primeras etapas del proceso penal continental (...) esta variación institucional apenas incide en la estructura 'inquisitiva' de los procedimientos previa al juicio (...) La medida en la que un acusado y su abogado pueden aportar a las actividades de recolección de las pruebas si es determinante". Véase Mirjan Damaska, *Aspectos globales de la reforma del proceso penal, Reformas de la Justicia Penal en las Américas* (Fundación para el Debido Proceso Legal), s.a. Disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1190596764.pdf>

⁴³ Algo que comparten Brasil, los Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra, con importantes modulaciones en cada uno de los sistemas sobre los que no podemos detenernos ahora. Cfr. Craig M. Bradley, "Unites States", en Craig M. Bradley (ed.), *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, 2a. ed., Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2007, pp. 519-548; Penny Darbyshire, P, "England and Wales", en AA. VV, *Criminal Procedure in Europe*, op. cit.; F. Magalhaes Barros, "Reforma do processo penal. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis núms 11.690/08, 11.719/08 e 11.900/09", 2a. ed., Del Rei, 2009.

⁴⁴ Circunstancia previsible en el procedimiento abreviado español, cuya fase intermedia se orienta esencialmente a fundamentar la acusación y en la que, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990, se modificó el art. 773, 1, II LECrim concediendo al Ministerio Fiscal la facultad de instar la conclusión de la investigación tan pronto estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal.

la defensa o reduciendo su fuerza, como en el caso de pedir prórroga para la práctica de diligencias, las cuales, cuando son solicitadas por parte de la defensa, no resultan vinculantes.⁴⁵ De otro modo, si el Ministerio Público busca tanto la absolución del inocente como el castigo del culpable, su actuación genera dudas sobre su imparcialidad.

En este sentido, llama la atención que un órgano internacional como la Corte Penal Internacional no deje la decisión de ejercitar la acción en manos del fiscal investigador, sino que atribuya a otro órgano –la Sala de Cuestiones Preliminares– la decisión sobre si existen suficientes elementos para sostener la acusación tras una "audiencia para confirmar cargos".⁴⁶

6. Acusatorio y prueba

La eventual intervención del órgano juzgador en la prueba constituye una de las muestras más palpables de las contradicciones entre un modelo procesal penal, cuya finalidad requiere de evidentes manifestaciones de oficialidad –algo que por cierto también sucede en el modelo norteamericano–, y el rechazo a cualquier intervención probatoria calificándola de inquisitorial; mientras que, paradójicamente, en el proceso civil, paradigma del adversativo y del proceso de partes en igualdad de condiciones, al Juez se le permite intervenir en nombre de preservar la calidad de la decisión final.⁴⁷

En materia probatoria –sobre la que no cabe señalar más que lo imprescindible– la situación actual se mueve entre la "búsqueda de la verdad", objetivo que

⁴⁵ Art. 781,1 Ley de Enjuiciamiento Criminal (España).

⁴⁶ Art. 61 Estatuto Corte Penal Internacional.

⁴⁷ Una explicación de este fenómeno y algunos de sus riesgos y consecuencias en mi trabajo "Algunas reflexiones en torno a la convergencia de los procesos civil y penal y la deriva común hacia métodos extra jurisdiccionales", en Teresa Armenta Deu (coord.), *La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 227-254.

corresponde a la configuración de un proceso penal que responde a la protección de intereses generales; y la renuncia a dicho fin, que para alcanzar mecanismos de consenso deben ineludiblemente renunciar a buscar una verdad, más allá de la formal que las partes configuren mediante el acuerdo alcanzado. A ello se une la perspectiva adversativa que entiende contraproducente la búsqueda de la verdad desde el punto de vista de una rápida resolución del conflicto.⁴⁸

Más allá de esta breve referencia, tres aspectos conectan el acusatorio con la actividad probatoria: 1) no poder utilizar al sospechoso como fuente de prueba; 2) la necesidad de que ésta se practique una vez formulada la acción, es decir, en el juicio, desechando cualquier valor atribuido al "dossier" y 3) limitar (o eliminar) la intervención judicial en la propuesta y práctica de medios probatorios, más allá, claro está, de su control.⁴⁹

En el primer sentido, la confesión del sospechoso se pone en entredicho como una de las primeras críticas hacia los sistemas mixtos.

Es cierto que desde el punto de vista adversativo, y a partir del caso *Escobedo vs. Illinois*, el interrogatorio del sospechoso termina la fase inquisitiva y comienza la adversativa y así, el Estado asume la carga total de la prueba.⁵⁰ Como también lo es que garantías paralelas imperantes en los modelos mixtos (derecho a no confesar contra uno mismo y a no confesarse culpable o derecho a guardar silencio y derecho a la presunción de inocencia) propician que el sospechoso no

⁴⁸ El modelo adversativo norteamericano debe buscar el equilibrio entre la necesidad de probar la responsabilidad *beyond any reasonable doubt* con los límites y derechos contemplados en las Enmiendas IV y V que actúan como freno a la autoridad del Estado. La verdad será la que conformen la actividad de las dos partes adversarias, aceptando de antemano que pueda conducir a resultados alejados de aquella verdad, quizás inalcanzable, admitiendo incluso posiciones más radicales como la llamada "sporting theory". En Stephen c. Thaman, "Aspectos adversativos, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal...", *op. cit.*, p. 167; y *Cfr.* Teresa Armenta, *Sistemas procesales penales*, *op. cit.*, pp. 91-95.

⁴⁹ Tanto para excluirla aplicando la "exclusionary rule", como para garantizar que los medios y su práctica en el juicio se adecuan a lo establecido legalmente.

⁵⁰ US Supreme Court, *Caso Escobedo vs. Illinois*. Sentencia 378 US 478 (1964).

resulte obligado a decir la verdad y que tenga el derecho a mentir, así como que, en línea de principio, no quepa enervar la presunción de inocencia y, por tanto, condenar en atención exclusivamente a la confesión obtenida antes del juicio. Hasta el TEDH admite la posibilidad de condena cuando, atendidas las circunstancias, la confesión se ve acompañada de alguna otra prueba indiciaria.⁵¹

En lo relativo a la falta de eficacia probatoria de lo obtenido en la investigación (*dossier*, atestado, etc.), si bien ésta opera como principio estructural de un proceso cuya fase previa sólo consta de diligencias investigadoras, sin valor probatorio, lo cierto es que la persecución de la criminalidad, tanto en cuanto a su objeto (terrorismo, delincuencia internacional, delincuencia cibernética) como a los medios empleados, obliga a recurrir inexorablemente a la validez de las "pruebas anticipadas o preconstituidas", haciendo descansar sobre su práctica a las garantías correspondientes, y a otorgar eficacia a la reproducción de aquellas diligencias investigadoras incorporadas al *dossier* en el juicio mediante diferentes instrumentos (testimonio de los agentes que participaron en las mismas, documentación o declaración del perito), salvaguardando en la medida de lo posible la contradicción.⁵²

Finalmente, la confrontación entre acusatorio y oficialidad/búsqueda de la verdad puede ilustrarse con el ejemplo del art. 729 de la LECrim.

Conforme a este precepto, y tras la prohibición que figura en el art. 728 LECrim,⁵³ el Juez podrá: practicar careos de oficio o a propuesta de las partes, diligencias

⁵¹ TEDH, *Caso John Murray c. Reino Unido*. Sentencia de 8 de febrero de 1996. Demanda núm. 18731/1991 y TEDH, *Caso Condrom*. Sentencia de 2 de mayo de 2000.

⁵² El artículo 730 LECrim señala: "Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección".

⁵³ "No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas".

no propuestas pero que se consideren necesarias para comprobar hechos contenidos en el escrito de calificación, y cualquier medio de prueba solicitada por las partes para acreditar circunstancias que influyan en el valor probatorio de la declaración de un testigo.

Se plantea si debe primar la especial naturaleza del *ius puniendi* y la búsqueda de la verdad como finalidad primordial del proceso penal, lo que atempera la estricta sujeción al principio de aportación de parte, tal como avala un sector doctrinal y el TEDH.⁵⁴ O por el contrario, se vulneraría la imparcialidad judicial y con ello el principio acusatorio.⁵⁵ Entre ambas, una tercera hermenéutica busca una posición integradora, conforme a la cual el precepto es válido y aplicable, siempre y cuando se encamine, no a probar la existencia de hechos, sino a contrastar o verificar la prueba sobre ellos, es decir, a constatar si la prueba es fiable desde el punto de vista del art.741 LECrim.⁵⁶ Una posición que enlaza con aquella otra que exige poder comprobar verazmente los hechos, o lo que es igual, que el Juez esté en condiciones de disponer de todos los medios probatorios, sin abandonar este extremo exclusiva y excluyentemente, al albur de la actuación de las partes.⁵⁷

Dando por supuesto, claro está, que la práctica de cualquier medio excepcional se limitaría a los hechos alegados en los escritos de calificación para salvaguardar aquí también el acusatorio.⁵⁸

⁵⁴ TEDH, Caso *Barberá Messegué y Jarbado vs. España*. Sentencia de 6 de diciembre de 1988. Demanda núm. 10588/1983 y 10590/1983.

⁵⁵ Diversas sentencias del Tribunal Supremo español así lo han entendido: TS de 1 de diciembre de 1993; de 23 de diciembre de 1995; de 11 de mayo de 1996; y de 6 de marzo de 2001, en una línea hermenéutica constante, aunque no única.

⁵⁶ TS, sentencias de 1 de diciembre de 1993, de 23 de diciembre de 1995, de 11 de mayo de 1999, y de 6 de marzo de 2001; también en este último sentido, la STC 188/2000.

⁵⁷ Cfr. Michele Taruffo, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 29, 2006, pp. 249-271.

⁵⁸ El proceso penal alemán contempla el *Aufklärungspflicht* (deber de esclarecimiento) (parágrafos 155 y 244,2 StPO, limitados a los hechos y sujetos que figuran en el escrito de acusación; al igual que el CPP portugués (art. 340,2), y el CPP italiano, que tras su reforma en pos del modelo adversativo, si bien consagra la iniciativa de parte, otorga poderes al Juez para el examen de los testigos (art. 506 CPP) y prevé la práctica –incluso *ex officio*– de determinados medios de prueba (art. 507 CPP).

7. Acusatorio, contradicción y derecho de defensa

Estos dos principios y un derecho, que podríamos decir que en un sentido amplio configuran un sistema acusatorio, no son, sin embargo, equivalentes. Como hemos ido comprobando, el principio acusatorio nos sitúa en la perspectiva 'órgano-partes' y el 'objeto' del proceso, requiriendo el ejercicio previo de una acción penal y la imparcialidad entre quien acusa y quien juzga, y –a mi juicio– entre investigación y ejercicio de la acusación. En tanto, la contradicción opera en un plano horizontal encaminándose a procurar que las partes sean oídas y conozcan y puedan defenderse sobre todos los aspectos de hecho y de derecho.

Así, en tanto todo lo que afecta a la acción penal y al objeto del proceso (sujetos y hechos) ha de analizarse desde la perspectiva del principio acusatorio; el derecho a conocer de los términos de la acusación y los aspectos relativos a las calificaciones jurídicas o a la pena solicitada inciden en el campo cubierto por el principio de contradicción y el derecho de defensa. Estos últimos, sin formar parte del objeto del proceso, deben trasladarse a las partes, pero más que por exigencias del acusatorio, para evitar comprometer su derecho de defensa en términos absolutos (generando indefensión) y en otros más concretos, relativos a las tácticas de defensa concretas. Sólo en este último aspecto pudiera hablarse de implicaciones del sistema acusatorio.⁵⁹

7.1. La correlación entre acusación y sentencia: congruencia penal

Como ya señalara líneas arriba, un sector doctrinal y jurisprudencial traslada al derecho de defensa el campo a cubrir por la necesaria correlación entre acusa-

⁵⁹ Así se plantearía, por ejemplo, en el supuesto de cambiar la calificación de estafa por la de apropiación indebida, por ejemplo.

ción y sentencia, elevándolo así a criterio identificador de la acción penal. De esta forma, la vinculación del Tribunal a la globalidad de las circunstancias expresamente acusadas es absoluta, por considerarlas parte integrante del hecho en su esencialidad y construir esta esencialidad sobre la base del derecho de defensa. La identificación entre "acusatorio" y "derecho de defensa", esto es, entre aquello que conforma el objeto del proceso (hechos y sujeto) y lo que afecta al derecho de defensa (circunstancias modificativas y determinación concreta de la pena) conduce a entender vulnerado el principio acusatorio ante cualquier modificación agravatoria llevada a cabo por el Tribunal.⁶⁰

Otros distinguen entre ambos institutos, al apreciar que el objeto del proceso penal es la persona imputada y el hecho en su esencialidad, pudiéndose condenar por otros títulos de condena o circunstancias no alegadas, en tanto se respete la esencialidad del hecho. Más en concreto, los hechos (aquellos atribuidos a un determinado sujeto) deben mantener su identidad a lo largo de todo el proceso, aunque puedan modificarse las modalidades del suceso: las circunstancias, el tipo de delito y el grado de ejecución.

Sin embargo, el derecho de defensa exige la ilustración a las partes ante variaciones de la acusación no esenciales, aunque siempre dentro de la homogeneidad entre los delitos. Dicho en otros términos, en atención a esta última concepción, cabe vulnerar el derecho de defensa sin hacer lo propio con el sistema acusatorio, mediante la modificación de aquellas circunstancias no esenciales del hecho delimitador del objeto procesal, omitiendo informar suficientemente al acusado, e impidiendo de esta forma su conocimiento y su defensa. Y viceversa. Es posible, garantizando plenamente éste último derecho, vulnerar el principio

⁶⁰ Cfr. Enrique Ruiz Vadillo, "Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal", *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1987, pp. 873-888. TS, sentencias de 14 de diciembre de 1989; 30 de abril de 1990; 6 de junio 1990 y muchas otras posteriores en idéntico sentido.

acusatorio, recogiendo en la sentencia un hecho distinto a aquél por el que se acusó, pero argumentado en forma tal que satisfaga totalmente la necesidad de contradicción. Esta postura –que sigo pensando es la acertada– no se sostiene mayoritariamente, pese a alguna reforma que la consagraba legalmente. Veámoslo brevemente.

En el ordenamiento procesal español, para que la sentencia sea congruente deberá atenerse a los hechos fijados en los escritos de acusación y defensa y corroborarlos en las conclusiones, no pudiendo imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del art. 788.3 LECrim.

Conforme a este precepto: el Juez o Tribunal, tras requerir al Ministerio Fiscal y a los letrados un mayor esclarecimiento de los hechos concretos de prueba y de la valoración jurídica de los hechos, puede someterles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados para que puedan modificar los términos de su acusación, quedando tal modificación sujeta en todo caso a que una parte asuma alguno de los planteamientos sometidos a debate por el Juez o Tribunal.

De esta forma, mientras el Tribunal no altere el objeto del proceso, no debería haber inconveniente en que, respetando los derechos de defensa y contradicción, dicte sentencia, en la que ofrezca una calificación a la inicial, pero que haya sido debatida posteriormente o se aprecie un grado de ejecución o participación también distinto.

Sin embargo, esta previsión legal ha sido objeto de una exégesis jurisprudencial correctora conforme a la cual: "El Tribunal sentenciador no puede imponer pena

superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza la prevista legalmente, se ha de imponer el mínimo legal previsto". Posición corroborada con singular trascendencia jurídica en la STC 155/2009, de 25 de junio de 2009, extendiendo su aplicación a todos los procedimientos.

7.2. Acusatorio y prohibición de *reformatio in peius*. El doble grado (una breve mención)

La prohibición de *reformatio in peius* presenta notas peculiares en el proceso penal, desde el momento en que su configuración en el proceso civil se acomoda a la disponibilidad de los derechos en litigio, aspecto ausente en el primero. A pesar de esta consideración, se ha ligado la citada prohibición al principio acusatorio a modo de trasunto del deber de congruencia de la primera instancia, atendiendo primordialmente a garantizar la posición imparcial del Tribunal que resuelve del recurso de apelación, preservando su más absoluta neutralidad al respecto.

La impugnación de la sentencia es la que opera la investidura del Tribunal Superior de manera que, salvo excepciones previstas legalmente, el efecto devolutivo se limita a los puntos objeto del recurso, sin que quien lo ejercita pueda obtener una resolución que empeore su situación tras la primera instancia. En sentido contrario, no se produce una *reformation in peius* cuando existe pretensión recurridora dirigida a obtener el resultado peyorativo o cuando el mismo resultado viene legitimado por la aplicación de normas de orden público.

Pese a lo dicho, una lectura más adecuada del principio acusatorio propiciaría las dudas sobre si la prohibición de *reformatio in peius* deriva o no de aquél; situándose más en el deber de congruencia del Juez y en no vulnerar el derecho de defensa. Con todo, es posible incorporarlo a una lectura "amplia", que lo incorpore al ámbito del sistema acusatorio.

En cuanto a la "segunda instancia" conviene recordar, de inicio, que el principio acusatorio es un proceso de instancia única, algo conexo a su primitiva configuración ante el jurado que exigía la oralidad y la inmediación.⁶¹

El conocido como "doble grado" está vinculado al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a tenor de cuyo art. 14.5: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a tribunal superior, conforme a lo previsto en la Ley".

Con este mandato se requiere la revisión de las sentencias condenatorias, generalmente mediante un recurso de apelación o revisión, abriendo una serie de interrogantes, más que relativos al principio o sistema acusatorio a otros dos formas conexas con aquel: la inmediación y la oralidad, singularmente en aquellos casos en que la sentencia absolutoria en primera instancia se había sustentado en pruebas (como la testifical o la declaración del acusado) practicadas con inmediación.⁶²

8. Aspectos no implicados inexcusablemente en un proceso acusatorio aunque lo perfeccionen

8.1. Acusatorio y oralidad

Por oralidad se entiende la forma procedimental que implica fundamentar la resolución judicial únicamente en el material aportado por las partes por medio

⁶¹ Sobre la configuración originaria acusatoria véase, Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada, *Derecho procesal penal*, 10a. ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1986.

⁶² Las dificultades que originan la inmediación en el recurso de apelación se tratan por Perfecto Andrés Ibáñez, "Sobre el valor de la intermediación. Una aproximación crítica", *Jueces para la democracia*, núm. 46, 2003, p. 46. También María Pía Calderón Cuadrado, "Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado", Comares, Granada, 1996; y Teresa Armenta Deu, "La reforma del recurso de apelación y la generalización de la segunda instancia", *Justicia. Revista de derecho procesal*, núm. 1, 2016, pp. 43-95.

de la palabra hablada, y especialmente en la prueba desarrollada oralmente ante el órgano judicial. Su vigencia total o prioritaria venía como exigencia en los procesos ante el jurado y hubiera debido ser la forma a que se tendiera en todo proceso penal. De hecho, en el modelo inglés, el *prosecutor* tiene la carga de probar la acusación de forma oral y respetando la inmediación.⁶³ La realidad, sin embargo, pone de manifiesto, la práctica inexistencia de tal modelo, como se advierte al final del apartado 8.4.

Todo esto no es ajeno al sistema acusatorio, desde luego, pero tampoco pertenece a su esencia, desde el momento en que se necesita acudir a la escritura, o al uso de otros medios electrónicos, por ejemplo, cuyo soporte tampoco es oral.⁶⁴ Cuando se utilizan no lo vulneran, sino que responden a necesidades que prevalecen sobre la oralidad, como sucede en la lectura de diligencias de investigación, reproducción de intervenciones telemáticas, lectura de testimonio de alguien muerto o ausente, documento penal electrónico.⁶⁵ Sí comprende la oralidad y en tal sentido implica o deriva del sistema acusatorio en tanto las audiencias deben producirse de tal forma con asistencia de las partes y procurando actuar de forma contradictoria y cruzada. Como veremos enseguida, la oralidad se encuentra íntimamente relacionada con la inmediación y la concentración.

8.2. Concentración e inmediación

En efecto, para la vigencia de la oralidad resulta más determinante el acompañamiento de dos formas que son su consecuencia: la inmediación, y la concentración.

⁶³ Cfr. Richard Vogler, *A World View of Criminal Justice*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 130-155.

⁶⁴ Véase Silvia Pereira Puigvert, *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2013.

⁶⁵ Como contrapunto cabe señalar la relevancia de la videoconferencia. Al respecto, véase Ana Montesinos García, *La videoconferencia como instrumento probatorios en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

La intermediación es consecuencia del triple fundamento del proceso que surgió como reacción al sistema de justicia secreta (publicidad, oralidad y juicio por jurados). El juicio debe realizarse oralmente para que cualquiera pueda verlo, oírlo y entenderlo, y, por ende, los Jueces sólo pueden acceder a una prueba practicada ante ellos.

En otros términos, vigente la intermediación y la oralidad a la que lógicamente acompaña, el Juez que resuelva el proceso debe haber asistido a la práctica de las pruebas presencialmente, *con intermediación*, apreciando las declaraciones y observando directamente la práctica de los medios de prueba.

La intermediación es, asimismo, la consecuencia necesaria de eliminar la prueba tasada, imperante en el antiguo proceso secreto y de rasgos inquisitoriales; y de ahí, que se cite en conexión con el principio acusatorio, aunque no pertenezca a su esencia.

La ausencia de intermediación constituye –como ya he adelantado– un obstáculo a la hora de articular la llamada "doble instancia" en el proceso penal, entre otros aspectos, por la dificultad del Juez de apelación para cumplimentar las repetidas formas de oralidad e intermediación a la hora de resolver sobre determinadas pruebas que se practicaron así en primera instancia, como la testifical o la confesión, cuando se pretende revisar la condena.⁶⁶

8.3. Acusatorio y medidas cautelares

La adopción de medidas cautelares es un tema tan discutido como ineludible en la práctica, que por otra parte, excede el objeto de nuestro análisis.⁶⁷ Pese a lo cual, resultan oportunas un par de puntualizaciones.

⁶⁶ Véase nota 62.

⁶⁷ Véase al respecto Virginia Pujadas Tortosa, *Teoría general de las medidas cautelares. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

De una parte, resaltando que la mayor neutralidad judicial en relación con el desarrollo del proceso ha llevado a requerir que algún acusador formule la solicitud de prisión provisional en países como España, donde para la adopción de dicha medida cautelar no basta que el Juez la adopte de oficio, aun cuando concurren las circunstancias previstas legalmente, sino que, en nombre del acusatorio, deba solicitarse y mantener dicha solicitud por alguna de las partes acusadoras y tras una audiencia o comparecencia ante el Juez.

Esto significa que la adopción de la prisión provisional además de sujetarse a la concurrencia de los presupuestos legalmente previstos, se supedita al hecho de que lo inste así un acusador, resultando improcedente, de no ser así.⁶⁸ Pese a que la Exposición de Motivos de la reforma de 1995, que incorporó la necesaria instancia de parte, apelaba a exigencias del acusatorio, lo cierto es que, en realidad, se buscaba limitar el poder del Juez instructor, como se infiere perfectamente de que dicha iniciativa no se exija cuando se trata de adoptar de la libertad provisional, por ejemplo.⁶⁹

Más allá de lo expuesto, ahora sí cabría plantearse, más en conexión con el principio acusatorio, las dudas sobre la incompatibilidad entre la función de adoptar las medidas cautelares y la de instruir o dirigir la investigación.

No creo que quepa sostener la incompatibilidad entre dichas funciones en la que el objeto del proceso aún no estará delimitado. Quizá, sólo acudir a ciertos criterios para evaluar dicha imparcialidad, en función de que haya emitido jui-

⁶⁸ Art. 504 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁶⁹ La reforma se incorporó extravagantemente en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, cuya Exposición de Motivos señalaba expresamente: La introducción de un nuevo artículo 504 bis 2 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto a la adopción de medidas cautelares de privación o restricción de la libertad, incorpora una necesaria audiencia del Ministerio Fiscal, las partes y el imputado asistido de letrado, inspirada en el principio acusatorio, y suprime la exigencia de ratificación del auto de prisión. De esta forma, la limitación de la iniciativa judicial se equilibra con la instauración de los beneficios del contradictorio, sin perjuicio del carácter reformable de las medidas adoptadas durante todo el curso de la causa.

cios valorativos sobre la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad del sujeto; de forma, que cuando no haya sido así no cabrá entender, perdida la parcialidad o presente la existencia de prejuicios.⁷⁰

No olvidemos, finalmente, y nuevamente, no por imperativo del acusatorio sino del adversativo, que el fin de que el sospechoso no sea utilizado como objeto de investigación se opone a la adopción de la prisión provisional, suscitando la duda de si tal rechazo implica cualquier medida cautelar (como una orden de alejamiento o portar una pulsera de localización), o se reduce a la prisión como medida más invasiva y limitadora frontalmente del derecho fundamental a la libertad de movimientos. En este último sentido coincidiría con la opinión de la doctrina que defiende que la libertad provisional debe ser la medida preferible y la prisión provisional, la excepcional, procedente sólo para aquellos casos en que así lo exijan las circunstancias.

8.4. Algunas cuestiones más

Entre los aspectos a los que, sin ánimo de exhaustividad, puede hacerse una última referencia cabe citar:

- a) la necesidad de informar cuanto antes al investigado de su condición de tal, para abrir así la plena vigencia del derecho de defensa;
- b) de hacerle conocer de la acusación formulada o
- c) del derecho a la no incriminación.

Cuestiones todas que, a duras penas, se corresponden con el principio acusatorio, pudiendo incorporarlas a un concepto amplio de "sistema acusatorio" en la

⁷⁰ Sigo en este criterio al propuesto por Virginia Pujadas Tortosa, quien a su vez se remite a Jiménez de Asúa, autor que sostiene que el Juez instructor, en principio, emite juicios descriptivos (tipicidad del hecho y participación del sujeto), dejando los criterios valorativos (antijuridicidad y culpabilidad) al órgano sentenciador. V. Pujadas, *Teoría general de las medidas cautelares...*, op. cit., pp. 165-168.

medida en que se sostenga una pareja concepción de éste, por oposición a un modelo como el inquisitorio del que se persigue el máximo alejamiento, aproximándolo así a "un proceso con todas las garantías" o "un proceso debido", configuraciones ambas que salvaguarden en definitiva aquellos aspectos como la contradicción, el derecho de defensa y otros derechos conexos.⁷¹

Finalmente, ¿qué ocurre con el Tribunal del Jurado? No es posible, aquí y ahora, acometer un tema tan extenso y de tan hondo calado, pero no se debe terminar una referencia al sistema acusatorio olvidando el Tribunal del Jurado, o el Jurado, a secas. Paradigma para algunos del modelo adversativo por ser, pese a su actual declive, la institución que menos variaciones ha sufrido a lo largo de los años;⁷² este Tribunal ha sido incorporado diversos modelos europeos a través del Escabinato,⁷³ a excepción de España;⁷⁴ habiendo sido derogado, sin embargo, en otros países en los que resultaba tradicional, como Gran Bretaña en 1933, por su elevado coste y pasando a desempeñarse por Magistrados técnicos, interviniendo el "Petty Jury" o "Jurado del Veredicto" (12 personas) en el 1% de las causas penales. Algo que salvo error u omisión, se repite en la inmensa mayoría de los países iberoamericanos;⁷⁵ pese al cúmulo de reformas habidas en pos de que el

⁷¹ Mi particular configuración del conjunto de derechos y garantías se encuentra Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, 10a. ed., Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 35-75. Otras posibles en Juan Montero Aroca, *Principios del proceso penal (Una explicación basada en la razón)*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 1997; David Alan Skalansky, "Anti-inquisitorialism", *Harvard Law Review*, núm. 122, 2008, pp. 1684-1703. William T. Pizzi, "Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body", en John Jackson, Máximo Langer y Peter Tillers (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context*, Hart Publishing, 2008; o entre otros, Bernard Schünemann, "¿Crisis del procedimiento penal (Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, Cuadernos del CGPJ, núm. 8, 1991.

⁷² Robert P. Burns, *The Death of the American Trial*, The University of Chicago Press, Chicago, 2009, p. 4.

⁷³ Sobre el juicio en una selección de países europeos, Teresa Armenta, *Sistemas procesales penales*, *op. cit.*, p. 177 (Italia); p. 184 (Francia); p. 192 (España).

⁷⁴ Sobre el jurado que en España está formado íntegramente por legos, tras la Constitución, AA. VV, *Comentarios a la Ley del Jurado*, Aranzadi, España, 1999; AA.VV, *Comentarios a la Ley de Jurados*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, España, 1999.

⁷⁵ En el Estado de Córdoba (Argentina) y Chubut (Argentina) sí están regulados.

modelo alcance la máxima acusatoriedad o incluso a estar previsto legalmente o en la Constitución.⁷⁶

9. Una precisión final: acusatorio y adversativo

La innegable influencia que ha tenido siempre el modelo norteamericano como referencia del sistema acusatorio conduce a identificar el acusatorio y el adversativo, que si bien tienen importantes puntos de encuentro no siempre coinciden; esencialmente porque, en realidad, el modelo teóricamente imperante en los Estados Unidos⁷⁷ es adversativo, o lo que es lo mismo, un proceso de partes, que cifra su esencia en la figura del jurado, también jurado de acusación, en un Ministerio Fiscal que actúa como parte, y no "en defensa de la legalidad", y en un Juez cuya figura es puramente arbitral para salvaguardar un *fair play*. En una aproximación simplificada, pueden destacarse del modelo ciertas características como:

- A) No utilizar al acusado como objeto de investigación y evitar a toda costa que una persona se vea sometida a una acusación infundada o la llamada pena de banquillo, circunstancia que implica:
 - a) que haya que aportar elementos que persuadan suficientemente de la "evidencia de culpabilidad" antes del juicio y a determinar la "causa probable" a través de las correspondientes audiencias;
 - b) que teóricamente, al menos, no proceda la prisión provisional;
 - c) prohibir la práctica de prueba si no es en presencia del jurado, sometida a interrogatorio cruzado, debiendo rechazarse ante las dudas sobre su credibilidad.

⁷⁶ Cfr. Teresa Armenta, *Sistemas procesales...*, op. cit., p. 211 (Colombia) y p. 231 (Brasil).

⁷⁷ Es conocido que hablamos de un ideal que difícilmente alcanza el 1% de aplicación en la resolución de los crímenes, Robert P. Burns, *The Death of the American Trial*, op. cit., p. 6.

- B) La iniciativa particular y el carácter confrontativo y bipolar del proceso, con un Juez absolutamente pasivo, visualizado singularmente en la *Confrontation clause and cross examination*.
- C) El jurado, por ser la institución más invariable a lo largo del tiempo, y porque sólo será válida la prueba practicada ante el jurado y mediante interrogatorio cruzado, conforme a las Quinta y Sexta Enmiendas.

Por otra parte, el sistema acusatorio, que no se opone al adversativo, presta atención a la investigación para poder sustentar la acusación requiriendo de la intervención del Juez en todas aquellas medidas que limitan derechos básicos o fundamentales (garantía jurisdiccional), ya sea por el propio Juez Director de la instrucción, ya a través de un "juez de garantías", preservando la imparcialidad entre acusador y enjuiciador.

Tanto la presunción de inocencia como el derecho de defensa son objeto de atención de ambos, empero, con diversos matices.

El sistema adversativo se centra en la prohibición de autoincriminación, que también rige en el acusatorio, aunque incorporado en el derecho de defensa o en que, al menos teóricamente, el investigado no sea objeto de medida alguna.⁷⁸

En el sistema acusatorio, la necesidad de garantizar la presencia del acusado para poder iniciar el proceso, la protección de las fuentes probatorias o del mismo encausado, permite adoptar una serie de medidas cautelares que, sin embargo, precisamente por estar orientadas a fundamentar la acción y para garantizar la neutralidad del Juez, requieren ser solicitadas por alguna parte acusadora.

⁷⁸ Circunstancia que parece no se salvaguarda en la realidad, al ser las medidas cautelares práctica común tanto en los llamados modelos mixtos, como en los adversativos. Véase Guillermo Ormazabal Sánchez, *El derecho a no incriminarse*, Editorial Civitas, Madrid, 2015.

La prueba pre-constituida se adopta justificadamente y se regula la posibilidad de prueba anticipada.⁷⁹

En cuanto al derecho de defensa, como la existencia de dos partes enfrentadas paritariamente resulta consustancial al sistema adversarial, se desarrollan dos investigaciones independientes, debiendo articularse el descubrimiento y revelación (*discovery and disclosure*) como contrapeso a las ventajas tácticas y de medios del investigador oficial. En el modelo acusatorio la atención se centra en que el investigado conozca cuanto antes su situación, disfrute de asistencia letrada y pueda tener conocimiento y una participación contradictoria en la investigación.⁸⁰

Ni uno ni otro sistema se sustrae a las críticas externas e internas y ni uno ni otro se mantiene en un estado "puro" u ortodoxo.

Respecto al adversativo, las críticas, en un recordatorio de trazo grueso, se centran en: a) la ausencia de un deber de comprobar la veracidad de los cargos de la acusación; b) la limitación del derecho a la no autoincriminación que no ha impedido leyes que exigen al acusado informar antes del juicio de la utilización de defensas positivas como coartadas o alegar la inimputabilidad; c) permitir que el Gran Jurado obligue a los testigos a declarar en secreto sin asistencia letrada; d) que el futuro acusado no presencie los actos de investigación ni conozca sus resultados o pueda presentar medios de prueba propios o cuestionar el fundamento de la acusación; e) que el fiscal ante el Gran Jurado no tenga la obligación de presentar pruebas exculpatorias, aunque las tenga; f) que toda condena basada en *guilty plea* niegue el adversativo, por esencia, y conduce a mayores presiones del "prosecutor" cuanto más débil es la acusación y mayor la posibilidad de absolución. Y con carácter casi unánime la desigualdad

⁷⁹ Teresa Armenta D., *Lecciones de derecho procesal penal*, op. cit., p. 284.

⁸⁰ La declaración de secreto del sumario que cercena la publicidad externa del proceso, pero la relativa al investigado también constituye un supuesto excepcional.

consagrada mediante un proceso de partes que a duras penas pueden garantizar la igualdad de sus posiciones y medios, así como el hecho incontestable de ser un modelo que a duras penas se aplica al uno o dos por ciento de la criminalidad.⁸¹

Las objeciones frente a los llamados sistemas mixtos se enfocan en: a) no preservar la neutralidad judicial; b) utilizar al futuro acusado como "fuente de prueba" de modo particularmente grave si el investigado no resulta acusado; c) dar valor a determinados elementos del *dossier*; d) permitir la condena por declaraciones en la instrucción; y e) la intervención judicial en materia probatoria.⁸²

Ambos han ido incorporando aspectos del otro sistema, si bien, resulta innegable el avance, lento pero seguro, del llamado "proceso adversativo", fundamentalmente en Iberoamérica, aunque el resultado no ha sido homogéneo sino más bien fragmentado; algo que, por otra parte, es perfectamente previsible, ya que el modelo común es incorporado a realidades, tradiciones y sociedades diversas en su origen y en su desarrollo.⁸³

Fuentes

AGUILERA Barchet, Bruno, "La estructura del procedimiento inquisitorial", en PÉREZ Villanueva, Joaquín y ESCANDELL Bonet, Bartolomé, *Historia de la Inquisición en España y América*, vol. II, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, pp. 334-558.

⁸¹ Véase nota siguiente y Teresa Armenta Deu, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 137, 141 y 164.

⁸² Cfr. Stephen Thaman, "Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos..", art. cit.; Juez White, "Official Inducement to Plead Guilty: Suggested Morals for a Marketplace", *The University Chicago Law Review*, vol. 32, 1964, pp. 167; Note, "The Uncostituonality of Plea Bargaining", *Harvard Law Review*, núm. 83, 1970, p. 1387; David A. Sklansky, "Quasi-Affirmative Rights in Constitutional Criminal Procedure", *Virginia Law Review*, vol. 88, núm. 6, octubre 2002, pp. 1229, 1279-81.

⁸³ Véase Máximo Langer, "Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de las ideas legales desde la periferia", *INECIP*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Julio 2007. Circunstancia advertida sabiamente por M. Damaska, "Aspectos globales de la reforma del proceso penal" en *Reformas de la Justicia Penal en las Américas*, Fundación para el Debido Proceso Legal, 1999.

ALCALÁ, Ángel, *El proceso inquisitorial de fray Luis de León*, Junta de Castilla y León, Salamanca, 1991.

ARMENTA Deu, Teresa, *Principio acusatorio y Derecho Penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995.

_____, "Algunas reflexiones en torno a la convergencia de los procesos civil y penal y la deriva común hacia métodos extra jurisdiccionales", en Teresa Armenta Deu (coord.), *La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 227-254.

_____, *Sistema procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

_____, "Nuevo proceso penal: sistemas y valoración de pesos y contrapesos", en ARMENTA Deu, Teresa, *Estudios de Justicia penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 29-49.

_____, "La víctima como excusa: diversas posiciones en torno a su figura y tratamientos en los sistemas procesales", en ARMENTA Deu, Teresa, *Estudios de Justicia penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 207-228.

_____, "La reforma del recurso de apelación y la generalización de la segunda instancia", *Justicia. Revista de derecho procesal*, núm. 1, 2016, pp. 43-95.

_____, *Lecciones de derecho procesal penal*, 10a. ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.

_____, "La acción popular: claves de una reforma que conviene ponderar", *Justicia. Revista de derecho procesal*, núm. 1, 2017, pp. 71-126.

_____, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

_____, "La investigación penal ¿jueces o fiscales?", *Estudios de Justicia Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 119-127.

_____, y OROMI Vall-Llovera, Susana, *El ejercicio de la acción popular*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

ANDRÉS Ibáñez, Perfecto, "Sobre el valor de la intermediación. Una aproximación crítica", *Jueces para la democracia*, núm. 46, 2003, pp. 57-66.

AA. VV, *Criminal Procedure in Europe*, Max-Planck Institut", Friburgo, band S. 112, 2008.

AA. VV, *Comentarios a la Ley del Jurado*, Aranzadi, España, 1999.

BRADLEY, Craig M., "Unites States", en BRADLEY, Craig M. (ed.), *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, 2a. ed., Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2007, pp. 519-548.

BURNS, Robert P., *The Death of the American Trial*, The University of Chicago Press, Chicago, 2009.

DAMASKA, Mirjan, "Aspectos globales de la reforma del proceso penal" en "Reformas de la Justicia Penal en las Américas", Fundación para el Debido Proceso Legal, 1999.

GOLDSCHMIDT, James, "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal" (Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de Enero, Febrero y Marzo de 1935), J. M. Bosch, Barcelona, 1935.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal: de 14 de septiembre de 1882*, t. II, J. M. Bosch, Barcelona, 1951.

GONZÁLEZ-CUELLAR S., Nicolás, *Ecos de Inquisición*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2014.

LANGER, Máximo, "Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de las ideas legales desde la periferia", *INECIP*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, julio 2007.

MONTESINOS García, Ana, *La videoconferencia como instrumento probatorios en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

ORMAZABAL Sánchez, Guillermo, *El derecho a no inculparse*, Civitas, Madrid, 2015.

PUJADAS Tortosa, Virginia, *Teoría general de las medidas cautelares. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

RUIZ Vadillo, Enrique, "Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal", *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1987, pp. 873-888.

SIGÜENZA López, Julio, *El sobreseimiento libre*, Aranzadi-Thomson, España, 2003.

SKLANSKY, David A., "Anti-Inquisitorialism", *Harvard Law Review*, vol. 122, núm. 6, 2009, pp. 1684.

_____, "Quasi-Affirmative Rights in Constitutional Criminal Procedure", *Virginia Law Review*, vol. 88, núm. 6, octubre 2002, pp. 1229, 1281.

TARUFFO, Michele, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 29, 2006, pp. 249-271.

THAMAN, Stephen C., "Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos", en BACHMAIER Winter, Lorena (coord.), *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 161-174.

VILLAMARÍN, María Luisa, *El Sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Centro Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

VOGLER, Richard, *A World View of Criminal Justice*, Aldershot, Ashgate, 2005.

REPENSANDO LOS PACTOS PROCESALES PROBATORIOS DESDE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO*

*RETHINKING THE PROBATIONARY PROCEDURES PACTS
FROM THE CONSTITUTIONAL GUARANTEES OF THE PROCESS*

Joan Picó i Junoy**

Resumen

En unos pocos años estamos asistiendo a un fenómeno creciente de privatización del proceso civil, que ha cristalizado, por ejemplo, en los pactos procesales. En este trabajo, se examinan críticamente los pactos procesales probatorios desde la óptica de las garantías constitucionales del proceso.

Palabras clave: pactos procesales probatorios, garantías constitucionales.

Abstract

In a few years we are witnessing a growing phenomenon of privatization of the civil process, which has crystallized, for example, in procedural pacts. In this work,

* Este trabajo se enmarca en el Grupo de Investigación Reconocido y Consolidado "Evidence Law" (2017 SGR 1205) financiado por la AGAUR; y en el proyecto I+D. "Hacia una nueva regulación pericial" (DER 2016-75495-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad teniendo ambos como investigador principal a Joan Picó i Junoy.

** Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat Pompeu Fabra. Presidente de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio.

probationary procedures pacts are critically examined from the perspective of the constitutional guarantees of the process.

Keywords: probationary procedures pacts, constitutional guarantees.

1. Introducción

En muy pocos años estamos asistiendo a un creciente fenómeno de privatización del proceso civil, que ha cristalizado, por ejemplo, en los negocios o pactos procesales. Y como buena muestra de ello, el nuevo Código Procesal Civil brasileño, aprobado por la Ley 13.105, de 16 de marzo de 2015, con carácter general, establece en su art. 190:

Versando el proceso sobre derechos disponibles, es lícito a las partes plenamente capaces pactar cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y acordar sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. Párrafo único. De oficio o a instancia de parte, el juez controlará la validez de las pactos previstos en este artículo, y negará su aplicación solamente en los casos de nulidad o inserción abusiva en contrato de adhesión o en aquel otro en el que cualquiera parte se encuentre en manifiesta situación de vulnerabilidad.¹

De esta forma, se pretende luchar contra la ineficacia del proceso y, muy especialmente, su lentitud. Se considera que la autonomía de la voluntad es el mejor instrumento para una rápida obtención de la tutela judicial requerida.

Sin embargo, creo que debemos reflexionar sobre este fenómeno en clave de garantía constitucional del justiciable y pensar en el objetivo final de lograr la mejor justicia posible en la resolución judicial de los conflictos.

¹ Al respecto, véase Lorena Mirada S. Barreiros, *Convenções processuais e poder público*, JusPODIVM, Salvador, 2017; Antonio do Passo Cabral, *Convenções processuais*, 2a. ed., JusPODIVM, Salvador, 2018; Antonio do Passo Cabral y Pedro Henrique Nogueira (coords.), *Negócios processuais*, 3a. ed., JusPODIVM, Salvador, 2017; Adriano C. Cordeiro, *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento*, Juruá, Curitiba, 2017; Renault Godinho, *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, Revista do Tribunais, São Paulo, 2015; y los diversos estudios publicados en la obra de Pedro Henrique Nogueira y Renzo Cavani, *Convenções processuais*, (coords.), Racuel, Lima, 2015.

En España el derecho a probar ha adquirido el rango de fundamental en su sistema constitucional, entre otros ordenamientos, lo que, como indicaré seguidamente, tiene una repercusión directa en el tema de los pactos procesales probatorios. Ello no significa que todos aquellos que potencien o favorezcan la actividad probatoria deban ser bienvenidos. Sólo deberemos repensar la validez de los que limiten dicha actividad, esto es, aquellos que reduzcan la capacidad de enjuiciamiento que pueda tener el Juez sobre los hechos conflictivos respecto de los cuales se requiere su tutela.

En mi modesta opinión, el conjunto de las garantías constitucionales del proceso son innegociables, por lo que no pueden ser objeto de negociación privada por las partes.^{2 3} Este auge de los pactos privados se sustenta, entre otras, en la idea completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular. Es cierto que las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran, desde hace tiempo, superadas, a favor de una visión "publicista" o "social" del proceso que lo concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igual-

² Así me pronuncié en Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., J. M. Bosch, Barcelona, 2012, pp. 34-35. Y en la misma línea, Luis Aguiar de Luque al analizar los límites de los derechos fundamentales, sostiene que "por más que los derechos fundamentales puedan ser asimilados a la noción de derechos subjetivos [...] es innegable que gozan de particularidades respecto a éstos, particularidades que no pueden ser desdénadas. No se trata tan sólo de su posición e importancia como expresión del superior orden objetivo de valores del ordenamiento, sino que su régimen jurídico cuenta con elementos particulares (así, como más conocido, su irrenunciabilidad)", (en "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, enero-abril 1993, p. 33). Y, de igual modo, véase Juan Fernando Aguilar, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 121; y Jesús Alfaro Aguila-Real, "Autonomía privada y derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 1, 1993, pp. 96 y ss.

³ Una manifestación legal de la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales la encontramos en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, según el cual: "El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula" (la cursiva es nuestra). El derecho fundamental a la prueba, en la medida en que tiene su ámbito de aplicación dentro de un proceso judicial, no precisa ser desarrollado mediante Ley Orgánica, así como tampoco precisa de un mecanismo especial de tutela judicial mediante un procedimiento preferente y sumario (véase Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, op. cit., pp. 40-44).

mente predicarse del proceso, pues el modo en que se desarrolla el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado. Este último único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función. Por ello, es incorrecto el símil que alguna doctrina procesal efectúa entre un hospital público y un proceso, indicando que los primeros deben construirse antes de pensar en los médicos o los Jueces, en los intereses de los enfermos o justiciables.⁴ En mi opinión, este símil no es correcto porque en éste lo importante en ambos casos no son tanto los sujetos que intervienen (los enfermos o los litigantes) sino la función asignada al hospital y al proceso. Sin embargo, en ambos casos, debe darse protagonismo tanto al médico como al Juez, pues el hospital tiene por función ofrecer la mejor asistencia sanitaria al enfermo, y la realiza el médico; y el proceso tiene por función obtener la resolución más justa posible de los conflictos intersubjetivos y esa la realiza el Juez, por lo que debe tener la máxima libertad posible para cumplir su función, y ello resulta bastante incompatible con los pactos procesales privados. Dicho en otros términos, si el hospital es el lugar donde los ciudadanos acuden para curar sus enfermedades, y a nadie se le ocurriría pensar que no son los médicos los que deben indicar las pruebas a que debe someterse el paciente y el tratamiento a seguir, el proceso es el lugar donde los litigantes acuden para solucionar sus conflictos, por lo que si se quiere que éstos se resuelvan de la forma más justa posible, deben dársele los medios y poderes necesarios al Juez para que alcance tal fin, no condicionando su actividad a los pactos privados de las partes.⁵

⁴ Así, véase Franco Cipriani, "Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 4, 2002, p. 1244.

⁵ Ya en este sentido me pronuncié en Joan Picó i Junoy, "El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado", *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional*, Universidad de Lima, 2003, nota 29, p. 62, y en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, 2004, núm. 4, p. 265 –y versión italiana "Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato", *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè, Milano, 2005, nota 32, p. 225–. Igualmente crítico con la comparación de Cipriani se muestra Oteiza en su estudio "Autonomía de la voluntad, cooperación e igualdad en el proceso civil", *Derecho y Proceso. Libro en Homenaje al Profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, Barcelona, 2018 (en prensa).

2. El Derecho Constitucional a la prueba como fundamento del sistema probatorio y sus repercusiones procesales

El artículo 24 de la Constitución española (CE) recoge toda una serie de garantías procesales otorgándoles el carácter de derechos fundamentales, por lo que se configuran, de este modo, en el punto de referencia de todo el ordenamiento procesal. El derecho a la prueba aparece en el apartado segundo de dicho precepto, en los términos siguientes: "Asimismo, todos tienen derecho a [...] utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa".

En consecuencia, toda regulación procesal debe tener en cuenta este reconocimiento constitucional del derecho a la prueba. Y para el estudio de este derecho, como analizamos más profundamente en otro lugar,⁶ es necesario atender a la distinción efectuada por el Tribunal Constitucional (TC) español sobre el doble carácter o función, objetivo y subjetivo, de los derechos fundamentales:

- 1) Debemos destacar su vertiente objetiva, en cuanto que se conforman como garantías esenciales de nuestro conjunto normativo, como figuras que resumen "un valor asumido en el sistema de una comunidad", insertándose "con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico".
- 2) Poseen una vertiente subjetiva, en la medida en que atribuyen a una persona el poder de ejercitarlos (derecho), así como de reclamar su debida protección.

En este sentido, por ejemplo, la sentencia del TC (STC) 51/1985, de 10 de abril (FJ 9), indica:

⁶ Cfr. Joan Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 195-198.

El apartado segundo del art. 24 de la Constitución, al enumerar los que grosso modo pueden denominarse derechos constitucionales de contenido procesal, menciona de manera concreta el derecho de todos 'a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa'. Como todos los derechos fundamentales establecidos entre los arts. 14 y 29, presenta éste una doble línea de proyección de su eficacia, pues es un parámetro para fijar la legitimidad constitucional de las Leyes y es un derecho (y una norma) directamente ejercitable (aplicable) por el particular.

Por ello, dada la vertiente objetiva del derecho a la prueba, estamos en presencia de una norma fundamental del ordenamiento constitucional, por lo que su aplicación no es disponible por los particulares. Lo que conlleva que todo pacto que suponga una limitación del derecho a la prueba deba reputarse nulo. En este sentido, la STC 19/1985, de 13 de febrero, en su FJ 3, ya indicó que "el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto". Y, de igual modo, la STS de 5 de noviembre de 1982 en su FJ 1 destacó la irrenunciabilidad de los medios probatorios, afirmando que

la única referencia en sentido prohibitivo de su operancia lo es respecto a la prueba testifical, a lo que es de añadir que, por imperativo de lo ordenado en el art. 1244 de nuestro citado código, tal prueba será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida, precepto inderogable por voluntad de los particulares y que, por ende, hace incidir el convenio que desconociéndolo estipulen en la categoría de los "contrarios a las leyes" que el art. 1255 del repetido cuerpo legal establece como valladar a la libertad de pacto.

En conclusión, entiendo que, sólo aquellos pactos que favorezcan la actividad probatoria pueden ser admitidos.⁷ Enseguida se analizan las hipótesis de posibles –o imposibles– pactos privados probatorios.

⁷ A igual conclusión llega Muñoz Sabaté al utilizar el símil del Juez como historiador, e indica que: "Ciertamente la función historificadora del proceso, ya de por sí excesivamente gravada con unos formalismos que

3. Pactos sobre iniciativa probatoria

La mayor o menor iniciativa probatoria *ex officio iudicis* es un tema que ha originado muchísima literatura y un debate doctrinal muy encontrado.⁸ Pero, en todo caso, en aquellos ordenamientos que permiten al Juez dicha iniciativa está claro que no puede negarse por vía convencional de las partes, debido al carácter imperativo de las normas procesales; como tampoco debería admitirse que en aquellos ordenamientos que impiden la iniciativa probatoria del Juez se faculte a las partes para permitirles dicha iniciativa probatoria.

Por todo ello, en un proceso de divorcio, por ejemplo, sería nulo un acuerdo entre las partes que niegue al Juez la posibilidad de acordar la audiencia de uno de sus hijos menores, esto por disponer de una norma imperativa (los arts. 752.1.II y 770.4a.II LEC).

En todo caso, parece extraño –y en cierto modo incongruente– que un ordenamiento prevea los pactos procesales probatorios y, a la vez, una amplia iniciativa probatoria, como sucede con el ya mencionado caso brasileño: el art. 190 CPC establece dichos pactos y su art. 370 la facultad del Juez de ordenar prueba de oficio.⁹ ¿En qué quedarán dichos pactos si el Juez puede ordenar, igualmente, aquellas pruebas que las partes no quisieron que se practicaran?

a veces impiden llegar a la llamada verdad material, repele que se añadan nuevas reglas convencionales. Pero opino que esta repulsión sólo es legítima cuando tales cortapisas juegan en contra, es decir, cuando por medio de ellas se pretende tasar la prueba, bien sea en su estadio de admisibilidad, bien en el de su valoración (...) resulta imposible de admitir que en virtud de un pacto entre las partes, se mediatice el rol historificador del Juez. Eso sería tanto como exigirle a un historiador que averiguase determinado acaecimiento histórico sirviéndose de los documentos depositados en tal archivo y prohibiéndole que lo hiciera manejando otros documentos o huellas. ¿Qué historiador se prestaría a desempeñar tan menguado papel?». En *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, J. M. Bosch, Barcelona, 1988, pp. 63-64; de igual modo, véase pp. 27-28.

⁸ *Cfr.*, con carácter general, Joan Pico i Junoy, *El juez y la prueba*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007.

⁹ En concreto, esta norma establece que: "Corresponde al juez, de oficio o a instancia de parte, determinar las pruebas necesarias para el enjuiciamiento de los hechos".

4. Pactos sobre medios de prueba

Íntimamente relacionados con el punto anterior encontramos a los pactos referentes a los singulares medios de prueba: debemos preguntarnos aquí si las partes pueden establecer que, en caso de litigio sobre la relación contractual, no se podrá requerir la aportación de determinados documentos (o renunciar a cualquier otro medio de prueba). En mi visión del problema, y partiendo de la mencionada doble vertiente del derecho fundamental a la prueba con carácter previo al litigio, su aspecto objetivo conlleva a que dicho pacto deba considerarse nulo por contravenir dicha garantía constitucional –es decir, que es del todo indisponible por las partes–. Sin embargo, una vez iniciado el proceso, el aspecto subjetivo de este derecho hace que las partes sean libres de no solicitar la aportación de los citados documentos, siendo la renuncia al ejercicio procesal de dicho derecho totalmente válido (ello no excluye, como es obvio, que si se permite la iniciativa probatoria del Juez civil, éste pueda ordenar la aportación de dicho documento).¹⁰

Más conflictiva se plantea la posibilidad de pactar aspectos de los medios de prueba de manera diferente a lo previsto en la LEC. En mi modesta opinión, debido a la configuración legal de este derecho a la prueba –reconocida en numerosas sentencias del TC–¹¹ si dicho pacto atenta contra la Ley no será válido (aquel que admita la validez de la una prueba ilícita, por ejemplo –e infrinja los arts. 247 LEC y 11.1 LOPJ–, o admita la posibilidad de aportar documentos fundamentales en cualquier momento del proceso –en contra del art. LEC–, etcétera).

¹⁰ En este punto, es necesario saber diferenciar con nitidez la renuncia al contenido del derecho de la renuncia al ejercicio del derecho (expuesto en el segundo epígrafe de este trabajo): lo primero será nulo debido al aspecto objetivo del derecho fundamental a la prueba; y lo segundo no, dado el aspecto subjetivo de este derecho.

¹¹ De entre las más recientes, véase la STC139/2017, de 13 de noviembre (FJ 2); y en doctrina Joan Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, op. cit., pp. 13-38; y *Las garantías constitucionales del proceso*, op. cit., pp. 177-186.

Pero si no la contradice –como, por ejemplo, sería la posibilidad de interrogar en juicio a la propia parte– el pacto procesal sería válido.¹²

En este punto, finalmente, me parece muy interesante el interrogante que plantea Muñoz Sabaté: ¿puede pactarse en un contrato quién será perito –de parte o de designación judicial– en caso de originarse un litigio sobre el cumplimiento de dicho contractual? En función de lo que ya he indicado al inicio de este punto, la respuesta deberá ser negativa, por cuanto que el aspecto objetivo del derecho fundamental a la prueba hace inviable cualquier límite a la libertad de elección del perito una vez surja el litigio. En consecuencia, iniciado el litigio no habrá inconveniente alguno en que las partes, en el ejercicio (subjetivo) de este derecho fundamental, sí puedan ponerse de acuerdo sobre qué perito deberá realizar el dictamen pericial.¹³

5. Pactos sobre carga de la prueba

Como es sabido, las reglas de la carga de la prueba puede configurarse de dos modos distintos: a) como "reglas de conducta o de iniciativa" destinadas a las partes; o b) como "reglas de juicio" dirigidas al Juez. En España se ha impuesto esta segunda configuración de la carga de la prueba, por cuanto el art. 217.1 LEC establece que: "Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión [...]", y seguidamente expone las reglas de juicio que debe aplicar el Juez para

¹² Respecto de la viabilidad de este medio probatorio, véase Justo Franco Arias, "¿Es posible el interrogatorio de la propia parte?", *Justicia*, núm. 1-2, 2011, pp. 59-66; David Torres Pindado, "Aspectos subjetivos en el interrogatorio de parte", en Joan Picó i Junoy y Xavier Abell Lluch (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 283-286; y Joan Picó i Junoy, "Comentario al art. 301 LEC", en Brocá Majada Corbal, *Práctica Procesal Civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 3876-3877.

¹³ Y de hecho, así se prevé en el art. 339.4 LEC, en el cual se destaca que "si las partes que solicitasen la designación de un perito por el tribunal estuviesen además de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo acordará el tribunal".

imputar a las partes las consecuencias negativas de no haberse probado en el proceso los citados hechos dudosos.¹⁴

En función de lo antedicho, como es obvio, las reglas de juicio que integran la carga de la prueba, al ir dirigidas al Juez, se encuentran fuera del ámbito de disponibilidad de las partes.¹⁵ En este sentido, por ejemplo, la STS de 8 de junio de 1988 destaca: "La doctrina de la carga de la prueba pretende identificar al litigante en quien redundarán los efectos perjudiciales cuando un hecho no resulte justificado; esto es, será aplicable en el supuesto de deficiencia probatoria, pues para que el Juez pueda fallar conforme a las exigencias de los artículos 361 de la Ley Procesal Civil [de 1981] y 1.7 del Código Civil, el ordenamiento le ofrece un instrumento lógico para indicarle, en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria; en la ciencia del derecho, este instrumento se denomina "regla de juicio" y, en el proceso civil, se encuentra en el citado artículo 1214 [del Código Civil, esto es, el vigente art. 217 LEC] ... sin que, de otro lado, dicho mecanismo esté al alcance de la voluntad de las partes, las cuales no impedirán su utilización en las situaciones de incertidumbre, ni tienen resortes para modificar su estructura".

En consecuencia, al encontrarnos ante reglas indisponibles por las partes, cualquier pacto que altere el contenido del art. 217 LEC será nulo. Así, por ejemplo, el que indicase que una de las partes del contrato deberá probar un determinado hecho para que el Juez pueda darlo por cierto sería inválido por contrario al art. 217 LEC. Y aquel en el que se pactase que, en caso de litigio, el comprador deberá probar los hechos A, B y C y el demandado los hechos D, E y F también lo sería por el mismo motivo.¹⁶ En cambio, las partes sí pueden acordar quién se

¹⁴ Al respecto, me remito a las consideraciones que efectué en Joan Picó i Junoy, *El juez y la prueba*, op. cit., pp. 107-110.

¹⁵ De igual modo, véase Xavier Abel Lluch, *Derecho Probatorio*, J. M. Bosch, Barcelona, 2012, p. 401.

¹⁶ Salvo que, como es obvio, el contenido de tales pactos coincidiese con lo previsto en el citado art. 217 LEC.

encuentra en mejor situación y le es más fácil acceder a determinadas pruebas (por ejemplo, porque se las queda en su posesión).¹⁷ ¹⁸ Esta es la solución a la que ha llegado Brasil donde como he indicado han tenido plena acogida los contratos procesales: así, el nuevo CPC establece: "Art. 373. La carga de la prueba incumbe: [...] § 3 La distribución diversa de la carga de la prueba también puede ocurrir por convención de las partes, salvo cuando: I. recaiga sobre derecho no disponible de la parte; II. haga excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho. § 4 El convenio de que trata el artículo 3o. puede celebrarse antes o durante el procedimiento".

De igual modo, está fuera de la disponibilidad de las partes fijar la dosis de prueba concreta para acreditar un hecho: así, por ejemplo, el pacto que establezca que, para dar por probado un hecho, será suficiente la declaración de dos testigos, o para acreditar la vigencia del derecho extranjero no serán válidas las fotocopias o informaciones logradas por internet, etcétera. Todos estos pactos probatorios, en la medida en que inciden en la actividad enjuiciadora del Juez, no son válidos, ya que las partes no pueden disponer sobre poderes o facultades de terceros.

Y ello nos lleva, finalmente, a los pactos sobre valoración de la prueba.

6. Pactos sobre valoración de la prueba

Las normas de valoración probatoria van destinadas al Juez, por lo que el margen de actuación de las partes, sobre este particular, es nulo, pues no es posible

¹⁷ En este sentido, por ejemplo, Luis Muñoz Sabaté, *Fundamentos de Prueba Judicial. LEC 1/2000*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 190-191; Luis Muñoz Sabaté, *Las cláusulas procesales...*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁸ Aunque este pacto no vinculará al Juez, por lo que podrá resolver atendiendo a lo que considere oportuno sobre cuál de las dos partes le era más fácil probar un determinado hecho.

disponer de algo que no se tiene.¹⁹ Así, por ejemplo, el pacto privado de las partes que permitiera la valoración judicial de una prueba ilícita sería inválido, por contravenir los arts. 247 LEC y 11.1 LOPJ; tampoco sería válido aquel que hiciese un listado de documentos de imposible valoración judicial o el que indicase que la declaración de determinadas personas tendrán más o menos valor probatorio, por vulnerar los arts. 326 o 376 LEC, respectivamente.

7. Reflexión final

En definitiva, si bien es cierto que los contratos o negocios procesales están en auge en el derecho comparado, en las normativas más recientes que los han previsto –como la brasileña–, en materia probatoria tienen un alcance muy limitado pues tienen por objeto permitirle al Juez la máxima actividad probatoria o facilitarle su enjuiciamiento de los hechos (*ad exemplum*, respecto al *onus probandi*). Y es lógico que tengan ese alcance limitado porque, en última instancia, no debemos olvidar que la prueba es la actividad dirigida al Juez para que pueda formarse su justo enjuiciamiento de los hechos litigiosos, por lo que todo lo que sea limitar dicha actividad no sólo afectará a las partes, sino también a la concreta función jurisdiccional del Juez.

Y finalizo como empecé: con el erróneo símil entre el médico y el Juez. Si el médico debe ser libre para determinar los medios de diagnóstico que estime necesarios para identificar la concreta patología a tratar y valorar sus resultados, así como también debe serlo para elegir la mejor terapia –por lo que no debe estar vinculado en ningún caso por la opinión o preferencia del paciente–; el Juez, que tiene el deber de resolver el conflicto ante él planteado por las partes

¹⁹ Con igual claridad se pronuncia Muñoz Sabaté, para quien "los pactos sobre valoración de la prueba, su rechazo debe ser rotundo en la medida en que esta actividad forma parte sustancial del juicio jurisdiccional", en *Las cláusulas procesales...*, *op. cit.*, p. 73.

de la forma más justa posible (arts. 1 y 24.2 CE), también debería disponer de la máxima actividad probatoria posible para realizar eficazmente su función, esto es, resolverlo de la forma más justa posible. En consecuencia, el médico y el Juez, que deben tratar una determinada patología o conflicto, respectivamente, deben tener la libertad para identificar y ordenar los medios de diagnóstico o pruebas que crean oportunas, y valorar sus resultados como estimen conveniente para determinar correctamente la mejor terapia (el médico) o aplicar la debida norma jurídica que resuelva el conflicto litigioso (el Juez).

Fuentes

ABEL Lluch, Xavier, *Derecho Probatorio*, Bosch, Barcelona, 2012.

AGUIAR de Luque, Luis, "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, enero-abril, 1993, pp. 9-34.

AGUILAR, Juan Fernando, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

ALFARO Aguila-Real, Jesús, "Autonomía privada y derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. I, 1993, pp. 57-122.

CIPRIANI, Franco, "Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 4, 2002, pp. 1243-1262.

MUÑOZ Sabaté, Luis, *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, J. M. Bosch, Barcelona, 1988.

_____, *Fundamentos de Prueba Judicial. LEC 1/2000*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.

PICÓ i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 1996.

_____, "El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado", *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional, Universidad de Lima*, 2003, pp. 55-66.

_____, *El juez y la prueba*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007.

_____, *Las garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., J. M. Bosch, Barcelona, 2012.

_____, "Comentario al art. 301 LEC", en MAJADA Corbal, Brocá, *Práctica Procesal Civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 3876-3877.

TORRES Pindado, David, "Aspectos subjetivos en el interrogatorio de parte", en PICÓ i Junoy, Joan y ABELL Lluch, Xavier (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 283-286.

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL PROCESO PENAL ORAL

DATA PROTECTION IN THE ORAL CRIMINAL PROCESS

Miguel Recio Gayo*

Resumen

Las reformas constitucionales de 2008 y 2011 sobre el proceso penal oral reconocen nuevos derechos a las víctimas y ofendidos. Al respecto, debe prestarse especial atención a la obligación de proteger la identidad y otros datos personales de aquéllos, lo que implica que tengan que aplicarse también otras normas en la materia. En cualquier caso, la protección efectiva de la víctima u ofendido, además de otras personas que pueden verse involucradas, requiere de la adopción de medidas normativas, autorregulatorias y tecnológicas adecuadas. El objetivo es proteger a la persona, considerando el interés superior del menor, la necesidad de evitar la revictimización y, en su caso, adoptar una aproximación integral a las necesidades que se plantean. Al respecto, el papel de los juzgadores y del Poder Judicial es fundamental y requiere considerar sus respectivas obligaciones.

* Maestro en Protección de Datos, Transparencia y Acceso a la Información por la Universidad San Pablo CEU y Maestro en Derecho de la Propiedad Intelectual por The George Washington University Law School. Licenciado en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Palabras clave: derecho humano, víctima, ofendido, testigo, proceso penal oral, datos personales, tratamiento, anonimización, estatuto jurídico.

Abstract

The constitutional reforms of 2008 and 2011 on the oral criminal process recognize new rights for victims and offenders. In this regard, special attention should be put to the obligation to protect the identity and other personal data of them, which requires that other laws on the subject have to be applied as well. In any case, the effective protection of the victim or offended, in addition to other people who may be involved, requires the adoption of appropriate regulatory, self-regulatory and technological measures. The objective is to protect the person, considering the best interest of the child, the need to avoid revictimization and, where appropriate, adopt a comprehensive approach to the needs that arise. In this regard, the role of the judges and the Judiciary is fundamental and requires consideration of their respective obligations.

Keywords: human right, victim, offended, witness, oral criminal process, personal data, processing, anonymization, legal statute.

1. Introducción

El principal objetivo de las reformas constitucionales sobre el proceso penal oral por lo que se refiere a la víctima y otras personas involucradas en el mismo es, como ha indicado la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el "respeto y garantía de los Derechos Humanos".¹

Entre los derechos humanos a respetar y garantizar en el desarrollo del proceso penal oral, es decir, en la impartición de justicia, se encuentra el relativo a la protección de datos personales, suscitándose desde 2008 importantes novedades al respecto. En concreto, se han producido importantes reformas constitu-

¹ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Conoce tus derechos humanos en el nuevo sistema penal acusatorio*, CNDH, México, 2016, p. 7.

cionales que refuerzan el objetivo que planteó la reforma ya indicada y se han publicado diversas leyes aplicables en materia de protección de datos.

En el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM),² como veremos, se reformó la fracción V del artículo 20 con la finalidad de garantizar la protección de la víctima u ofendido a través del resguardo de su identidad y otros datos personales, "salvaguardando en todo caso los derechos de defensa". Es así que se plantea la necesidad de proteger a la víctima u ofendido y de salvaguardar el derecho de defensa.

En 2011 se dio una relevante reforma constitucional también en materia de derechos humanos, que –como indican Maqueo y Moreno– "incorpora el control de convencionalidad, el principio pro persona y los deberes del Estado, en cualquiera de sus órdenes de gobierno y en el marco de sus competencias para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos".³

Además, en 2014 se da otra importante reforma constitucional íntimamente relacionada con las anteriores, ya que se modifica el artículo 6o. constitucional para incluir un nuevo párrafo que incorporaría el derecho a la protección de datos personales en el sector público,⁴ lo que posteriormente daría lugar en 2017 a la aprobación de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados (en lo sucesivo LGPDPPSO)⁵ en la que se incluye, como sujeto obligado, al Poder Judicial.

² SEGOB, "Decreto por el que se reforman los artículos 19, 20 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Diario Oficial de la Federación*, primera sección, 14 de julio de 2011.

³ María Solange Maqueo y Jimena Moreno, *Implicaciones de una ley general en materia de protección de datos personales*, CIDE, México, 2014, p. 9.

⁴ SEGOB, "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia", *Diario Oficial de la Federación*, 7 de febrero de 2014.

⁵ SEGOB, "Decreto por el que se expide la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados", *Diario Oficial de la Federación*, 26 de enero de 2017.

Es así que, la protección de datos personales es un derecho humano y además es plena y perfectamente compatible con otros derechos como los relativos a la transparencia, el derecho a la defensa o el derecho a la información. Aquel tiene también por objeto proteger a la víctima y al ofendido, entre otros, evitando, en particular, su revictimización. Precisamente, la Ley General de Víctimas (en adelante LGV)⁶ indica, en la fracción VI del artículo 12, que "las víctimas gozarán" del derecho a "que sean adoptadas medidas para minimizar las molestias causadas, proteger su intimidad, identidad y otros datos personales".

Por tanto, lo que se plantea es la necesidad de un estatuto de la víctima u ofendido, sin perjuicio de que el mismo fuera también aplicable a otras personas que pueden ser clave o parte en el proceso penal oral, tales como los testigos. Y la cuestión crítica de este estatuto jurídico será, en particular, la adopción de medidas concretas para proteger la identidad y otros datos personales de la víctima u ofendido para evitar, entre otras cuestiones, su revictimización. A tal fin, es necesario atender, a continuación, a diversas cuestiones que, en última instancia, darán lugar a las correspondientes conclusiones.

2. Punto de partida: las reformas constitucionales de 2008 y 2011

La reforma al artículo 20 de la CPEUM en 2008 sobre el proceso penal tuvo por objeto incluir una garantía esencial para la víctima u ofendido de un delito. Se trataba entonces, cuando todavía no había normatividad aplicable en materia de protección de datos personales, de proteger la identidad y otros datos personales de estas personas.

⁶ SEGOB, "Decreto por el que se expide la Ley General de Víctimas", *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013.

Como explica González, antes de 2008, el citado artículo

únicamente reconocía el derecho de las víctimas y los ofendidos por el delito, que fuesen menores de edad y tratándose de los delitos de violación o secuestro, a no carearse con su presunto agresor. Se trataba de una prerrogativa que no protegía su identidad, solamente el derecho de no enfrentar al agresor. Sin embargo, con la reforma se incorporó el derecho al resguardo de la identidad de la víctima u ofendido cuando se tratase de menores de edad, se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada y cuando a juicio del juzgador sea necesario.

Este derecho es de gran trascendencia para la víctima u ofendido, sobre todo cuando se trata de su protección, pero para su debido ejercicio debe tenerse cuidado de que al protegerse la identidad de la víctima no se vulnere el derecho de defensa del inculpado de conocer a su acusador.⁷

Con la reforma del apartado C, fracción V del artículo 20 constitucional se prevé, en lo esencial, que la víctima u ofendido tiene derecho "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".

Esta previsión implica, además, reforzar también el marco constitucional en materia del derecho a la protección de datos personales. En este sentido, debe tenerse en consideración la tesis jurisprudencial que indica lo siguiente:

Si bien es cierto que el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece los principios, directrices y reglas básicas sobre las cuales se

⁷ Rosa Elena González Tirado, "Participación directa de la víctima en el juicio para la protección de sus derechos e impugnación de resoluciones en el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio", en Arely Gómez González (coord.), *Reforma Penal 2008-2016. El Sistema Penal Acusatorio en México*, INACIPE, México, 2016, p. 456.

construyen los sistemas de protección de datos personales y de transparencia y acceso a la información pública, también lo es que en el propio Texto Constitucional se contienen otras reglas específicas al respecto, como ocurre tratándose de la identidad y de los datos personales de las víctimas y ofendidos partes en el procedimiento penal (artículo 20, apartado C, fracción V)⁸ (Énfasis añadido).

Como han señalado López, Alejandro e Islas, "en cuanto a la protección de la identidad de las víctimas de delitos, la Reforma constitucional de 2008 representa un gran avance al incluir a las víctimas de delitos de trata de personas y delincuencia organizada, en el listado de sujetos que pueden gozar del resguardo de su identidad y datos personales."⁹

Por tanto, las reformas constitucionales indicadas tienen por objeto proteger, en particular, a la víctima y al ofendido a través de la obligación del Poder Judicial de adoptar medidas para resguardar su identidad y otros datos personales, lo que, a lo largo de los últimos años, se ha ido materializando también en la inclusión de previsiones al respecto en diversas leyes.

3. Derecho comparado

La protección de la víctima ha sido objeto de normas específicas y relevantes en el Derecho comparado. Ha sido así específicamente en el ámbito de la Unión Europea, que atiende tanto al ordenamiento jurídico europeo como al nacional, en el caso de los Estados miembros, por ejemplo a España.

⁸ Tesis aislada I.2o.A.E.1 CS (10a.), de rubro SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES QUE LOS REGULAN, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 39, febrero de 2017, t. III, Pág. 2364, Reg. Digital: 2013674.

⁹ Germán Guillén López, Manuel Alejandro y Encinas Islas, "Artículo 20 constitucional: columna vertebral del proceso penal acusatorio y oral", *Revista de Investigación Académica Frontera*, año 9, núm. 24, junio-diciembre 2016, pp. 9-10.

En primer lugar, en el caso del ordenamiento jurídico a nivel europeo, hay que prestar atención a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (artículo 1o.),¹⁰ cuyo objeto es "garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales".

El artículo 21 de la Directiva 2012/29/UE, relativo al derecho a la protección de la intimidad, prevé en su primer apartado que los Estados miembros velen porque las autoridades competentes apliquen "las medidas adecuadas para proteger la intimidad, incluidas las características personales de la víctima", lo que incluye también "las imágenes de las víctimas y de sus familiares". Y en el segundo apartado, con la finalidad de proteger también el derecho a la libertad de expresión e información, sin que ello afecte a los derechos de la víctima, se indica que "los Estados miembros instarán a dichos medios a aplicar medidas de autorregulación con el fin de proteger la intimidad, la integridad personal y los datos personales de las víctimas".

Se trata en lo esencial, por tanto, de que "sin perjuicio de los derechos de la defensa, los Estados miembros velarán por que se dispongan medidas para proteger a las víctimas y a sus familiares frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger la dignidad de las víctimas durante la toma de declaración y cuando testifiquen", tal como indica el artículo 18 de la Directiva 2012/29/UE.

¹⁰ UE, "Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo", *Diario Oficial de la Unión Europea*, sección L 315/67, 14 de noviembre de 2012.

Y como se explica en el considerando 68 de la citada Directiva, el tratamiento de datos personales deberá hacerse, por una parte, conforme a la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo,¹¹ que junto al Reglamento General de Protección de Datos¹² constituyen el marco regulador en materia de protección de datos personales, aplicable en la Unión Europea desde el 25 de mayo de 2018.

Por otra parte, el considerando mencionado también se refiere expresamente a que el tratamiento de datos personales se realizará "con arreglo a los principios del Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, ratificado por todos los Estados miembros."

En el caso de México es importante recordar que su adhesión al Convenio 108 del Consejo de Europa fue finalmente formalizada en junio de 2018, de manera que se convirtió en el Estado número 53 en adherirse al único instrumento jurídico internacional vinculante en materia de protección de datos.¹³ Y también hay que

¹¹ UE, "Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo", de 27 de abril de 2016, *Diario Oficial de la Unión Europea*, sección L 119, 4 de mayo de 2016. Esta Directiva abrogó a la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, a la que se refería el considerando 68 de la Directiva 2012/29/UE.

¹² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). *Diario Oficial de la Unión Europea*, sección L 119, de 4 de mayo de 2016.

¹³ INAI, *Formaliza Consejo de Europa adhesión de México al Convenio 108 y a su Protocolo Adicional*, comunicado de prensa INAI/194/18, Ciudad de México, 29 de junio de 2018 [recurso en línea].

destacar el que el Convenio 108 y su Protocolo Adicional fueron finalmente actualizados tras un largo proceso de revisión.¹⁴

En segundo lugar, a nivel nacional, como consecuencia de la necesaria transposición de la citada Directiva, cabría atender al caso de España. En concreto, como consecuencia de la citada Directiva, se promulgó la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.¹⁵ El objeto específico de esta norma, como se explica en su preámbulo, es desarrollar el estatuto jurídico de la víctima, pero también de otras personas como sus familiares y testigos, para dar una "respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar".

Al respecto, el artículo 22 de la Ley 4/2015, relativo al derecho a la protección de la intimidad, indica que:

los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.

A la vista de lo anterior cabría plantear que, en el caso de México habría que considerar el alcance del apartado C, fracción V del artículo 20 constitucional,

¹⁴ Las novedades más relevantes con respecto a la versión previa del Convenio 108 pueden verse en una tabla comparativa, disponible en inglés en: <https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108/modernised>

¹⁵ *Cfr.* Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 101, de 28 de abril de 2015. BOE-A-2015-4606.

así como, en su caso, de la Ley General de Víctimas, por lo que se refiere a quién será protegido en virtud del derecho a la protección de la identidad y otros datos personales.

Es decir, junto a la víctima u ofendido, pueden requerir también de protección otras personas tales como los testigos; e incluso en el caso de la víctima u ofendido, podría considerarse también la referencia específica y expresa a personas con necesidades especiales.

4. Sujeción del Poder Judicial a la LGPDPPSO y otra normatividad aplicable en materia de protección de datos

El Poder Judicial, como indica el párrafo quinto del artículo 1o. de la LGPDPPSO, uno de los sujetos obligados es el que tiene que cumplir con la normativa sobre protección de datos personales.¹⁶ Esto significa que sus integrantes, "entre otros, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los Magistrados de los Tribunales de Circuito—Colegiados y Unitarios— y los Jueces de Distrito"¹⁷ tengan que cumplir con dicha norma en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales.

En concreto, entre los objetivos que se incluyen en el artículo 2o. de la LGPDPPSO están los relativos a que el Poder Judicial, como sujeto obligado, garantice "la observancia de los principios de protección de datos personales previstos en la presente Ley y demás disposiciones que resulten aplicables en la materia" (fracción IV), lo que debe ponerse en relación con la obligación de proteger los datos

¹⁶ En concreto, el párrafo quinto del artículo 1o. de la LGPDPPSO indica que "Son sujetos obligados por esta Ley, en el ámbito federal, estatal y municipal, cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos."

¹⁷ SCJN, *¿Qué es el Poder Judicial de la Federación?*, 4a. ed., SCJN, México, 2005, p. 27. [Recurso en línea].

personales "con la finalidad de regular su debido tratamiento" (fracción V). Además, como sujeto obligado, en virtud del citado artículo, el Poder Judicial tiene también la obligación de "garantizar que toda persona pueda ejercer el derecho a la protección de los datos personales" (fracción VI), es decir, que toda persona física, cuyos datos personales son tratados, sea protegida de manera efectiva por lo que se refiere al tratamiento de sus datos personales. Se trata, por tanto, de asegurar el derecho humano a la protección de datos personales. Y, por último, el Poder Judicial tendrá también que "promover, fomentar y difundir una cultura de protección de datos personales" (fracción VII).

En virtud de la normatividad aplicable en materia de protección de datos personales, es necesario tomar en consideración que el responsable del tratamiento, y por tanto quien tiene que adoptar e implementar las medidas necesarias para cumplir con esta es el Poder Judicial; mientras que, además de los supuestos indicados en el apartado C), fracción V, del artículo 20 constitucional, el juzgador será quien pueda decidir "a su juicio" si "es necesario" el resguardo de la identidad y otros datos personales de la víctima o del ofendido "para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa".

Sin perjuicio de lo anterior, el Código Nacional de Procedimientos Penales (en lo sucesivo, CNPP) incluye en su artículo 15 el derecho relativo a la intimidad y a la privacidad en los siguientes términos: "En todo procedimiento penal se respetará el derecho a la intimidad de cualquier persona que intervenga en él, asimismo se protegerá la información que se refiere a la vida privada y los datos personales, en los términos y con las excepciones que fijan la Constitución, este Código y la legislación aplicable." Además, hay otras previsiones específicas a lo largo del articulado de dicha norma, debiendo destacar al respecto que el artículo 106 esté dirigido a garantizar la reserva de la identidad indicando en su primer párrafo que "En ningún caso se podrá hacer referencia o comunicar a terceros no legitimados la información confidencial relativa a los datos personales de los sujetos del procedimiento penal o de cualquier persona relacionada o mencionada en éste."

Es decir, en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo del CNPP "los datos personales confidenciales de las víctimas y de las personas imputadas también quedan resguardados con el artículo 106, con la imposibilidad de que se comuniquen a terceros no relacionados con el proceso penal. La autoridad que difunda esta información tiene que ser sancionada. En el mismo artículo se establece que los datos personales de las personas sustraídas de la acción de la justicia sí se difundirán."¹⁸

Y también debe tenerse presente la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos,¹⁹ en cuyo artículo 3o., relativo a los principios que la inspiran, prevé en su fracción I que debe garantizarse la "Máxima protección: Obligación de cualquier autoridad, de velar por la aplicación más amplia de medidas de protección a la dignidad, libertad, seguridad y demás derechos humanos de las víctimas y los ofendidos de los delitos previstos por esta ley. Las autoridades adoptarán, en todo momento, medidas para garantizar su seguridad, protección, bienestar físico y psicológico, su intimidad y el resguardo de su identidad y datos personales."

Además, en el artículo 66, relativo a los derechos de las víctimas, ofendidos y los testigos de cargo, se incluyen los relativos a "rendir o ampliar sus declaraciones sin ser identificados dentro de la audiencia, teniendo la obligación el Juez de resguardar sus datos personales y, si lo solicitan, hacerlo por medios electrónicos" (fracción VIII) y a "participar en careos a través de medios remotos" (fracción IX), de manera que deben considerarse como otras posibles medidas para proteger sus derechos a la protección de datos personales a la privacidad y también a protegerlos de la revictimización.

¹⁸ Instituto para la Seguridad y la Democracia, AC (INSYDE), *Cuaderno de trabajo para periodistas en el sistema penal acusatorio, Derechos de periodistas en el CNPP*, Insyde, México, 2015, p. 23.

¹⁹ SEGOB, "Decreto por el que se expide la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencias a las Víctimas de estos Delitos", *Diario Oficial de la Federación*, 14 de junio de 2012.

El artículo 74 de esta Ley, que a su vez menciona otras disposiciones de otras normas aplicables, indica incluso que tanto el ministerio público como el Poder Judicial deberán asegurar "que durante las comparecencias y actuaciones de" víctimas, ofendidos y testigos

sus declaraciones se desarrollen libres de intimidación o temor por su seguridad o la de sus familiares y personas cercanas, por lo que al menos garantizará:

- I. Medios remotos de distorsión de voz y rasgos;
- II. Comparecencia a través de Cámara de Gesell, y
- III. Resguardo de la identidad y otros datos personales."

Se trata de una cuestión que trasciende el derecho a la protección de datos personales para garantizar también otros derechos de la persona, ya que como se indica en el último párrafo del mencionado artículo "en los casos en que la víctima, ofendido o testigo declare en contra de grupos de la delincuencia organizada, el ministerio público y el Poder Judicial adoptarán un conjunto de medidas de carácter excepcional para resguardar su vida, libertad, integridad, seguridad e identidad."

Lo anterior da lugar a que, como ha señalado Rodríguez, "el derecho que tiene la víctima a ser protegido es superior. Es por ello que la publicidad de los juicios orales puede limitarse cuando sea indispensable proteger a la víctima."²⁰

No obstante, es necesario considerar la existencia de una misma obligación, la de resguardar la identidad y otros datos personales de determinadas personas que se encuentran en una situación vulnerable, que aparece en diversas normas y con diferentes aproximaciones, dando así lugar a la necesidad de consi-

²⁰ Óscar Rodríguez Olvera, *Reforma penal: los beneficios procesales a favor de la víctima del delito*, Documento de trabajo núm. 37, CESOP, México, marzo 2008, p. 8.

derar el alcance de la protección y el listado de medidas que podrían adoptarse e implementarse a tal fin. Para conseguir este último objetivo, sería deseable también el desarrollo de un protocolo o de recomendaciones dirigidas a quienes tienen que cumplir con las obligaciones ya mencionadas.

5. Conceptos básicos relevantes

En la aplicación de la normatividad en materia de protección de datos personales es necesario tener en consideración algunos conceptos relevantes. Estos conceptos son los de "datos personales", "datos personales sensibles", "tratamiento", "responsable y encargado", en tanto que son los que hay que tomar en consideración cuando se analiza si la normatividad sobre protección de datos personales es aplicable y, en su caso, qué obligaciones deben cumplirse dependiendo de la función a quien atañen los datos personales, ya sea como responsable o, en su caso, como encargado del tratamiento.

5.1. Datos personales

El concepto de datos personales es definido en la fracción IX del artículo 3o. de la LGPDPSO como: "cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable". En este sentido, el INAI explica que se trata de "la identidad que nos describe, que nos da identidad, nos caracteriza y diferencia de otros individuos".²¹

Cabe señalar con carácter general que, por una parte, el legislador nacional también ha seguido la definición dada en la normatividad sobre protección de

²¹ AA.VV., *Guía para titulares de los datos personales*, vol. 1, INAI, México, p. 6. Disponible en: http://inicio.inai.org.mx/GuiasTitulares/Guia%20Titulares-01_PDF.pdf

datos personales para el sector privado²² y, por otra parte, que desde hace varias décadas ha sido aplicada en el Derecho europeo de la protección de datos personales. En concreto, el Reglamento General de Protección de Datos,²³ que abrogó la Directiva 95/46/CE,²⁴ con efecto desde el 24 de mayo de 2018, define los datos personales como "toda información sobre una persona física identificada o identificable".

Es decir, el concepto de datos personales es muy amplio, ya que lo que ha querido el legislador es proteger a la persona física a la que estos hacen referencia, para evitar intromisiones o injerencias indebidas en su derecho humano a la protección de datos personales y también en su privacidad o vida privada.

En este sentido, la aproximación del legislador nacional coincide con la del legislador europeo y, al respecto, sería también aplicable la opinión de las autoridades europeas de protección de datos si se atiende al Derecho comparado. En concreto, el Grupo de Trabajo del artículo 29, que fue creado en virtud del citado artículo de la Directiva 95/46/CE y que desde el 25 de mayo de 2018 quedó integrado en el Comité Europeo de Protección de Datos, se refirió al concepto de datos personales en su Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales (WP 136).²⁵ Y lo hizo indicando que la "definición refleja la intención del legislador europeo de mantener un concepto amplio de 'datos personales' a lo largo de todo el proceso legislativo",²⁶ lo que responde al hecho de que el objetivo de la normativa europea en materia de protección de datos es "proteger las libertades

²² La fracción V del artículo 3o. de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares incluye la misma definición de datos personales, *Diario Oficial de la Federación*, de 5 de julio de 2010.

²³ *Ibidem*

²⁴ Cfr. UE, Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 281, de 23 de noviembre de 1995. Esta Directiva quedó abrogada en virtud del artículo 99 del Reglamento General de Protección de Datos.

²⁵ Cfr. Grupo de Trabajo del Artículo 29, *Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales*, No. 01248/07/ES, WP 136, adoptado el 20 de junio de 2007. (Cabe señalar que este Grupo de trabajo se integró en el Comité Europeo de Protección de Datos creado en virtud del Reglamento general de protección de datos).

²⁶ *Ibidem*, p. 4.

y los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales",²⁷ siendo esto también aplicable en el caso de la interpretación de la normatividad mexicana en la materia.

Es necesario atender también el que, prácticamente, cualquier información concerniente o relativa a una persona física será considerada como dato personal, de manera que si es tratada en este caso por alguno de los integrantes del Poder Judicial en el marco de un proceso penal oral, dicho tratamiento tendrá que cumplir con los requisitos exigibles en virtud de la LGPDPPSO y demás normatividad aplicable.

El que una información sea o no dato personal es transcendental ya que, en el caso de serlo y de que sea objeto de tratamiento, esto determina que sea aplicable la normatividad en la materia. Es así que hay que distinguir claramente entre datos seudonimizados y aquellos que sean anonimizados. En el primer caso, unos datos que hayan sido seudonimizados mediante, por ejemplo, su enmascaramiento, entre otras técnicas, seguirán siendo datos personales y, por tanto, cuando sean tratados seguirá siendo aplicable la normatividad en materia de protección de datos personales. En el segundo caso, si los datos personales son sometidos a un procedimiento de disociación, es decir, son anonimizados de manera que el resultado no permite identificar o hace identificable a la persona física a la que se referían, dejarán de ser considerados datos personales y, por tanto, ya no será aplicable la normatividad en materia de protección de datos personales. En este último caso habrá que considerar también, en particular, todo riesgo residual de reidentificación.

En relación con la anonimización, el Grupo de Trabajo del artículo 29 emitió unas directrices sobre la materia en 2014, en las que explica las diferentes técni-

²⁷ Idem.

cas existentes,²⁸ tales como la 'aleatorización' o la 'generalización'; las cuales dan lugar a su vez a diversas prácticas en la materia. La aplicación práctica de esta medida podría servir, obviamente, para resguardar la identidad y otros datos personales de las víctimas u ofendidos.

5.2. Datos personales sensibles

Sin perjuicio del concepto de datos personales, la LGPDPPSO define también el relativo a 'datos personales sensibles', en la fracción IX del artículo 3o., como "cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable. Se considera que una persona es identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente a través de cualquier información". De nuevo, el concepto coincide con el proporcionado por la normatividad sobre protección de datos personales para el sector privado y, en gran medida, con el utilizado en el Derecho comparado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de España.²⁹

Dada la especial naturaleza de esta categoría de datos, como explica el INAI, se trata de datos personales que "requieren de especial protección y cuidado".³⁰ Y también requieren una especial protección los datos patrimoniales o financieros ya que su uso implicaría un riesgo importante para la persona física a la que se refieren, siendo considerandos como tales "la información sobre la capacidad económica de las personas físicas que hace referencia a los recursos que posee y a su capacidad para hacer frente a sus deudas, como pueden ser: dinero, bienes muebles e inmuebles; información fiscal; historial crediticio; ingresos y egresos;

²⁸ Grupo de Trabajo del Artículo 29, *Dictamen 5/2014 sobre técnicas de anonimización*, No. 0829/14/ES, WP 216, adoptado el 10 de abril de 2014.

²⁹ El artículo 7o. de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal se refiere a los datos especialmente protegidos, incluyendo, por una parte, los relativos a "los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias" (apartado 2), los datos personales "que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual" (apartado 3) y, por último, aquellos "relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas" (apartado 5).

³⁰ *Op. cit.*, p. 6.

cuentas bancarias; seguros; afores; fianzas, número de tarjeta de crédito, número de seguridad, entre otros.³¹

En cualquier caso, si se trata de datos sensibles o especialmente protegidos, el juzgador, y por tanto el Poder Judicial, tiene que adoptar las medidas necesarias para mitigar o reducir el riesgo que implica todo tratamiento de datos personales y, en particular, el relativo a víctimas u ofendidos, sin perjuicio de otras personas que requieren de la protección necesaria a través de resguardar su identidad y otros datos personales.

5.3. Víctima u ofendido

Ya que los datos personales tratados se refieren a los términos de "víctima" u "ofendido", es necesario atender a la definición de estos últimos. En concreto, la definición de víctima se encuentra en la Ley General de Víctimas³² (citada, en lo sucesivo, como LGV), debiendo atender al hecho de que se refiera a víctimas directas, indirectas y potenciales.

Las víctimas directas, según la definición dada en el párrafo primero del artículo 4o. de la LGV, son "aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte."

Las víctimas indirectas son definidas en el párrafo segundo del citado artículo de la LGV como "los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella."

³¹ *Ibidem*, p. 6.

³² Ya citada.

Y, por último, serán consideradas como víctimas potenciales, según la definición dada en el párrafo tercero del artículo 4o. de la LGV, "las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito".

También quedan incluidos los ofendidos, habiéndose interpretado mediante una tesis jurisprudencial que, el derecho al resguardo de la identidad y otros datos personales no es sólo inherente a las víctimas de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada, sino que también comprende a los ofendidos de delitos cometidos en un contexto similar de violencia, por lo que el juzgador está obligado a protegerlos. En concreto, la tesis jurisprudencial indica al respecto que:

De la interpretación funcional del artículo 20, apartado C, fracción V, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se concluye que el Órgano Reformador de la Constitución instituyó la obligación del Juez del proceso penal de resguardar la identidad y datos personales de las víctimas, no sólo de los delitos de violación, trata de personas, secuestro y delincuencia organizada, pues aunque hizo esa especificación por tratarse de ilícitos graves, añadió la posibilidad de que se preservaran también respecto de los ofendidos de otros ilícitos cuando a juicio de la autoridad fuere necesario, es decir, la protección que el Constituyente Permanente otorgó es amplia y comprende a las víctimas de delitos cometidos en un contexto similar de violencia. Ello es así, porque el Constituyente Permanente no quiso dejar fuera de esa protección a las víctimas de otros delitos respecto de las que también se pone en riesgo la vida e integridad física y moral. Por lo que, con la finalidad de realizar la ponderación respectiva, es válido que los juzgadores, acorde con las máximas de la experiencia, tomen en cuenta el contexto social que rodea al hecho ilícito; y a efecto de sustentar sus determinaciones invoquen hechos notorios sin necesidad de prueba, siempre que éstos sean parte de un acontecer social en un tiempo y espacio determinados, debido a que aun cuando su conocimiento sea indirecto, deriva de la crítica colectiva admitida por la generalidad como indiscutibles; circunstancia por la cual adquieren el carácter de ciertos. Así, conforme a tales hechos obtenidos de la observación y la experiencia social, el juzgador debe aplicar las "máximas de la experiencia" que se generan con un pen-

samiento inductivo de conductas sociales que se manifiestan regularmente y de las cuales se obtiene el conocimiento de otras situaciones. Consecuentemente, en las entidades en que se vive un contexto social de violencia desatada por pugnas entre grupos del crimen organizado, los Jueces están obligados a ejercer la facultad otorgada en el citado artículo 20, apartado C, fracción V, párrafo primero, constitucional, cuando se trate de proteger la identidad de las víctimas del delito.³³

Queda claro que los conceptos de *víctima* y *ofendido* son diferentes. Calderón explica que, mientras "se considera víctima a la persona que ha resentido directamente el delito sobre su humanidad, como en el delito de lesiones o peligro de contagio o violación", se entiende por "ofendido del delito [a] la persona física [...] que resiente una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico del que es titular".³⁴

Esto implica que, cuando se adopten medidas en el marco del proceso penal oral en relación con la víctima, se deba atender y considerar la definición de víctima dada en la LGV, de manera que se trata tanto de la víctima directa, como indirecta y, en su caso, la potencial. Así, siempre que cualquiera de estas sea una persona física, será aplicable la normatividad sobre protección de datos personales.

No ocurriría así en el caso de otras víctimas, como podrían ser "los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos", tal y como prevé el párrafo último del artículo 4o. de la LGV.

³³ Tesis aislada XIX.1o.PT.4 P. (10a.), de rubro DERECHO AL RESGUARDO DE LA IDENTIDAD Y OTROS DATOS PERSONALES. NO SÓLO ES INHERENTE A LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIÓN, TRATA DE PERSONAS, SECUESTRO O DELINCUENCIA ORGANIZADA, SINO QUE TAMBIÉN COMPRENDE A LOS OFENDIDOS DE DELITOS COMETIDOS EN UN CONTEXTO SIMILAR DE VIOLENCIA, POR LO QUE EL JUZGADOR ESTÁ OBLIGADO A PROTEGERLOS. Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 11, octubre 2014, t. III, Pág. 2831, Reg. Digital: 2007645.

³⁴ Alfredo T. Calderón Martínez, *Teoría del delito y juicio oral*, Juicios orales número 23, 2a. reimpr., UNAM-IIIJ, México, 2016, p. 50.

Por último, debe considerarse también que la LGV se refiere a otras personas físicas que podrían requerir de protección, como son los ofendidos y testigos, de manera que las medidas que se adopten para proteger a la víctima podrían extenderse también a aquéllas, cuestión a la que deberá atenderse posteriormente.

5.4. Tratamiento

Al igual que en el caso del concepto de datos personales, el relativo al tratamiento es también muy amplio.

En concreto, la fracción XXXIII del artículo 3o. de la LGPDPPSO define el tratamiento como "cualquier operación o conjunto de operaciones efectuadas mediante procedimientos manuales o automatizados aplicados a los datos personales, relacionadas con la obtención, uso, registro, organización, conservación, elaboración, utilización, comunicación, difusión, almacenamiento, posesión, acceso, manejo, aprovechamiento, divulgación, transferencia o disposición de datos personales".

Y es un concepto amplio por las mismas razones. Es decir, se trata de ofrecer una protección efectiva a la persona física cuyos datos personales son objeto del tratamiento, por ser esa la razón de ser del derecho humano a la protección de datos personales.

5.5. Responsable

El responsable del tratamiento, conforme a la definición dada en la fracción XXVIII del artículo 3o. de la LGPDPPSO, engloba a "los sujetos obligados a que se refiere el artículo 1o. de la presente Ley que deciden sobre el tratamiento de datos personales". Y esta remisión al artículo 1o. debe entenderse hecha al párrafo cuarto ya mencionado, en el que se incluye como tal a los órganos y organismos del Poder Judicial.

En relación con esta figura –tal y como han señalado Del Conde y Martínez– ha sido reconocida en diversas legislaciones como la persona física o moral que decide sobre la finalidad, contenido y uso de la información personal, en términos generales.³⁵ Es decir, el Poder Judicial será considerado como responsable del tratamiento por lo que se refiere a cumplir con las disposiciones de la LGPDPPSO y demás normatividad aplicable en materia de protección de datos personales.

Es decir, a efectos del cumplimiento de las obligaciones oportunas en materia de protección de datos, el Poder Judicial, y no los juzgadores, será considerado como responsable del tratamiento que, en su caso, serían usuarios del sistema de información de aquél y, por tanto, tendrían que cumplir con las obligaciones que se establezcan al respecto como tales. No obstante, los juzgadores sí podrán, para proteger a la víctima u ofendido, decidir en atención al caso concreto la adopción de medidas para resguardar la identidad y otros datos personales de la víctima, el ofendido u otras personas físicas involucradas en el proceso penal oral, lo que requerirá además ponderar estas medidas con el derecho a la defensa.

5.6. Encargado

A diferencia de la figura del responsable del tratamiento, el encargado del tratamiento, conforme a la definición dada en la fracción XV del artículo 3o. de la LGPDPPSO es "la persona física o jurídica, pública o privada, ajena a la organización del responsable, que sola o conjuntamente con otras trate datos personales a nombre y por cuenta del responsable".

Se trata, por tanto, de alguien que, siendo ajeno a la persona que es considerada como responsable de decidir sobre el tratamiento de los datos personales, presta

³⁵ Alejandro Del Conde Ugarte y Edgardo Martínez Rojas, "Sujetos que intervienen en la relación jurídica que se genera derivado del tratamiento de datos personales: caso del responsable, encargado y tercero", en José Luis Piñar Mañas, y Lina Ornelas Nuñez (coords.), *La protección de datos personales en México*, Tirant lo Blanch, México, 2013, p. 146.

un servicio al responsable en el tratamiento de los datos personales. El encargado no decide, por tanto, sobre la finalidad del proceso.

Al respecto, Del Conde y Martínez han indicado que, de esta figura se pueden inferir dos elementos centrales para poder actuar con el carácter de encargado, a saber: *i*) que exista una entidad independiente del responsable del tratamiento y *ii*) que dicha entidad realice el tratamiento de datos por cuenta del responsable del tratamiento.³⁶

Sobre esta figura, en el ámbito internacional, el Grupo de trabajo del artículo 29 indicó que el concepto de esta figura no estaba contemplado en el Convenio 108. La función del encargado del tratamiento se reconocía por primera vez en la primera propuesta de la Comisión –aunque ésta no introducía el concepto– con el fin de "evitar situaciones en las que el tratamiento por terceros por cuenta del responsable del tratamiento del fichero tenga el efecto de reducir el nivel de protección del que goza el interesado".³⁷

El Grupo de trabajo del artículo 29 explica también que la existencia de esta figura depende de una decisión adoptada por el responsable del tratamiento, que puede decidir que los datos se traten dentro de su organización, por ejemplo, por personal autorizado para procesar datos bajo su autoridad directa (véase, en sentido inverso, el artículo 2.f)), o delegar todas o una parte de las actividades de tratamiento en una organización externa, es decir –como se señala en la exposición de motivos de la propuesta modificada de la Comisión– en "una persona jurídicamente distinta que actúa por su cuenta".³⁸

En cualquier caso, lo fundamental es que el responsable del tratamiento extienda el cumplimiento de las obligaciones y las exija al encargado del tratamiento con

³⁶ *Ibidem*, p. 151.

³⁷ Grupo de Trabajo del Artículo 29, Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de "responsable del tratamiento" y "encargado del tratamiento", WP 169, adoptado el 16 de febrero de 2010, p. 27.

³⁸ *Ibidem*, p. 27.

la finalidad de garantizar el derecho humano a la protección de datos personales también cuando se ha encomendado a otra persona, física o jurídica, el tratamiento de los datos personales. Es decir, se trata de garantizar dicho derecho a lo largo de toda la cadena de contratación o de externalización, en su caso, de un servicio que implique o consista específicamente en el tratamiento de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

6. Medidas específicas en materia de protección de datos

La protección de la víctima, en particular en el proceso penal oral, requiere que se adopten medidas específicas en relación con el tratamiento de sus datos personales.

En relación con esta cuestión, se debe partir de que dicha protección requiere una aproximación integral u holística, para evitar así que no sea efectiva. Es decir, entre otras cuestiones, es necesario que se atienda a todos los aspectos que se plantean y que se consideren todos los medios disponibles para alcanzar el objetivo de proteger a la víctima, al ofendido y también a otras personas que pudieran verse involucradas con los hechos que se enjuician, tales como los familiares o testigos.

En particular, pueden proponerse medidas específicas en materia de protección de datos, cuya adopción e implementación correspondería al responsable del tratamiento en cualquiera de los casos previstos en la CPEUM. Es decir, cuando se trate de: 1) menores de edad, 2) víctimas de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada, o 3) cuando el juzgado lo estime oportuno. No obstante, debería considerarse también la protección de otras personas, en particular los testigos, lo que requiere o implica hacer una interpretación a la luz de toda la normatividad aplicable y no únicamente del artículo 20 constitucional.

En cualquier caso, y sin perjuicio de las medidas que en algunos casos se pudieran haber adoptado, podría plantearse un listado de acciones a considerar por lo que se refiere a proteger a los interesados en el desarrollo del proceso penal oral:

- i.* Evitar el contacto entre las partes del proceso: lo que, entre otras cuestiones, permitiría evitar el reconocimiento de la víctima u ofendido.
- ii.* Limitar la difusión de información, en particular en los casos a los que se refiere el artículo 20 constitucional, así como en los supuestos ya mencionados, tales como testigos o personas con necesidades especiales.
- iii.* Relacionada con la anterior, establecer medidas para impedir que quienes intervengan en el proceso, tales como fiscales, abogados, peritos o, incluso, público si pudiera asistir a cualquier sesión, incluidos periodistas u otros profesionales de la información en este último caso, divulguen datos personales de la víctima u ofendido, salvo cuando estén autorizados para ello.
- iv.* Adoptar e implementar medidas en relación con el sistema de gestión de los datos personales por el Poder Judicial, de manera que se cumpla con los requisitos de la LGPDPPSO y demás normatividad aplicable en materia de protección y seguridad de los datos
- v.* También relacionada con la anterior, aplicar las medidas, técnicas y organizativas, oportunas para que los expedientes y documentos generados en el proceso penal oral en los que se traten datos personales, con independencia de cuál sea su soporte, electrónico o no, cumplan con los principios de la protección de datos personales y se apliquen medidas de seguridad para proteger los datos personales "contra daño, pérdida,

alteración, destrucción o su uso, acceso o tratamiento no autorizado, así como garantizar su confidencialidad, integridad y disponibilidad" (art. 31 de la LGPDPPSO).

- vi.* En particular, cumplir con el principio de responsabilidad, que implica un especial deber de diligencia o cuidado sobre el tratamiento de datos personales.
- vii.* Anonimizar las versiones públicas de los documentos, es decir, manteniendo la versión original correspondiente.
- viii.* Si se graban las sesiones, enmascaramiento o distorsión de la imagen y/o de la voz de la víctima u ofendido, con la finalidad de evitar su identificación, así como la correcta gestión de dichas grabaciones al formar parte del archivo en el que se integren.
- ix.* Adoptar medidas en caso de que sea necesario transferir los datos personales de la víctima u ofendido a terceros y, si fuera necesario, considerar la necesidad de obtener su consentimiento expreso o atender a la base de legitimación que sea aplicable en su caso.

Ahora bien, el recurso a estas medidas por sí solo no es suficiente, ya que debe conjugarse con medidas jurídicas, tecnológicas y también éticas. De poco o nada servirá la previsión de la obligación de salvaguardar la identidad y otros datos personales de la víctima o del ofendido, si los expedientes u otros documentos se guardan sin protección alguna, si no se disocian o, en su caso, se enmascaran los datos personales en la versión de una resolución que vaya a publicarse.

Y tampoco se podrá conseguir el objetivo anterior, que supone cumplir con una obligación constitucional, si la prensa o los medios de comunicación no actúan

de manera ética a la hora de publicar cierta información, es decir, aplicando un código ético o deontológico que se centre, específicamente, en el uso responsable y ético de la identidad y otros datos personales de las víctimas, los ofendidos y demás personas que sean parte en el proceso penal oral. Incluso en este último caso, sería deseable y recomendable que la figura de la persona o departamento en materia de protección de datos —es decir, el oficial de protección de datos— tuviera también un papel relevante y activo para evitar, en su caso, riesgos de vulneración de la normatividad sobre protección de datos personales.

Es decir, el desarrollo del proceso penal oral implica un tratamiento de datos personales, en los términos ya expuestos, que tiene que cumplir con los requisitos exigibles en virtud de la LGPDPPSO y demás normatividad aplicable en la materia o relacionada con los derechos a la protección de datos personales y a la intimidad o privacidad de la víctima u ofendido, e incluso en virtud de los tratados internacionales en los que México es parte o con los que se ha comprometido, tales como:

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁹
2. Convención sobre los derechos del niño⁴⁰
3. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴¹
4. Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, en la versión modernizada ya mencionada⁴²

³⁹ *Cfr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, de 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁴⁰ *Cfr.* UNICEF, Convención sobre los derechos del niño, 20 de noviembre de 1989, UNICEF, España, Junio 2006. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

⁴¹ *Cfr.* ONU, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

⁴² *Cfr.* Consejo de Europa, 128th Session of the Committee of Ministers, Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, 17 de mayo de 2018. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807c65bf

También pueden sumarse otros instrumentos internacionales que sirven de guía en este caso, tales como las Directrices de Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos⁴³ o las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores.⁴⁴ En estos instrumentos se incluyen previsiones sobre la obligación de los Estados de proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes, también cuando se trate de personas con necesidades especiales, en particular por lo que se refiere a proteger su intimidad o vida privada (privacidad), sin perjuicio de tener que garantizar también su derecho a la protección de datos personales.

Se trata de adoptar e implementar medidas jurídicas como, por ejemplo, el cumplimiento de los principios en materia de protección de datos; así como medidas técnicas en cuanto a la seguridad de los datos e incluso la ciberseguridad. Debe considerarse en este último caso que México cuenta ya con una Estrategia Nacional de Ciberseguridad,⁴⁵ cuyo objetivo general es "identificar y establecer las acciones en materia de ciberseguridad aplicables a los ámbitos social, económico y político que permitan a la población y a las organizaciones públicas y privadas, el uso y aprovechamiento de las TIC de manera responsable para el desarrollo sostenible del Estado Mexicano";⁴⁶ y también de forma ética, para desempeñar un importante papel en el impulso de instrumentos de autorregulación.

No es una cuestión nueva, ya que si se atiende al Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes, que fue elaborado por la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁴⁷

⁴³ Cfr. UE, E/2005/INF/2/Add.1

⁴⁴ Cfr. ONU, Doc. A/40/53 (1985) A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207.

⁴⁵ SEGOB, "Estrategia Nacional de Ciberseguridad", SEGOB, México, 2017. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/271884/Estrategia_Nacional_Ciberseguridad.pdf

⁴⁶ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, México 2012. Disponible en: http://www.pjetam.gob.mx/tamalipas/interiores/Publicaciones/Protocolo2012_v3.pdf

se prevé en el mismo, en primer lugar, que "la persona encargada de impartir justicia deberá tomar las medidas pertinentes, para restringir la divulgación de información que permita identificar a los niños, niñas o adolescentes víctimas o testigos de un delito en el proceso de justicia" y, en segundo lugar, que "deberán adoptarse medidas para evitar la concurrencia a tribunales públicos, y la entrada a los mismos, de personas no esenciales en el desarrollo de las actuaciones judiciales".⁴⁸

7. Necesidad de ponderar la protección de la víctima u ofendido y el derecho a la defensa

Las reformas constitucionales ya indicadas buscan proteger a la víctima con la finalidad de evitar una victimización secundaria y reiterada cuando se trata de: menores de edad, víctimas de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada, o cuando el juzgador lo estime oportuno.

De nuevo, si se atiende al Derecho comparado y, en particular, a la ya mencionada Directiva 2012/29/UE, se puede ver claramente que lo importante es prevenir o evitar que las víctimas, especialmente las que pueden considerarse específicamente como vulnerables, sufran una "victimización secundaria o reiterada", evaluando dichas medidas específicas en atención a los demás derechos en presencia, entre los que se encuentra el derecho de defensa.

Al respecto, el considerando 58 de la citada Directiva indica que:

Se deben ofrecer medidas adecuadas a las víctimas que hayan sido consideradas vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, con el fin de protegerlas durante el proceso penal. La naturaleza exacta de tales medidas debe determinarse mediante la evaluación individual, teniendo en cuenta los deseos

⁴⁸ *Ibidem*, p. 28.

de la víctima. La magnitud de cualquier medida de este tipo deberá determinarse sin perjuicio de los derechos de la defensa y de conformidad con las normas de discrecionalidad judicial. Las inquietudes y miedos de la víctima en relación con las actuaciones deben ser un factor esencial a la hora de determinar si necesitan alguna medida específica.

En concreto, en el caso de los menores, cabe atender a la siguiente tesis jurisprudencial:

Con el fin de evitar mayor sufrimiento al niño que ha sido víctima de un delito, las entrevistas, exámenes y demás tipos de investigaciones a que sean sometidos deben ser realizados por profesionales capacitados que procedan de manera sensible, respetuosa y concienzuda. Así, existe una obligación especial frente a la niñez, de manera que en el caso de los menores víctimas de un delito, deben implementarse las siguientes medidas cuando estén en contacto con los procesos de justicia: 1) los niños deberán contar con ayuda profesional de manera continua hasta que ya no se requiera más; 2) deben utilizarse procedimientos adaptados a los niños, incluidas salas de entrevistas destinadas a ellos; salas de audiencia modificadas teniendo en cuenta recesos durante el testimonio de un niño; audiencias programadas a horas apropiadas para su edad y madurez; 3) un sistema de comunicación que garantice que el menor asista al tribunal solamente cuando sea necesario, al igual que otras medidas que faciliten el testimonio del niño y, en general, aseguren sus derechos a recibir asesoría jurídica, atención médica y psicológica; a que se le repare el daño y se resguarden su identidad y otros datos personales.⁴⁹

No obstante, cuando se plantea la cuestión relativa a la anonimización, debe atenderse a que se haya indicado a través de una tesis jurisprudencial que:

Resulta incorrecto que la autoridad responsable, al emitir su fallo, omita citar los apellidos del adolescente infractor y del ofendido y los sustituya por signos de asterisco

⁴⁹ Tesis jurisprudencial 1a./J. 11/2017 (10a.), de rubro DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. REGULACIÓN, CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA. Primera Sala (reiteración), Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, 3 de marzo de 2017, Reg. Digital: 2013781.

bajo el argumento de fundarse en los artículos 20, apartados B, fracción V, y C, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 28 de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de México, puesto que ésta no puede ser una interpretación acertada y racional, ya que dichos preceptos no legitiman la emisión de sentencias sin contener el nombre preciso y completo de aquel a quien se juzga o respecto de quien se resuelve y de aquel al que le resulta el carácter de ofendido o agraviado; pues esto implicaría la ausencia de un aspecto esencial e imprescindible de toda resolución, que es la precisión de la identidad de las partes o sujetos respecto de quienes se decide en derecho. Luego, **es claro que en tales dispositivos se hace referencia al derecho a la intimidad y a la prohibición de publicidad indebida de datos personales de adolescentes, la cual debe entenderse como un acto de difusión injustificada y ajena a la actuación jurisdiccional misma**, es decir, a que los datos personales necesariamente contenidos en el fallo se publiquen o difundan fuera del ámbito de legítimo conocimiento por parte de las autoridades y sujetos legalmente involucrados, pero en modo alguno significa que con base en él pueda prohibirse que formen parte de las actuaciones no sólo como condición de validez, sino como factor exigible a las autoridades para respetar la taxatividad y congruencia de toda sentencia, al contener los datos precisos de identidad de aquellas personas respecto de quienes se resuelva o tengan el carácter de agraviados, pues sólo así se garantiza la observancia de certeza y seguridad jurídica propias de todo fallo judicial. Además, es evidente que para efectos del juicio de amparo resulta igualmente indispensable contar con esa precisión en aras de respetar los principios de relatividad de toda ejecutoria y el de instancia de parte agraviada.⁵⁰ (Énfasis añadido).

No obstante, debe atenderse que, se trata de proteger tanto la intimidad o privacidad como la protección de datos personales de la víctima u ofendido –dos derechos estrechamente relacionados– sin que ello afecte a la actuación jurisdiccional. En este sentido, la versión pública de la actuación jurisdiccional no

⁵⁰ Tesis aislada II.2o.P.17 P (10a.), de rubro DERECHO A LA INTIMIDAD Y PROHIBICIÓN DE PUBLICIDAD INDEBIDA DE DATOS PERSONALES DE ADOLESCENTES INFRACTORES. ES INCORRECTO QUE CON BASE EN ÉL EN LAS SENTENCIAS NO SE CITEN LOS APELLIDOS DE AQUÉLLOS Y DEL OFENDIDO Y SE SUSTITUYAN POR SIGNOS DE ASTERISCO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO), Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, septiembre de 2012, Pág. 1703, Reg. Digital: 2001623.

impide ni obstaculiza que se adopten otras medidas y se cumpla con las obligaciones exigibles en virtud de otra normatividad aplicable, tal como la relativa a la transparencia, siendo además una buena práctica internacional la anonimización del documento que se publique.⁵¹

En este sentido, también en otra tesis jurisprudencial se ha establecido que:

De los artículos 1o., 5o., 6o., 7o. y 8o. del Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; 3o., fracción II y 13, fracción IV, de la ley en cita, se asume que **los asuntos del conocimiento de un órgano jurisdiccional del Poder Judicial de la Federación constituyen información pública a la que los ciudadanos deben tener acceso sin más restricciones que las que la ley les imponga; asimismo las partes que en tales asuntos intervengan tienen el derecho de oponerse a la publicación de sus datos personales en caso de que se presente una solicitud de acceso a alguna de las resoluciones o a las pruebas y demás constancias que obren en el expediente respectivo, derecho que se les reconoce en la propia ley federal de transparencia y que los órganos jurisdiccionales deben ponderar desde el momento en que se dicta la primera providencia sobre el conocimiento de un asunto.** No obstante ello, también de acuerdo con el marco jurídico aplicable, ese derecho que por principio asiste a todas las partes del juicio, no garantiza que al plantearse la petición deban suprimirse ineludiblemente los datos personales de quien la formula de cualquier documentación que contenga la información a publicar,

⁵¹ Como ejemplo específico, cabe señalar que desde el 1o. de Julio de 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea anonimiza todos los asuntos prejudiciales que son publicados en los que estén implicadas personas físicas. En concreto, el Tribunal de Justicia explica que "Coincidiendo con la reciente entrada en vigor del nuevo Reglamento general de protección de datos (RGPD), que precede al que próximamente será aplicable a las instituciones de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia ha decidido reforzar la protección de los datos de las personas físicas en el marco de las publicaciones relativas a los asuntos prejudiciales.

Al hacerlo, se suma a la tendencia, observada en los Estados miembros, a fortalecer la protección de los datos personales en un contexto marcado por la proliferación de herramientas de búsqueda y de difusión. La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia refleja de hecho esta tendencia con un creciente número de sentencias dictadas en ese ámbito, sobre cuestiones como el derecho a la supresión de datos en los motores de búsqueda". Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "A partir del 1 de julio de 2018, los asuntos prejudiciales en que se hallen implicadas personas físicas serán anonimizados". Comunicado de prensa núm. 96/18, Luxemburgo, 29 de junio de 2018.

incluyendo desde luego la sentencia dictada en el asunto. Por el contrario, la recepción de una petición en tal sentido sólo implica que una vez expuesta, el órgano jurisdiccional está compelido a determinar si tal oposición puede surtir efectos, tomando en cuenta si la resolución definitiva del asunto, las pruebas o las demás constancias respecto de las cuales prevalece el derecho de la sociedad a conocerlas plenamente, contienen información considerada como reservada en términos de la fracción IV del artículo 13 de la citada ley, lo que implica que el órgano jurisdiccional a cargo del asunto deberá determinar si la información que se solicita sea excluida en caso de publicación, concierne a una persona física, identificada o identificable, o si es 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; y además si de publicarse cualquiera de esos datos se puede poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona, e incluso si la supresión de la información no incide en que la información cuya publicación se solicita no pueda conocerse íntegramente o con la transparencia necesaria, pues de no colmarse esos extremos, el órgano jurisdiccional podrá anticipar que dicha petición es ineficaz y proceder a la publicación de la información correspondiente, con inclusión de aquella que se buscaba fuera suprimida.⁵² (Énfasis añadido).

Sobre la anonimización o, en su caso, supresión de datos personales, en 2018 el Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de Nación (SCJN) y del Consejo de la Judicatura Federal (CJF) indicó que:

en todo caso, en los instrumentos jurisdiccionales se deberán suprimir, de oficio, los nombres de las partes y sus diversos datos personales, únicamente cuando el asunto respectivo verse sobre supuestos de datos sensibles; considerando como asuntos de

⁵² Tesis aislada IV.2o.A.137 A, de rubro TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LA OPOSICIÓN A QUE SE PUBLIQUEN DATOS PERSONALES DE LAS PARTES EN ASUNTOS DEL CONOCIMIENTO DE LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, ESTÁ SUJETA A LA CALIFICACIÓN DE EFICACIA, EN TÉRMINOS DEL REGLAMENTO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXI, mayo de 2005, Pág. 1583, Reg. Digital: 178271.

esa naturaleza, de manera ejemplificativa, no limitativa, los relacionados con juicios familiares o causas penales seguidas respecto de los delitos contra la dignidad –como el aborto; la ayuda o inducción al suicidio–; contra la libertad reproductiva; contra la libertad y el normal desarrollo de la personalidad; delitos contra el derecho de los integrantes de la familia a vivir una vida libre de violencia; contra la filiación o la institución del matrimonio; contra las normas de inhumación y exhumación y contra el respeto a los cadáveres o restos humanos; así como del suministro de medicinas nocivas o inapropiadas.⁵³

Todos estos son datos que deben verificarse como sensibles y de suprimirse de oficio los nombres de las partes.

El Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte dispone también que esta supresión prevalecerá cuando tales documentos se relacionen con trámites de acceso a la información pública, así como en los casos que la utilización de instrumentos jurisdiccionales derive del ejercicio de cualquier otra atribución de los órganos y áreas de la Suprema Corte, para lo cual se deberán adoptar todas las medidas de protección de los datos personales.

De igual forma, la Suprema Corte establece que durante el trámite de los asuntos jurisdiccionales, la oposición a la publicación de los datos personales realizada por las partes no dará lugar a la supresión de los nombres en los instrumentos de carácter jurisdiccional, salvo que se refiera a los supuestos sensibles, sin menoscabo de la supresión de otros datos personales diferentes al nombre.

Y finalmente, en el Acuerdo, la Corte precisa que:

una vez que se emita la sentencia o resolución que ponga fin a cualquier asunto jurisdiccional, los efectos de la oposición a la publicación de los datos personales realizada

⁵³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Palabras del Ministro Luis María Aguilar Morales, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), durante la ceremonia inaugural con motivo del Día Internacional de Protección de Datos Personales". Dirección general de comunicación y vinculación social, SCJN, Ciudad de México, 24 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/multimedia/discursos-ministro-presidente>

por las partes estarán sujetos al análisis del caso, atendiendo a lo previsto en este Acuerdo General, por parte de las Secretarías correspondientes.⁵⁴

Es así que, según lo previsto en el apartado segundo del Acuerdo General 11/2017, del 5 de septiembre de 2017, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se regulan los alcances de la protección del nombre de personas físicas o morales contenido en los distintos instrumentos jurisdiccionales, "en los instrumentos jurisdiccionales antes señalados se deberán suprimir, de oficio, los nombres de las partes y sus diversos datos personales, únicamente cuando el asunto respectivo verse sobre supuestos de datos sensibles".⁵⁵

El ya mencionado Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes, elaborado por la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, también debe aplicarse.⁵⁶

La última previsión, por lo que se refiere a los casos en los que "a juicio del juzgador sea necesario para su protección", es decir, de la víctima u ofendido implica que también deban adoptarse medidas en aquellos casos en los que el juzgador considere que hay que proteger a la víctima para evitar, entre otras cuestiones, su revictimización.

En definitiva, se trata de garantizar el resguardo de la identidad y otros datos personales en los términos previstos en la normatividad aplicable en materia de protección de datos, ya sea la LGPDPPSO u otra en los términos indicados, sin que ello afecte al derecho a la defensa lo que puede requerir una ponderación o análisis caso por caso por el juzgador, como la persona que cuenta con la

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Cfr.* SCJN, "Acuerdo General 11/2017, del cinco de septiembre de dos mil diecisiete, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se regulan los alcances de la protección del nombre de personas físicas o morales contenido en los distintos instrumentos jurisdiccionales", *Diario Oficial de la Federación*, 18 de septiembre de 2017.

⁵⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, México, 2012. Véase *supra* nota 47.

información necesaria y puede aplicar el mejor criterio profesional. Y lo anterior apoyado, en su caso, sobre las recomendaciones y mejores prácticas oportunas así como sobre la existencia de un estatuto jurídico de la víctima, ofendido y otras personas afectadas.

8. Reflexiones finales

En virtud del estudio hecho sobre la protección de datos personales en el proceso penal oral, cabe exponer las siguientes reflexiones finales o conclusiones.

En primer lugar, las personas físicas, ya sean víctimas, ofendidos, familiares o testigos, entre otros, deben tener garantizado su derecho a la protección de datos personales, sin perjuicio del derecho a la defensa de la otra parte, con la finalidad de evitar su revictimización u otros riesgos para sus derechos humanos.

En segundo lugar, es necesario distinguir entre el Poder Judicial y el juzgador, el primero como sujeto obligado en virtud de la normatividad aplicable en materia de protección de datos personales y por tanto considerando como responsable del tratamiento; y el segundo como quien tiene que evaluar la necesidad de protección de la identidad y otros datos personales de las víctimas, ofendidos y otras personas. En este sentido, es el juzgador quien está en mejor posición para determinar la aplicación de medidas que, en su caso, tendrán que facilitarse por el Poder Judicial como responsable del tratamiento de los datos personales.

En tercer lugar, el concepto de datos personales y el de tratamiento son muy amplios, apelando a la voluntad del legislador con la finalidad de que se garantice una protección efectiva de la persona física cuyos datos personales son tratados.

En cuarto lugar, esta protección efectiva de la persona física, ya sea víctima, ofendido o, incluso, testigo, va a depender de una aproximación integral y que

combine la aplicación de medidas jurídicas, tecnológicas y éticas. La mera previsión normativa de medidas no va a ser efectiva por sí sola, y la tecnología requiere, a su vez, del apoyo normativo y, en su caso, también de códigos éticos o de autorregulación.

En quinto lugar, es altamente recomendable que se considere la necesidad de adoptar procedimientos y protocolos que incluyan todos los tratamientos de datos personales que pueden ser objeto de tratamiento en relación con las personas indicadas. Esto supone que deba atenderse tanto al desarrollo del proceso penal oral como a la información (comunicados de prensa incluidas imágenes y/o vídeos) que pueda publicarse.

En sexto lugar, es importante encontrar un equilibrio adecuado, sin que ninguno de los derechos en presencia sea absoluto. El que, por ejemplo, puedan anonimizarse las resoluciones relativas a un proceso penal que se publican no implica que no se cumpla con las obligaciones que sean aplicables en cada caso ya que seguiría habiendo una versión original íntegra. Se trata de garantizar los derechos de manera que se cumpla con los principios aplicables en cada caso.

Por último, se trata de garantizar otros bienes jurídicos, tales como privilegiar el interés superior de la niña, el niño y el adolescente o proteger a la víctima u ofendido frente al riesgo de revictimización. Es decir, es necesario evaluar la oportunidad de desarrollar un estatuto jurídico de protección integral de la víctima, del ofendido y de otras personas involucradas en el proceso penal oral, así como de la emisión, en su caso, de recomendaciones y buenas prácticas en la materia.

Fuentes

Bibliografía

CALDERÓN Martínez, Alfredo T., *Teoría del delito y juicio oral*, Juicios orales número 23, 2a. reimp., UNAM-IIJ, México, 2016.

GÓMEZ González, Arely, (coord.), *Reforma Penal 2008-2016, El Sistema Penal Acusatorio en México*, INACIPE, México, 2016.

PIÑAR Mañas, José Luis y ORNELAS Nuñez, Lina (coords.), *La protección de datos personales en México*, Tirant lo Blanch, México, 2013.

Hemerografía

AA.VV., *Guía para titulares de los datos personales*, vol. 1, INAI, México. Disponible en: http://inicio.inai.org.mx/GuiasTitulares/Guia%20Titulares-01_PDF.pdf

CNDH, *Conoce tus derechos humanos en el nuevo sistema penal acusatorio*, CNDH, México, 2016.

DEL CONDE Ugarte, Alejandro y MARTÍNEZ Rojas, Edgardo, "Sujetos que intervienen en la relación jurídica que se genera derivado del tratamiento de datos personales: caso del responsable, encargado y tercero", en PIÑAR Mañas, José Luis y Ornelas Nuñez, Lina (coords.), *La protección de datos personales en México*, Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 143-180.

GONZÁLEZ Tirado, Rosa Elena, "Participación directa de la víctima en el juicio para la protección de sus derechos e impugnación de resoluciones en el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio", en GÓMEZ González, Arely (coord.), *Reforma Penal 2008-2016. El Sistema Penal Acusatorio en México*, INACIPE, México, 2016, pp. 439-460.

Grupo de Trabajo del artículo 29, *Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales*, No. 01248/07/ES, WP 136, adoptado el 20 de junio de 2007.

_____, *Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de "responsable del tratamiento" y "encargado del tratamiento"*, WP 169, adoptado el 16 de febrero de 2010.

GUILLÉN López, Germán, ALEJANDRO, Manuel y Encinas ISLAS, "Artículo 20 constitucional: columna vertebral del proceso penal acusatorio y oral", *Revista de Investigación Académica Frontera*, año 9, núm. 24, junio-diciembre 2016, pp. 1-13.

INSYDE, *Cuaderno de trabajo para periodistas en el sistema penal acusatorio, Derechos de periodistas en el CNPP*, núm. 5, Insyde, México, 2015.

MAQUEO, María Solange y MORENO, Jimena, *Implicaciones de una ley general en materia de protección de datos personales*, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México, 2014.

RODRÍGUEZ Olvera, Óscar, *Reforma penal: los beneficios procesales a favor de la víctima del delito*, Documento de trabajo núm. 37, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, México, marzo 2008.

SCJN, *¿Qué es el Poder Judicial de la Federación?*, 4a. ed., SCJN, México, 2005. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/material_didactico/2016-11/Que-PJF.pdf

_____, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, SCJN, México, 2012.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917.

Ley General de Víctimas, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013.

Código Nacional de Procedimientos Penales, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Reglamentaria del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 2014.

Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de enero de 2017.

Jurisprudencia

Tesis [A.]: IV.2o.A.137 A, de rubro TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LA OPOSICIÓN A QUE SE PUBLIQUEN DATOS PERSONALES DE LAS PARTES EN ASUNTOS DEL CONOCIMIENTO DE LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, ESTÁ SUJETA A LA CALIFICACIÓN DE EFICACIA, EN TÉRMINOS DEL REGLAMENTO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXI, mayo de 2005, Pág. 1583, Reg. Digital: 178271.

Tesis [A.]: II.2o.P.17 P (10a.), de rubro DERECHO A LA INTIMIDAD Y PROHIBICIÓN DE PUBLICIDAD INDEBIDA DE DATOS PERSONALES DE ADOLESCENTES INFRACTORES. ES INCORRECTO QUE CON BASE EN ÉL EN LAS SENTENCIAS NO SE CITEN LOS APELLIDOS DE AQUÉLLOS Y DEL OFENDIDO Y SE SUSTITUYAN POR SIGNOS DE ASTERISCO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO), Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, septiembre de 2012, Pág. 1703, Reg. Digital: 2001623.

Tesis [A.]: XIX.1o.PT.4 P. (10a.), de rubro DERECHO AL RESGUARDO DE LA IDENTIDAD Y OTROS DATOS PERSONALES. NO SÓLO ES INHERENTE A LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIÓN, TRATA DE PERSONAS, SECUESTRO O DELINCUENCIA ORGANIZADA, SINO QUE TAMBIÉN COMPRENDE A LOS OFENDIDOS DE DELITOS COMETIDOS EN UN CONTEXTO SIMILAR DE VIOLENCIA, POR LO QUE EL JUZGADOR ESTÁ OBLIGADO A PROTEGERLOS, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, octubre 2014, Tomo III, Pág. 2831, Reg. Digital: 2007645.

Tesis [A.]: I.2o.A.E.1 CS (10a.), de rubro SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES QUE LOS REGULAN, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 39, febrero de 2017, Tomo III, Pág. 2364, Reg. Digital: 2013674.

Tesis [J.]: 1a./J. 11/2017 (10a.), de rubro DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. REGULACIÓN, CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA. Décima Época, Primera Sala (reiteración) *Semanario Judicial de la Federación*, 3 de marzo de 2017, Reg. Digital: 2013781.

INTERPRETACIÓN DE LA ORALIDAD EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL E IMPLICACIONES A SU INFRACCIÓN

*UNDERSTANDING "THE PRINCIPLE OF ORALITY"
IN THE NEW CRIMINAL JUSTICE SYSTEM IN MEXICO
AND THE CONSEQUENCES TO ITS INFRACTION*

Jorge Mario Pardo Rebolledo*
Alejandro Alberto Díaz Cruz*

Resumen

En el artículo se explora el apuntalamiento de la oralidad como uno de los aspectos centrales del nuevo sistema penal acusatorio y adversarial en México, con la intención de poder establecer en qué consiste y para qué sirve. Se analiza la interacción entre la oralidad y otros principios constitucionales, focalizando su utilidad en la realización de las audiencias. La cuestión medular que se traza en este trabajo consiste en determinar si se infringe la oralidad, como principio, cuando alguna de las partes lee íntegramente documentos durante su intervención en la audiencia.

Palabras clave: Nuevo Sistema de Justicia Penal, principios constitucionales, oralidad, información de calidad, control constitucional.

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adscrito a la Ponencia del Ministro Pardo Rebolledo.

Abstract

This article explores the underpinning of "orality" as one of the core principles of the new criminal accusatorial and adversarial system in Mexico, with the aim of defining its content and function. It analyzes the interaction between orality and other constitutional principles, focusing its importance in the hearing conduction. The central issue of this paper is to define if orality, as a principle, is infringed when a party reads out-loud written materials during its intervention at a hearing.

Keywords: New Criminal Justice System, criminal procedure, constitutional principles, orality, quality of information, constitutional control.

1. Introducción

La instauración del Nuevo Sistema de Justicia Penal (NSJP), suscitada con motivo de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, representa uno de los cambios más relevantes, no sólo legislativo, sino institucional en toda la historia de México. Constituye un cambio de paradigma que obligó a replantear por completo la totalidad de elementos que definen la manera en que se administra justicia en este ámbito.

Se volvió un secreto a voces, que como país nos limitábamos a contemplar, la manera en que el sistema de procuración e impartición de justicia no sólo se veía superado para reaccionar ante fenómenos novedosos que amenazan la convivencia pacífica, como la delincuencia organizada transnacional o el uso intensivo de la tecnología para cometer delitos, sino que, desde hace tiempo, dejó de ser eficaz para cumplir con la encomienda de resolver los problemas del día a día que lesionan a la sociedad, al quedar rezagado en temas tan sensibles como justicia pronta, el papel de las víctimas en el proceso, la real observancia de los principios de presunción de inocencia, igualdad procesal, a no ser objeto de juicio a partir de pruebas ilícitas y la transparencia para ser eficiente la respuesta estatal. Todo ello debido en gran parte a la agotada concepción monolítica del proceso: el castigo como única finalidad, el juicio como único camino de solución,

el Estado como único decisor, así como tratamiento único para todas las conductas consideradas como delito.

Y el precio que como sociedad pagamos por no contar o no haber contado con un esquema de justicia penal con todos los estándares necesarios es muy alto: una creciente impunidad y, sobre todo, la constante pérdida de confianza en las instituciones.

Ante esa realidad, fue necesario reconocer –y ese es, en principio, uno de los méritos de la reforma– que por acarrear una serie de deficiencias, vicisitudes endémicas y ante la falta de resultados satisfactorios, más que perfeccionar el sistema penal que nos rigió por más de 200 años, contados desde la época del México Independiente, necesitábamos *otro* diferente.

Los componentes medulares que definen el profundo viraje en la manera en que los mexicanos decidimos transformar radicalmente la forma y fondo de cómo habíamos vivido nuestro sistema de justicia penal, para fines didácticos los podemos identificar a partir de dos bloques distintos: *i)* en la incorporación de la justicia restaurativa y *ii)* en la modernización del procedimiento penal.

Al incorporar la justicia restaurativa al sistema, en el párrafo cuarto del artículo 17 de la Constitución Federal, la dimensión represiva del derecho penal –a través de la imposición de una pena, como la prisión– se concibe sólo como una forma, entre varias, de solución al conflicto penal.

Ahora el sistema es, ante todo, un mecanismo para resolver un problema penal dotado de distintas modalidades de solución, entre las que se encuentra el juicio, el cual necesariamente convive con procedimientos abreviados o mecanismos alternativos; de modo que la pena es igualmente una de las herramientas, entre varias, para alcanzar esa solución, como lo son también los acuerdos reparatorios o la suspensión condicional del proceso, que si bien todas parten de la comisión de un hecho delictivo, se distinguen porque no buscan declarar la responsabilidad

penal del imputado, ya que su prioridad radica en restaurar el daño causado y concluir el conflicto penal sin la imposición de una pena, como la prisión.

La reforma también modernizó el proceso penal, al establecer que será acusatorio y oral, orientado por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, en términos del artículo 20 constitucional, con la clara intención de "dar cabida a los principios del debido proceso", tal como se registró expresamente en el proceso de reforma constitucional.

Para conseguirlo, el proceso se configura a través de audiencias orales como el método de trabajo central del sistema, lo cual constituye un cambio de paradigma en la metodología empleada para resolver los conflictos penales.

Es por ello que el primer objetivo que se traza con este estudio radica en establecer en qué consiste y para qué sirve la oralidad en el procedimiento penal acusatorio y adversarial, para luego, en un segundo paso analítico, evaluar si dicho postulado se infringe cuando alguna de las partes lee íntegramente documentos durante su intervención en una audiencia, práctica que se presenta constantemente en la incipiente etapa de operación del nuevo esquema procesal, implementado en todo el territorio nacional a partir del 18 de junio de 2016.

2. Aproximaciones a la oralidad

Con frecuencia se suele afirmar que el proceso oral y el proceso escrito implican dos sistemas fundamentales, entendiendo por tales según Lascano "no al que ocupa más o menos la escritura o la oralidad, sino al que ha construido un sistema orgánico sobre la base de la palabra hablada o escrita como elemento *preponderante y sustancial* del proceso".¹

¹ David Lascano, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil y comercial*, Instituto de Altos Estudios Jurídicos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, tomo III, Obras del Instituto, edición oficial, La Plata, 1935, p. 52.

De acuerdo con Lascano, en sus términos más elementales, el proceso será oral o escrito según se use la viva voz de los sujetos o los escritos que registren sus manifestaciones como medio de comunicación y de transmisiones probatorias entre las partes y el tribunal.²

Pero en realidad, no es *sólo* la diferencia de los medios de comunicación –oral o escrita– lo que distingue y caracteriza a los sistemas denominados "orales" o "escritos".

Para comenzar, prácticamente no existen sistemas orales o escritos puros, esto es, actualmente es difícil hallar un procedimiento en el cual se prescindiera de modo absoluto ya sea de la palabra oral, como medio de expresión, o de la manifestación escrita, como forma de documentación o registro de los principales actos procesales. Esto sucede con nuestro reciente procedimiento penal acusatorio y adversarial, el cual si bien se distingue por adoptar a la oralidad como principal instrumento de comunicación en la audiencia, no renuncia en su totalidad a la escritura como medio de registro, así lo muestra la forma en que inicia y culmina una de sus etapas procesales, denominada intermedia: que comienza con el escrito de acusación y finaliza con el auto de apertura a juicio,³ por citar un solo ejemplo.

Las grandes diferencias entre los dos sistemas antagónicos están dadas por un conjunto de notas o características que acompañan a cada uno y que, sin ser el objeto de este estudio realizar un análisis puntual de cada una de ellas, basta con mencionar las siguientes:

En el procedimiento escrito, la actividad procesal se dispersa en múltiples actuaciones que dilatan al proceso, el Juez se mantiene alejado de las partes y

² Cfr. *Ibidem*, p. 53.

³ Véase artículos 211, fracción II, 334, segundo párrafo y 347, todos del Código Nacional de Procedimientos Penales.

de la producción probatoria, las formalidades son abundantes y se constituyen en fuente de múltiples desviaciones e incidentes, que postergan la emisión de la sentencia.

Mientras que en el procedimiento oral, las pretensiones de las partes, la producción de las pruebas y los alegatos o conclusiones de hecho y de derecho se formulan verbalmente en una o varias audiencias, realizadas de forma continua y concentrada, en presencia y con intervención del Juez que las dirige. El juicio es público, las formas son simples y el fallo se emite inmediatamente, tras la conclusión del debate.

De ahí que el proceso suele calificarse de oral cuando esta sea la manera en que predominantemente se lleven a cabo las actuaciones que lo componen.⁴ Sin perjuicio de ello, otras voces doctrinales colocan el acento en la forma en que se practican las pruebas, de modo que el proceso podrá ser considerado oral sólo cuando su fase probatoria transcurra oralmente.⁵

En nuestro ordenamiento jurídico, la oralidad encuentra su fundamento en el artículo 20, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone que el proceso penal será acusatorio y oral. Al acudir a las razones y propósitos que el Poder Constituyente registró en el proceso de reforma constitucional, en el que plasmó las *necesidades* que pretende solventar con la instauración de dicho proceso, específicamente al consultar el dictamen de primera lectura, de la Cámara de Senadores de 13 de diciembre de 2007, se puede advertir lo siguiente:

⁴ Como indica Chiovenda, hoy todo proceso es mixto, pues la vigencia de la oralidad no implica desechar o prohibir la realización de actos escritos durante el proceso. Giuseppe Chiovenda, "Instituciones de derecho procesal civil", Emilio Gómez Orbaneja (trad.), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, vol. I, 1936, p. 294.

⁵ José Garberí Llobregat, *Derecho procesal civil: procesos declarativos y procesos de ejecución*, J. M. Bosch, Barcelona, 2012, p. 58.

Artículo 20

Proceso acusatorio

[...]

Este dictamen plantea que el proceso será acusatorio y **oral**. La oralidad propiamente dicha no es un principio procesal, sin embargo, **es el instrumento que permite actualizar y dar eficacia al resto de los principios que se explicarán a continuación**. No es imaginable un proceso público si las actuaciones se desarrollan por escrito, en este tipo de procesos los jueces y el público se enteran al mismo tiempo de todas las actuaciones. Tampoco sería posible una adecuada continuidad en el desarrollo de las audiencias y la concentración en el desahogo de las pruebas si las actuaciones no se desarrollan oralmente. Sin la oralidad, tampoco cabe la existencia de interrogatorios ágiles que hagan posible la contradicción.

Asimismo, cabe aclarar que **la oralidad no sólo es una característica del juicio, sino de todas las actuaciones en las que deban intervenir todos los sujetos procesales**. La oralidad presupone abandonar el sistema o la metodología de formación de un expediente hasta ahora en vigor, para sustituirla por una metodología de audiencias.

La metodología de audiencias, propia de este nuevo proceso, implica que las decisiones judiciales, sobre todo si afectan derechos, se adopten siempre frente a las partes, una vez que se les ha dado la oportunidad de contradecir la prueba y de ser escuchadas. Así pues, la oralidad no es una característica únicamente del juicio, sino de todo el proceso en general, incluidas las etapas preparatorias del juicio. **Queda a salvo**, por supuesto, la posibilidad de que el Ministerio Público solicite, sin presencia del imputado o su defensor, órdenes de aprehensión, cateo, intervención de comunicaciones privadas y reserva de actuaciones, entre otras **diligencias que por su naturaleza requieran sigilo**. (Énfasis añadido).

De las explicaciones que anteceden podemos afirmar, como primer paso, que la oralidad en el proceso penal acusatorio y adversarial consiste en la directriz que indica que los actos procesales deben realizarse de viva voz durante el desarrollo de la audiencia, esto es, constituye el medio de comunicación entre

el Juez, las partes, testigos, peritos y demás intervinientes, cuya vigencia rige para todas las etapas del proceso, pero que cobra plena aplicación durante la prueba de los *hechos* en la etapa de juicio.

Sin embargo, como lo sostiene Cappelletti, sería totalmente estéril un concepto que por oralidad no se entendiera más que la *forma oral* de ciertos actos procesales, porque eso significaría negarle su carácter de máxima, cuyo alcance es capaz de calificar no sólo determinados actos procesales, sino todo el ordenamiento procesal positivo,⁶ por el modo de incidir en distintos principios que son su consecuencia y complemento, como se verá enseguida.

3. La oralidad y su relación con los principios que rigen al NSJP

La vigencia de la oralidad se orienta hacia el objetivo de lograr una mejor justicia, en la solución de los conflictos penales. Veamos por qué.

La comisión de un hecho considerado como delito genera un desequilibrio en el seno de la sociedad. La comunidad así lesionada necesita reestablecerse y ha convenido que frente al delito debe sobrevenir la imposición de una pena; sin embargo, la sanción no es la consecuencia inmediata. Dentro de la estructura que implica un mecanismo organizado de convivencia es necesario demostrar dos aspectos: 1) que efectivamente se vulneró la normativa preestablecida como delito y 2) que la persona a quien se pretende sancionar intervino en la realización de la conducta ilícita.

En ese sentido, no es posible la imposición de una sanción sin previo juicio, de manera que entre la hipótesis de un suceso delictivo y su eventual penalización

⁶ Mauro Cappelletti, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, Tomás A. Banzhaf (trad.), 1a. parte, Librería Editora Platense, La Plata, 2002, p. 27.

figura el juicio como *método* de solución del conflicto penal.⁷ Este método de juzgamiento a través del *proceso* es el espacio donde se ejercen los poderes jurídicos del Juez y de las partes, donde se produce la sentencia que pondrá fin a la controversia y declare el derecho que debe aplicarse al caso concreto.

Pero para aspirar a una *sentencia justa*, es necesario que el proceso se oriente por los principios que se corresponden con los propios de un Estado social de Derecho, entre los que destaca la exigencia del *debido proceso*, entendido como el derecho del imputado o acusado a que se celebre un proceso penal en su contra, en el que se respeten todos sus derechos fundamentales, todas las garantías y todos los principios establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte.

Así, la función del debido proceso consiste en conformar un marco general del cual el Estado no debe salirse, pero que es necesario concretar, porque las posibilidades de actuación indebida de autoridades estatales en el proceso penal son muchas, de ahí que *el debido proceso* constituye un principio general que forzosamente se integra con otros principios y garantías más concretas, cuya composición se desdobra en un complejo contenido, que podemos agrupar en dos grandes rubros:⁸

- i) El derecho de las partes a un juicio justo (*Fair Trial*), sobre todo del acusado, implica como característica sustancial, los siguientes derechos y garantías: el reconocimiento del principio de igualdad, dar a conocer en la acusación todos los delitos imputados, no ocultar pruebas, no obstaculizar la defensa, desarrollar el procedimiento conforme a las reglas equilibradas, cosa juzgada, prohibición de doble incrimi-

⁷ Cfr. Eduardo Jauchen, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017, pp. 15 a 17.

⁸ Gómez Colomer, Juan Luis, *El proceso penal adversarial. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio*, en colección sistema acusatorio 6, Ubijus, México, 2012, p. 64.

nación, prohibición de la autoincriminación, derecho al juicio público y sin dilaciones, derecho a ser juzgado en el lugar del hecho, derecho a ser informado de la acusación, derecho a interrogar a los testigos de cargo, derecho a obtener testigos de descargo, derecho a ser defendido por un abogado.

- ii) El derecho a un tribunal neutral (*Fair Court*), lo que implica como característica sustancial, la imparcialidad del Juez, es decir, que sea un árbitro neutral e independiente, por tanto, que no tenga ninguna vinculación con las partes ni tampoco interés alguno con el objeto del proceso.

En suma, se trata de conjugar equilibradamente mediante la siguiente regla de equidad: el derecho del Estado a perseguir y castigar el delito previsto en una ley y el derecho del acusado a ser juzgado debida y justamente, esto es, el derecho al proceso con todas sus garantías.

La organización del proceso de modo tal que logre su mayor eficacia en busca de la sentencia justa, constituye el objetivo central del nuevo sistema de justicia penal instaurado en nuestro país mediante la reforma constitucional del 18 de junio de 2008. Y con ese propósito, el artículo 20 constitucional establece que el proceso penal será acusatorio y oral, orientado por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

El elemento paradigmático de esta transformación procesal experimentada no sólo en nuestro país, sino también en América Latina, ha sido la configuración de un proceso a través de *audiencias orales* como el método de trabajo central del sistema, pues el mecanismo institucional que permite a los Jueces decidir lo planteado consiste en la realización de una audiencia pública, donde las partes –cara a cara– presentan verbalmente ante el Juez sus argumentos, la evidencia que apoya su posición, y cuentan, además, con la oportunidad de controvertir oralmente las afirmaciones de su contraparte.

Y aunque contar con procedimientos fundamentalmente orales, como se adelantó, no significa que desaparece cualquier vestigio de escritura en el procedimiento, como suele malinterpretarse en algunos sectores. De hecho, todos los sistemas en la región mantienen diversas exigencias y métodos de producción de expedientes o carpetas en manos de los distintos actores. Sin embargo, la idea central es que la función de dichas carpetas o expedientes cambia, porque en el nuevo sistema la *información* presentada en las audiencias de manera oral es, en principio, la única que permite emitir decisiones judiciales.

De manera que en el desarrollo de las audiencias la oralidad pretende una comunicación de mejor *calidad* entre quienes intervienen en el proceso. No sólo porque generalmente la palabra hablada se acompaña de otros principios que ayudan a realizar sus beneficios, sino porque como se ha sostenido "el medio más eficaz para la unión del hombre con el hombre es el sonido".⁹ La fluidez y prontitud con que se desarrolla la comunicación oral necesariamente redundan en la tramitación de un juicio en que se ahorre tiempo y dinero.

Con todo, las aportaciones de la oralidad no se limitan a configurar una metodología de comunicación en el proceso, en realidad su vigencia constituye una pieza *clave* para la eficiencia del Nuevo Sistema de Justicia Penal, en la medida en que su observancia condiciona la operatividad de todos los principios constitucionales que rigen a los juicios orales. Tan es así que un sector de la doctrina la identifica como un elemento integrante de un grupo de principios que se presentan siempre en forma conjunta y se necesitan unos a otros para obtener la plena vigencia de cada uno de ellos por separado. Una especie de *uno para todos* y *todos para uno* en materia de principios,¹⁰ como lo veremos a continuación.

⁹ Francesco Carnelutti, *Derecho y proceso*, Santiago Sentís Melendo (trad.), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1981, p. 241.

¹⁰ Cristian Contreras Rojas, *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 70.

3.1. La oralidad y su conexión con el principio de inmediación

Con la inmediación se asegura que el Juez o tribunal se encuentre en permanente e íntima vinculación con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directa y personalmente los alegatos de las partes y las aportaciones probatorias, con el propósito de que pueda conocer en toda su extensión el material de la causa, quien a su término habrá de dictar la sentencia que resuelva el conflicto penal.

Su vigencia pretende acotar las distancias que originalmente separan a los intervinientes del proceso, de modo que sea posible la existencia de una comunicación directa entre ellos. Este contacto se produce gracias a que en la estructura del procedimiento se encuentra presente la oralidad y, por ende, también el principio de inmediación, los cuales tienen como pilar fundamental el desarrollo de audiencias y son precisamente estas instancias las que permiten que el Juez se vincule sin intermediarios con todos los intervinientes, recibiendo de primera fuente, sin "la indecisa penumbra de las impresiones de otra persona",¹¹ la información concerniente al caso, los alegatos y peticiones de las partes y, por supuesto, el contenido de todas y cada una de las pruebas que se incorporen válidamente al proceso, conociendo de forma detallada, profunda y de primera mano los matices que dan forma al litigio que debe resolver.

En esta dinámica de audiencias, la ventaja más destacable del lenguaje y la comunicación oral reside precisamente en que constituye un medio que conduce a una más exacta expresión de los hechos, dándole mayor claridad, viveza, energía y agilidad, a la vez que mayor naturalidad a la exposición de las partes o de los demás sujetos que intervienen en el proceso.

Específicamente en cuanto a la *prueba* de los hechos, la expresión oral permite una mayor claridad y riqueza pues se acompaña de una serie de elementos que

¹¹ Isidoro Eisner, *La inmediación en el proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 7.

habilitan para transmitir y recepcionar de mejor manera el mensaje que se quiere entregar: manejo del tono, volumen o cadencia de la voz, pausas, titubeos, disposición del cuerpo, dirección de la mirada, muecas o sonrojo, que la doctrina denomina componentes paralingüísticos. Expresamente se apunta que al Juez le bastaría con mantener un contacto directo con el resto de los intervinientes del proceso para adquirir un conocimiento suficiente de los hechos de la causa, lo que se manifiesta de forma más nítida respecto de las pruebas personales: declaración de partes, testigos y peritos.

El punto central de esta corriente radica en que serán estos elementos, conocidos por el Juez gracias a su intermediación con la prueba, los que facultarán para formarse una imagen *completa* del contenido y exactitud de lo expuesto y, de esa manera, adoptar una decisión suficientemente fundada acerca del valor del testimonio.¹²

De ahí que en esta vertiente, el principio de intermediación se configura como una herramienta metodológica de formación de la prueba, es decir, el modo en que debe incorporarse la prueba al proceso y que permite al Juez percibir toda la información que de ella se desprende.

Aportaciones que difícilmente pueden encontrarse en el proceso escrito puro, en el cual no puede existir espacio para la intermediación en su sentido integral, ya que los documentos y actas que constituyen la fuente de conocimiento personal del Juez, aunque se llevaran directamente a la audiencia, no dejarán de ofrecer ciertas desventajas, pues si se tratara por ejemplo de declaraciones incorporadas mediante lectura a la audiencia de juicio oral, alejarían al Juez de la materia del conflicto, haciendo que no conozca, vea ni perciba directamente la declaración del sujeto de prueba, debido a su ausencia en la etapa de juicio.

¹² Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 197.

3.2. La oralidad y su vinculación con el principio de concentración

El principio de concentración, como su nombre lo indica, es aquel que procura abreviar en el tiempo el desarrollo del proceso, para que sus actos se produzcan en forma continuada, sin interrupciones ni interferencias que lo dilaten o disipen la visión del conjunto y la necesaria concatenación de los sucesos inherentes a la tramitación de la causa.

Así, la concentración o atracción en el menor tiempo y lugar de los actos procesales, persigue como finalidad lograr que los juicios se tramiten con la mayor celeridad posible, con el propósito de que el estado de incertidumbre existente respecto del derecho cuestionado cese lo más pronto con el restablecimiento, garantía o declaración del derecho en cuestión, a través del dictado de la sentencia.¹³

Asimismo, la concentración de los actos pretende que se mantenga y manifieste la unidad del debate, a fin de que en cualquier momento se pueda tener una noción clara y precisa del conjunto de sus materiales: hechos y pruebas. De igual forma, persigue coadyuvar a la más económica tramitación de los juicios, al suprimir las articulaciones o incidentes que tienden a complicarlos o dilatarlos sin necesidad, con lo que se busca ahorrar energía, tiempo y recursos (humanos y materiales), al de por sí costoso mecanismo de la justicia.

Además de las finalidades apuntadas, el principio de concentración constituye un requisito indispensable para que se concreten las aspiraciones del principio de inmediación y viceversa. En efecto, de nada –o de muy poco– valdría exigir que sea el mismo Juez quien perciba la producción probatoria (escuche a las partes o participe de sus discusiones aclarando el sentido de la controversia, reciba la declaración del acusado o testigo, escuche las explicaciones de los peritos, etcétera) y el que dicte la sentencia, si dichos actos los realiza en momen-

¹³ Cfr. Isidoro Eisner, *La intermediación en el proceso*, op. cit. pp. 71 y 73.

tos aislados, distantes en mucho tiempo unos de otros, interferidos por cuestiones incidentales, y todo ello a tiempo lejano del instante en que se ocupara de razonar y pronunciar su fallo.

En tal caso, las impresiones oportunamente recibidas, las aclaraciones arduamente logradas, para muy poco servirían, ya que para entonces unas vivencias se habrían desvinculado de las otras y todas ellas quedarían, si no olvidadas por completo, al menos esfumadas o deformadas con pérdida de su sentido unitario y verdadero.

A su vez, la inmediación como modo de conocimiento directo por parte del Juez, sirve al logro del principio de concentración, ya que en una causa donde el Juez interviene directamente en la recepción de los alegatos y las pruebas, incentiva a que los actos del proceso se desarrollen en forma rápida y concentrada, al abreviar las dificultades fácilmente disipables.

Pero esos principios no tienen vida propia ni pueden arraigarse, sino en determinadas condiciones y ambientes propicios para su desarrollo. Esas condiciones y ambientes adecuados son asegurados al proceso por la vigencia de la oralidad, pues a través de su uso se pretende producir en la más breve extensión de tiempo y de lugar la totalidad de los actos procesales, es decir, aspira a concretar en una sola audiencia –la de juicio– la producción de: los alegatos del Ministerio Público y de la defensa, la prueba de cargo y de descargo, así como la deliberación y emisión del fallo.

3.3. La oralidad y el principio de contradicción

Couture señala que, si bien las formas procesales varían normalmente en el tiempo y en el espacio, lo que no varía es el "sentido dialéctico del debate".¹⁴

¹⁴ Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, tomo I, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1994, p. 265.

En la garantía del "debido proceso", las partes del proceso penal encuentran el fundamento que les asegura el derecho y la razonable oportunidad de hacer oír sus argumentos y ofrecer sus pruebas, así como la de refutar y controlar las del adversario.

En ese sentido, la observancia del principio de contradicción exige que toda afirmación, petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ponerse en conocimiento de la contraria para que ésta pueda expresar su conformidad u oposición manifestando sus propias razones. De igual forma, en el aspecto probatorio, el cumplimiento del principio exige que todas las pruebas deben ofrecerse, admitirse y producirse con la intervención y conocimiento de ambas partes, en condiciones que les permitan verificar su regularidad, a través del contradictorio.

Ahora bien, con la metodología de audiencias se aclara y simplifica la litis, se concretan los temas realmente necesitados de prueba y decisión. Todo ello es posible esperar de este contacto entre las partes y el Juez en comunicación oral e inmediata. Sus ventajas las podemos encontrar en la formulación de los alegatos que versan sobre cuestiones de hecho y derecho, pero fundamentalmente en la producción de la prueba.

Tratándose de los *hechos*, los relatos y afirmaciones de las partes, cuando son formuladas oralmente en presencia del Juez y frente al adversario, son generalmente más medidos y cuidados que cuando es posible introducirlos por escrito sin más control que el de la propia estima y probidad, no siempre presentes.

En el debate oral que tiene lugar con la intervención directa del Juez y la presencia del público, son tantos los contrapesos y motivos inhibitorios, que las partes, aun las más apasionadas o menos prudentes, deben pensarlo muy bien antes de aventurarse a lanzar afirmaciones falsas o fácilmente exageradas, pues la réplica inmediata y verbal, la mirada escrutadora del juzgador, la pregunta incisiva y oportuna, son todos *medios de control* que incentivan la pulcritud del relato.

Respecto a las cuestiones de *derecho* invocado en los casos complejos, por ejemplo, cuando se expone y desarrolla en la soledad del despacho por el abogado, sin tener frente a sí ni al contradictor para refutarlo ni al Juez para llamarlo al orden, es muy posible que se introduzca –aun sin darse cuenta– en las más aventuradas acrobacias lógicas o en la afirmación de las tesis más audaces. A propósito de tal posible desviación, señala el maestro Calamandrei

Si delante de nosotros, mientras escribimos, estuviese el juez presente observándonos, creo que sin perjuicio de procurar, como es nuestro deber, decir todas y solamente las razones favorables a nuestro cliente, no tendríamos el valor de embarcarnos en sostener por él ciertas tesis audaces que, a veces, en el silencio de nuestra biblioteca, nos seducen como ocasiones magníficas de poner a prueba nuestro virtuosismo dialéctico.

Los libros, vosotros lo sabéis, son peligrosos, porque cualquier fantasía, si se lee impresa en un libro, se convierte en un precedente autorizado; y especialmente son peligrosos los repertorios de jurisprudencia, que no niegan nunca, a quien sabe buscar, alguna hermosa máxima hecha a propósito.¹⁵

De lo dicho resulta que la comunicación oral e inmediata con motivo de las alegaciones no sólo es deseable entre el Juez y las partes, sino también, y con tanta razón, respecto de las partes entre sí.

La experiencia profesional nos suele demostrar que, a veces, un simple malentendido, la interferencia de un tercero receloso, maligno o interesado, o el ofuscamiento momentáneo de dos personas apasionadas, producen conflictos de apariencias insolubles a los que una breve conversación en la sala de audiencias resuelve inmediatamente o limita a más modestas proporciones.

En estos casos, los escritos de los abogados no son buenos emisarios para sellar la paz entre los contendientes. Aunque claro, en ocasiones, el enfrentamiento

¹⁵ Piero Calamandrei, *De las buenas relaciones entre jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*, Santiago Sentís Melendo (trad.), Depalma, Buenos Aires, 1943, pp. 50 y 51.

verbal de los contrincantes sólo sirve para enardecer sus ánimos y acentuar sus agravios; pero al menos, de su discusión tanto más espontánea cuanto acalorada, recibirá el Juez alguna información provechosa para el conocimiento de la verdad judicial, relativa por su propia naturaleza.

3.4. La oralidad y su relación con el principio de publicidad

Couture sostiene que la vigencia del principio de publicidad es propia de procesos que tienen lugar bajo regímenes de gobiernos republicanos y democráticos, constituyendo la mejor herramienta de fiscalización y control social de la justicia, de la operatividad del sistema y del accionar de quienes participan en él, lo que de paso aumenta la confianza que la opinión pública pueda tener respecto del aparato jurisdiccional.¹⁶

El hecho de que este principio se encuentre en vigor implica la posibilidad de que toda persona ajena a las partes e intervinientes de un proceso pueda conocer su desarrollo acudiendo a las audiencias, presenciando las alegaciones, la presentación de las pruebas y el dictado de las resoluciones.

De la Oliva¹⁷ ha señalado que si bien es posible detectar que este principio se manifiesta en dos niveles, existiendo una publicidad interna (destinada a permitir a las partes e intervinientes al acceso a las actuaciones judiciales) y una externa (en relación con los terceros en general), debe entenderse que esta directriz se orienta esencialmente en el sentido de que la administración de justicia se lleve a cabo ante los ojos de la sociedad, permitiéndose que todas las personas ajenas al proceso puedan conocer sus antecedentes y desarrollo, de modo que la vertiente interna mencionada es una cuestión que más bien viene tutelada por el principio de audiencia bilateral o contradicción, que busca impedir situacio-

¹⁶ Esto llevó a Couture a sostener que mediante la publicidad "el pueblo es juez de los jueces", Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4a. ed., B de F, Montevideo, 2002, p. 158.

¹⁷ Jaime De La Oliva Santos, *et al.*, *Curso de derecho procesal civil*, Civitas, Madrid, vol. I, 2012, p. 223.

nes de indefensión en que los procesos se sustancien de espaldas a sus intervinientes.¹⁸

En relación con la prueba judicial, la publicidad se presenta como consecuencia de la contradicción e igualdad de oportunidad que debe darse respecto a todo el material probatorio, pues permite a las partes conocer las pruebas que han sido propuestas por la contraria u ordenadas de oficio por el tribunal, así como intervenir en su práctica, objetarla y discutir su valor probatorio.

Desde la perspectiva del público, la vigencia de la publicidad permite a los terceros interesados tener conocimiento directo de las evidencias que se hagan valer en juicio, observar las declaraciones, ver las fotografías y el material audiovisual, presenciar las cuestiones que se susciten en torno a su procedencia y veracidad, y en definitiva, conocer el razonamiento que el tribunal manifieste en relación con esta prueba y las conclusiones que gracias a ella ha construido, y que le sirven para fundar su sentencia, cumpliendo de esta forma con lo que se ha denominado el "carácter social del convencimiento judicial".¹⁹

En suma, el principio de publicidad dota de transparencia al componente probatorio del juicio jurisdiccional, sometiéndolo a un mejor escrutinio público, todo ello gracias a que los actos procesales se realizan verbalmente, lo cual permite que el público –y no sólo las partes e intervinientes– conozcan en tiempo real la información procesal que se produce durante la realización de la audiencia.

Hasta aquí, con las explicaciones mencionadas es posible sostener que la oralidad no sólo va de la mano de la intermediación, concentración, contradicción y publicidad, durante el desarrollo de todo el proceso, sino que dichos principios

¹⁸ Juan Montero Aroca, *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 186.

¹⁹ Nicola Framarino Dei Malatesta, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Simón Carrejo y Jorge Guerrero (trad.), 3a. reimp., 4a. ed., Temis, Santa Fé Bogotá, 1995, p. 117.

son considerados como garantías de su plena efectividad,²⁰ en la suma de esfuerzos por organizar el proceso de tal modo que logre su mayor eficacia en la búsqueda de la sentencia justa, que dirima el conflicto penal.

En ese camino, es necesario reconocer que si no puede impedirse la defectuosa capacidad de apreciación de los sentidos, si se acepta que algunos hechos por su naturaleza son de muy difícil conocimiento, si se admite que los prejuicios, la malicia, la reticencia, la torpeza y hasta la ignorancia pueden ser factores que perturben la recta solución de los juicios, lo que no podemos dejar de intentar es el mayor estudio de los medios e instrumentos –como la oralidad– aptos para la mejor realización del proceso penal.

Se trata pues de examinar la estructura normativa del sistema, de descubrir los defectos que en la práctica pueden ofrecer y denunciar los graves males que se interfieren a la justicia, pero sobre todo explorar la posible solución a las prácticas judiciales que –de un modo u otro– condicionan la consolidación y adecuado funcionamiento del Nuevo Sistema de Justicia Penal, lo cual nos coloca en condiciones de formularnos la siguiente cuestión.

4. Y entonces ¿para qué sirve la oralidad?

La finalidad que el sistema busca a través de la oralidad, consiste en generar información de calidad. Así es, desde el punto de vista normativo, la oralidad está diseñada para que los sujetos procesales que intervienen en la audiencia produzcan información de *calidad*, necesaria para el dictado de una decisión justa, en la etapa procesal que corresponda, es decir, abarca desde la emisión de la resolución que decide sobre la legalidad de la detención del imputado, si

²⁰ Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, 5a. ed., Temis, Bogotá, 2002, p. 132. Juan Montero Aroca, *Derecho jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, vol. I, p. 299.

se trata de la audiencia inicial, hasta dictar la sentencia, si la audiencia corresponde a la etapa de juicio.

La respuesta –a primera vista– parece muy abstracta, pero en realidad es más simple de lo que parece. Así como en la cotidianidad de la vida constantemente tomamos decisiones, desde las más básicas, como fijar la hora de despertar por la mañana, elegir un vestuario o la ruta a seguir para el traslado al trabajo, consumir determinados alimentos en el desayuno o no hacerlo, hasta las más complejas, como elegir una profesión o más aún decidir libremente cuándo y con quién unirse en matrimonio. Todas esas situaciones –desde la más trivial hasta la más compleja– tienen un común denominador: necesitan de información para estar en condiciones de tomar una decisión.

En todos esos casos, la calidad de la información condiciona el acierto o el error de cualquier decisión, es decir, una buena o mala decisión siempre dependerá de la calidad de la información que se tome en cuenta para decidir. Así, es razonable aceptar que si no se evalúa objetivamente una determinada situación que requiere de una elección o decisión, si nos dejamos llevar por información falaz, tendenciosa, incompleta, descontextualizada o, peor aún, basados en simples impulsos o creencias, existen altas probabilidades de que se adopte una mala decisión. Y viceversa, si el decisor pondera, por ejemplo, que al día siguiente tiene programada una reunión laboral relevante, a las nueve de la mañana, que su traslado por lo regular es de una hora desde su casa al trabajo, y que debe prepararse él mismo el desayuno si no quiere llegar con el estómago vacío, es previsible que será una buena decisión si despierta a las seis de la mañana, por lo menos.

Y con la misma lógica, aunque guardada las proporciones, es posible anticipar las cualidades de una decisión emitida en un proceso penal, cuando la información producida en la audiencia correspondiente es confusa, no guarda relación con el objeto de la audiencia, es sobre abundante o impertinente. En este caso,

de la misma manera, es razonable afirmar que la calidad de la información procesal condiciona la cualidad de la resolución.

En ese sentido, si aceptamos que la calidad de la información condiciona la cualidad de la decisión, enseguida es necesario aclarar a quién le corresponde generar la información que el Juez requiere para emitir una resolución judicial y, desde luego, establecer cuáles serán los parámetros que debemos considerar para evaluar la calidad de la información.

En cuanto a la primera cuestión, en el sistema denominado adversarial son las partes las que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y las pruebas al proceso, es decir, son ellas las que deben investigar los hechos considerados como delito y a quienes corresponde desarrollar los aspectos legales que los fundamenten, interpretándolos de la manera más favorable a los intereses del Estado –si se trata del Fiscal– o del acusado –si se trata de la defensa–. De ahí que corresponda a la partes la carga de generar la información necesaria para que el Juez dirima la controversia objeto del debate, que se somete a su consideración en la audiencia respectiva.

Respecto a la segunda cuestión, la calidad de la información producida en la audiencia podrá evaluarse, dependiendo de si reúnen, al menos, los siguientes parámetros:

- a) **Claridad.** La principal función del lenguaje es la comunicación y en esta la expresión "claridad" es un adjetivo que significa nitidez.²¹ Por ejemplo, una persona se comunica claramente cuando expresa de un modo asertivo, sin dar rodeos, cuál es su mensaje. Aplicando estas ideas básicas al contexto de una audiencia en un proceso penal, la

²¹ Véase *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, 22a. ed., tomo I, México, 2001 p. 564.

información producida será clara cuando muestre ausencia de confusión en la comunicación del mensaje y en el entendimiento que el receptor tiene de su contenido.

- b) **Concreción.** La palabra "concreto" es un adjetivo que en el uso del lenguaje indica una comunicación precisa, sin vaguedad.²² Se trata de una condición cuantitativa, pues en algunas ocasiones se abusa del lenguaje en un deseo de remarcar lo obvio o construir un mensaje con abundante información secundaria o paralela a la principal, provocando que la información relevante compita en primacía con la intrascendente y que el interlocutor se esfuerce por discriminar lo útil de lo irrelevante. De ahí que la información producida en la audiencia será concreta cuando el mensaje verbal que se exprese se dirija a la idea principal objeto del debate, sin incorporar información secundaria o irrelevante.
- c) **Pertinencia.** Dicha palabra proviene del latín *pertinentia*, que significa "correspondencia", "conveniencia", "aquello que pertenece a alguien".²³ En ese sentido, pertinente puede ser algo perteneciente o correspondiente a otra cosa, es algo que viene a propósito, que es relevante, apropiado o congruente con aquello que se espera. De manera que la información pertinente vertida de manera oral en la audiencia por alguno de los sujetos procesales, es aquella que guarda una relación directa y lógica entre el objeto del debate en ese momento y su utilidad como fuente para definir las cuestiones de hecho y de derecho.
- d) **Exhaustividad.** Se refiere a la cualidad de la información, que abarque a todas las cuestiones pertinentes del caso, esto es, que se realice a

²² *Idem*, p. 615.

²³ Véase *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, 22a. ed., tomo II, México, 2001, p. 1740.

profundidad, explore y enfrente todas las cuestiones atinentes a cada tópico, despeje cualquier incógnita que pueda generar inconsistencias en el discurso, exponga todas las razones que tenga respecto a las cuestiones de hecho o de derecho que sean objeto de debate, sin reservarse ninguna en el ámbito personal y, en general, que se verbalice todo lo que sirve para adoptar una interpretación jurídica, integrar una ley, narrar un hecho particular, acoger o controvertir un argumento de la contra parte, por citar algunos ejemplos.

De manera que cuando la información producida por las partes durante la audiencia reúne, por lo menos, los requisitos de: **a)** claridad, **b)** concreción, **c)** pertinencia y **d)** exhaustividad, es posible afirmar que el Juez se encuentra en condiciones óptimas para emitir una decisión justa, al disponer de información de calidad que le permitirá resolver adecuadamente las pretensiones de las partes.

Sin embargo, aunque desde el punto de vista normativo, la oralidad está diseñada para generar información de calidad, su operatividad y los efectos que se esperan de ella no están garantizados, sino que dependen de su adecuada aplicación, ya que para intervenir en un proceso penal acusatorio y adversarial, el sistema requiere de las partes, específicamente del Ministerio Público, del asesor de la víctima y del defensor del imputado o acusado, nuevas estrategias de litigación, desarrollar destrezas y habilidades que les permitan exponer y argumentar verbalmente en las distintas audiencias ante los Jueces o Magistrados de apelación.

El conjunto de destrezas debe desplegarse sobre la base de estructuras metodológicas nuevas, que faciliten la producción de la información de calidad esperada, de tal modo que les permita elaborar una teoría del caso única, verosímil, autosuficiente, capaz de persuadir al Juez, o bien, exponer con claridad en un discurso de apertura utilizando como guía la teoría del caso, al formular las preguntas adecuadas a los testigos en el examen directo, utilizando oportu-

namente las ventajas de las preguntas subjetivas y cerradas durante el contraexamen, o invocar las objeciones para controvertir una pregunta mal formulada, para proteger a su testigo o perito, por citar algunos ejemplos.

En ese sentido, desde luego que la participación en el Nuevo Sistema de Justicia Penal impone mayor esfuerzo, preparación, diligencia y capacidad, tanto en el Juez como en los abogados que intervienen en la causa penal. Pero dichas exigencias se ven compensadas ampliamente con los beneficios que se pueden lograr con su adecuada aplicación: trámite concentrado del proceso, que conduce al logro de una justicia rápida y eficaz, de cara al público en general.

5. Infracciones a la oralidad, impugnables a través del juicio de amparo

A pesar de que, como se expuso, la operatividad del proceso penal acusatorio y adversarial se construye sobre la base de que los actos procesales deben realizarse de viva voz durante el desarrollo de las audiencias, a partir de su puesta en marcha en todo el territorio nacional, es común observar casos en los que el Ministerio Público, por ejemplo, al tratar de justificar la legalidad de la detención del imputado en la audiencia inicial se dedica a leer íntegramente documentos que forman parte de su carpeta de investigación. Asimismo, concurren casos en los que la defensa del imputado intenta exponer sus alegatos de apertura o clausura, utilizando la lectura íntegra de documentos.

Ante ese tipo de casos surge la siguiente interrogante: ¿se vulnera la oralidad, prevista en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando alguna de las partes lee íntegramente documentos durante su intervención en la audiencia?

Antes de dar respuesta a la cuestión planteada, es necesario precisar tres aspectos. En primer lugar, que en atención al objeto de este trabajo, el examen correspondiente se realizará desde la perspectiva del juicio de amparo, sin

dejar de reconocer que también puede ser objeto de estudio desde el enfoque de los recursos ordinarios que procedan en términos de lo previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En segundo lugar, el análisis que se realizará, parte del supuesto de que el quejoso planteó la infracción a la oralidad, aunque no como acto destacado, sino como concepto de violación en su demanda de amparo, en cuyo caso el acto reclamado podría consistir en la resolución que califica la detención del imputado, la que decide vincularlo al proceso o la que impone como medida cautelar la prisión preventiva, entre otros supuestos, si se trata de amparo indirecto, o bien, la sentencia definitiva que resuelve la apelación, si se trata de amparo directo.

En tercer lugar, conviene puntualizar que el juicio de amparo deberá promoverse en la etapa procesal en la que surja la posible infracción a la oralidad, porque de lo contrario el quejoso habrá perdido su oportunidad para hacerlo, tal como lo sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión 669/2015.²⁴

En dicho asunto, nuestro Máximo Tribunal del país examinó si conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la Ley de Amparo es posible ejercer revisión constitucional en sede de juicio de amparo directo y, consecuentemente, en el recurso de revisión interpuesto en contra de la sentencia respectiva, cuando la violación a derechos fundamentales planteada consiste en un alegato sobre posibles actos de tortura, ocurrido durante etapas previas a la audiencia de juicio oral, concretamente en la fase de investigación inicial.

Para ello, la Primera Sala partió de la base de lo previsto en el artículo 107, fracción III, inciso a), de la Constitución Federal, conforme al cual el juicio de

²⁴ Amparo directo en revisión 669/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, votado por unanimidad el 23 de agosto de 2017. Min. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

amparo directo procede contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio; ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo.

Asimismo, tomó en consideración lo establecido en el artículo 173, apartado B, fracción VI de la Ley de Amparo, el cual determina que en los juicios del orden penal se consideran violadas las leyes del procedimiento con trascendencia a las defensas del quejoso, cuando la declaración del imputado se obtiene mediante la incomunicación o tortura.

Ante ese marco normativo, se consideró que dichas disposiciones normativas admiten en principio dos interpretaciones distintas, a saber: a) por un lado, se podría realizar una interpretación literal para concluir que sí es posible analizar las violaciones procesales cometidas durante cualquiera de las etapas del procedimiento penal acusatorio, adversarial y oral, pues la Ley de Amparo en ningún momento limita el examen de esas violaciones a un momento en específico; o b) por otro lado, se podría realizar una interpretación para concluir que el análisis debe limitarse exclusivamente a las violaciones procesales ocurridas durante la audiencia de juicio oral.

La Primera Sala optó por la segunda interpretación, con el propósito de lograr que el juicio de amparo funcione acorde con la estructura del nuevo sistema de justicia penal, porque sólo con esa interpretación adquiere operatividad el principio de continuidad que orienta al referido proceso penal en la lógica de cierre de etapas y oportunidad para alegar.

En efecto, se dijo que cada una de las etapas procesales en las que se divide –investigación, intermedia y juicio– cumplan la función para la cual fueron diseñadas y, una vez agotada la primera, se avance a la siguiente sin que exista la posibilidad de regresar a la anterior o reabrirla, lo que significa que las partes se encuentran obligadas a formular sus planteamientos en el momento o etapa

procesal correspondiente, pues de lo contrario, por regla general, se entenderá que agotaron su derecho para inconformarse.

Además, se agregó que la interpretación adoptada es acorde con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de Amparo, en el sentido de que las sentencias emitidas en los juicios de amparo deberán apreciar el acto reclamado tal y como apareció probado ante la autoridad responsable e, incluso, es coherente con la exigencia constitucional de que el Juez o tribunal de enjuiciamiento no debe conocer lo sucedido en etapas previas al juicio, a fin de garantizar su imparcialidad.

Hechas las precisiones mencionadas, la metodología que se propone aplicar para determinar si se vulnera la oralidad, prevista en el artículo 20 de la Constitución Federal, cuando alguna de las partes lee íntegramente documentos durante su intervención en la audiencia, consiste en verificar que concurren los tres supuestos siguientes:

- i) La información producida con la lectura no reúna las condiciones de calidad esperada: claridad, concreción, pertinencia y exhaustividad.
- ii) Se afecte el derecho de defensa de la contraparte que usa la lectura, y
- iii) La infracción alegada trascienda al resultado de la resolución reclamada.

A continuación se analizarán cada una de las tres condiciones mencionadas.

i) La información producida con la lectura no reúna las condiciones de calidad esperada: claridad, concreción, pertinencia y exhaustividad

Dicho requisito parte de la base de que, por regla general, la oralidad en el proceso penal acusatorio y adversarial consiste en la directriz que indica que los

actos procesales deben realizarse de viva voz durante el desarrollo de la audiencia. Y que excepcionalmente la lectura íntegra podrá aceptarse en la realización de una audiencia a condición de que la información que surja de ella reúna la condición de calidad que se espera de la oralidad, es decir, se trate de información clara, concreta, pertinente y exhaustiva, en los términos que se precisaron en el punto 4.

Al respecto, no se pasa por alto que el artículo 44, párrafo segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales indica que "el órgano jurisdiccional propondrá que las partes se abstengan de leer documentos completos o apuntes de actuaciones que demuestren falta de argumentación y desconocimiento del asunto", de cuya literalidad –a primera vista– parecería que la legislación adjetiva no acepta la lectura íntegra de documentos durante la intervención de las partes en la audiencia.

Sin embargo, de un análisis más detenido, podrá advertirse que dicha restricción está condicionada a un supuesto específico: que la lectura "demuestre falta de argumentación y desconocimiento del asunto", lo que implica que si la lectura de documentos íntegros genera información clara, concreta, pertinente y exhaustiva, es razonable aceptar que no está en el supuesto que prevé en el artículo 44, segundo párrafo invocado, dado que las cualidades de dicha información permitirán afirmar que el Ministerio Público o la defensa que emplea ese recurso sí demuestran argumentación y conocimiento del asunto.

De ahí que no deberá confundirse el medio –oralidad– con el resultado esperado con su uso –calidad de la información–, razón por la que ni toda exposición de viva voz sin apoyo de lectura garantiza que las partes producirán información con la calidad que permita al Juez emitir una decisión justa, ni toda lectura íntegra de documentos implica en automático una infracción a la oralidad, sino que deberán examinarse, caso a caso, las particularidades de la información producida para decidir si dicha lectura generó o no información de calidad.

En suma, para superar este primer requisito es necesario justificar que la información producida con el uso de ese instrumento de comunicación –lectura íntegra de documentos– no reúne las exigencias de claridad, concreción, pertinencia y exhaustividad requerida.

ii) Se afecte el derecho de defensa de la contraparte que usa la lectura

A través de esta exigencia lo que se pretende es medir el impacto procesal de la violación alegada. En ese sentido, dado que no toda violación procesal implica la vulneración de derechos fundamentales, para superar este segundo requisito, se requiere justificar que se generó una afectación al derecho de defensa de la contra parte que usa la lectura íntegra de documentos durante su intervención en la audiencia respectiva.

Al hablar aquí del derecho de defensa se hace referencia a la consideración del principio de contradicción desde la perspectiva de un derecho de *todas* las partes en el proceso, cuyo contenido esencial radica en la exigencia de ser *oído*, en el sentido de que puedan alegar y probar para conformar la sentencia, que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la emisión de la resolución judicial.

En este sentido, como consecuencia del clásico principio *audiatur et altera pars* (óigase a la otra parte), resulta como primera derivación de este principio la imposibilidad de proceder a la condena de cualquier persona sin que previamente sea oída en la causa.²⁵ De ahí que en la vigencia del principio de contradicción, las partes –todas y no sólo el imputado– del proceso penal encuentran el fundamento que les asegura el derecho y la razonable oportunidad de hacer oír sus

²⁵ Asencio Mellado, "Prueba prohibida y prueba preconstituida", Trivium, Madrid, 1989, p. 164. Citado en Rodríguez Chocontá, Orlando Alfonso, *El testimonio penal y su práctica en el juicio oral y público*, Temis, Colombia, 2012, p. 17.

argumentos y ofrecer sus pruebas, así como la de refutar y controlar las del adversario.

El típico caso en el que se supera la condición apuntada, consiste en el supuesto en que la información producida por una de las partes a través de la lectura de documentos íntegros impide que su contraparte ejerza su derecho de defensa, debido a que la información es tan confusa o sobreabundante en datos secundarios e irrelevantes que impiden a la contraparte materialmente diseñar una efectiva estrategia de defensa –si se trata del imputado–, así como de refutar o contra argumentar eficazmente los alegatos de la defensa –si se trata del asesor jurídico de la víctima–, ante la imposibilidad de poder filtrar la información relevante de la secundaria o paralela a la principal, por citar algunos casos.

En cambio, será difícil acreditar este requisito cuando se trate de resoluciones que para su emisión constitucionalmente no se requiere someter a debate la información procesal con el destinatario de la decisión, como sucede, por ejemplo, con una orden de aprehensión, cateo o intervención de comunicaciones privadas, para las cuales el Poder Reformador expresamente señaló que el alcance de la oralidad en conexión con el principio de contradicción "**Queda a salvo**, por supuesto, [los casos en que] el Ministerio Público solicite, sin presencia del imputado o su defensor, órdenes de aprehensión, cateo, intervención de comunicaciones privadas y reserva de actuaciones, entre otras **diligencias que por su naturaleza requieran sigilo**".²⁶

Así lo reafirman los artículos 142, 282, 283 y 291 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en los cuales se dispone que la petición para emitir ese tipo de resoluciones se podrá realizar a través de *cualquier medio*, es decir, no se limita al uso de la oralidad, sino que puede utilizarse cualquier medio de comunicación

²⁶ Véase dictamen de primera lectura, de la Cámara de Senadores de 13 de diciembre de 2007.

—por escrito incluso— como sucede en la mayoría de los casos. Cuya resolución se emitirá en audiencia privada, esto es, con la sola comparecencia del Ministerio Público. En estos casos, parece claro que a pesar de que el Fiscal haga uso de la lectura íntegra de documentos, difícilmente podría superarse este segundo requisito, por la sencilla razón de que el dictado de ese tipo de decisiones judiciales no está sujeta al escrutinio del contradictorio con el destinatario de dicha resolución.

iii) La infracción alegada trascienda al resultado de la resolución reclamada

Para considerar que se transgrede la oralidad, prevista en el artículo 20 constitucional, no basta con que la información producida a través de la lectura no cumpla las condiciones de calidad esperada: claridad, concreción, pertinencia y exhaustividad, tampoco es suficiente con que también afecte el derecho de defensa de la contraparte que usa ese instrumento de comunicación, sino que además se requiere que la violación alegada trascienda al resultado de la resolución reclamada.

De manera que éste último requisito se cumplirá en la medida en que la infracción invocada influya en la decisión emitida por el Juez de control o por el tribunal de enjuiciamiento o de alzada, dependiendo del tipo de resolución que se reclame, a tal grado que si la deficiente información generada con la lectura íntegra de documentos no hubiera ocurrido, la decisión del juzgador habría sido otra o, como lo sostiene Marroquín Zaleta, una violación procesal trasciende al resultado del fallo cuando el sentido de éste sería distinto si aquella no se hubiera cometido.²⁷

²⁷ Cfr. Jaime Manuel Marroquín Zaleta, *Técnica para la Elaboración de una Sentencia de Amparo Directo*, 8a ed., Porrúa, México, 1998, p. 193.

Por consiguiente, la respuesta a la interrogante sobre si ¿se vulnera la oralidad, prevista en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando alguna de las partes lee íntegramente documentos durante su intervención en la audiencia?, sólo podrá responderse en sentido afirmativo, si concurren los tres supuestos mencionados: i) que la información producida con la lectura no reúna las condiciones de calidad esperada: claridad, concreción, pertinencia y exhaustividad; ii) se afecte el derecho de defensa de la contraparte que usa la lectura; y iii) dicha infracción trascienda al resultado de la resolución reclamada.

6. Conclusiones

Como corolario de lo expuesto, podemos afirmar lo siguiente:

- A. La oralidad en el proceso penal acusatorio y adversarial consiste en la directriz que indica que los actos procesales deben realizarse de viva voz durante el desarrollo de la audiencia, esto es, constituye el medio de comunicación entre el Juez, las partes, testigos, peritos y demás intervinientes, cuya vigencia rige para todas las etapas del proceso, pero que cobra plena aplicación durante la prueba de los *hechos* en la etapa de juicio.

- B. La utilidad de la oralidad, desde el punto de vista normativo, está diseñada para que los sujetos procesales que intervienen en la audiencia produzcan información de *calidad*, necesaria para el dictado de una decisión justa, en la etapa procesal que corresponda, es decir, constituye una exigencia que abarca desde la emisión de la resolución que decide sobre la legalidad de la detención del imputado, si se trata de la audiencia inicial, hasta el dictado de sentencia, si la audiencia corresponde a la etapa de juicio.

- C. En el sistema denominado adversarial, son las partes a quienes les corresponde la carga de generar la información necesaria para que el Juez dirima la controversia objeto del debate, que se somete a su consideración en la audiencia respectiva. Mientras que la calidad de la información producida en la audiencia podrá evaluarse, dependiendo de si reúnen, al menos, los siguientes parámetros: claridad, concreción, pertinencia y exhaustividad, dado que la calidad de la información condiciona el acierto o el error de cualquier decisión.

- D. La metodología que se propone aplicar para determinar si se vulnera la oralidad, prevista en el artículo 20 de la Constitución Federal, cuando alguna de las partes lee íntegramente documentos durante su intervención en la audiencia, consiste en verificar que concurren los tres supuestos siguientes: i) que la información producida con la lectura no reúna las condiciones de calidad esperada: claridad, concreción, pertinencia y exhaustividad; ii) se afecte el derecho de defensa de la contraparte que usa la lectura, y iii) dicha infracción trascienda al resultado de la resolución reclamada.

Fuentes

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, tomo I, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1994.

CALAMANDREI, Piero, *De las buenas relaciones entre jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*, Santiago Sentís Melendo (trad.), Depalma, Buenos Aires, 1943.

CAPPELLETTI, Mauro, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, primera parte, Tomás A. Banzhaf (trad.), Librería Editora Platense, La Plata, 2002.

CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y proceso*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1981.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, traducción de Emilio Gómez Orbaneja, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.

CONTRERAS ROJAS, Cristian, *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4a. ed., B de F, Montevideo, 2002.

DE LA OLIVA SANTOS, Jaime, *et al.*, *Curso de derecho procesal civil*, vol. I, Civitas, Madrid, 2012.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, 5a. ed., Temis, Bogotá, 2002.

EISNER, Isidoro, *La intermediación en el proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1963.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, traducción de Simón Carrejo y Jorge Guerrero, 3a. reimp., 4a. ed., Temis, Santa Fe Bogotá, 1995.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Derecho procesal civil: procesos declarativos y procesos de ejecución*, J. M. Bosch, Barcelona, 2012.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal adversarial. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio*, en colección sistema acusatorio 6, Ubijus, México, 2012.

JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017.

LASCANO, David, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil y comercial* elaborado en el Instituto de Altos Estudios Jurídicos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, tomo III, Obras del Instituto, edición oficial, La Plata, 1935.

MARROQUÍN ZALETA, Jaime Manuel, *Técnica para la Elaboración de una Sentencia de Amparo Directo*, 8a. ed., Porrúa, México, 1998.

MELLADO, Asencio, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Trivium, Madrid, 1989.

MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

_____, *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

RODRÍGUEZ CHOCONTÁ, Orlando Alfonso, *El testimonio penal y su práctica en el juicio oral y público*, Temis, Colombia, 2012.

Legislación y otras fuentes

Código Nacional de Procedimientos Penales. *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014, México, p. 96.

Dictamen de primera lectura de la Cámara de Senadores de 13 de diciembre de 2007.

Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, tomos I y II, 22a. ed., México, 2001.

Amparo directo en revisión 669/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, votado por unanimidad el 23 de agosto de 2017. Min. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

La Constitución en acción

REFORMA PENAL EN MÉXICO: NUEVOS DATOS E INDICADORES SOBRE EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

*CRIMINAL JUSTICE REFORM IN MEXICO: NEW DATA
AND MEASURES RELATED TO THE FEDERAL JUDICIARY*

Matthew C. Ingram*

Resumen

El sistema de procedimientos penales en México ha experimentado una transformación masiva y revolucionaria desde inicios de la década del 2000, primero en las entidades federativas y más recientemente –sólo desde el 2014– en el fuero federal. Dado el énfasis inicial en las reformas a nivel subnacional, gran parte de la atención académica se ha enfocado en cambios locales, en los poderes judiciales estatales, e ignorando el proceso de reforma (o la falta de este) en el Poder Judicial de la Federación (PJF). A partir de datos originales, el autor propone tres indicadores relevantes –uno de implementación y dos de rezago– para poder conocer y evaluar la operación del Poder Judicial de la

* Universidad de Albany, Universidad Estatal de Nueva York (SUNY). Contacto: mingram@albany.edu

El autor agradece a Roberto Lara Chagoyán, Director del Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), y a Juan José Olvera López, Titular de la Unidad para la Consolidación del Nuevo Sistema de Justicia Penal (NSJP), por la invitación a escribir este ensayo. También agradezco la asistencia en la investigación al personal del CEC, en especial a Alejandra Martínez Verástegui y Areli León Pérez. Una versión inicial de este ensayo fue presentada en Syracuse University (EUA) el 21 de abril de 2018, en un taller organizado por Matthew Cleary sobre tendencias emergentes en América Latina. Agradezco los comentarios en ese taller de Matthew Cleary, Gustavo Flores-Macías, Imke Harbers, Juan Fernando Ibarra y Heather Sullivan.

Federación (PJF) de diciembre de 2014 a febrero de 2018 a la luz de la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal (NSJP), reforma que en parte tuvo la finalidad de reducir los problemas de rezago, demora, e ineficiencia asociados con el sistema tradicional. El artículo concluye que existen interpretaciones mixtas sobre la implementación y la eficiencia del NSJP y con un estudio más profundo pueden mostrarse mejor las causas de esta heterogeneidad que mejoren el desempeño del sistema penal mexicano actual.

Palabras clave: Sistema Penal, procedimiento penal, Poder Judicial, reforma judicial, México.

Abstract

Criminal procedure in Mexico has experienced a massive and revolutionary transformation since the early 2000s, first at the subnational level (states) and more recently—only since 2014—at the federal level. Given the initial emphasis on subnational reform, much scholarly attention focused on these local changes in state courts, and neglected the reform process (or its absence) in the federal judiciary. Based on new data, this article proposes three measures—one capturing implementation and two capturing backlog (*i.e.*, inefficiency)—to help understand and assess the operation of the Federal Judiciary (Poder Judicial de la Federación, PJF) from December 2014 to February 2018, the first 39 months of the New System of Criminal Justice (Nuevo Sistema de Justicia Penal, NSJP). The goals of this reform were, in part, to reduce backlog, delay, and inefficiency associated with the traditional system. Main findings are that implementation and efficiency are highly mixed and uneven across federal jurisdictions, and future research can help clarify the causes of this unevenness in order to improve the performance of the criminal justice system in Mexico.

Keywords: criminal justice, judiciary, criminal procedure, justice reform, Mexico.

1. Introducción

El sistema de procedimientos penales en toda América Latina ha experimentado una transformación masiva y revolucionaria desde la década de 1990, consistiendo en un alejamiento del sistema inquisitorio tradicionalmente

asociado con el continente europeo y un acercamiento al sistema acusatorio o adversarial históricamente asociado al Derecho común y la tradición anglosajona, principalmente estadounidense. Entre 1992 y 2006, 14 países y varias entidades subnacionales en la región formaron parte de esta transformación, un cambio que constituye "la transformación más profunda por la cual ha pasado el procedimiento penal en América Latina en casi dos siglos".¹ Este cambio promete mayores protecciones tanto para víctimas como para acusados en el sistema de justicia penal por medio de un fortalecimiento del debido proceso, y es verdaderamente transformativo porque requiere de cambios significativos en todo el sistema de justicia penal, desde la policía y otro personal de primeros auxilios, pasando por procuradores, defensores, Jueces, y otros operadores del Derecho, hasta llegar a las prisiones y el control sobre la ejecución de sentencias.²

Esta transformación llegó a México a inicios de la década del 2000, primero a entidades federativas como Nuevo León (2003), seguido por un esfuerzo fallido de reforma a nivel federal en el 2004 y, finalmente, un reforma constitucional exitosa en el 2008 (aprobada el 18 de junio del 2008). Pero esta reforma no instaló un nuevo sistema de justicia penal automáticamente en los estados. Al contrario, cada estado y el Poder Federal tenían que iniciar, aprobar, e implementar la legislación relevante para que el nuevo sistema empezara a operar. La legislación clave en cada una de estas 33 competencias (32 estados y el fuero federal) era un nuevo Código procesal penal (o Código de procedimientos penales).

La iniciación, aprobación e implementación de estos códigos ocurrió de forma dispareja a lo largo del país, así que esta reforma constitucional en material

¹ Máximo Langer, "Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of legal ideas from the periphery", *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, núm. 4, 2007, p. 617. Traducción del autor.

² Cfr: Máximo Langer, "Revolution in Latin American Criminal...", *op. cit.*; David A. Shirk, "Criminal justice reform in Mexico: An overview", *Mexican Law Review*, vol. 3, núm. 2, 2010, pp. 189-228; Matthew Ingram y David A. Shirk, *Judicial Reform in Mexico: Towards a New Criminal Justice System. Special Report*. Trans-Border Institute, Universidad de San Diego, San Diego, 2010, pp. 1-41; Lydia Brashear Tiede, "Chile's Criminal Law Reform: Enhancing Defendants' Rights and Citizen Security", *Latin American Politics and Society*, vol. 54, núm. 3, 2012, pp. 65-93.

penal se implementó desigualmente en los estados. Mientras que algunos estados avanzaron bien y completaron el proceso de reforma de manera adelantada, otros empezaron pero después retrocedieron o ni siquiera empezaron, y el proceso nunca arrancó en el fuero federal.³

Más recientemente—sólo desde el 2014—, el fuero federal ha participado en este proceso de reforma, comenzando con la aprobación y vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). El cual fue aprobado por el Congreso el 14 de febrero de 2014 y firmado por el presidente el 4 de marzo del mismo año (Cámara de Diputados 2014). Sin embargo, se requería que el Congreso, y cada legislatura de los estados, emitiera una declaratoria expresando cuándo se implementaría el nuevo código único, y estas declaraciones aparecieron gradualmente.⁴

La figura 1 muestra la gradualidad de la implementación del CNPP a nivel federal en seis etapas, que inició a finales de noviembre de 2014 y terminó en junio de 2016. Por resultado, el NSJP ha estado operando en algunas partes del país desde diciembre 2014, pero 2017 fue el primer año completo en el cual estaba operando el NSJP en todo el Poder Judicial Federal.

Dado el énfasis inicial en las reformas a nivel subnacional, gran parte de la atención académica se ha enfocado a cambios locales, en los poderes judiciales

³ Cfr. Matthew C. Ingram, "Criminal Procedure Reform in Mexico: Where Things Stand Now", *Woodrow Wilson International Center for Scholars*, Mexico Institute, enero, 2013, pp. 1-35; Matthew C. Ingram, "El estado de los estados: Reformas locales al procedimiento penal en México", en Octavio Rodríguez Ferreira y David A. Shirk (eds.), *La reforma al Sistema de Justicia Penal en México*, Transborder Institute, University of San Diego, San Diego, 2013; Matthew C. Ingram, "Mandates, Geography, or Networks?: Diffusion of Criminal Procedure Reform in Mexico", *Latin American Politics and Society*, vol. 58, núm. 1, 2016, pp. 121-145; y Carlos Ríos Espinosa y Jorge Cerdio (coords.), *Las reformas de la reforma procesal penal en Chihuahua*, Tirant lo Blanch/ITAM, México, 2012.

⁴ Véase Congreso de la Unión, "Declaratorias de inicio de vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales en las entidades federativas", *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/declara/cnpp.htm>

estatales, e ignorando el proceso de reforma (o la falta de este) en el Poder Judicial de la Federación (PJF). Este ensayo examina nuevos datos proporcionados por el PJF, y el análisis de estos nuevos datos ofrece dos indicadores relevantes para la evaluación del Nuevo Sistema de Justicia Penal (NSJP): un indicador de implementación y dos indicadores de rezago. El análisis y estos indicadores generan interpretaciones mixtas. Primero, la implementación es altamente desigual en los órganos jurisdiccionales federales (Centros de Justicia Penal), aun bajo un código único de procedimientos penales (el Código Nacional de Procedimientos Penales, CNPP, vigente desde 2014), una sola estructura institucional del PJF, e independientemente de la fecha de vigencia en cada región. Sin embargo, existen por lo menos cuatro órganos donde la implementación avanza bien, así que estos órganos pueden ayudar a entender cómo mejorar el proceso de cambio en otras partes del país. Segundo, los órganos jurisdiccionales del NSJP –los Centros de Justicia Penal– exhiben un rezago también altamente heterogéneo. Algunos Centros han tenido éxito en combatir el rezago. Pero un resultado preocupante es que la gran mayoría de centros exhiben un rezago creciente y consistente, y el volumen de procesos en existencia inicial está aumentando rápidamente. Desafortunadamente, este padrón es especialmente preocupante porque una de las grandes promesas del nuevo sistema era que iba resolver los problemas de rezago, demora, e ineficiencia asociados con el sistema tradicional.

2. Motivos y objetivos

La implementación del CNPP ofrece oportunidades para estudiar esta importante transformación del sistema penal en México, al igual que algunas de las causas y consecuencias de la misma. Dado el esfuerzo del país para desarrollar y mejorar instituciones democráticas, incluso instituciones judiciales, el entender los factores que impulsan este desarrollo y mejoramiento puede ayudar a conocer los factores que impulsan el desarrollo de otras instituciones. Por otro lado, la

seguridad pública y la confianza en instituciones públicas siguen siendo retos persistentes en México, por lo que, un mejor entendimiento de los efectos y las consecuencias de esta transformación judicial puede ofrecer lecciones valiosas para mejorar la seguridad y confianza públicas y la legitimidad de las instituciones judiciales, especialmente del sistema penal.

Este artículo es parte de una fase inicial de un proyecto que tiene como objetivo entender los nuevos datos sobre el NSJP a nivel federal y utilizar estos datos para estudiar la transformación judicial que ya está en camino, así como sus causas y consecuencias. Existen imperfecciones, problemas, y desafíos en los datos y en el análisis, y se busca reconocer estas limitaciones y utilizar este primer estudio en un proceso de retroalimentación para poder ofrecer mejores datos y estudios en el futuro.

Figura 1. Gradualidad en la implementación del NSJP



Fuente: Sección de Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura, 2018.

3. Datos

Los datos utilizados en este estudio fueron proporcionados por el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) con la asistencia del Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). En un inicio examiné los datos disponibles en internet. Los datos correspondientes al sistema tradicional y la operación de los Juzgados de Distrito están disponibles en línea.⁵ Aquellos datos relevantes al Nuevo Sistema de Justicia Penal (NSJP) y la información sobre la operación de los nuevos Centros de Justicia Penal Federales (CJPF) también están disponibles en línea.⁶ Sin embargo, ambas de estas fuentes en línea proporcionan datos agregados solamente por año. Por esta razón, solicité vía solicitud de transparencia estos datos mensuales, con el apoyo del personal del CEC. La solicitud se hizo en la primera semana de marzo de 2018 y recibí los datos un mes después, en la primera semana de abril de 2018.

Los datos sobre el NSJP cubren los 38 Centros de Justicia Penal. Existe por lo menos un Centro en cada entidad, dos en cuatro entidades (BC, MEX, TAM, y VER), y tres en la Ciudad de México (CDMX). Los datos también cubren un espacio temporal de diciembre de 2014 (fecha que aparece como "2014-12" en las figuras) a febrero de 2018 ("2018-02"), dando un total de 39 meses, o poco más de tres años. La unidad de análisis para estos datos es "Centro/mes", y hay 951 observaciones en los actuales datos.

Los datos sobre el sistema tradicional cubren los 305 Juzgados federales de primera instancia –llamados "Juzgados de Distrito"– que existían desde abril de 2010

⁵ Véase Consejo de la Judicatura Federal. Dirección General de Estadística Judicial, 2018. Disponible en: <http://www.dgepj.cjf.gob.mx/>

⁶ Véase Consejo de la Judicatura Federal. Nuevo Sistema de Justicia Penal. Disponible en: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/>

("2010-04") a febrero de 2018 ("2018-02"). No existe más que un Juzgado en cada entidad, y algunos estados mas grandes cuentan con múltiples Juzgados (p. ej. Estado de México, Jalisco, Veracruz). Los datos incluyen información sobre Juzgados que han clausurado o cambiado de ubicación. La unidad de análisis para esta información del sistema tradicional es "Juzgado/mes", y existen más de 24 000 observaciones.

No hay ninguna forma rápida de combinar los datos de los Juzgados del sistema tradicional con los datos de los Centros del NSJP cuando no existe más que un Centro por estado. Hice un primer intento para hacer esto (en BCN con los Centros BCN-Mexicali y BCN-Tijuana), pero además de este ejemplo, todos los demás datos están agregados a nivel estatal lo mismo que los datos sobre el sistema tradicional en conjunto con los datos sobre en NSJP. En futuras investigaciones buscaré una forma práctica para sistematizar los datos relevantes de los Juzgados con los Centros. Los datos combinados a nivel estatal tienen como unidad de análisis el "estado/mes", categoría que abarca a las 33 competencias territoriales (que incluyen a todos los estados y las dos competencias de BC), de diciembre de 2014 a febrero de 2018. Utilizando los datos combinados, es posible comparar el movimiento de casos en el PJF en el sistema tradicional y en el nuevo sistema.

4. Indicadores de desempeño: implementación y rezago

4.1 Un indicador de implementación

La implementación del NSJP se puede medir utilizando la cantidad de procesos nuevos iniciados en el nuevo sistema como porcentaje del total de todos los pro-

cesos nuevos iniciados en el sistema nuevo y el sistema tradicional.⁷ Más específicamente, la implementación (*Imp.*) se puede medir utilizando la siguiente fórmula:

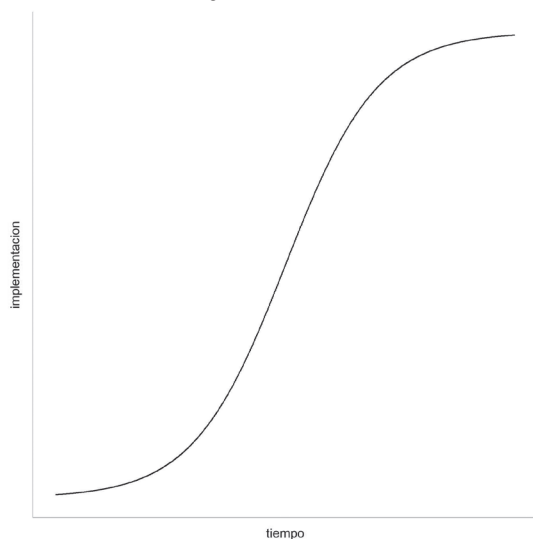
$$Imp = \frac{Iniciados_{(NSJP)}}{Iniciados_{(NSJP)} + Iniciados_{(tradicional)}}$$

Este indicador de implementación tiene un valor mínimo de 0 (si no hay ningún proceso iniciado en el NSJP) y un valor máximo de 1 (si todos los procesos en materia penal se están iniciando dentro del NSJP y ya no está entrando ningún proceso en el sistema tradicional).

En teoría, la implementación de la reforma avanza lentamente al principio, después alcanza una etapa donde empieza a acelerar y las nuevas prácticas se expanden rápidamente en la institución y el territorio donde ésta tiene competencia; finalmente, la implementación desacelera nuevamente en una tercera etapa, cuando las nuevas prácticas existen en la mayor parte de la institución o del territorio pero tardan en alcanzar los últimos rincones o áreas de operación.

⁷ Para medir la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal (NSJP) me baso en trabajos anteriores: Matthew C. Ingram, "Criminal Procedure Reform in Mexico...", *op. cit.*; "El estado de los estados: Reformas locales al procedimiento penal...", *op. cit.*; y "Mandates, Geography, or Networks?", *op. cit.*

Figura 2. Curva "S"



Fuente: Elaboración propia utilizando el programa R.⁸

La figura 2 ofrece una orientación de las tres etapas descritas en la teoría. Esta figura no está basada en datos reales, pero nos da una idea de lo que deberíamos poder ver en los datos si la implementación está avanzando bien. De hecho, esta curva en forma de la letra "S" es característica del proceso de implementación en estudios académicos desde los años 1960.⁹ Al examinar la figura de izquierda a derecha, puede notarse que al principio la curva es principalmente horizontal (pendiente bajo) lo que indica un proceso de cambio lento; después, la curva se vuelve más vertical (pendiente alto), indicando un proceso de cambio más rápido; y, finalmente, se vuelve principalmente horizontal (pendiente bajo), otra vez indicando un proceso de cambio lento en la última etapa cuando se trata de completar el cien por ciento de la transformación.

⁸ R Core Team, R: A language and environment for statistical computing, R Foundation for Statistical Computing, Vienna, Austria, 2018. Disponible en: <https://www.R-project.org/>.

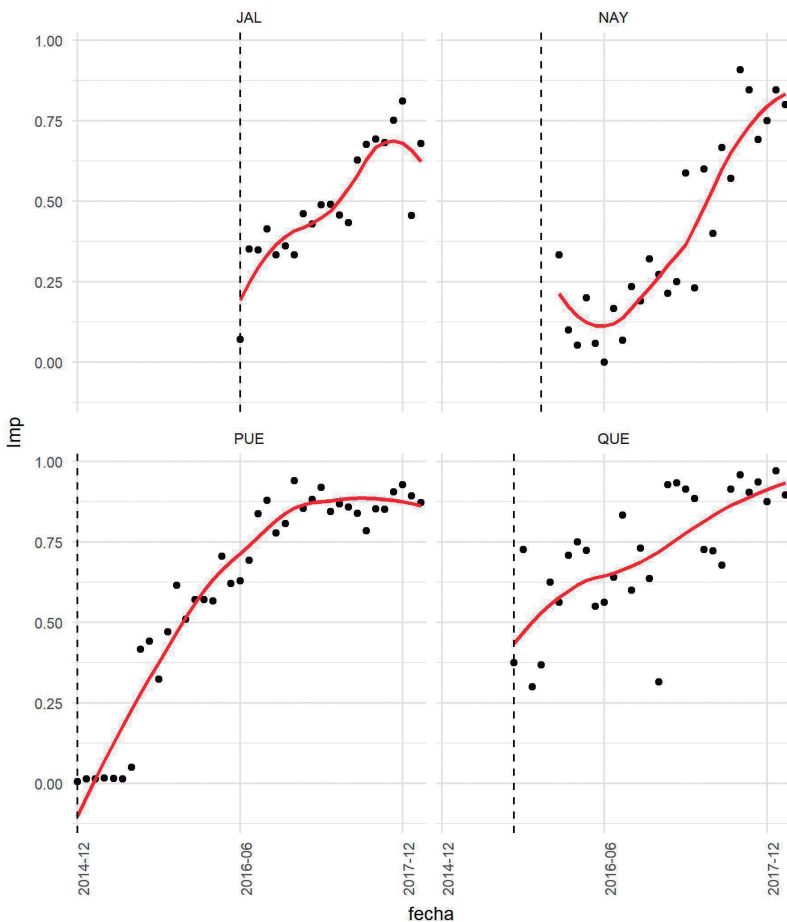
⁹ Cfr. Everett M. Rogers, *Diffusion of Innovations*, 5a. ed., Free Press-MacMillan Publishing, Nueva York, (1962) 2003.

4.2 Competencias avanzadas

La figura 3 muestra los cuatro estados con implementación avanzada, en la que el indicador de implementación tiene un valor igual o mayor a 0.50 en por lo menos un mes en el tiempo analizado. Es decir, en estos estados, la implementación ha alcanzado el 50% en por lo menos un mes entre diciembre de 2014 y febrero de 2018. El eje horizontal muestra la fecha, mientras que el eje vertical muestra el valor del indicador (*Imp.*). La línea vertical identifica la fecha de vigencia del NSJP en la competencia. La curva que se sobrepone en los datos es una estimación de la tendencia de los datos.¹⁰ Como es evidente en la figura, estos estados han alcanzado este nivel de implementación y lo han sostenido. Entre estos estados, Nayarit exhibe la curva "S" antes mencionada de forma más clara.

¹⁰ Estimación del pendiente local utilizando la técnica *lowess*. Esta técnica genera una curva que traza la distribución local de los datos en vez de una línea recta.

Figura 3. Implementación en competencias avanzadas



Fuente: Elaboración propia en programa R con datos de la Unidad para la Consolidación del Nuevo Sistema de Justicia Penal y de la Sección de Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura, 2018.

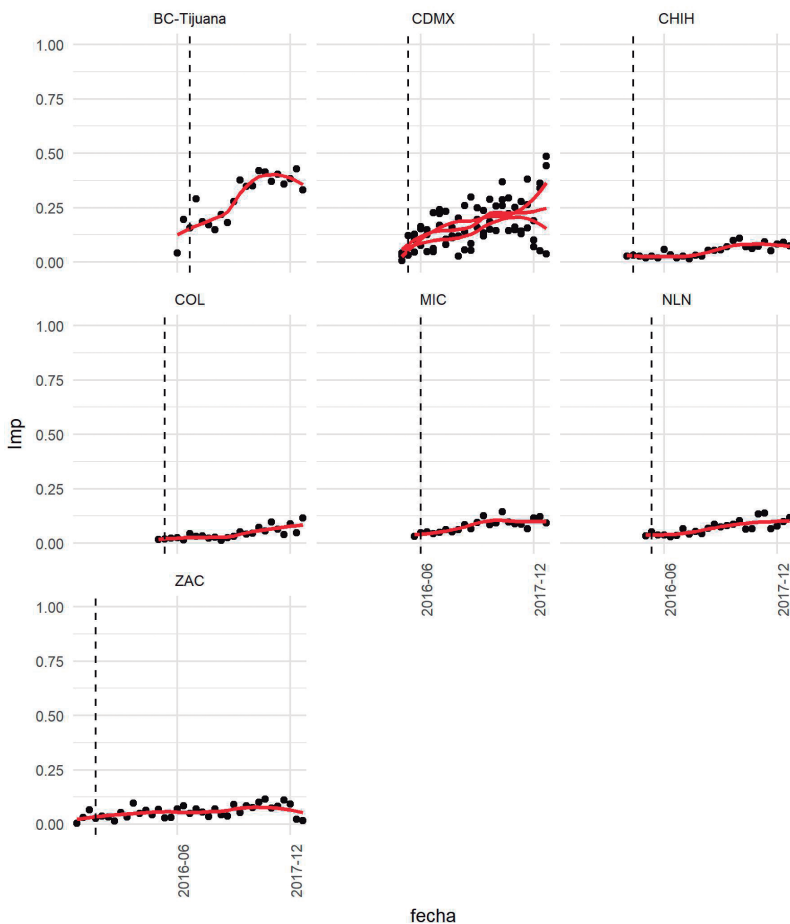
Un aspecto provocador de la figura 3 es que estos cuatro estados (JAL, NAY, PUE y QUE) avanzaron bien en el proceso de implementación, independientemente de que entrara en vigencia el CNPP en distintas fechas, en cada uno de ellos. La línea vertical discontinua en cada sub-gráfica identifica la fecha de vigencia

y de entrada en vigor del CNPP en cada competencia territorial. En la figura 1 donde, recordemos, se muestra la gradualidad regional de la implementación, Puebla (con un *Imp.* mayor al 80% en febrero de 2018) pertenece a la primera etapa (fecha de vigencia del 24 de noviembre de 2014); Querétaro (*Imp.* mayor al 90%), a la tercera etapa (vigencia en el 1 de agosto de 2015); Nayarit (*Imp.* mayor al 80 %), a la cuarta etapa (vigencia en el 30 de noviembre de 2015), y Jalisco (*Imp.* mayor al 60%) pertenece a la séptima y última etapa (vigencia en el 14 de junio de 2016). O sea, los cuatro estados más avanzados representan la gama de variación en cuanto a fecha de implementación, y aun así avanzaron bien y de forma parecida. En otras palabras, el tiempo de vigencia no parece explicar por qué unas competencias avanzaron mejor que otras.

4.2.1 Competencias intermedias

La figura 4 muestra los siete estados con implementación intermedia, y el indicador de implementación tiene un valor entre 0.10 y 0.49. En estos estados, la implementación ha alcanzado el nivel de 10 % en por lo menos uno de los meses entre diciembre de 2014 y febrero de 2018, pero nunca ha llegado al 50% como es el caso de las entidades con implementación avanzada. En uno de estos estados, el Centro en Baja California-Tijuana (BCN-Tijuana) exhibe la curva "S" antes mencionada, pero es preocupante que el proceso de cambio ha desacelerado o se ha estancado sin alcanzar ni siquiera el 50% de implementación. Cabe recordar que la mini-gráfica para la CDMX representa tres Centros, y que se necesita una mejor desagregación de los datos para poder distinguir la implementación entre estos Centros. Vuelvo a este punto en la conclusión.

Figura 4. Implementación en competencias intermedias



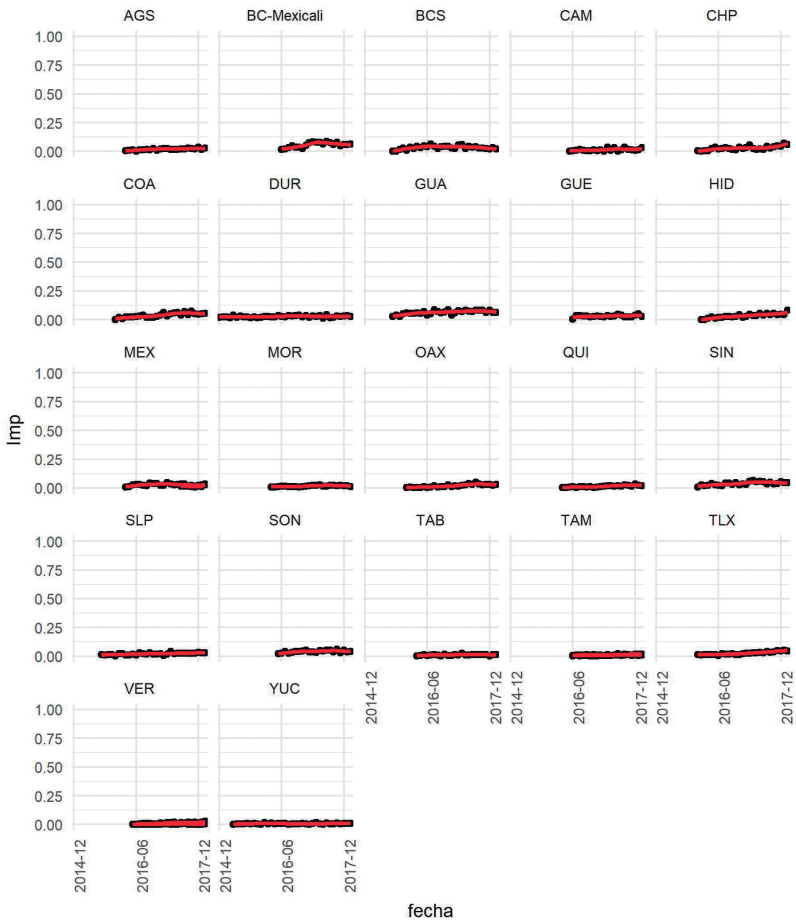
Fuente: Elaboración propia en programa R con datos de la Unidad para la Consolidación del Nuevo Sistema de Justicia Penal y de la Sección de Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura, 2018.

4.2.2 Competencias atrasadas

Por último, la figura 5 muestra los 22 estados con implementación atrasada donde el indicador *Imp.* siempre tiene un valor entre 0.0 y 0.09. Es decir, en estas

competencias, la implementación sigue por debajo del 10%. Cabe recordar que las sub-gráficas para MEX, TAM y VER representan dos centros cada una, y se necesita una mejor desagregación de los datos para poder evaluar la implementación en los Centros de estos estados.

Figure 5: Implementación en competencias atrasadas



Fuente: Elaboración propia en programa R con datos de la Unidad para la Consolidación del Nuevo Sistema de Justicia Penal y de la Sección de Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura, 2018.

En resumen, el indicador *Imp.* nos ofrece una forma de medir y evaluar la implementación del NSJP. Este indicador revela que cuatro estados han avanzado mucho (p. ej., JAL, NAY, PUE y QUE), otros siete están en una etapa intermedia (BC-Tijuana, CDMX, CHIH, COL, MIC, NLN y ZAC), y los 22 restantes están atrasados.

4.2 Dos indicadores de rezago

El rezago lo mido aquí con dos indicadores: R_1 y R_2 . El primer indicador (R_1) es simplemente la carga de trabajo en términos del número de procesos. Dicho llanamente, es la diferencia entre los procesos que ingresan y los que egresan cada mes (ingresos–egresos). Si el indicador es positivo –es decir, que hay más ingresos que egresos– entonces, la carga de trabajo va aumentando. Si el indicador es negativo, entonces la carga de trabajo se va reduciendo. Este indicador sólo depende de los datos del NSJP y no de los datos del sistema tradicional, así que la cobertura incluye a todos los Centros de Justicia Penal.

La figura 6 muestra el cambio en R_1 a lo largo del tiempo y en todos los 38 Centros. Como puede verse en la misma figura, hay varios Centros donde el indicador siempre tiene un valor positivo (color gris) y hasta creciente, incluyendo a BC-Tijuana, JAL y MIC. En otros Centros, el valor se aproxima consistentemente a cero, y a veces es negativo (color negro), lo cual es bueno. Estos Centros incluyen a AGS, CDMX-RecNorte, DUR, QUE y YUC. Es decir, en algunos Centros el indicador sugiere graves problemas de rezago, mientras que en otros sugiere que algo se está haciendo para combatir el rezago exitosamente.

Figura 6. Cambio en la carga de trabajo (R_t)

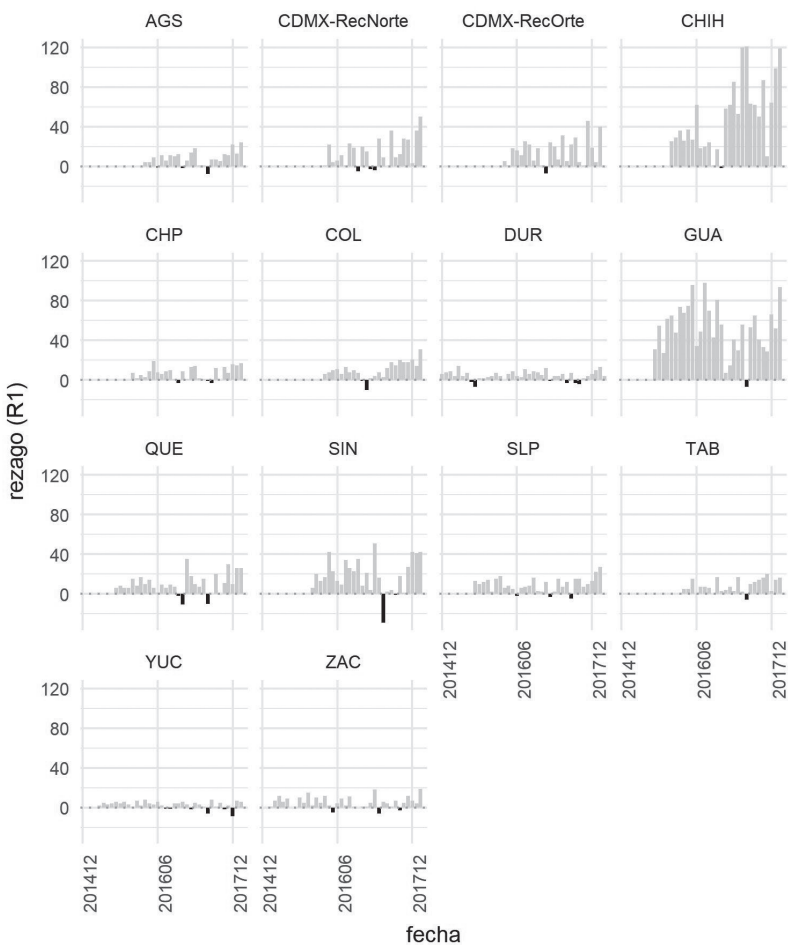


Fuente: Elaboración propia en programa R con datos de la Unidad para la Consolidación del Nuevo Sistema de Justicia Penal del Consejo de la Judicatura, 2018.

La figura 7 se enfoca en los Centros donde hubo una reducción en la carga de trabajo (barra color negro que señala un valor negativo) en por lo menos uno de los meses examinados entre diciembre de 2014 y febrero de 2018. Estos Centros –especialmente los que vieron una reducción más que una sola vez (DUR y

QUE)– pueden ofrecer valiosas lecciones sobre cómo manejar y reducir el rezago. El caso de Durango (DUR) es especialmente interesante porque el cambio en la carga de trabajo siempre es cercano a cero (0) y vió un cambio negativo –una reducción en la carga de trabajo– en 5 o 6 meses distintos.

Figura 7. Cambio en la carga de trabajo (R_t), competencias exitosas



Fuente: Elaboración propia en programa R con datos de la Unidad para la Consolidación del Nuevo Sistema de Justicia Penal del Consejo de la Judicatura, 2018.

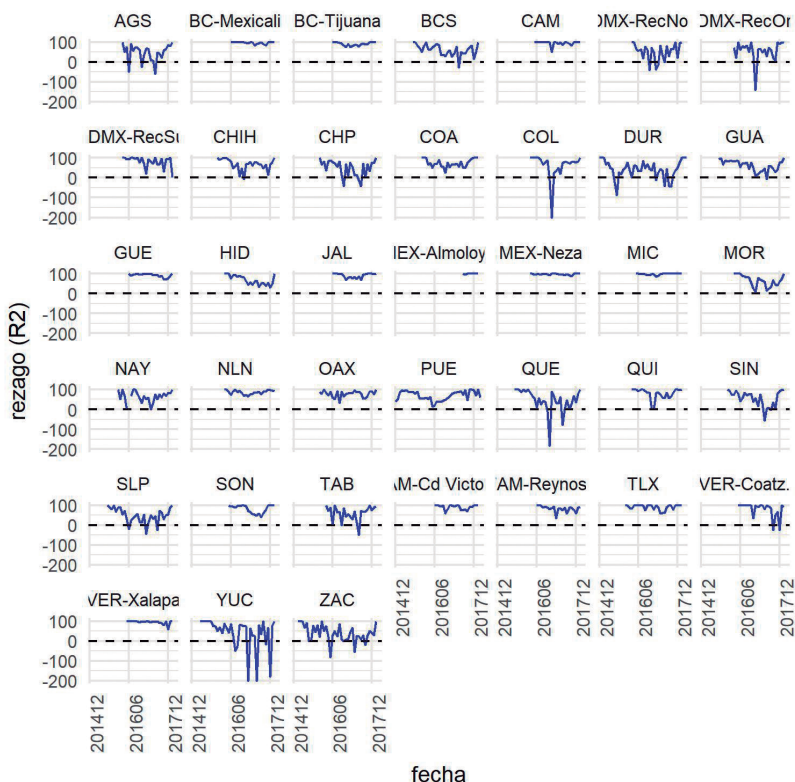
El segundo indicador (R_2) es el cambio en la carga de trabajo como porcentaje del número de ingresos. Es decir, este indicador mide el cambio en el volumen de procesos en proporción al número de procesos que van ingresando cada mes. Específicamente, la fórmula que genera este indicador es la siguiente:

$$R_2 = 100 * (INGRESOS - EGRESOS) / INGRESOS$$

Cuando este indicador tiene un valor positivo, el volumen total de procesos está aumentando en relación a la existencia inicial de procesos; es decir, hay más ingresos que egresos, y el valor nos indica el aumento en proporción al volumen de trabajo que están ingresando al Centro. Cuando este indicador tiene un valor negativo, el volumen total de procesos se está reduciendo en relación a la existencia inicial de procesos –hay más egresos que ingresos– y, nuevamente, el valor nos da una indicación de la magnitud de la reducción en proporción al volumen de trabajo que está ingresando. Pensando en los posibles padrones que podría expresar este indicador, la posibilidad más preocupante es si el indicador es consistentemente positivo y grande. Esto indicaría un aumento persistente y dramático en la carga de trabajo en la instancia relevante. Como aclaración: este escenario indicaría que siempre ingresan más procesos de los que egresan y, por resultado, la existencia inicial de procesos va aumentando consistentemente.

Varios escenarios aparecen en los datos. La figura 8 muestra el cambio en R_2 a lo largo del tiempo y en todos los Centros. Varios de los Centros exhiben tendencias preocupantes, donde el indicador R_2 está siempre arriba de la línea horizontal que marca el cero (p. ej., CAM, COA, GUE, JAL, MIC, NLN, TLX). Otros Centros exhiben tendencias exitosas, especialmente los que logran valores negativos (debajo de la línea horizontal) en múltiples ocasiones (p. ej., AGS, CHP, DUR, QUE, SLP, YUC y ZAC).

Figura 8. Cambio en la carga de trabajo (R_2)



Fuente: Elaboración propia en programa R con datos de la Unidad para la Consolidación del Nuevo Sistema de Justicia Penal del Consejo de la Judicatura, 2018.

5. Conclusión

Este esfuerzo ofrece uno de los primeros análisis de datos sobre el funcionamiento del NSJP a nivel federal en México. En resumen, ofrezco tres indicadores relevantes para evaluar este funcionamiento: un indicador de implementación (*Imp.*) y dos indicadores de rezago R_1 y R_2 . La implementación es altamente desigual, con cuatro estados avanzados, siete en una etapa intermedia y

22 atrasados. Los Centros con implementación avanzada ofrecen valiosas oportunidades para entender mejor los factores que impulsan esta implementación, especialmente porque varían en términos de la fecha de vigencia del NSJP. Unos empezaron temprano (diciembre, 2014) y otros empezaron tarde (junio, 2016), pero los cuatro han sido exitosos en la implementación. Un camino prometedor de investigación podría examinar de cerca el proceso de implementación en estos Centros, para identificar factores en común que explican el éxito que han tenido, y que después podrían integrarse a los Centros que están mas atrasados. Otra avenida de investigación podría escoger uno de los Centros avanzados y uno de los Centros atrasados para identificar cuales factores son diferentes y así entender mejor la divergencia en la implementación. Por ejemplo, se podrían comparar las experiencias de NAY y TAB.

El rezago también exhibe bastante desigualdad. Una de las grandes promesas del NSJP era un sistema mas ágil y eficiente, así que las instancias con un bajo rezago parecen estar cumpliendo con esta promesa. Desafortunadamente, la mayoría de las instancias exhiben un alto o creciente rezago, y esta realidad es preocupante porque no cumplen con esta promesa.

Cabe recordar que el indicador de implementación se basa en una combinación de datos del NSJP y del sistema tradicional, pero que no se logró una perfecta integración de los datos en este estudio en cuatro entidades: CDMX, MEX, TAM y VER. En el futuro se buscará lograr una mejor agregación de estos datos para así poder evaluar a profundidad el NSJP en estas entidades.

Fuentes

INGRAM, Matthew C. y SHIRK, David A., *Judicial Reform in Mexico: Towards a New Criminal Justice System. Special Report*. Trans-Border Institute, Universidad de San Diego, San Diego, 2010, pp. 1-41.

INGRAM, Matthew C., "Criminal Procedure Reform in Mexico: Where Things Stand Now", *Woodrow Wilson International Center for Scholars*, Mexico Institute, enero, 2013, pp. 1-35.

_____, "El estado de los estados: Reformas locales al procedimiento penal en México", en Octavio Rodríguez Ferreira y David A. Shirk (eds.), *La reforma al Sistema de Justicia Penal en México*, Transborder Institute, University of San Diego. San Diego, 2013.

_____, "Mandates, Geography, or Networks? Diffusion of Criminal Procedure Reform in Mexico", *Latin American Politics and Society*, vol. 58, núm. 1, 2016, pp. 121-145.

LANGER, Máximo, "Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of legal ideas from the periphery", *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, núm. 4, 2007, pp. 617-676.

R Core Team, "A Language and Environment for Statistical Computing", *R. Foundation for Statistical Computing*, vol. 3, núm. 1, 2018. Disponible en: <https://www.R-project.org/>

RÍOS Espinosa, Carlos, y CERDIO, Jorge, (coords.), *Las reformas de la reforma procesal penal en Chihuahua*, Tirant lo Blanch/ITAM, México, 2012.

ROGERS, Everett M., *Diffusion of Innovations*, 5a. ed., Free Press-MacMillan Publishing, Nueva York, (1962) 2003.

SHIRK, David A., "Criminal Justice Reform in Mexico: An Overview", *Mexican Law Review*, vol. 3, núm. 2, 2010, pp. 189-228.

TIEDE, Lydia Brashear, "Chile's Criminal Law Reform: Enhancing Defendants' Rights and Citizen Security", *Latin American Politics and Society*, vol. 54, núm. 3, 2012, pp. 65-93.

Recursos en línea

Congreso de la Unión, "Declaratorias de inicio de vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales en las entidades federativas", *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/declara/cnpp.htm>

Consejo de la Judicatura Federal. Dirección General de Estadística Judicial, 2018. Disponible en: <http://www.dgepj.cjf.gob.mx/>

_____, Nuevo Sistema de Justicia Penal. Disponible en: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/>

LA TORTURA COMO CUESTIÓN CONSTITUCIONAL: BALANCES SOBRE LA EVOLUCIÓN DOCTRINAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

*TORTURE AS A CONSTITUTIONAL MATTER: REFLECTIONS
ON THE MEXICAN SUPREME COURT'S EVOLVING DOCTRINE*

Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena*

Resumen

Este artículo examina la evolución doctrinal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de tortura. Argumenta que, por mucho tiempo, este tema no fue visto como uno que requiriera interpretación o análisis por parte del más Alto Tribunal en México. Por muchos años, la doctrina prevalente de la Corte sostenía que la primera declaración del inculpado (incluso aquella realizada solo frente a la policía) era la más confiable, al grado de justificar la invalidación de posteriores alegatos de defensa. Por décadas, esta doctrina conocida como de "inmediatez procesal" fue aplicada en casos en los cuales las personas inculpadas alegaban que esas primeras declaraciones habían sido obtenidas mediante tortura. Recientemente (en lo que se denomina la Décima Época jurisprudencial) la Corte se ha alejado de ese entendimiento por buenas razones. Sin embargo, en este acelerado avance, la Corte también ha establecido otros criterios que requieren ser balanceados críticamente.

Palabras clave: SCJN, tortura, doctrina de inmediatez procesal, México.

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Abstract

This article explores the evolving doctrine of Mexico's Supreme Court on torture. It contends that, for too long, torture was not seen as an issue requiring interpretation or analysis from the highest court. In fact, for many years, the Court's standing doctrine held that a defendant's first declaration (even one made only before the police) was most reliable, and rendered succeeding exculpatory allegations as invalid. This doctrine of "procedural immediacy" ("inmediatez procesal"), was applied for decades in cases where defendants claimed that their first declarations were elicited by torture. In what's labeled as the Tenth Epoch of its jurisprudence, the Court has departed from that understanding for good reasons. However, as it now moves fastly on the matter of torture, the Court has also established other standards that merit further analysis and criticism.

Keywords: Mexican Supreme Court, torture, constitutional matter, Miranda Warnings.

1. Introducción

Cualquier persona interesada en estudiar el fenómeno de la tortura en México podría darse cuenta, desde muy temprano en su investigación, que es relativamente fácil encontrar un buen número de pronunciamientos de organismos nacionales e internacionales de derechos humanos, que documentan la preocupante sistematicidad y vigencia del problema.¹ Juristas, académicos y defensores de derechos humanos realizan un trabajo de importancia significativa cuando escriben e investigan sobre las implicaciones prácticas y jurídicas que derivan de tan inquietante información.

La abundancia de ese material me permite aprovechar esta oportunidad para analizar el problema desde otra óptica. Mi intención es problematizar sobre la evolución del entendimiento de la tortura como un problema propiamente cons-

¹ Véase, por ejemplo, ONU, "Informe de seguimiento del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes acerca de su misión a México". DOC. A/HRC/34/54/Add.4, 17 de febrero de 2017.

titucional. Con ese fin, haré una exploración crítica del contexto jurisprudencial que antecede a las decisiones más recientes de la Suprema Corte, particularmente, de su Décima Época. Pondré especial énfasis en doctrinas que, según entiendo, impidieron que la Corte cumpliera un papel transformador por años. También explicaré el contexto jurisprudencial que permitió, posteriormente, abandonar esos criterios.

Después de narrar esa evolución, intentaré hacer un balance general sobre el estado que actualmente guarda la cuestión. Adelanto que –a mi juicio– es alentador que la Suprema Corte asuma un papel activo en la interpretación constitucional de una de las más graves violaciones a los derechos humanos. No por ello es posible concluir que el diagnóstico es totalmente positivo, pero sí vale la pena subrayar la importancia de superar doctrinas que históricamente fueron terreno fértil para la vigencia de la práctica de la tortura en el país.

2. La tortura como cuestión constitucional

Así, el análisis académico de la tortura –en tanto práctica o fenómeno– está experimentando, por buenas razones, un momento especialmente prolífico. Mucho de lo que hoy se escribe interesa a abogados especializados en los derechos humanos, a politólogos, sociólogos, etcétera. Sin embargo, en las líneas que siguen me interesa llamar la atención de la academia especializada en el análisis del proceso penal desde la perspectiva constitucional.

Y es que, si una persona decidiera investigar la evolución de la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación² –es decir, su posicionamiento como Tribunal Constitucional frente al significado de la tortura, su relevancia y conse-

² No me referiré a los criterios de los tribunales colegiados porque mi análisis se confina a describir el papel del Tribunal Constitucional.

cuencias– encontraría un primer obstáculo al advertir que la temporalidad del material disponible tiene condicionamientos peculiares.

La tortura, como concepto, no tuvo una presencia significativa en el lenguaje habitual de la Suprema Corte por buena parte de su historia. Pero, sobre todo, fue un tema considerado digno de poca problematización.

Entre la Quinta y la Novena Épocas (junio de 1917 a septiembre de 2011), la Corte únicamente publicó nueve tesis aisladas³ (ninguna jurisprudencia) explícitamente relacionadas con el concepto "tortura" –entendida ésta como violación cometida por el Estado en el marco de procesos penales–. Este número contrasta enormemente con los 27 criterios (algunos aislados, otros jurisprudenciales) que la

³ Cfr., Tesis [A.]: P. LXIV/2010, de rubro DERECHOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y AL TRATO DIGNO DE LOS DETENIDOS. ESTÁN TUTELADOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE Y SON EXIGIBLES INDEPENDIENTEMENTE DE LAS CAUSAS QUE HAYAN MOTIVADO LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIII, enero de 2011, Pág. 26, Reg. Digital: 163167; Tesis [A.]: P. LII/2010, de rubro SEGURIDAD PÚBLICA. REQUISITOS PARA QUE EL EJERCICIO DE LA FUERZA POR PARTE DE LOS CUERPOS POLICIACOS, COMO ACTO DE AUTORIDAD RESTRICTIVO DE DERECHOS, CUMPLA CON EL CRITERIO DE RAZONABILIDAD, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, enero de 2011, Pág. 66, Reg. Digital: 162989; Tesis [A.]: 1a. CXCI/2009 de rubro, TORTURA. LA ACTUALIZACIÓN DE ESE DELITO NO PUEDE PRESUMIRSE, SINO QUE DEBE PROBARSE Y SUJETARSE A TODAS LAS REGLAS DE UN DEBIDO PROCESO PENAL, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, noviembre de 2009, Pág. 416, Reg. Digital: 165901; Tesis [A.]: 1a. CXCI/2009, de rubro TORTURA. OBLIGACIONES DEL ESTADO MEXICANO PARA PREVENIR SU PRÁCTICA, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, noviembre de 2009, Pág. 416, Reg. Digital: 165900; Tesis [A.]: 1a. CC/2005, de rubro DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LA FALTA DE ENTREVISTA PREVIA Y EN PRIVADO DEL INDICIADO CON SU DEFENSOR, NO RESTA, EN TODOS LOS CASOS, EFICACIA PROBATORIA A LA CONFESIÓN RENDIDA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, enero de 2006, Pág. 720, Reg. Digital: 176335; Tesis [A.]: 1a. CXXIII/2004, de rubro DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXI, enero de 2005, Pág. 415, Reg. Digital: 179607; Tesis [A.]: de rubro CONFESIÓN, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XLII, Segunda Parte, Pág. 11, Reg. Digital: 817987; Tesis [A.]: de rubro RETRACTACIÓN DEL ACUSADO, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LXXX, Pág. 74, Reg. Digital: 306597; y Tesis de rubro VIOLENCIAS A LOS PROCESADOS, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LXXX, Pág. 2868, Reg. Digital: 306730.

Corte ha producido en materia de tortura desde el inicio de la Décima Época, 4 de octubre de 2011, a la fecha.⁴

¿A qué obedece esta asimetría? Alguien quizás podría argumentar que la escasez de criterios en el periodo destacado debe responder a que la Constitución misma no incluyó la palabra "tortura" hasta la reforma de 3 de septiembre de 1993, la cual agregó al artículo 20 constitucional, fracción II, la siguiente prohibición explícita:

El inculpado (...) no podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.

No obstante, hay razones para dudar de la pertinencia de esta explicación. Si bien la palabra 'tortura' era ajena al texto constitucional hasta 1993, el primer párrafo del artículo 22 de la Constitución ya señalaba, desde su promulgación en 1917, que "quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, *el tormento* de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales." Además, esta prohibición iba acompañada, también desde 1917, del artículo 20, fracción II, que señalaba que el acusado no podía "ser compelido a declarar en su contra", y que estaba "rigurosamente prohibida toda incomunicación *o cualquier otro medio* que tienda a aquel objeto."

De este modo, pese a la inclusión tardía del término "tortura" en la Constitución, parece sensato afirmar que el concepto siempre ha estado implícitamente

⁴ Última fecha de consulta en *el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*: 27 de abril de 2018. En este punto, vale la pena aclarar que utilizo esta fuente como referente de la presente investigación porque ese ha sido el principal canal de difusión de criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a lo largo de sus Épocas. Si bien es posible que el universo de casos fallados sobre el tema no necesariamente guarde correspondencia exacta con el contenido ubicable en el Semanario, existe un claro consenso entre la comunidad jurídica de que esa es la fuente idónea para ubicar los criterios históricos relevantes de la Corte.

incluido dentro de la prohibición categórica del artículo 22 constitucional. Ambos conceptos (tortura y tormento) son prácticas tendentes a explotar el sufrimiento físico o emocional del acusado, con el objeto de facilitar la obtención de evidencia incriminatoria en una investigación penal.⁵

No obstante ello, la Corte tampoco problematizó sobre el tormento de un modo siquiera comparable con el desarrollo que ha caracterizado a la Décima Época. Prueba de ello es que si buscamos en el *Semanario Judicial de la Federación* el término "tormento" (y sus derivaciones) en el periodo que va entre la Quinta y la Novena Épocas, obtendremos un diagnóstico similar: se identifican menos de 20 criterios aislados explícitamente relacionados con alguna implicación derivada del concepto en el marco de un proceso penal. Así, aunque el número de tesis publicadas aumenta marginalmente en comparación con la búsqueda que sólo contempla el término "tortura", es significativo ver que en casi 95 años el Alto Tribunal del país publicó prácticamente la misma cantidad de criterios que ha emitido en tan sólo seis años y medio.

El número de tesis publicado es indicativo de que la Corte no asumió un papel intensamente activo en la definición de estos problemas. En esto parece haber mostrado timidez o reparo. Pero lo más importante no es tanto el número de criterios publicados sino la cantidad que es genuinamente relevante. Mucho de lo que se publicó esencialmente constituye una repetición de doctrinas que tomaron una centralidad desproporcionada; a saber: la de inmediatez procesal y la que facultaba a las autoridades judiciales a revertir la carga de la prueba. Veamos.

⁵ Excluyo deliberadamente del análisis a la evolución interpretativa de la figura de "coacción". Aunque ésta y la tortura son cuestiones claramente conexas –que en la mayoría de los casos se presentan de modo concomitante y que la Corte en muchas ocasiones trató de modo indiferenciado– aquí me preocupa el problema específico de la tortura, entendida como la violenta explotación del sufrimiento físico o mental. El concepto de coacción es más amplio, pues puede incluir prácticas en las cuales la amenaza de la fuerza pública se manifiesta de modo sutil o menos violento, no por ello permitido, claro está. Pero, en tanto problema autónomo del debido proceso penal, merece un análisis propio.

3. Quinta a Octava Época: apogeo de la doctrina de "inmediatez procesal" y reversión de la carga de la prueba

Durante la Quinta Época, la entonces Tercera Sala arrancó con una aproximación que hoy podría juzgarse progresista para su momento. En la tesis aislada de rubro PRUEBAS PROHIBIDAS POR LA LEY,⁶ señaló que éstas eran las que la civilización había puesto en desuso (nótese que no se alude a la Constitución). Y, con tono ejemplificativo, la tesis menciona

(...) como los tormentos, al aislamiento o incomunicación, el antiguo juicio de dios, y otras de naturaleza análoga, en que la investigación de la verdad se confía a la destreza, a la fuerza, al dolor o a hechos sobrenaturales o a revelaciones teológicas.

Sin embargo, poco más tarde, la Corte de la misma Quinta Época se vio en la necesidad de pronunciarse sobre un problema específico, propio de la dinámica de cualquier proceso penal, a saber: ¿qué hacer cuando la persona inculpada confiesa o admite su participación en el delito ante la policía (o ante el Ministerio Público) pero más tarde se retracta de ello, ante el Juez, alegando haber sido víctima de tortura? Para dar una solución, la Corte creó la doctrina de inmediatez procesal que, con plena consciencia, dejaría intacta hasta años posteriores a la reforma constitucional de derechos humanos de 2011.

En la tesis de rubro RETRACTACIÓN DEL ACUSADO⁷ de 1944, la Primera Sala esencialmente señaló que la responsabilidad penal del acusado quedaba plenamente demostrada si confesaba haber participado en el delito ante la entonces "policía judicial" –a pesar de que después se retractara de esa admisión bajo el

⁶ Tesis [A.]: 3a., *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LXXIII, 1942, Pág. 2332, Reg. Digital: 351955.

⁷ Tesis [A.]: 1a., *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LXXX, 1944, Pág. 74, Reg. Digital: 306597.

argumento de que la misma había sido arrancada con tortura- y si no había "reconocimiento médico" de esa afirmación o prueba alguna que la apoyara.

La doctrina de la Sala no sólo permitía, sino que también exigía que los juzgadores dieran preponderancia a la espontaneidad y sospecharan del "aleccionamiento" que el defensor podía generar en la persona acusada. Esto, claro, con independencia de si ella cuestionaba los méritos de esa supuesta espontaneidad, bajo el argumento de que había sido sometida a tormentos.⁸ Esta aproximación fue reiterada (tanto implícita como explícitamente) en la gran mayoría de los criterios publicados sobre el tema en el periodo analizado.⁹

La doctrina se vio acompañada por algo que parecería una premisa incuestionable según los criterios de estas épocas: se asumía que el mero alegato de

⁸ La aplicabilidad de la doctrina de inmediatez procesal incluso rebasó los temas de tortura o coacción. Entre las tesis que la reflejaron están varias de la Séptima Época: Tesis [A.], de rubro CONFESIÓN PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO. Sala Aux., *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 205-216, Séptima Parte, Pág. 333, Reg. Digital: 245172; Tesis [A.], de rubro CONFESIÓN ANTE LA POLICÍA JUDICIAL. Sala Aux., *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, volumen 199-204, séptima parte, 1985, Pág. 363, Reg. Digital: 245274; Tesis [A.], de rubro CONFESIÓN. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ. DEBIDA APLICACIÓN SEGÚN EL MOMENTO DE RENDIRSE, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 187-192, Segunda Parte, Pág. 23, Reg. Digital: 234166; * Tesis [A.], de rubro TESTIGOS, RETRACTACIÓN INEFICAZ DE LOS. Sala Aux., *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 217-228, Séptima Parte, 1987, Pág. 288, Reg. Digital: 245087; Tesis [A.], de rubro INMEDIATEZ, VALIDEZ ABSOLUTA PARA TODAS LAS PRUEBAS DEL PRINCIPIO DE. 1ª., *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 50, Segunda Parte, Pág. 19, Reg. Digital: 236269.

⁹ Cfr. "CONFESIÓN DEL ACUSADO, ARRANCADA POR COACCIÓN." Tesis [A.]: 1ª., *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LVI, 1938, Pág. 629, Reg. Digital: 310427; "CONFESIÓN DEL REO ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO." Tesis [A.]: 1ª., *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LXXXVI, 1945, Pág. 1745, Reg. Digital: 304850; "RETRACTACIÓN DEL REO." Tesis [A.]: 1ª., *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XCVII, 1948, Pág. 2225, Reg. Digital: 302010; "RETRACTACIÓN DEL REO." Tesis [A.]: 1ª., *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XCI, 1947, Pág. 1149, Reg. Digital: 303410; Tesis [A.]: 1ª., de rubro COACUSADO, VALOR DE SU DICHO, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XCI, 1947, Pág. 411, Reg. Digital: 303308; Tesis [A.]: 1ª., de rubro TESTIGOS, EN MATERIA PENAL RETRACTACIÓN DE LOS, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CIX, 1951, Pág. 1041, Reg. Digital: 298444; Tesis [A.]: 1ª., de rubro DECLARACIÓN INICIAL DE LOS INculpADOS, EFECTOS DE LA, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXX, Pág. 583, Reg. Digital: 293062; Tesis [A.]: 1ª., de rubro RETRACTACIÓN DEL REO (COACCIÓN). Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XIV, Segunda Parte, Pág. 202, Reg. Digital: 263804; y Tesis [A.]: 1ª., de rubro CONFESIÓN RATIFICADA ANTE AUTORIDAD JUDICIAL. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XLVIII, Segunda Parte, 1961, Pág. 25, Reg. Digital: 260920.

tortura o tormento era en sí inatendible a menos que viniera respaldado por una "fe judicial".

Con esto, claro, se asumía (i) que prácticamente correspondía a la posible víctima de la tortura acreditarla, es decir, que el Estado no tenía la obligación de investigarla por el sólo hecho de que se alegara; y (ii) que la tortura necesariamente debía dejar evidencia física, con lo cual se descartaba la sola posibilidad de pensar en aquella tortura física que no deja huella y en la tortura meramente psicológica.¹⁰

Pero incluso habiendo tal "fe judicial", la Sala consideró que el alegato de tortura era irrelevante si había otras pruebas que acreditaran la responsabilidad del acusado. Por ejemplo, destaca una tesis donde la Corte incluso señaló que si el procesado alegaba que su confesión había sido arrancada por medio de violencia, para comprobarla no era suficiente la "fe judicial" de que el detenido presentaba "algunas ligeras lesiones", ni su corroboración por parte de médicos oficiales. A juicio de aquella Primera Sala, tales

(...) constancias no son bastantes para considerar que efectivamente el acusado fue sometido a torturas de carácter físico, para arrancarle una confesión de hechos que no había cometido, tanto más, si dicha confesión se encuentra corroborada por las declaraciones de los coacusados, de las cuales se desprende su culpabilidad.¹¹

De este modo, es posible afirmar que la actitud de la Suprema Corte en aquel periodo se caracterizó por una especie de complacencia, frente a la posibilidad de emplear argumentos dirigidos a dudar de la verosimilitud de alegatos relacionados con tortura o tormento.¹² La tendencia fue clara. Los pocos criterios

¹⁰ Hoy es indiscutible que estas prácticas constituyen actos de tortura, que deben ser investigados de acuerdo con el Protocolo de Estambul.

¹¹ Tesis [A.]: 1a., de rubro VIOLENCIAS A LOS PROCESADOS, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LXXX, 1944, Pág. 2868, Reg. Digital: 306730.

¹² En el mismo sentido, véase tesis de Sexta época de rubro: CONFESIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XXII, Segunda Parte, 1959, Pág. 58, Reg. Digital: 262839 y Tesis [A.]: 1a., de rubro

que la mitigaron trataban cuestiones que hoy parecerían obviedades o sobre las que difícilmente habría desacuerdo incluso entre posiciones ideológicas abiertamente contrapuestas.

Por ejemplo, en la tesis de rubro CUMPLIMIENTO DEL DEBER, EXCLUYENTE DE (TORMENTOS APLICADOS POR POLICÍAS),¹³ la Primera Sala estimó que era inadmisibles dar razón a la autoridad que alegaba haber torturado a la persona detenida en cumplimiento de un deber, es decir, como excluyente de responsabilidad. En una línea similar, en la tesis de rubro ABUSO DE AUTORIDAD, DELITO DE (LEGISLACIÓN DE TAMAULIPAS),¹⁴ la Sala refirió que el delito de abuso de autoridad, previsto en la legislación de Tamaulipas, quedaba comprobado si el acusado, en ejercicio de sus funciones de policía, daba un fuetazo al ofendido sin causa legítima, pues éste era un acto arbitrario, prohibido por el artículo 22 constitucional.

Finalmente, en la tesis de rubro AGENTES DEL SERVICIO SECRETO. ABUSO DE AUTORIDAD COMETIDO POR (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES),¹⁵ la Primera Sala de la Sexta Época consideró un caso en el que, en sus palabras, "los agentes del servicio secreto de la Jefatura de Policía profirieron injurias en contra de los detenidos a quienes hicieron objeto de golpes y amenazas de causar mal a sus familiares, dándoles tormento para que confesaran la comisión de un homicidio".

A juicio de aquella Primera Sala, en este caso, los inculpados claramente incurrieron en los delitos de abuso de autoridad y lesiones. Por ende, confirmó la sentencia que los condenó a prisión de ocho meses y destitución de sus cargos, e

CONFESIÓN RATIFICADA ANTE AUTORIDAD JUDICIAL, *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XLVIII, Segunda Parte, 1961, Pág. 25, Reg. Digital: 260920.

¹³ Tesis [A.]: 1a., *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXIII, 1953, Pág. 1883, Reg. Digital: 294953.

¹⁴ Tesis [A.] 1a., *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CI, 1949, Pág. 2752, Reg. Digital: 300893.

¹⁵ Tesis [A.]: 1a., *Informes*, Sexta Época, Informe 1963, 1963, Pág. 27, Reg. Digital: 812439.

incluso destacó que lamentaba la brevedad de la pena de prisión, pues "hechos de tal naturaleza deben ser sancionados con severidad para evitar que vuelvan a ocurrir y produzcan alarma justificada en la sociedad."

Como puede verse, las tesis que podríamos considerar más progresistas, básicamente, implicaron reconocer que este tipo de actos estaban prohibidos y, en consecuencia, que las autoridades no podían alegar haberlos realizado en cumplimiento de sus deberes o en razón de sus facultades.

Así, dejando a un lado la doctrina que exigía dar preponderancia a la inmediatez de las declaraciones y la que prácticamente obligaba a la víctima de la tortura a probarla, el resto de las tesis producidas en el periodo que va de Quinta a Octava Época –y que mencionan las palabras tortura o tormento– versan sobre cuestiones totalmente ajenas a sus propios méritos en tanto violaciones constitucionales. Por ejemplo, ellas hablan sobre cuestiones de procedencia del juicio de amparo o aspectos competenciales. Se trata de criterios que, además, no distinguían con precisión a la tortura o el tormento de las penas trascendentales e inusitadas a las que el artículo 22 constitucional se ha referido desde 1917.¹⁶

¹⁶ Destacan los siguientes criterios: en la tesis de rubro: ACTOS FUTUROS, se aclaró que no procedía la suspensión definitiva contra la posibilidad de que una persona fue objeto de tormento en el interior de la prisión. Tesis [A.]: 1a., *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CV, 1950, Pág. 1848, Reg. Digital: 299727. En la tesis de rubro RECURSOS ORDINARIOS EN MATERIA PENAL (SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA), la Sala dijo que la sentencia de primera instancia no constituía ninguno de los casos de excepción expresamente señalados en la segunda y última parte de la fracción XIII del artículo 73 de la Ley de Amparo, la cual aludía únicamente a los casos en que el acto reclamado importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro, o cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución, como son las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales." Sus datos de localización son: Tesis [A.]: 1a., *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo CIII, 1950, Pág. 2823, Reg. Digital: 300496. Y en la tesis de rubro PRIVACIÓN DE LA VIDA Y TORMENTO, ACTOS DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA QUE IMPORTAN PELIGRO DE. COMPETENCIA DEL JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL, la Sala señaló que un Juez de Distrito en Materia Penal era el competente para conocer de la demanda contra la orden de traslado del reo quejoso a diversa celda de castigo o a cualquier otra área, con peligro de ser privado de la vida o de sufrir tormento. Tesis [A.]: P., *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 205-216, Primera Parte, 1986, Pág. 98, Reg. Digital: 232113.

En otras palabras, los criterios entre la Quinta Época y la Octava cumplieron esencialmente dos funciones: la primera, reiterar la doctrina según la cual los alegatos sobre tormentos o tortura no eran eficaces para restar validez a una declaración autoincriminatoria desahogada con immediatez.¹⁷ Y la segunda, aludir a los conceptos tortura o tormento en una especie de ejercicio de reiteración del texto constitucional, es decir, sólo para hablar de un problema tangencialmente relacionado con la prohibición general de penas inusitadas prevista en el artículo 22 constitucional.¹⁸

Lo que destaca entonces es que, por un largo periodo, la Corte no logró generar doctrina que discutiera cuáles eran realmente los deberes de las autoridades frente a alegatos de esta naturaleza, si había un deber constitucional de investigar sus méritos desde el instante en que se hacían valer, o si cabía hablar de su impacto procesal. Nunca analizó cómo es que su doctrina podía construirse con el fin de desincentivar la práctica.

Por el contrario: apostar por la doctrina de immediatez procesal como solución central del problema, afianzó las condiciones que permitían la reproducción más efectiva de la práctica. Los alegatos de tortura eran inconsecuentes porque la primera declaración incriminatoria siempre tenía primacía. Restar valor proba-

¹⁷ Véase, por ejemplo, la tesis aislada de la Quinta Época, que señala: RETRACTACIÓN DEL REO. No cabe admitir que la declaración inicial del reo se encuentra viciada por habérsela arrancado mediante coacción, si la confesión que ella entraña aparece emitida ante un funcionario judicial y no existe prueba alguna que venga a indicar que, al emitir esa confesión ante la presencia judicial, el acusado continuara siendo víctima de la coacción consiguiente al tormento que dice haber sufrido al ser aprehendido." Tesis [A.]: 1a., *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XCI, 1947, Pág. 1149, Reg. Digital: 303410.

Véase también la tesis de rubro RETRACTACION DEL REO (COACCION). Si el reo se retractó de sus primeras declaraciones, aduciendo la circunstancia de que había sido atormentado por la Policía Judicial para declarar en los términos en que lo hizo y que por ello ratificó dicha declaración, cabe replicar que tal explicación resulta inatendible si en su declaración preparatoria ante la presencia judicial, de manera espontánea ratificó su declaración inicial, lo cual pone de manifiesto que no fue objeto de coacción y violencia por parte de los agentes de la Policía Judicial y sólo adujo el tormento como una maniobra de defensa, para tratar de viciar su primera declaración." Tesis [A.]: 1a., *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XIV, Segunda Parte, Pág. 202, Reg. Digital: 263804.

¹⁸ Véase Tesis [A]: P. XIX/2006, de rubro PRISIÓN VITALICIA. NO ES UNA PENA INUSITADA Y TRASCENDENTAL, POR LO QUE NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, febrero de 2006, Pág. 1178, Reg. Digital: 175843.

torio a las declaraciones posteriores de la persona inculpada –donde ella ya estaba asesorada por una defensa técnica y en presencia del Juez– por considerarlas "aleccionadas", vaciaba al proceso de cualquier relevancia práctica. Podría decirse que lo hacía una mera ficción.

Así, gran parte de lo que se publicó durante esos años en la materia constituye mera repetición de una misma *ratio decidendi*, anclada en la doctrina de inmediatez procesal. Se articuló en términos distintos pero sin variaciones de fondo.

Es innegable que la Corte tenía ante sí un problema sobre el cual debía tomar una posición reflexiva y, no obstante ello, se pronunció poco y con una aproximación insuficientemente compleja. Mi hipótesis es que la falta de una detallada producción de criterios en estas Épocas no tiene mucho que ver con el hecho de que la palabra tortura estuviese ausente del texto constitucional hasta 1993. El fenómeno parece más bien responder a la forma en la que el Máximo Tribunal del país concebía su propio papel frente a la necesidad de definir el alcance y las consecuencias de esta grave violación.

Pero, incluso, si alguien estuviese convencido de que la Corte no tenía por qué hablar del concepto de tortura hasta la reforma de 1993, lo cierto es que tampoco encontramos, respecto a ese momento histórico, el tipo de material interpretativo que parecería necesario. Veamos.

4. Novena Época: primeros pasos hacia la redefinición del problema

La Corte de la Novena Época no fue tan prolífica en materia de tortura como quizá se esperaría. Aunque fue en este periodo cuando se empezaron a dar los primeros pasos para dimensionar la importancia de la tortura como violación de *ius cogens*, la producción de criterios tampoco es comparable en definitiva con la abundancia y complejidad del material producido en lo que va de la Décima Época.

En 2005, la Primera Sala publicó la tesis aislada 1a. CXXIII/2004,¹⁹ en la que aludió a la tortura, al menos, como una prohibición constitucional relacionada con el derecho a la no autoincriminación, protegido por el artículo 20, apartado A, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En 2006, la Primera Sala volvió a mencionar el tema, pero en una tesis (la 1a. CC/2005) que en realidad versa sobre el alcance del derecho a la defensa adecuada.²⁰ Destaca aquí que el propósito de la Sala no fue abundar sobre el significado o la relevancia de la tortura como violación de derechos humanos, sino más bien aclarar que ciertos alegatos sobre violaciones al derecho a la defensa adecuada no podían ser considerados como argumentos de "incomunicación, la intimidación y la tortura".

Pero no fue hasta 2009 cuando la Corte, por primera vez desde la vigencia de la Constitución de 1917, publicó un criterio en el que intentaba atribuir un significado que daba cuenta de las obligaciones internacionales del Estado mexicano en la materia. En la tesis aislada 1a. CXCII/2009²¹ hizo un pronunciamiento inédito; a saber

(...) el derecho a no ser objeto de tortura, penas crueles o tratos inhumanos o degradantes es un derecho cuyo respeto no admite excepciones, sino que es absoluto y, por ende, su vigencia no puede alterarse ni siquiera durante una emergencia que amenace la vida de la nación.

¹⁹ Tesis [A.]: 1a. CXXIII/2004, de rubro DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXI, enero de 2005, Pág. 415, Reg. Digital: 179607.

²⁰ Tesis [A.]: 1a. CC/2005, de rubro DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LA FALTA DE ENTREVISTA PREVIA Y EN PRIVADO DEL INDICIADO CON SU DEFENSOR, NO RESTA, EN TODOS LOS CASOS, EFICACIA PROBATORIA A LA CONFESIÓN RENDIDA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, enero de 2006, Pág. 720, Reg. Digital: 176335.

²¹ Tesis [A.]: 1a. CXCII/2009, de rubro TORTURA. OBLIGACIONES DEL ESTADO MEXICANO PARA PREVENIR SU PRÁCTICA, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, noviembre de 2009, Pág. 416, Reg. Digital: 165900.

La novedad de esta posición se vio atemperada por otro criterio (publicado con motivo del mismo precedente, el amparo directo 9/2008), en el cual la Sala realizara una aclaración sobre la caracterización de la tortura como delito y que, actualmente, pudiera parecer un tanto obvia, si no es que anacrónica inclusive.

En la tesis 1a. CXCI/2009,²² la Corte dijo que la comisión del delito de tortura no puede presumirse; es decir, que el delito de tortura, como cualquier otro, "está sujeto a un procedimiento penal debidamente establecido para su comprobación [...] y que, por ende, no puede presumirse, sino que debe probarse suficientemente y por las vías legales idóneas, previamente establecidas."

Hasta este punto de la historia, el único órgano de producción jurisprudencial sobre la materia fue la Primera Sala, por ser la especializada en temas penales. El Pleno intervino hasta 2009 al analizar el dictamen derivado del llamado "Caso Atenco". Esto, con motivo del ejercicio de la ahora inexistente facultad de investigación de graves violaciones a los derechos humanos, prevista en el artículo 97 constitucional.

En esta ocasión, el Pleno tuvo oportunidad de publicar dos tesis aisladas (P. LXIV/2010²³ y P. LII/2010)²⁴ sobre la obligación de los cuerpos policiacos de hacer un uso proporcionado de la fuerza durante cualquier detención, y sobre

²² Tesis [A.]: 1a. CXCI/2009, de rubro TORTURA. LA ACTUALIZACIÓN DE ESE DELITO NO PUEDE PRESUMIRSE, SINO QUE DEBE PROBARSE Y SUJETARSE A TODAS LAS REGLAS DE UN DEBIDO PROCESO PENAL, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, noviembre de 2009, Pág. 416, Reg. Digital: 165901.

²³ Tesis [A.]: P. LXIV/2010, de rubro DERECHOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y AL TRATO DIGNO DE LOS DETENIDOS. ESTÁN TUTELADOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE Y SON EXIGIBLES INDEPENDIENTEMENTE DE LAS CAUSAS QUE HAYAN MOTIVADO LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, enero de 2011, Pág. 26, Reg. Digital: 163167.

²⁴ Tesis [A.]: P. LII/2010, de rubro SEGURIDAD PÚBLICA. REQUISITOS PARA QUE EL EJERCICIO DE LA FUERZA POR PARTE DE LOS CUERPOS POLICIACOS, COMO ACTO DE AUTORIDAD RESTRICTIVO DE DERECHOS, CUMPLA CON EL CRITERIO DE RAZONABILIDAD, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, enero de 2011, Pág. 66, Reg. Digital: 162989.

la inviolabilidad del derecho de toda persona a no ser objeto de tortura. La metodología empleada por el Pleno en este precedente fue novedosa en comparación con la estructura argumentativa típica de las Épocas anteriores.

El Pleno realizó una lectura sistemática de los derechos protegidos por la Constitución (en sus artículos 18, 19 y 20, apartado A) y de los derechos humanos protegidos por tratados internacionales (específicamente, por los artículos 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Todo esto permitió obtener una conclusión en ese momento paradigmática, pero que, incluso pocos años después, parecería un tanto obvia; a saber, que el derecho a la integridad personal y al trato digno de los detenidos son derechos constitucional y convencionalmente protegidos.

Con esto termina la reseña del material doctrinal disponible por lo que respecta al periodo que va de la Quinta a la Novena Época. Como es posible observar, ni siquiera en ese momento, cuando el Estado mexicano ya había ratificado las convenciones internacionales que prohíben la tortura,²⁵ la Corte emitió jurisprudencia con la intención de problematizar sobre las dificultades procesales que supone garantizar juicios penales completamente libres de tortura.

Por ejemplo, nunca se pronunció sobre la importancia de una distinción conceptual básica entre la tortura entendida como delito y la tortura como violación de derechos humanos dentro del proceso penal. No habló sobre las obligaciones que se actualizan para el Juez al tener frente a sí un expediente que revela lesiones en la detención. No habló sobre tortura psicológica o tortura sexual, o acerca

²⁵ México ratificó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura el 2 de noviembre de 1987 y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes el 23 de enero de 1986.

de las condiciones que activan la obligación de aplicar el Protocolo de Estambul. No problematizó sobre si cabía introducir criterios de oportunidad respecto a la denuncia de tortura, etcétera.

La ausencia de criterios en este sentido no puede ser leída como un indicador de la inexistencia de la práctica. Bien sabemos que la tortura es un problema viejo y estructural. Un pronunciamiento que refleja la consciencia histórica que es posible tener sobre el tema al menos desde el Derecho internacional es la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco vs. México*.²⁶ Por ejemplo, sus consideraciones explicitan la necesidad de analizar las violaciones alegadas a la luz del contexto en el que se desarrollaron: un patrón de hechos de tortura y desapariciones forzadas, ocurrido durante las décadas de los años sesentas y setentas.²⁷ Cito este caso sólo para contrastarlo con una jurisprudencia carente de alusiones directas al contexto y a los patrones sistemáticos de tortura padecidos en el país.

Subsiste entonces la pregunta: ¿a qué podemos atribuir la aridez de criterios dispuestos a complejizar en torno a las obligaciones del Estado en materia tortura durante ese periodo?

Sin duda, esto se debe a una complejidad de factores relacionados con cambios en la propia naturaleza de la Suprema Corte, cuyo estudio excede el objeto de este análisis, pero que quizá podría resumirse en la siguiente premisa: por años,

²⁶ Corte IDH, Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

²⁷ Esta sentencia cita el Informe Histórico a la Sociedad Mexicana –publicado en 2006 por la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado, de Procuraduría General de la República–, el cual habla sobre la tortura cometida por el Estado en el contexto de la Guerra Sucia en los siguientes términos: "El objetivo explícito de la tortura a los detenidos era conseguir información. Los métodos no importaban. Debido a que el preso no era nunca puesto a disposición de la autoridad competente, se le podría aplicar todo tipo de tortura, incluyendo, desfiguraciones en el rostro, quemaduras de tercer grado, darles de tomar gasolina, romperles los huesos del cuerpo, cortarles o rebanarles la planta de los pies, darles toques eléctricos en diferentes partes del cuerpo, amarrarlos por los testículos y colgarlos, introducir botellas de vidrio en la vagina de las mujeres y someterlas a vejación, introducir mangueras por el ano para llenarlos de agua y luego golpearlos." Tomo la cita de la propia sentencia, que en su párrafo 136 se refiere al Informe mencionado.

la tortura no era entendida como un problema propiamente constitucional, o que de manera apremiante requiriera la interpretación (o elaboración de doctrina) por parte del Máximo Tribunal del país. La Corte resolvía pocos casos de tortura porque casi siempre era entendida como una cuestión derivada sólo de la no aplicación de la ley, es decir, un problema típicamente calificado como "de legalidad".

La reforma de junio de 2011, que obligó a todos los tribunales del país –y por supuesto a la propia Corte– a repensar la posición general de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico, evidenció la necesidad de abrir camino para desarrollar el tema de tortura con la profundidad que siempre mereció.

No es del todo fácil dar sentido lógico a la información que deriva de las tesis sobre tortura o tormento que fueron publicadas entre la Quinta Época y la Novena, y cuyo espíritu aquí he tratado de sintetizar. En ellas hay inconsistencias, repeticiones y preocupaciones hoy ciertamente superadas. Los resultados de esta investigación difieren de forma significativa con los que es posible obtener en relación con los criterios de la Décima Época. Como explicaré a continuación, si hay alguna nota que caracteriza a este periodo es, de manera paradójica, la pretensión de exhaustividad. Esa acelerada producción de material jurisprudencial altamente complejo es tan asimétrica con lo ocurrido en el pasado que, en retrospectiva, parecería obvio que la Sala ha operado con la consciencia de que había una deuda histórica por pagar.

5. Décima Época: clímax de la interpretación constitucional en materia de tortura y superación de la doctrina de inmediatez procesal

En la actualidad, la doctrina en tortura cubre tantas aristas, de manera tan elaborada y detallada, que no sería posible explicarlas con exhaustividad en el marco de esta investigación. Así, en un esfuerzo por resumir la doctrina de la

Décima Época, destacaré sólo aquellos criterios centrales que marcaron el rumbo de esta evolución progresiva. Por consecuencia, este enfoque excluirá algunos precedentes que aportan importantes matices, que ameritan atención y crítica, pero cuyo análisis detenido excede mi objetivo. Pero, como adelantaba en la introducción, mi intención es poner especial énfasis en las condiciones que permitieron la superación de la doctrina que a lo largo de la historia sirvió como permisión *de facto* para que las autoridades judiciales operaran con cierta indolencia frente al tema.

El primer precedente que recojo es el amparo en revisión 703/2012, fallado en noviembre de 2013.²⁸ En este asunto, la Sala explicó las bases y distinciones conceptuales que fueron omitidas por décadas, según he explicado. En términos muy resumidos, este fallo consideró que la prohibición de la tortura es un derecho absoluto, que pertenece al dominio del *ius cogens* internacional; y aclaró que sus consecuencias y efectos impactan en dos vertientes: tanto de violación de derechos humanos como de delito.

Esta distinción conceptual trae aparejadas las siguientes consecuencias: las personas que denuncien actos de tortura tienen derecho a que las autoridades intervengan de forma expedita a fin de que la acusación sea investigada como violación procesal, pero también que se esclarezca la posible comisión del delito. Las autoridades deben practicar los exámenes conducentes sin importar cuánto tiempo ha transcurrido desde la comisión del delito.

La Sala también definió qué debe entenderse por "denuncia de un acto de tortura"; a saber: todo tipo de noticia o aviso que se formule sobre ese hecho ante cualquier autoridad con motivo de sus funciones.

²⁸ SCJN, Amparo en revisión 703/2012, Primera Sala. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Encargado del engrose: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 6 de noviembre de 2013, votado por unanimidad de cinco votos a favor de la concesión del amparo, y mayoría de tres votos por el amparo liso y llano, en contra de los emitidos por los Ministros José Ramón Cossío Díaz y Presidente Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=145855>

Además, la Sala especificó –en clara continuidad con los criterios sobre regla de exclusión probatoria, publicados poco antes– que cuando una persona ha sido sometida a coacción para quebrantar la expresión espontánea de su voluntad, las pruebas obtenidas mediante la misma deben excluirse.

Este fallo tuvo importantes consecuencias para el sistema. Es cierto que se atestiguó un incremento en los litigios de amparo en los que se hacían valer denuncias de torturas. Por ello, durante los años que siguieron (2014, 2015 y 2016) la tortura quizás experimentó el momento de más intensa presencia en el discurso de la Primera Sala. Caracterizaría a esta fase como una de consolidación.

En el amparo directo en revisión 90/2014, la Sala continuó aclarando con minucia qué implicaciones debía tener una denuncia de tortura en el marco de un proceso penal, y mantuvo un discurso atento a las obligaciones internacionales en la materia.²⁹

En la Contradicción de tesis 315/2014, la Sala se pronunció sobre uno de los aspectos más problemáticos, a saber: las repercusiones procesales exactas de la omisión del Juez penal de instancia de investigar los actos denunciados por el

²⁹ SCJN, Amparo directo en revisión 90/2014, Primera Sala. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, 2 de abril de 2014, votado por unanimidad de cinco. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=160754>. De este asunto derivaron las siguientes tesis: Tesis [A.]: 1a. LVII/2015 (10a.), de rubro TORTURA, TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. FORMA DE REALIZAR SU INVESTIGACIÓN, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, Pág. 1425, Reg. Digital: 2008505; Tesis [A.]: 1a. LV/2015 (10a.), de rubro TORTURA. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, Pág. 1425, Reg. Digital: 2008504; Tesis [A.]: 1a. LIV/2015 (10a.), de rubro TORTURA. LA AUTORIDAD TIENE LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGARLA EN CASO DE EXISTIR EVIDENCIA RAZONABLE, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, Pág. 1424, Reg. Digital: 2008502; Tesis: 1a. LIII/2015 (10a.), de rubro TORTURA. LA OMISIÓN DEL JUEZ DE INVESTIGARLA OFICIOSAMENTE CUANDO LA ALEGUE EL PROCESADO, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO QUE TRASCIENDE AL RESULTADO DEL FALLO, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, Pág. 1424, Reg. Digital: 2008503; y Tesis [A.]: 1a. LVI/2015 (10a.), de rubro TORTURA. GRADOS DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA DE LAS PERSONAS, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, Pág. 1423, Reg. Digital: 2008501.

imputado. La Sala aclaró que –en términos de la Ley de Amparo– la tortura debía considerarse una violación a las leyes del procedimiento, que trascendía a su defensa y ameritaba la reposición del procedimiento. Y que, en específico, esa reposición debía ordenarse a partir de la diligencia inmediata anterior al auto de cierre de instrucción.³⁰

Pese a este avance en la definición de problemas nunca antes explorados, la Sala siguió viéndose en la necesidad tomar posición sobre otras complejidades suscitadas por el gran número de denuncias de tortura manifestadas en los juicios de amparo. Por ello decidió realizar un esfuerzo de sistematización y homogeneización, que quedó plasmado en lo que se consideró (y sigue considerándose) un "proyecto de sentencia modelo", aplicable a todos aquellos casos que ameritan reposición de procedimiento.³¹

Este ejercicio de recopilación de criterios, tanto internacionales como nacionales (o sea, de la propia Suprema Corte), es quizá la más clara representación de la gran energía que la Décima Época ha decidido invertir en el tema de tortura. Su densidad parece demostrar que, en ese momento, la Sala estaba interiorizando la responsabilidad de dar seguridad jurídica y resolver con anticipación cualquier

³⁰ SCJN. Contradicción de tesis 315/2014, Primera Sala. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, 30 de septiembre de 2015, votado por mayoría de cuatro votos, en contra del emitido por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, por lo que se refiere a la competencia, y por unanimidad de cinco votos en cuanto al fondo. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=17076>

De este asunto derivaron las siguientes tesis: Tesis [J.]: 1a./J. 11/2016 (10a.), de rubro ACTOS DE TORTURA. LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO, CON MOTIVO DE LA VIOLACIÓN A LAS LEYES QUE LO RIGEN POR LA OMISIÓN DE INVESTIGAR LOS DENUNCIADOS POR EL IMPUTADO, DEBE ORDENARSE A PARTIR DE LA DILIGENCIA INMEDIATA ANTERIOR AL AUTO DE CIERRE DE INSTRUCCIÓN, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, Tomo II, abril de 2016, Pág. 896, Reg. Digital: 2011522 y Tesis [J.]: 1a./J. 10/2016 (10a.), de rubro ACTOS DE TORTURA. LA OMISIÓN DEL JUEZ PENAL DE INSTANCIA DE INVESTIGAR LOS DENUNCIADOS POR EL IMPUTADO, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO QUE TRASCIENDE A SU DEFENSA Y AMERITA LA REPOSICIÓN DE ÉSTE. Primera Sala *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, Tomo II, abril de 2016, Pág. 894, Reg. Digital: 2011521.

³¹ Este modelo quedó reflejado en los amparos directos en revisión 4530/2014, 1088/2015, 4578/2014, 5880/2014 y 3669/2014, y desde ahí a la fecha ha sido continuamente retomado en una gran cantidad de sentencias.

dificultad que los Jueces (tanto de instancia como de amparo) pudieran estar enfrentando con motivo de estas denuncias. Para evidenciar el grado de detalle alcanzado en este momento, retomo aquí el esquema temático del modelo, según la propia definición de la Sala:

- A. Proscripción de la tortura a través de la doctrina constitucional de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.
 - A.1. Prohibición de la tortura en el sistema jurídico nacional.
 - A.2. Naturaleza jurídica de la tortura.

- B. Oportunidad de la denuncia de actos de tortura.

- C. Tortura como violación a derechos humanos que tiene impacto en el proceso penal instruido contra una persona señalada como víctima de la misma.
 - C.1. Obligación de investigación.
 - C.2. Omisión de la investigación, como violación a las leyes del procedimiento que tiene trascendencia en la defensa del quejoso.
 - C.3. Reposición del proceso penal con motivo de la omisión de investigación de la denuncia de tortura, que implica violación a las formalidades esenciales del procedimiento que deja sin defensa a una persona sujeta a un procedimiento penal.

- D. Aplicación de las reglas de exclusión probatoria ante la demostración de la tortura, en la vertiente de violación a derechos humanos que tiene impacto en un proceso penal instruido contra una persona señalada como presunta víctima de la misma.

Una de las innovaciones más importantes de este modelo fue dejar claro que la tortura no está sujeta a condiciones de preclusión. Es decir, la denuncia de tortura

de ninguna manera puede condicionarse a circunstancias de temporalidad o de oportunidad para alegarla. Además, se puntualizó que la persona inculpada no tiene por qué soportar la carga de la prueba respecto de los hechos calificados como tortura, sino que es labor de las autoridades, en el ámbito de su respectiva competencia, investigarlas.

Si el periodo entre las Épocas Quinta y Octava se caracteriza por una especie de retraimiento (o incluso timidez) por parte de la Corte frente al análisis de la tortura, la Décima Época representa todo lo opuesto. Vemos a una Primera Sala que no sólo habla sobre el problema con total desenvoltura, sino que incluso va más allá de los planteamientos en efecto alegados en los juicios de amparo de su conocimiento, y que se anticipa para resolver casi cualquier duda hipotética que pudiese amenazar con obstruir la fluidez de los procesos. La Sala de la Décima Época de forma evidente se decanta por el activismo y construye un parámetro de regularidad constitucional con pretensiones de exhaustividad.

Es en este punto donde quisiera explicar con detenimiento las razones que permitieron a la Sala superar la doctrina de inmediatez procesal en materia de tortura.

En el amparo directo en revisión 913/2015,³² la Sala abandonó de manera explícita la postura que, durante años, permitió ignorar los argumentos de tortura hechos valer en sede judicial y que se manifestaban a través de retractaciones de confesiones (o de declaraciones autoincriminatorias) hechas ante la policía o el Ministerio Público.

En este caso, como en muchos otros, el quejoso (condenado por el delito de delincuencia organizada) planteaba en su demanda de amparo que había sido

³² SCJN, Amparo directo en revisión 913/2015, Primera Sala. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 28 de octubre de 2015, votado por unanimidad de cinco votos. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=177618>

torturado desde su detención y hasta rendir su declaración ministerial, misma en la que confesó los hechos atribuidos como consecuencia de las vejaciones de las que adujo haber sido víctima. Además, combatía el que nunca se hubiera valorado su retractación ante el Juez de la causa, es decir, durante su declaración preparatoria, todo con fundamento en el principio de inmediatez procesal.

En el contexto de desarrollo jurisprudencial ya narrado, la Primera Sala logró enmarcar el problema como una cuestión de constitucionalidad, relacionada con el alcance de las obligaciones de las autoridades judiciales frente a alegatos de tortura.

A juicio de la mayoría –y en oposición a lo resuelto por el Tribunal colegiado que conoció del caso– no sólo es perfectamente válido ponderar y analizar la retractación que un inculpado hace respecto a su confesión ministerial, sino que dar importancia y valorar esa retractación cuando se plantea que ha habido tortura es obligación del Juez.

La Sala consideró que el principio de inmediatez procesal de ningún modo debe entenderse en el sentido de que implica una autorización para tomar en cuenta sólo aquello que perjudica al quejoso o para, de manera dogmática, negar valor probatorio a una declaración, argumentando que ésta se produjo cuando ya había transcurrido tiempo desde la comisión de los hechos imputados y/o cuando el quejoso ya había contado con la oportunidad para preparar su defensa.

En palabras de la Sala, tal doctrina no puede entenderse como un mecanismo que permita hacer una disección acrítica de momentos procesales útiles e inútiles, o que permita negar todo valor a lo que una persona declara frente a una autoridad judicial. Ésta actúa como tercero imparcial e independiente durante el proceso penal y es de la que se espera que, con toda objetividad, sea un garante especial de los derechos de todo inculpado.

Con este precedente, la Primera Sala también intentó reivindicar el valor de las declaraciones rendidas ante autoridad judicial en el modelo procesal penal conocido como mixto. Al respecto, consideró que:

(...) si la declaración ante el juez constituye una etapa procesal relevante, regulada en la ley secundaria, es precisamente porque el principio de inmediatez no puede ser entendido como absoluto o inderrotable. Lo que la persona dice ante un juez debe ser considerando y tomado en cuenta con toda seriedad. En su caso, para llegar a la convicción de que ese dicho está debidamente refutado por el resto del material probatorio, se necesita argumentación y motivación. Por ello, el principio de inmediatez procesal de ninguna manera puede entenderse en el sentido exime al juzgador de explicar sus convicciones razonadamente.

Es importante precisar que, este momento difícilmente permitía a la Sala abandonar del todo el concepto de inmediatez procesal, tan arraigado en el entendimiento del proceso penal mixto. En un precedente previo, resuelto en agosto de 2013, en el amparo directo 78/2012, la Sala apenas se había pronunciado sobre sus alcances, aceptando su vigencia. Ahí aclaró que ese "principio" se basaba en la idea de que es posible dar mayor crédito a la primera declaración de una persona, pero de ningún modo debía entenderse como una regla estricta que no admita solución en contrario.³³

Así, en el amparo directo en revisión 913/2015, la Sala debía asumir que la doctrina tenía vigencia, pero que el Tribunal Colegiado revisor la había entendido de manera errónea y contraria a los derechos humanos de la persona procesada. Concretamente, a juicio de la mayoría, el principal error consistía en asumir que la espontaneidad tenía una fiabilidad probatoria indiscutible, lo que resultaba

³³ Al respecto, se puede consultar la Tesis: 1a. CCLXXXVIII/2013 (10a.), de rubro PRUEBA TESTIMONIAL. EL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ ES APLICABLE SIN IMPORTAR LA CATEGORÍA EN LA CUAL SE PRETENDA CLASIFICAR AL TESTIGO, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 2, Pág. 1060, Reg. Digital: 2004760.

aún más grave en vista de que se había alegado tortura y de que había una retracción de la confesión ministerial.

A continuación, la Sala se pronunció sobre la pérdida de vigencia de la noción de "aleccionamiento". Por su importancia, recupero esta parte textual de la ejecutoria

A diferencia de lo expuesto por el tribunal colegiado, esta Sala considera que el principio de inmediatez procesal no debe entenderse en el sentido de que prohíbe lo que en ocasiones es llamado, con una connotación negativa, como "aleccionamiento". El derecho a la defensa adecuada y el principio de presunción de inocencia no sólo permiten que la persona sea instruida y asesorada en su defensa jurídica, sino que obligan al Estado a respetar y a garantizar su ejercicio. Entender lo contrario implicaría vaciar el contenido del derecho de todo inculpado a ser técnicamente asesorado.

Si aleccionar a una persona significa otorgarle la oportunidad para generar una versión exculpatoria, de acuerdo con la defensa jurídica que su abogado proponga, entonces la persona no sólo goza de la posibilidad de ser aleccionada sino que es su derecho. Y su ejercicio de ningún modo puede traducirse en una consecuencia negativa o permitir una inferencia sobre su culpabilidad. El uso del término "aleccionamiento" como un concepto negativo y el miedo de su utilización, ha perdido toda vigencia en un sistema que, como el nuestro, se decanta por proteger el derecho a la defensa adecuada, al considerarlo una condición sin la cual no es posible hablar de procesos penales legítimos.

De acuerdo con las exigencias de un modelo penal de corte democrático, es necesario dejar de temer la posibilidad de que una persona pueda defenderse frente a la acusación penal. Ello no se traduce en impunidad si el Ministerio Público, asumiendo la carga que le corresponde, aporta los medios probatorios idóneos para refutar la versión de defensa del inculpado.

Como puede apreciarse, con esto la Sala superó una noción que por años cumplió una función central para justificar su aproximación al problema de la tortura o del tormento. A partir de este cambio, otros principios constitucionales tomaron

prevalencia y, como resultado, contamos con un criterio –aún reflejado en tesis aislada– según el cual, cuando un procesado se retracta de una declaración rendida ante el Ministerio Público argumentando que fue torturado para emitirla, el principio de presunción de inocencia y la prohibición absoluta de actos de tortura, tienen una prevalencia indiscutible. En palabras de la Sala "no existe valor en la inmediatez si el inculpado emitió la declaración en cuestión con el fin de negociar la posibilidad de que su tormento cesara".³⁴

Este precedente no habría podido existir sin el contexto jurisprudencial desarrollado por la propia Sala en otros temas, por ejemplo, en materia de presunción de inocencia, o en relación al derecho de toda persona inculpada a ser informada de sus derechos y de los motivos de su acusación, desde el momento de su detención (tema que la tradición constitucional norteamericana conoce como los *Miranda Warnings*).³⁵

Todas estas decisiones paradigmáticas surgen tras reconocer que una persona apenas expuesta al sistema de justicia penal, recién detenida o inculpada, difícilmente podrá actuar como se espera en condiciones de normalidad. Sería injusto exigir que no estuviese nerviosa, que no mostrara torpeza, miedo, intimidación o zozobra.

Por ello, los derechos humanos constitucional y convencionalmente protegidos reconocen que la persona, en ese estado de vulnerabilidad, donde se expone

³⁴ De este asunto derivó las siguientes Tesis [A.]: 1a. LVI/2017 (10a.), de rubro INMEDIATEZ PROCESAL. PRINCIPIOS QUE CONDICIONAN SU APLICACIÓN CUANDO EL INculpADO SE RETRACTA DE UNA CONFESSION MINISTERIAL ALEGANDO QUE ÉSTA FUE OBTENIDA MEDIANTE ACTOS DE TORTURA, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 42, Tomo I, mayo de 2017, Pág. 467, Reg. Digital: 2014341.

³⁵ Actualmente, entre los criterios más relevantes sobre presunción de inocencia tenemos los reflejados en diversas tesis publicadas con motivo de la resolución del amparo directo en revisión 3457/2013 (fallado por la Primera Sala en noviembre de 2014). Respecto al derecho de toda persona detenida a ser oportunamente informada de los derechos que le asisten y de los motivos de su detención, es posible consultar el amparo directo en revisión 3506/2014, fallado por la Primera Sala el 3 de junio de 2015.

por primera vez a la manifestación más intensa posible del *ius puniendi*, tiene derecho a permanecer en silencio, a callar mientras es informada sobre su situación y sobre cómo podrá defenderse. En otras palabras, el orden jurídico debe reconocer que, en esta fase, la persona tiene derecho a experimentar confusión o ansiedad y, por tanto, sería absolutamente equivocado esperar plena fiabilidad de una primera declaración no precedida por una asesoría técnico-jurídica.

Cuando estamos frente a un alegato de tortura, estas protecciones adquieren una relevancia indiscutible. Por tanto ¿cómo sería posible atribuir fiabilidad al dicho de una persona que, además, ha sido intimidada por la fuerza? Si ha sido torturada para declarar en cualquier sentido, aquella supuesta espontaneidad que celebraba la Corte de la Quinta a la Octava Época, y por la que la Corte de la Novena Época mostraba aquiescencia, no es más que una ficción.

Con posterioridad a este cúmulo de pronunciamientos, la Primera Sala adquirió plena consciencia del fuerte impacto que sus sentencias estaban causando en el terreno práctico. Quizá precisamente por la notable intensificación de las denuncias relacionadas con tortura, la Sala sintió la necesidad de revisarse a sí misma. O, quizá con el fin de mitigar ese impacto, decidió dar un paso que –desde cierta perspectiva a la que yo me sumaría– podría considerarse, incluso, regresivo.

En el amparo directo en revisión 6564/2015, la Sala expresamente decidió reinterpretar o aclarar su propia doctrina con el fin de precisar que la reposición del procedimiento (como medida reparadora de la violación en el juicio de amparo) sólo era conducente en casos donde el Estado habría obtenido una confesión o "cualquier manifestación incriminatoria" de la persona acusada.

Según la jurisprudencia que resultó de la casi inmediata reiteración de este criterio, la autoridad jurisdiccional no siempre está obligada a realizar una inves-

tigación con el fin de determinar si se actualizó o no la tortura, pues básicamente depende de la existencia de una confesión.³⁶

La resolución señala que "en el ámbito del proceso penal, la violación al derecho fundamental a no ser objeto de tortura, impacta única y exclusivamente sobre la confesión que en su caso hubiera rendido el inculpado –y en su caso en las declaraciones o alguna otra clase de información autoincriminatoria". También destaca que "si bien (la confesión) no es el único propósito que pudiera buscar la tortura, sí es el más destacado". La decisión añade, como excepción a lo anterior, que:

podieran existir específicos supuestos en los que se acredite que existen declaraciones, datos o información que si bien no entran en el contexto de la confesión, sí pueden encontrarse vinculados con el proceso penal y deben ser considerados pruebas ilícitas, pues no debe descartarse que en razón de la tortura pudiere obtenerse la declaración de algún testigo o coinculpado.

En esta parte, la sentencia parece aceptar que existen otro tipo de pruebas, distintas a la confesión, susceptibles de ser excluidas de toda valoración, al ser consecuencia directa o derivada de la tortura como violación a derechos humanos.

Coincido con esta postura específica y podría coincidir con la sentencia si ésta fuera consistente. Sin embargo, como expresé en el voto particular que publiqué con motivo de esta decisión, al leer la sentencia advierto que incluye afirmaciones

³⁶ Cfr. Tesis [A]: 1a. CCV/2016 (10a.), de rubro TORTURA. ES INNECESARIO REPONER EL PROCEDIMIENTO CUANDO NO EXISTA CONFESIÓN DE LOS HECHOS IMPUTADOS O CUALQUIER ACTO QUE CONLLEVE AUTOINCRIMINACIÓN DEL INCULPADO, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, Pág. 789, Reg. Digital: 2012318. Y Tesis [J]: 1a./J. 101/2017 (10a.), de rubro TORTURA. ES INNECESARIO REPONER EL PROCEDIMIENTO CUANDO NO EXISTA CONFESIÓN DE LOS HECHOS IMPUTADOS O CUALQUIER ACTO QUE CONLLEVE AUTOINCRIMINACIÓN DEL INCULPADO, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 48, Tomo I, noviembre de 2017, Pág. 323, Reg. Digital: 2015603.

que consistentemente contradicen lo anterior y que, por ende, confirman mi disidencia. Las partes que objeto confunden la ejecución y finalidad de la tortura –como elementos configurativos de esta particular forma de violación de derechos humanos– con los resultados que, de hecho, produce.

Tal como expresé en esa oportunidad y, conforme a precedentes de la Primera Sala, debería bastar con cualquier noticia o aviso de un acto de tortura para generar las consecuencias procesales que la misma Sala afirmó en su precedente modelo –revisión exhaustiva de indicios, investigación diligente e imparcial o reposición necesaria–. En otras palabras, no deberían requerirse elementos adicionales tendientes a generar en el juzgador la convicción de su existencia, como confesiones o información autoincriminatoria.

Considero oportuno recuperar lo que expresé en aquella ocasión: es claro que la sentencia de la mayoría reitera que sin autoincriminación no habrá consecuencia probatoria que invalidar en el proceso. Sin embargo, con base en precedentes que considera y elude al mismo tiempo, afirma que los Jueces deben analizar si no hay ninguna prueba relacionada directamente con la tortura. A mi juicio, sin embargo, no existe razón alguna –ni precedente internacional alguno– para jerarquizar las pruebas obtenidas bajo tortura, primero la confesión y sólo en caso excepcionales, el resto. Es necesario analizarlas conjuntamente para establecer cuáles deberían invalidarse. Bastaría con concluir, como lo dicen nuestros precedentes, que todas las pruebas se analizarán para descartar o confirmar su vínculo directo e inmediato con la tortura y, eventualmente, optar por su exclusión.

La relevancia de este precedente es innegable. Hoy, buena parte de los tribunales de instancia y de amparo resuelven con base en la premisa de que el alegato de tortura sólo puede ser relevante para efectos procesales si viene acompañado por una confesión.

El activismo judicial que ha caracterizado a la Décima Época produjo diversos criterios que, desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, serían prácticamente inobjetable. Sin embargo, ellos se produjeron con una velocidad significativa y sin precedentes. Por eso, ante lo que quizá fue percibido como una amenaza de caos en el sistema, la Sala dio un giro radical en dirección opuesta a lo que venía haciendo en los últimos cuatro o cinco años, y que hoy necesita ser reflexionada.

Es en este punto donde me detendría e invitaría al lector a hacer su propio balance sobre el estado de la cuestión. Es necesario preguntarse lo siguiente: ¿puede afirmarse que todo lo construido en los últimos seis años ha significado progreso?, ¿es posible decir que la Suprema Corte de la Décima Época ha pagado esa deuda histórica a la que aludía anteriormente?, ¿qué implicaciones debería tener el haber superado una doctrina que desincentivaba la investigación de la tortura en el marco de procesos penales? A pesar de la complejidad de los criterios más recientes y de las distintas valoraciones que admiten ¿sería justo decir que la Corte está cumpliendo un papel genuinamente transformador de las condiciones que *de facto* han posibilitado la tortura?

6. Conclusión

La narrativa que he realizado permite concluir que la primera fase de la Décima Época (esto es, la inmediata siguiente a la reforma de derechos humanos de 2011) representa básicamente una afirmación de todo aquello a lo que aspira la agenda "progresista" de los derechos humanos en materia de tortura. Incluso, alguien que no estuviese familiarizado con toda la evolución doctrinal de la Suprema Corte, y que sólo estudiara ese periodo, podría aducir que varios de esos primeros pronunciamientos de la Décima Época dicen poco que no debiera haber sido obvio desde mucho antes.

Sin embargo, estudiar el desarrollo histórico de la doctrina sobre tortura –y su entendimiento como violación propiamente constitucional– permite redimen-

sionar el valor que en sí mismo tiene la participación activa de la Corte en el debate. Verla jugar ese rol nos recuerda las expectativas que, con validez, asociamos con la actividad de un Tribunal Constitucional capaz de desarrollar una doctrina con pretensiones transformadoras.

Si la intensa intervención de la Corte reactivó el debate y el litigio en la materia, eso es bueno en sí mismo, con independencia de la posición que se tenga sobre el alcance del criterio que condiciona la reposición de un procedimiento en los términos ya descritos.

Los litigantes e impartidores de justicia han hecho bien en exigir al Tribunal Constitucional que afirme la centralidad de este problema en su discurso, cuando desafían la idea de que la tortura se trata de un tema de legalidad (una mera violación de la ley o del orden jurídico) y al enmarcarlo como un problema de derechos humanos que exige la creación de estándares de actuación para las autoridades.

En este complejo escenario de luces y sombras, mi balance final es que resulta saludable que la Suprema Corte intervenga de manera activa en la construcción de un tema que ha lastimado profundamente al sistema de justicia penal en México y que, por mucho tiempo, fue ignorado o tratado con autocomplacencia.

EL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL

RIGHT OF DEFENSE IN ORAL, ACCUSATORY CRIMINAL PROCEEDINGS

Taissia Cruz Parceró*

Resumen

En este trabajo la autora aborda las notas generales del derecho de defensa adecuada en el proceso penal acusatorio y oral. Habla de la importancia de la vigencia de este derecho como condición y garantía de otros. Para ello, reflexiona en cuanto al momento a partir del cual la persona imputada puede hacer efectivo ese derecho, así como sobre el contenido de los conceptos de defensa material y defensa técnica.

Palabras clave: defensa adecuada, defensa material, defensa técnica, defensor público, defensor particular, derecho de no autoincriminación, tortura.

Abstract

In this article we analyze the general notes of the right of defense in the accusatory and oral criminal proceedings. We talks about the importance of the validity of this right as

* Licenciatura en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México; Especialidad en Derecho Penal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Magistrada federal, adscrita al Octavo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Contacto: taissia.cruz.parceró@correo.cjf.gob.mx

a condition and guarantee of others. To do this, we reflect on the moment from which the accused person can make this right effective, as well as on the concepts of material defense and technical defense.

Keywords: Right of defense, technical defense, material defense, public defender, particular defender, right of not self-incrimination, torture.

1. Introducción

Más que intentar una definición del significado de la idea de una defensa adecuada en el procedimiento penal, me parece importante destacar la dimensión que este derecho adquiere para el imputado, en cuanto constituye el instrumento procesal que es, a su vez, garantía de sus demás derechos y, en general, del debido proceso.

Su relevancia, en materia penal, se destaca respecto de otras materias y tiene consecuencias de distinto peso, en razón del mayor valor de los bienes que están en juego: desde la libertad personal, pasando por el patrimonio, la libertad de trabajo, hasta el ejercicio de derechos en el ámbito civil, familiar y político, entre otros.

Basta decir, en apoyo a lo anterior, que el modelo de enjuiciamiento penal forma parte del capítulo de derechos fundamentales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM o Constitución) y que, de los 29 artículos que conforman dicho capítulo, siete de ellos se refieren de manera expresa a los derechos de la persona imputada en la comisión del delito, desde el inicio de la investigación hasta el cumplimiento de la pena.¹

Así, en este trabajo me propongo dar cuenta de algunas notas características del derecho de defensa en el proceso penal acusatorio y oral; mismo que se

¹ Véase Artículos 14, 16, 17, 19, 20, 21 y 22 constitucionales.

encuentra plenamente vigente en México, después de haber transcurrido la *vacatio legis* de ocho años que estableciera el segundo artículo transitorio de la reforma constitucional de 18 de junio de 2018.

Abordo, entonces, cuestiones generales sobre el conjunto de derechos en los que se despliega la idea de defensa adecuada. Retomo algunos tópicos que, desde mi experiencia como juzgadora en materia penal, estimo relevantes y hablo de uno de los aspectos más importantes de este derecho: la defensa técnica. Para ello, antes, reflexionaré brevemente sobre el momento procesal a partir del cual, en nuestro modelo de justicia penal, podemos decir que una persona es imputada y, por lo tanto, predicar que tiene el derecho de defensa adecuada.

2. La persona imputada

Para analizar el contenido del derecho fundamental a una defensa adecuada, es necesario determinar a partir de qué momento una persona adquiere el carácter de imputado, pues sólo bajo esa condición se activan a su favor los mecanismos convencionales, constitucionales y procesales de protección de sus derechos, implicados en ese amplio concepto.

De manera genérica, de acuerdo con el artículo 112 del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante, CNPP o Código Nacional), se denomina "imputado" a la persona que es señalada por el Ministerio Público como posible autor o partícipe de un hecho que la ley señala como delito.

Esta disposición no presenta, a simple vista, problema alguno, si se entiende dirigida a aquellas etapas del proceso penal en las que interviene la autoridad judicial pues, en cualquiera de ellas, a partir de la audiencia inicial, es evidente que debe existir una persona particular y concreta, imputada en la probable

comisión de un hecho señalado por la ley como delito. Tampoco es problemática en los casos de una detención en flagrancia porque, entonces, al margen de que con posterioridad exista o no una imputación ministerial, el simple acto privativo de libertad que en ese momento se ejecuta otorga de manera automática el carácter de imputada a la persona detenida, y obliga a las autoridades a velar por el pleno ejercicio de su derecho de defensa que opera normativamente a partir del momento mismo de la detención (aunque generalmente, por razones fácticas, sólo puede ejercerse de manera efectiva con posterioridad).

Sin embargo, cuando se está en la etapa de investigación inicial, la invocada disposición otorga al Ministerio Público la potestad de decidir el estatuto de la persona y, a partir de ello, si puede o no ejercer su derecho de defensa.

La Constitución, en el artículo 20, inciso B, fracción VI, se refiere al derecho de defensa, y dispone que la persona imputada tiene derecho a tener acceso a los datos necesarios para su defensa sólo a partir de que se encuentre detenida o bien, cuando la autoridad investigadora pretenda recibirle "declaración" o entrevistarla.

En el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversos precedentes, ha concluido que existe violación al derecho de defensa, cuando no se permite al imputado ejercerla, incluso en etapas previas a la propia acusación, es decir, en etapas prejudiciales o de investigación. No obstante, también ha aceptado que el Estado, para lograr establecer la verdad de los hechos, puede reservar en ciertos casos diligencias de investigación, siempre que busque armonizar los fines de la procuración de justicia con el derecho de defensa. Pero ha establecido, de manera categórica, que la notificación de los hechos o de los cargos debe siempre ocurrir de manera previa a la primera declaración del imputado.²

² Corte IDH, Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas).

De lo expuesto se derivan dos escenarios: uno, que permite al Ministerio Público actuar en una investigación sin notificar de sus diligencias a la persona contra la cual, eventualmente, podría formular imputación; y otro, cuando la autoridad ministerial requiere, para integrar su investigación, de la entrevista del imputado o de la ejecución de algún acto de molestia directo contra su persona o sus bienes.

Queda fuera de toda duda –como apunté– la hipótesis de que la persona se encuentre detenida pues, en cuanto el Ministerio Público ha verificado la legalidad de una detención realizada por la policía o por cualquier otra persona o autoridad en los supuestos de flagrancia, el carácter de imputado y la activación plena de su derecho de defensa no están sujetos a condición o restricción alguna.

Pero, en el primer escenario que planteo, esto es, cuando el Ministerio Público integra una carpeta de investigación, puede suceder que la denuncia o querrela de origen no permita individualizar a una persona y sea solo con motivo del avance de las investigaciones, que se evidencie la probable intervención de alguien en particular contra quien, de manera específica se continúe la investigación. Aún en casos así, en el marco constitucional y legal vigente en nuestro país, es difícil sostener que el Ministerio Público tenga la obligación de notificar de la sola existencia de la investigación al interesado, a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa; en primer lugar porque es posible que no llegue a formular imputación alguna en su contra, si se actualiza alguna de las causas que le permiten dar por concluida la investigación.³

En diverso escenario, de acuerdo con la Constitución, el imputado tiene derecho a tener acceso a los registros de la investigación sólo a partir de su detención o

³ El Código Nacional prevé diversas formas de dar por terminada una investigación: Abstención de investigar (artículo 253), archivo temporal (artículo 254), no ejercicio de la acción penal (artículo 255), aplicación de criterios de oportunidad (artículo 256).

bien, cuando la autoridad investigadora pretenda recibir su declaración o entrevistarlo; en estos casos, se actualiza el derecho de ser notificado y de tener conocimiento del contenido de la carpeta de investigación, además de contar con la presencia y asistencia de su defensor.⁴ Lo que, de acuerdo con el Código Nacional, también resulta exigible cuando se decreta algún acto de investigación que implique actos de molestia (por ejemplo, aseguramiento de cuentas o de otros bienes, toma de muestras corporales), pues en tales supuestos es evidente la adjudicación tácita que se realiza del carácter de imputado y del derecho de defensa que debe estar en condiciones de ejercer, aún en la etapa de investigación inicial o prejudicial.⁵

Con todo, las medidas precautorias como los cateos y las órdenes de captura –que constituyen sin duda actos de molestia– no obligan a la autoridad investigadora a reconocer el carácter de imputado mediante una notificación expresa, pues es obvio que la utilidad de dichas medidas sería nulificada si les precediera el conocimiento previo del imputado y la realización de actos de defensa contra las mismas; circunstancia que, desde luego, no las excluye de ser refutadas *ex post*.

Para ese tipo de actuaciones, el Ministerio Público requiere de autorización judicial, condición que debe entenderse como el mecanismo adecuado para proteger los derechos del imputado sin obstaculizar las facultades del órgano de investigación, cuando aquel no conoce todavía la existencia de la carpeta de investigación respectiva.

⁴ Artículo 20. (...) B. De los derechos de toda persona imputada: (...); VI. Le serán facilitados 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 recibirsele declaración o entrevistarlo (...)"

⁵ Artículo 218. (...) El imputado y su defensor podrán tener acceso a ellos (a los registros de la investigación) cuando se encuentre detenido, sea citado para comparecer como imputado o sea sujeto de un acto de molestia y se pretenda recibir su entrevista, a partir de este momento ya no podrán mantenerse en reserva los registros para el imputado o su Defensor a fin de no afectar su derecho de defensa".

A partir de la vigencia del sistema penal acusatorio y oral en México, hay una fuerte inercia que conduce a exigir el goce pleno del derecho de defensa desde la etapa de investigación inicial, con lo que se busca hacer exigible –inclusive mediante el juicio de amparo– el derecho de conocer si una persona es sujeto de una indagatoria y de acceder, en tal caso, a los registros de la carpeta respectiva. Quienes opinan así parten de diversos criterios de la Corte mexicana, de acuerdo con los cuales, el Ministerio Público tenía la obligación de notificar al indiciado y darle intervención en la averiguación previa, para que pudiera ofrecer pruebas y para que ejerciera los actos de defensa que estimara pertinentes. Esos criterios se emitieron con base en lo que establecía el texto constitucional antes de la reforma,⁶ por lo que –considero– no pueden trasladarse al sistema vigente, no sólo porque, como hemos visto, la Constitución ahora establece un límite claro a ese derecho en la investigación inicial, sino porque uno de los mayores logros del cambio de sistema procesal fue quitar peso y transcendencia definitiva a las actuaciones que el Ministerio Público realiza en esa etapa, justamente, para evitar que una sentencia pueda fundarse en *pruebas* no sometidas a contradicción ante el Juez que resuelve el juicio.

Por ello, es necesario insistir en la distinta relevancia que, en el sistema tradicional o mixto, tenían para el juicio las *pruebas* desahogadas por el Ministerio Público, de los *datos de prueba*⁷ que ahora integran la carpeta de investigación; bajo el entendido de que, una vez judicializada ésta, todos los registros se abren a disposición del imputado y su defensa,⁸ para estar en condiciones de refutarlos

⁶ Véase CPEUM, art. 20, inciso A, fracc. V y IX, y último párrafo (antes de la reforma del 18 de junio de 2008).

⁷ De acuerdo con el artículo 261 del CNPP, "... dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional."

⁸ Cfr. CNPP, artículo 220, en el que se establece la posibilidad de reservar algunos registros, aún ya resuelta la vinculación a proceso, y hasta la acusación, cuando ello sea necesario para evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de datos de prueba o bien intimidar o influenciar testigos, siempre que el Juez de control determine que ello es necesario para "asegurar el éxito de la investigación o para garantizar la protección de personas o bienes jurídicos."

con los medios de prueba conducentes y ejercer plenamente los derechos que implican una defensa adecuada.

En suma, considero que en el sistema procesal vigente, el carácter de imputado y, por ende, la aptitud de hacer efectivo el derecho de defensa y la correlativa obligación de las autoridades de velar por el ejercicio pleno de ese derecho se adquieren en los siguientes supuestos: *i*) con la detención; *ii*) con la solicitud del Ministerio Público de obtener una entrevista en la etapa de investigación inicial; *iii*) con la realización de actos de investigación que constituyan actos de molestia y de aquellos en los cuales se requiera la intervención de la persona como objeto de prueba; y *iv*) en la audiencia inicial, cuando la persona sea conducida ante el Juez por medio de un citatorio, una orden de comparecencia o una orden de aprehensión.⁹

3. Defensa adecuada

Para dar respuesta a la pregunta sobre qué debemos entender por defensa adecuada en el proceso acusatorio y oral, partimos de la base de que, mientras en el diseño del Código Nacional, el Ministerio Público tiene, entre otros, el deber de lealtad en el desempeño de sus funciones bajo el cual se encuentra obligado a obtener datos de prueba, aun cuando éstos puedan ser contrarios a su pretensión punitiva; el derecho de defensa en el caso del imputado supone la facultad de desplegar los actos que sean necesarios para refutar la acusación o las peticiones o consecuencias accesorias a la misma.

Como en la base del ejercicio de esta facultad se encuentran los principios constitucionales de carga de la prueba¹⁰ y de presunción de inocencia¹¹ según los

⁹ CNPP, art. 141.

¹⁰ CPEUM, art. 20, A, V.

¹¹ CPEUM, art. 20, B, I.

cuales corresponde a quien acusa demostrar la culpabilidad y se considera a la persona imputada inocente mientras un Juez no dicte sentencia condenatoria, los actos de defensa pueden dirigirse a contradecir la acusación en todos sus aspectos (o bien sólo algunos de ellos) cuando una estrategia así sea bastante para conseguir la absolución.

Esto significa que, mientras el Ministerio Público debe probar, más allá de toda duda razonable, que se cometió un delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del acusado), el ejercicio del derecho de defensa puede estar dirigido a evidenciar o bien la simple insuficiencia de la prueba de cargo para demostrar "los hechos", el estado de duda en cuanto a la responsabilidad, o bien la existencia de alguna causa de exclusión del delito o de la responsabilidad penal.

Por ello, se entiende el derecho de defensa como el conjunto de condiciones que permiten a la persona imputada oponerse a la acusación mediante conductas que comprenden: desde la simple posibilidad de guardar silencio, esto es, de no declarar; de declarar sin que su versión esté sometida a criterios de verdad, hasta actos de defensa activa, mediante los cuales no sólo se opone, refuta y contradice la prueba de cargo, sino que produce y aporta elementos de prueba conducentes para acreditar la hipótesis de inocencia alegada.

El texto constitucional, al enunciar los derechos del imputado, se refiere, como lo hago en este trabajo, al derecho de *defensa adecuada*;¹² y la Primera Sala de la Corte ha emitido numerosos criterios de jurisprudencia sobre algunas de las formas en que este derecho se cumple. También los procesalistas han distinguido tradicionalmente entre los conceptos de defensa material y defensa técnica.

Así, al hablar de defensa material nos referimos al conjunto de derechos que corresponden al imputado, los cuales –en palabras de la procesalista chilena

¹² CPEUM, art. 20, B, VIII.

María Inés Horvitz– pueden clasificarse en: derechos de información, derechos de intervención en el procedimiento y derechos que imponen deberes de abstención a los órganos de acusación y jurisdiccionales.¹³

En cambio, por defensa técnica se entiende el derecho del imputado a ser asistido, asesorado y acompañado por un defensor profesional que esté en condiciones de hacer valer, exigir y, en su caso, ejercer en favor de los intereses del imputado todos y cada uno de sus derechos como tal, pues sólo con la intervención de una persona que cuente con conocimiento técnico sobre derecho penal sustantivo y las reglas procesales, puede esperarse que la contienda se desarrolle en condiciones de igualdad y justicia para las partes.

4. Defensa material

El Código Nacional establece un amplio listado de derechos de la persona imputada¹⁴ y, además, menciona aquellos que, en específico, asisten a la persona detenida.¹⁵ Esta separación obedece a que hay derechos de la persona imputada en la comisión del delito que se activan de manera inmediata en el momento mismo de la detención,¹⁶ y que se caracterizan, de manera general, bajo el título de derechos a recibir información, porque imponen a la autoridad el deber de hacer del conocimiento de la persona el motivo por el cual es detenida, el derecho de guardar silencio y que éste no puede ser utilizado en su perjuicio.¹⁷ Tiene también derecho a conocer los hechos que se le imputan y otros derechos que

¹³ Véase María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008, Tomo I, Pág. 229.

¹⁴ CNPP, art. 113.

¹⁵ CNPP, art. 152.

¹⁶ CPEUM, art. 20, B, III y IV.

¹⁷ Tesis [A.]: 1a. II/2016 (10a.), de rubro: DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN. LA VEROSIMILITUD DE LOS ALEGATOS DE DEFENSA O DE LA VERSIÓN EXCULPATORIA DEL INculpADO, NO DEPENDE DE LA ESPONTANEIDAD CON LA QUE SE RINDE UNA DECLARACIÓN, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 26, enero de 2016, Tomo II, Pág. 968, Reg. Digital: 2010735.

le asisten; esta información debe recibirla también en su presentación ante el Ministerio Público y, desde luego, en su primera comparecencia ante el Juez.

Importa destacar que el derecho del imputado a recibir información sobre los derechos que le asisten, no comprende todos y cada de los derechos de la persona imputada a lo largo del proceso penal, sino sólo los de carácter procesal que, en lo inmediato, sean condición para su adecuada defensa y que garanticen un debido proceso, pues claramente existen otros derechos constitucionales y legales que no condicionan aquellos, por ejemplo, el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley vigente; de que los actos de autoridad se encuentren debidamente fundados y motivados; de acceso a una justicia pronta e imparcial; a no ser sujeto a prisión preventiva oficiosa sino en los casos de excepción expresamente previstos; a que las penas que se le impongan sean proporcionales; o a no ser juzgado dos veces por el mismo delito.¹⁸

Bajo esta misma idea es evidente que, recibir información sobre el derecho a una defensa adecuada, que se traduce en el derecho de elegir un defensor o de que el Estado le designe a uno de carácter público,¹⁹ adquiere la mayor importancia, pues la asistencia del defensor es la primera garantía y condición del debido proceso; tema del que me ocuparé en el siguiente apartado.

En esta categoría de derechos, la prerrogativa de saber que puede guardar silencio y asumir así una postura de no proporcionar una declaración en su defensa, no puede ser valorada en su perjuicio, como un indicio de culpabilidad, lo cual, como es evidente, descansa en la necesidad de proscribir la tortura, no solo por ser una práctica violatoria del derecho de dignidad personal –y de muchos otros–, sino porque se intenta con ello descartarla como método de investigación, pues favorece la obtención de declaraciones escasamente confiables.

¹⁸ Véase Héctor Lara González, *Manual de derecho procesal penal. Formas de conducción al proceso y audiencia inicial*, Colofón, México, 2017, pp. 147-148.

¹⁹ CPEUM, art. 20, B, VIII y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8, 2, E.

La Primera Sala de la Corte ha generado de manera reciente una serie de criterios que permiten distinguir la tortura en dos vertientes: como delito y como violación a derechos humanos. Como delito, la tortura debe ser investigada y sancionada bajo los estándares probatorios establecidos y con pleno cumplimiento a las reglas del debido proceso, en favor de la persona imputada en su comisión. En cambio, como violación a derechos humanos, la tortura exige un estándar probatorio menor y, además, su acreditación en el proceso penal, al margen de la responsabilidad penal de quien la hubiera cometido, tiene consecuencias importantes que impactan en el tema de exclusión de prueba ilícita u obtenida con violación a derechos fundamentales.²⁰

Aunque la mayor parte de dichos criterios fueron emitidos respecto de procesos tramitados antes de la reforma penal de 2008, es decir, conforme a las reglas del sistema procesal mixto, su utilidad y pertinencia siguen vigentes, por lo menos para las etapas más tempranas del procedimiento acusatorio.

De acuerdo con el modelo vigente, no es posible que una "confesión" sea obtenida mediante tortura y valorada como prueba de cargo en el juicio, pues la única declaración que el Tribunal de enjuiciamiento puede considerar para fundar una sentencia condenatoria es la que el acusado emite en la propia audiencia.²¹

No obstante, es necesario reconocer que una práctica tan extendida en nuestro país como es la tortura, no puede ser erradicada sólo por la vigencia de nuevas reglas para el enjuiciamiento penal, pues aunque de manera clara existe el mandato constitucional y legal de no valorar prueba alguna obtenida con violación a derechos fundamentales,²² es posible que, en las etapas de audiencia inicial

²⁰ Véase la Contradicción de tesis 315/2014 y ADR 4539/2014, resueltos en sesión de 30 de septiembre de 2015.

²¹ CPEUM, art. 20, A, III y CNPP, artículo 259, párrafo tercero y cuarto.

²² CPEUM, art. 20, A, IX y CNPP, artículos 264, 346, II y 357. Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, arts. 50 a 54.

e intermedia, el Ministerio Público invoque entrevistas con el imputado o datos de prueba que hayan sido obtenidos mediante tortura.

En estos casos, el Juez de control debe excluir de inmediato la entrevista "autoincriminatoria", pues para ello basta que en su presencia el imputado no reconozca su contenido o produzca una declaración distinta y, además de dar vista al Ministerio Público para que inicie la carpeta de investigación correspondiente por la posible comisión del delito de tortura, debe ordenar el desahogo de las diligencias conducentes para acreditar en el proceso la posible tortura padecida, en su vertiente de violación a derechos humanos.

El Juez de control deberá asegurarse que el resultado de dicha investigación –la cual es distinta a la que en su caso desahogue el Ministerio Público contra las personas que pudieran haber incurrido en actos así– esté disponible en la etapa intermedia, a fin de que las partes puedan debatir sobre la exclusión de evidencias o datos de prueba que hayan sido obtenidos de manera directa como producto de los actos de tortura, esto es, que deban ser anulados por derivar de actos directamente violatorios de derechos fundamentales. Pues, justamente, uno de los propósitos de la etapa intermedia es depurar los medios de prueba que serán desahogados en juicio y el Juez de control no debe permitir, bajo circunstancia alguna, que actos derivados de tortura puedan ser expuestos en la audiencia de juicio respectiva.

Uno de los temas obligados a discutir con motivo de las normas y criterios vigentes sobre tortura es la oportunidad del alegato de tortura en el proceso penal. Al respecto, la Primera Sala estableció en diversos precedentes que el derecho del imputado a denunciar actos de tortura no precluye, mientras que el Código Nacional establece el derecho de hacer valer la nulidad de los medios de prueba obtenidos con violación a derechos fundamentales en cualquier etapa del proceso.²³

²³ CNPP, art. 264.

Sin embargo, temas como éste permiten entender, en toda su dimensión, la importancia del derecho del imputado de ejercer su defensa adecuada y contar con la asistencia de una defensa técnica, pues el defensor debe saber que el alegato de tortura sólo podrá ser atendido por los tribunales de apelación o de amparo cuando dicha cuestión haya sido sometida a debate y, en su caso, se hubiere desahogado prueba al respecto. De no ser así, difícilmente procedería la reposición del juicio para el efecto de realizar la investigación de posibles actos de tortura y su impacto en la obtención de la evidencia o prueba incorporada y desahogada en juicio, salvo en los casos en que la posible evidencia de tortura resulte como cuestión novedosa en la propia audiencia de juicio oral.²⁴

Por otra parte, en la categoría de derechos de información, tiene una máxima relevancia informar al imputado sobre el motivo de la detención y de los cargos que se le atribuyen. Para que este derecho cumpla su objetivo, es claro que no es suficiente una comunicación meramente formal, en la que se citen las normas aplicables y se realice una recitación de conceptos jurídicos que poco o nada dicen a las personas en común.

El cumplimiento de este derecho impone la necesidad de hacer saber al imputado, de manera clara y sencilla, por qué razón ha sido detenido (porque la policía se percató del momento del robo, porque las víctimas señalaron a la policía al sujeto activo cuando éste huía después de robar, porque en las cámaras de seguridad se reportó a la policía el apoderamiento ilícito, etc.) y, con posterioridad, este derecho obliga al Ministerio Público a explicar por qué ese hecho se adecua a la descripción de un delito, qué delito es y en qué norma se encuentra previsto, además de la forma de intervención que el imputado haya tenido en el mismo.

Corresponderá al Juez verificar, en la audiencia inicial, que la persona no sólo haya sido informada de sus derechos, sino que los comprende, y ésta es una

²⁴ Véase, Taissia Cruz Parceró, "Tortura. Obligaciones de la autoridad judicial en el Sistema Penal Acusatorio y Oral", en Miguel López Aguilar (coord.), *La implementación del sistema penal acusatorio*, J. M. Bosch, México, 2018.

carga que en el Código Nacional se enfatiza en diversas disposiciones. Inclusive, el propio Juez de control debe hacer del conocimiento del imputado sus derechos en cuanto corrobore que no le han sido previamente comunicados.²⁶

Cuando la persona imputada se reconozca como integrante de una comunidad indígena, deberá ser informada de su derecho a que en el juicio se tomen en cuenta sus usos y costumbres, y de contar con un defensor que hable su lengua y conozca su cultura.²⁶ Si por su condición de extranjera, la persona no habla o entiende el idioma español, debe ser informada de su derecho a ser asistida por un intérprete pero, además, deberá saber que tiene derecho a que su detención sea puesta del conocimiento de las autoridades consulares de su país de origen, a fin de que, si lo solicita, reciba la asistencia respectiva.²⁷

Por otra parte, dentro de la categoría de derechos de intervención en el proceso, el de mayor relevancia es el derecho de contradecir la prueba cargo y/o, en su caso, de probar la hipótesis de inculpabilidad o inocencia alegada, mediante la presentación de testimonios, documentos y cualquier otro medio de prueba.²⁸

Este derecho supone hacer efectivo el principio de contradicción y se relaciona con el diverso de inmediación, pues las partes tienen derecho a conocer, refutar, confrontar y controvertir los medios de prueba de su oponente, y a que el juicio sea decidido por el órgano jurisdiccional sólo con las pruebas que se hubieren desahogado en su presencia (salvo en el supuesto de prueba anticipada).²⁹

²⁶ CNPP, art. 307, 309 párrafo sexto, y 311.

²⁶ CPEUM, art. 2, VIII y CNPP, art. 113, XII. *Cfr.* Tesis [J.]: 1a./J. 60/2013 (10a.), de rubro PERSONAS INDÍGENAS. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE SER ASISTIDOS POR INTÉRPRETES Y DEFENSORES QUE TENGAN CONOCIMIENTO DE SU LENGUA Y CULTURA, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 1, diciembre 2013, Tomo I, Pág. 283, Reg. Digital: 2005030.

²⁷ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, artículo 36, 1, c). Véase Tesis [J.]: 1a./J. 96/2017 (10a.), de rubro DERECHO FUNDAMENTAL A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. SU CONTENIDO ESPECÍFICO Y RELEVANCIA PARA GARANTIZAR UNA DEFENSA ADECUADA DE LOS EXTRANJEROS. Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 48, noviembre 2017, Tomo I, Pág. 204, Reg. Digital: 2015594.

²⁸ CPEUM, art.20, B, IV.

²⁹ CPEUM, art. 20, A, III; CNPP, art. 304.

Lo anterior, sin tener más límite que el análisis que corresponde a los Jueces de control, generalmente en la etapa intermedia, sobre la exclusión de medios de prueba que no deban ser llevados a la audiencia de debate por ser impertinentes, sobreabundantes, innecesarios, obtenidos con violación a derechos fundamentales o aquellos que en etapas previas hubieran sido declarados nulos.³⁰

Para que el imputado esté en condiciones de ofrecer en la audiencia intermedia los medios de prueba conducentes a su defensa, tiene la facultad de pedir al Ministerio Público la realización de diligencias de investigación que le puedan ser favorables y, en caso de que éste las rechace, la posibilidad de pedir al Juez de control que se reabra la etapa de investigación complementaria y se ordene a la fiscalía la realización de las diligencias respectivas.³¹

En estos casos, me parece necesario que, en favor del derecho de defensa adecuada, a instancia de la propia defensa, sea el mismo Juez de control quien solicite o gestione la obtención de evidencias u otros medios, sobre todo cuando de solicitar su obtención al Ministerio Público, corra peligro la estrategia de la defensa, pues cabe recordar que descubrir todos los medios de prueba que se encuentren en la carpeta de investigación resulta una carga para el órgano de acusación, pero no para la defensa, la cual tiene la obligación de mostrar únicamente los que serán ofrecidos en la audiencia intermedia, con la pretensión de que sean desahogados en juicio; de modo que, en ocasiones, sólo será posible preservar este derecho a través de la gestión directa del Juez de control,³² pues no sería posible un resguardo efectivo del derecho de defensa –particularmente del de no autoincriminación– si se impusiera al imputado la obligación de descubrir todos los medios de prueba, aún de aquellos que pudieran perjudicarlo.

Una de las manifestaciones que caracterizan el derecho del imputado de intervenir en el proceso en su defensa es la del derecho de emitir declaración, en

³⁰ CNPP, art. 346.

³¹ CNPP, art. 333.

³² CNPP, art. 134, II y IV.

cualquier momento, durante el desahogo de la audiencia de juicio;³³ derecho que, desde luego, puede ejercer en la audiencia inicial o en cualquier otra audiencia, no sólo para expresar una postura concreta sobre la imputación o acusación, sino para realizar las aclaraciones o alegatos que estime convenientes.

El derecho del imputado a no declarar es una salvaguarda del derecho que tiene de no autoincriminarse, pero es también un derecho que busca protegerlo de ser víctima de tortura. Por ello, cuando es su voluntad tomar pública y oralmente una postura sobre la acusación que pesa en su contra, se discute si este derecho comprende el deber de declarar con verdad o, en contrapartida, la permisión de hacerlo también falazmente.

Me parece que sólo cuando se acepta la posibilidad de que el imputado declare, aun mintiendo en forma deliberada –siempre que con ello no afecte a otras personas–, el derecho de no autoincriminación puede tener plena vigencia. Es decir, en los modelos de proceso penal en los que se somete al acusado, como a cualquier testigo, a un tipo de protesta para que se comprometa a declarar sin falsedad, tal conminación opera como un límite a su derecho de defensa y, particularmente, al de no autoincriminación, porque frente a la posibilidad de asumir una defensa pasiva, mediante la abstención de rendir declaración, sólo se tiene la alternativa de hacerlo con una carga de verdad.

En cambio, reconocer que el imputado tiene derecho a producir un relato contario a la hipótesis de acusación, en el que pueda alegar alguna coartada o aportar elementos para el juicio que no correspondan a la verdad de los hechos, es la única vía de ejercer de manera plena su derecho de defensa pues, entonces, podrá decir que estuvo en un lugar distinto al de los hechos, que no es la persona que aparece en un video, que no firmó el documento y cualquier otra versión

³³ CNPP, art. 377.

que sea contraria a la imputación.³⁴ Básicamente porque, en ocasiones, una simple postura contraria a la acusación puede entrañar ya una falsedad.

Por otra parte, si hay algo que define también el derecho de defensa es la posibilidad de impugnar, mediante un recurso sencillo y eficaz, las decisiones que afecten los intereses del imputado. El Código Nacional dispone en su favor, no sólo del recurso de apelación para inconformarse contra la sentencia dictada en juicio, sino también para controvertir diversas decisiones del Juez de control que se emiten en etapas anteriores.

Este derecho de apelar está sujeto a requisitos de admisibilidad que, para algunos comentaristas del Código Nacional, resultan demasiado rígidos y contrarios al derecho de tutela judicial. Particularmente, se cuestiona la regla según la cual, al interponer la apelación, deben expresarse los agravios; condición necesaria para la admisión del recurso.³⁵ A la par, se discuten los límites a las facultades de los tribunales de apelación, pues, en el caso de sentencias definitivas, se proscribe la posibilidad de analizar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de enjuiciamiento, al considerar que, en ese tópico, debe prevalecer el principio de inmediación.³⁶

Siguiendo la previamente apuntada clasificación de los derechos del imputado, existe un conjunto de éstos que impone a las autoridades, tanto investigadoras como jurisdiccionales, el deber de abstenerse de realizar actos que afecten, menoscaben o nulifiquen su derecho de defensa. Entre estos, el primero, del que hemos hablado ya, es el deber de respetar la dignidad de la persona y de

³⁴ Esta postura, se contraponen con la tesis aislada 1a. CXXIII/2004, de rubro DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Tomo XXI, Enero de 2005, Pág. 415. Reg. Digital: 179607.

³⁵ CNPP, art. 470, fracción IV. Véase ADR 4321/2017, Primera Sala, SCJN, 20 de junio de 2018.

³⁶ CNPP, art. 468, II y 483.

abstenerse de infligir cualquier tipo de sufrimiento físico o psicológico que pudiera configurar un caso de tortura, o de ejecutar en ella cualquier tipo de maltrato.

Tanto el Ministerio Público como los Jueces deben abstenerse de presentar al imputado públicamente como si fuera culpable, mientras no exista sentencia condenatoria, pues con ello se busca hacer prevalecer el principio de presunción de inocencia.³⁷ Este derecho, sin embargo, no es oponible ante los medios de comunicación, de manera que el imputado no puede alegar una violación a este derecho, cuando los particulares comparten imágenes en las que se exhibe a una persona cometiendo un delito o se identifica al probable autor del hecho delictivo, salvo en caso de que se demuestre que tal información fue distribuida por las propias autoridades investigadoras o jurisdiccionales. En tal supuesto, corresponde a los Jueces determinar si la exhibición dolosa por parte de las autoridades del material incriminatorio ha tenido un impacto determinante en el contenido de las pruebas desahogadas, hasta el punto de generar dudas sobre su credibilidad.³⁸

Para los Jueces es obligatorio abstenerse de desahogar cualquier vista o audiencia sin la presencia del imputado y su defensor, salvo en los casos que prevé el propio código, relativos a ciertos actos de investigación y medidas precautorias que requieren control judicial, para cuya resolución sólo es necesaria la presencia del Ministerio Público que solicita la autorización respectiva.

Desde luego, en cuanto a los órganos jurisdiccionales, hay dos principios de mayor relevancia que pueden impactar en el derecho de defensa del imputado: el de imparcialidad y el de igualdad.

³⁷ CNPP, art 113, XIV y XV y 134, V.

³⁸ CNPP, art. 218 y Tesis [A.]: 1a. CCC/2016 (10a.), de rubro PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. ELEMENTOS A PONDERAR PARA DETERMINAR SI LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PERMITE CUESTIONAR LA FIABILIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO, Décima época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 37, diciembre de 2016, Tomo I, Pág. 375, Reg. Digital: 2013214.

La imparcialidad, básicamente, exige a los Jueces abstenerse de desempeñar o suplir las funciones del órgano de acusación. Aunque los Jueces imparten justicia desde su calidad de órganos estatales, les está vedado favorecer las pretensiones ministeriales, bajo el pretexto del discurso recurrente de no contribuir a generar impunidad. El proceso penal se desfigura cuando los órganos jurisdiccionales generan condiciones que atenúan la estricta separación que rige entre la actividad de acusar y juzgar, o cuando no aseguran una contienda en igualdad entre las partes, principio en virtud del cual les está vedado intervenir en menoscabo de sus derechos procesales.

No obstante, en virtud de la desigualdad que estructuralmente y, por regla general, opera en favor de los órganos de acusación pública, existen supuestos en los que la actuación oficiosa del Juez es necesaria para equilibrar la contienda, en particular, ante una situación de violación grave de derechos fundamentales, como vimos, por ejemplo, en los casos de tortura; o bien para remediar alguna condición de vulnerabilidad específica que condicione la posibilidad del imputado para el pleno ejercicio de su derecho de defensa, como sucede en los casos de personas indígenas o extranjeras, mujeres, personas con discapacidad o en situación de extrema pobreza o marginación.³⁹ Para ello, el Juez tiene cargas específicas que debe realizar, como designar intérpretes o el ordenar el desahogo de diligencias que permitan visibilizar dichas condiciones, sin que esto pueda interpretarse como una renuncia a su deber de imparcialidad en favor de la defensa, pues en casos así, ante omisiones de la misma, sólo la intervención del Juez garantizará que la situación específica que coloca en una particular desventaja al imputado, sea superada.

³⁹ Véase, por ejemplo, Tesis [J.]: 1a./J. 22/2016 (10a.), de rubro ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, Pág. 836. Reg. Digital: 2011430.

5. Defensa técnica

Para hacer posible y efectivo el derecho de defensa, existen distintos mecanismos procesales que exigen la asistencia experta de un defensor, pues es evidente que sin ella, el trazo de la estrategia, la exigibilidad de los derechos y demás formalidades que garantizan una contienda en igualdad de condiciones y justa para las partes –en particular para el imputado– no podría conseguirse.

Antes de la reforma de junio de 2008, la Constitución establecía como derecho del imputado el de autodefensa, esto es, el derecho de realizar los actos de defensa por sí mismo. En el texto vigente, en cambio, el derecho de defensa técnica se entiende necesariamente referido a la designación de un abogado particular o uno de carácter público que, ante la imposibilidad o negativa de designar uno particular, sea asignado por el Estado.⁴⁰

En el Código Nacional, diversas disposiciones dan cuenta de la exigencia de que la defensa sea ejercida por un profesional del derecho, sin que ello implique entorpecer los actos de defensa material que pueda ejercer la propia persona imputada, esto es, el derecho que le asiste de intervenir, formular peticiones o hacer las manifestaciones que considere.⁴¹

A pesar de ello, me parece que obstruir o imposibilitar el derecho del imputado de ejercer por sí el derecho de defensa, sería una decisión contraria a su dignidad personal, bajo la desestimación *ex ante*, por parte de la autoridad judicial, de su capacidad técnica para realizar una defensa eficaz de sus derechos. Con esto quiero decir que, si bien tanto la autoridad ministerial, en la etapa de investigación inicial, como el órgano jurisdiccional, tienen el deber de designar un defensor

⁴⁰ CPEUM, art. 20, B. VIII.

⁴¹ CNPP, art. 17, párr. segundo, y 115, párr. segundo.

público –técnico–, cuando el imputado rehúse hacerlo, a fin de no incurrir en una violación al debido proceso que pudiera generar la nulidad de las actuaciones, lo cierto es que no podrán oponerse a que, ante la presencia meramente formal del defensor asignado, sea el propio imputado quien ejerza materialmente su defensa.

Claro está que, en un escenario así, mayor será la obligación de asegurar que los actos de defensa desplegados por el propio imputado, correspondan en términos generales a lo que puede entenderse bajo el concepto de adecuada defensa.

Como el defensor particular o público actúa en el proceso no en lugar del imputado, sino en su favor, y se presenta, literalmente, al lado de éste,⁴² el Código Nacional establece una regla general, que aplica en cualquier etapa del procedimiento, según la cual la intervención del defensor no debe afectar ni limitar el derecho del imputado de intervenir, formular peticiones y hacer las manifestaciones que estime pertinentes;⁴³ pero además contempla –como decíamos– actos de defensa que son personalísimos, tales como entablar comunicación con su familia para informar su detención;⁴⁴ a rendir declaración en cualquier etapa del procedimiento;⁴⁵ a manifestar de viva voz que consiente la apertura del procedimiento abreviado y las demás condiciones para su aplicación.⁴⁶ En el juicio, además, tiene la facultad de pedir la palabra para hacer las manifestaciones que considere pertinentes⁴⁷ y, al concluir el periodo de alegatos de clausura tanto del Ministerio Público como de la defensa, a ser el último en hacer uso de la voz, antes de que el Tribunal de enjuiciamiento declare el cierre del debate.⁴⁸

⁴² CNPP, art. 56, segundo párrafo.

⁴³ CNPP, art. 115, segundo párrafo.

⁴⁴ CNPP, art. 113, II y 152, I.

⁴⁵ CNPP, art. 114, primer párr. y 377.

⁴⁶ CNPP, art. 201, III.

⁴⁷ CNPP, art. 379.

⁴⁸ CNPP, art. 399.

El derecho de hacer la designación de un abogado, de manera libre, es ejercible desde el momento de la detención; pero muy pocas veces es posible que, en el acto mismo en que la persona es detenida bajo los supuestos constitucionalmente permitidos –flagrancia, caso urgente y orden judicial de aprehensión–, pueda contar con la asistencia efectiva de una persona que asuma su defensa. Por eso tiene mucho sentido hacer énfasis en la importancia de que, como parte del concepto de defensa adecuada, la policía cumpla con su deber de informar a la persona, por lo menos, que tiene derecho a guardar silencio, de presentar de inmediato ante el Ministerio Público al detenido y realizar el registro respectivo de la detención.⁴⁹

Cabe aquí mencionar que la dilación injustificada en la puesta a disposición del detenido, ante la autoridad investigadora, por parte de la policía, tiene como consecuencia la invalidez de los datos de prueba que se hubieren obtenido con posterioridad al acto mismo de la detención.

Es decir, cuando la policía no justifica, de manera razonable, el tiempo que transcurrió entre la detención y la puesta a disposición, incurre en una violación que impacta de manera directa en el derecho de defensa adecuada, pues si bien una actuación indebida en tal sentido no invalida el acto mismo de detención y la evidencia asegurada en ese momento, tal demora favorece la posibilidad de que, en ese lapso, la persona sea sometida a actos de intimidación o tortura, o de que la policía cuente con tiempo suficiente para obtener o simular la obtención de evidencia que pueda incriminar al imputado. Por ello, la regla de nulidad o de exclusión de prueba obtenida con violación a derechos fundamentales, opera en este supuesto de manera plena.⁵⁰

⁴⁹ CNPP, art. 132, III y VI.

⁵⁰ Tesis [A.]: 1a. LIII/2014 (10a.), de rubro DERECHO FUNDAMENTAL DEL DETENIDO A SER PUESTO SIN DEMORA A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. ALCANCES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS GENERADAS POR LA VULNERACIÓN A TAL DERECHO. Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, Pág. 643, Reg. Digital: 2005527.

Decíamos entonces que, el imputado puede designar un defensor privado o particular y que, en su defecto, el Estado tiene la obligación de hacer tal designación en favor de uno de carácter público o de oficio. En ambos casos es necesario que quien ejerza los actos de defensa, para cumplir con el mandato constitucional de defensa técnica, cuente con la certificación correspondiente como licenciado en derecho (o sea abogado titulado).⁵¹

La acreditación de dicha condición se realiza ante la autoridad competente, Ministerio Público o Juez, mediante la exhibición de la Cédula profesional legalmente expedida; esto impone la carga a la autoridad respectiva, de verificar mediante cualquier medio disponible la autenticidad del registro profesional presentado y no releva a los defensores públicos de presentar en los mismos términos su propia acreditación ante las unidades de gestión o la administración del juzgado respectivo.

Los defensores públicos, al asumir la defensa del imputado, no cumplen propiamente una función pública, pues el hecho de recibir un sueldo y estar adscritos a determinado organismo público (consejos de la judicatura, secretarías de gobierno, etc.), no los obliga a actuar en favor del interés público o estatal, sino en favor de los derechos de la persona en particular que defienden. Pero me parece que, justamente, al asumir la defensa del imputado, cumplen una labor de interés público, no si se entiende tal interés dirigido al combate a la delincuencia o a no generar impunidad, pero sí, en cuanto corresponde al Estado no sólo el deber de respetar el derecho de defensa, sino el deber de garantizarlo,⁵² mediante la previsión de mecanismos u órganos de defensa pública, para hacer

⁵¹ CNPP, art. 115.

⁵² Tesis [A.]: 1a. CCCXL/2015 (10a.), de rubro DERECHOS HUMANOS. TODAS LAS AUTORIDADES ESTÁN OBLIGADAS A CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETO Y GARANTÍA, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, Pág. 971. Reg. Digital: 2010422.

posible la exigencia constitucional de que el proceso penal se desarrolle, como hemos venido mencionando, en condiciones de igualdad entre las partes.

No existe en la legislación procesal aplicable algún límite al derecho de que el Estado asigne un defensor público; esto es, el derecho de contar con un defensor técnico no está condicionado, como sucede en otros países, a que el imputado acredite cierto grado de insolencia económica para hacer la designación en favor de un defensor particular. A pesar de ello, en la vigente ley que regula el servicio de defensoría pública a nivel federal, si bien se establece como causa de responsabilidad para los defensores públicos el negarse de manera injustificada a patrocinar a algún imputado, también se afirma que dicha causa se actualiza sólo si no cuenta con defensor particular o si carece de los recursos económicos suficientes para cubrir los honorarios respectivos.⁵³

No obstante, es muy claro que condicionar el derecho a contar con un defensor público a una circunstancia personal de carácter económico es una restricción en la norma secundaria al derecho de defensa adecuada, que hace evidentemente inconstitucional la disposición que así lo prevé.

En cambio, el Código Nacional, de acuerdo con su propia sistemática garantista, contempla la posibilidad de que el defensor público colabore con un defensor particular cuando el Juez advierta que existe una manifiesta y sistemática incapacidad técnica del defensor, si una vez prevenido el imputado, no designa uno distinto para que continúe con su defensa.⁵⁴

El derecho a designar de manera libre al defensor significa también el derecho a removerlo en cualquier momento; supuesto en el cual, el Estado siempre será garante de que el imputado no se encuentre sin dicha protección; de hecho, los

⁵³ Ley Federal de Defensoría Pública, art. 37, VI.

⁵⁴ CNPP, art. 121, segundo párrafo.

defensores no pueden renunciar al cargo una vez que se les ha notificado la próxima celebración de una audiencia ni durante el desarrollo de las mismas y, si no comparecen o se ausentan, se entenderá abandonada la defensa.⁵⁵ En estos casos, desde luego, es posible pedir al Juez la suspensión o el aplazamiento de la audiencia respectiva, con la finalidad de que cuente con los elementos necesarios que le permitan ejercer los actos de defensa adecuados.⁵⁶

Una de las facultades que mayor mesura e imparcialidad exige a los Jueces es, precisamente, la de apreciar las condiciones del desempeño del defensor, para determinar si éste ha evidenciado una manifiesta y sistemática incapacidad técnica; pues, de ser así, el órgano jurisdiccional debe hacerse cargo de llamar la atención sobre ello al imputado, de requerirlo para que designe uno diverso o, en su caso –como lo mencioné previamente–, designarle uno de oficio que colabore con el defensor particular. Y, también, si es de carácter público el que incurre en dichas deficiencias, el Juez debe dar vista a su superior jerárquico para su inmediata sustitución.⁵⁷

Al ejercer dicha facultad, el Juez debe considerar que lo hace en garantía del derecho de defensa adecuada del imputado, pero ello no supone que pueda intervenir porque considere que la estrategia de defensa no es la idónea o porque estime que podrían ejercerse con mayor eficacia los derechos del imputado; sólo significa que, para prevenir al imputado en tal sentido, deben existir manifestaciones inequívocas de un actuar negligente o de franca incapacidad o falta de conocimiento sobre las normas procesales por parte del defensor.⁵⁸

⁵⁵ CNPP, art. 57, segundo y tercer párrafos.

⁵⁶ CNPP, art. 57, párrafo quinto.

⁵⁷ CNPP, art. 121.

⁵⁸ Tesis [A.]: P. XII/2014 (10a.), de rubro DEFENSA ADECUADA DEL INCLUPADO EN UN PROCESO PENAL. SE GARANTIZA CUANDO LA PROPORCIONA UNA PERSONA CON CONOCIMIENTOS TÉCNICOS EN DERECHO, SUFICIENTES PARA ACTUAR DILIGENTEMENTE CON EL FIN DE PROTEGER LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO Y EVITAR QUE SUS DERECHOS SE VEAN LESIONADOS, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, Pág. 413, Reg. Digital: 2006152.

Estas manifestaciones deberán ser también evidentes y sistemáticas, de modo que los errores u omisiones aislados en que incurra el defensor no justifican la intervención del juzgador. La salvaguarda de este derecho, que corresponde a los juzgadores, debe realizarse además, sin preferencias ni desigualdades.⁵⁹

Una defensa adecuada –diligente– obliga al defensor a comparecer a todas las audiencias, a establecer adecuados y suficientes canales de comunicación con el imputado, a indagar, pedir y obtener el desahogo de cualquier medio de prueba que favorezca su estrategia de litigio, a exigir acceso a todos los registros de la investigación y a estar atento, en cada etapa del proceso, para oponerse a la violación de las formalidades que puedan conducir a decisiones desfavorables, a interponer de manera oportuna los medios de defensa y recursos procesales que sean procedentes para impugnar actos violatorios de los derechos del imputado.

Si los defensores públicos incumplen con sus obligaciones, incurren en responsabilidad administrativa; pero ambos, públicos y privados, son sujetos de responsabilidad penal, entre otros casos, cuando abandonen la defensa de manera injustificada, incurran en conflicto de intereses, aleguen hechos falsos, promuevan recurso improcedentes con fines meramente dilatorios, ofrezcan medios de prueba fuera de los plazos establecidos o no presenten los que estén a su alcance en defensa del imputado. Además de las sanciones privativas de libertad que correspondan, los defensores privados pueden padecer la suspensión por determinado tiempo para ejercer la abogacía y los de carácter público, la inhabilitación temporal para el desempeño de cualquier otro empleo, cargo o comisión.⁶⁰

Para concluir, es necesario mencionar que el derecho de defensa no concluye con la existencia de una sentencia definitiva firme. A pesar de que una conclusión así podría derivarse de la lectura aislada del artículo 20, inciso B, fracción VIII

⁵⁹ CNPP, art. 17, último párrafo.

⁶⁰ Código Penal Federal, art. 319.

constitucional, porque este dispone que el derecho de defensa implica que el defensor comparezca "*en todos los actos del proceso*", mientras que el Código Nacional dispone que el "*proceso penal*" comienza con la audiencia inicial y termina con la sentencia firme, lo cierto es que el procedimiento de ejecución de la pena exige también la garantía de este derecho, porque cualquier acto de autoridad privativo de derechos, debe ser precedido del cumplimiento de las reglas del debido proceso, de acuerdo con el principio previsto en el artículo 14 constitucional.

De manera particular, en el caso de las personas que se encuentran privadas de la libertad con motivo del cumplimiento de una pena de prisión, es una obviedad mencionar que conservan todos los derechos cuya restricción no es inherente a dicha sanción, es decir, todos los derechos que materialmente pueden ser ejercidos en prisión. Pero, además, es evidente que hay derechos específicos que surgen justamente con motivo de la imposición de la pena, que se relacionan con las condiciones en que ésta se ejecuta y con los beneficios penitenciarios.

El pleno goce del derecho a cumplir la pena en condiciones de dignidad e igualdad, y de hacer posible los fines de reinserción social que prevé el artículo 18 constitucional, requiere el pleno ejercicio del derecho de defensa adecuada, el cual debe ajustarse, en lo conducente, a las normas del Código Nacional, en virtud de la supletoriedad expresa que prevé la Ley Nacional de Ejecución Penal.⁶¹

Fuentes

Bibliografía

AGUILAR López, Miguel Ángel (coord.), *La implementación del sistema penal acusatorio*, J. M. Bosch, México, 2018.

⁶¹ Ley Nacional de Ejecución Penal, art. 8.

ALANÍS García, José Rogelio, *et al.*, *Código Nacional de Procedimientos Penales, en perspectiva, Reflexiones desde la Judicatura*, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2016.

BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2a. ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

HORVITZ Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, 1a. reimp., t. I, Editorial jurídica de Chile, Chile, 2008.

LARA González, Héctor, *Manual de derecho procesal penal, formas de conducción al proceso y audiencia inicial*, Colofón, México, 2017.

MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino*, t. I, 2a. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

SILVA García, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos, criterios esenciales*, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2011.

Jurisprudencia

Tesis [A.]: 1a. CXXIII/2004, de rubro DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXI, enero de 2005, Pág. 415, Reg. Digital: 179607.

Tesis [A.]: 1a. LIII/2014 (10a.), de rubro DERECHO FUNDAMENTAL DEL DETENIDO A SER PUESTO SIN DEMORA A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. ALCANCES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS GENERADAS POR LA VULNERACIÓN A TAL DERECHO. Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, Pág. 643, Reg. Digital: 2005527.

Tesis [A.]: P. XII/2014 (10a.), de rubro DEFENSA ADECUADA DEL INculpADO EN UN PROCESO PENAL. SE GARANTIZA CUANDO LA PROPORCIONA UNA PERSONA CON CONOCIMIENTOS TÉCNICOS EN DERECHO, SUFICIENTES PARA ACTUAR DILIGENTEMENTE CON EL FIN DE PROTEGER LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO Y EVITAR QUE SUS DERECHOS SE VEAN LESIONADOS, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, Pág. 413, Reg. Digital: 2006152.

Tesis [A.]: 1a. CCCXL/2015 (10a.), de rubro DERECHOS HUMANOS. TODAS LAS AUTORIDADES ESTÁN OBLIGADAS A CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETO Y GARANTIA, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, Pág. 971, Reg. Digital: 2010422.

Tesis [A.]: 1a. II/2016 (10a.), DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN. LA VEROSIMILITUD DE LOS ALEGATOS DE DEFENSA O DE LA VERSIÓN EXCULPATORIA DEL INculpADO, NO DEPENDE DE LA ESPONTANEIDAD CON LA QUE SE RINDE UNA DECLARACIÓN, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 26, enero de 2016, Tomo II, Pág. 968, Reg. Digital: 2010735.

Tesis [A.]: 1a. CCC/2016 (10a.), de rubro PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. ELEMENTOS A PONDERAR PARA DETERMINAR SI LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PERMITE CUESTIONAR LA FIABILIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 37, Diciembre de 2016, Tomo I, Pág. 375, Reg. Digital: 2013214.

Tesis de [J.]: 1a./J. 22/2016 (10a.), de rubro ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, Pág. 836, Reg. Digital: 2011430.

Tesis [J.]: 1a./J. 96/2017 (10a.), de rubro DERECHO FUNDAMENTAL A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. SU CONTENIDO ESPECÍFICO Y RELEVANCIA PARA GARANTIZAR UNA DEFENSA ADECUADA DE LOS EXTRANJEROS, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 48, noviembre 2017, Tomo I, Pág. 204, Reg. Digital: 2015594.

Corte IDH, Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Penal Federal.

Ley Federal de Defensoría Pública.

Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Ley Nacional de Ejecución Penal.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN EL SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO

*THE CONSTITUTIONAL CONTROL OF THE ABBREVIATED
PROCEDURE IN THE ACUSATORY PROCEDURAL SYSTEM*

Julio Veredín Sena Velázquez*

Resumen

La implementación del procedimiento penal acusatorio y oral en México ha implicado la configuración de diversas interpretaciones jurídicas, a fin de establecer su contenido conceptual y alcance. Aspecto que irradia al entendimiento del sistema desde la perspectiva cultural de la sociedad y del ámbito jurídico. En este esquema, se analizan los elementos definitorios y de aplicación del procedimiento abreviado como vía alterna de conclusión anticipada del proceso penal acusatorio y oral. Ello, a partir de la revisión de los casos resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Palabras clave: Procedimiento abreviado, juicio previo, presunción de inocencia, carga de la prueba, derechos humanos, valoración probatoria, datos de prueba.

* Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y por el Instituto Nacional de Ciencias Penales y Juez de Distrito del Poder Judicial de la Federación.

Abstract

The implementation of the accusatory and oral criminal procedure in Mexico, has involved the configuration of various legal interpretations, in order to establish its conceptual content and scope. This radiates to the understanding of the system, from the cultural perspective of society and from the legal field. In this scheme, the defining and application elements of the abbreviated procedure are analyzed, as an alternative way of anticipatory conclusion of the accusatory and oral criminal process. From the review of the cases analyzed by the First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation.

Keywords: Abbreviated procedure, previous judgment, presumption of innocence, load of the proof, human rights, probative assessment, test data.

1. Introducción

En la última década, las diversas reformas aplicadas al sistema jurídico mexicano generaron una visión distinta de entender y aplicar el Derecho. Ello, al consolidarse un cambio sustancial en estructuras jurídicas fundamentales que rigen el orden normativo del país, sin las cuales no es posible entender la aplicación y la práctica actuales del control jurídico de la actividad social por parte del Estado.

Afirmar que el orden jurídico constituye el medio de regulación y solución de los conflictos sociales es una premisa generalmente aceptable, a la que también corresponde la concepción de que el Derecho penal es la alternativa última de involucramiento del Estado y que se actualiza cuando ya no es viable alguna otra solución menos coercitiva. Sin embargo, el carácter periférico del Derecho penal de ninguna manera constituye un factor que le determine un rango de menor importancia, en realidad refleja la trascendencia que tiene en el esquema jurídico, mediante el ejercicio de la función de contención y control del orden social.

En el año 2008, el Constituyente permanente del Congreso de la Unión emitió el decreto de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), por el que transformó el sistema procesal penal para adoptar un modelo acusatorio y oral regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; y como respuesta a la concepción de ineficacia del modelo procesal penal tradicional de carácter predominantemente escrito.

Luego, en 2011, dos circunstancias trascendentales dieron lugar a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinara, mediante criterios de interpretación judicial, el parámetro de control de regularidad constitucional que actualmente rige en México; las cuales fueron la expedición de una nueva Ley de Amparo y la reforma al artículo 1o. de la Constitución.

Con ello, el Estado mexicano incorporó el reconocimiento de los derechos humanos al sistema jurídico nacional, en los términos descritos en el documento constitucional y en los tratados internacionales, dando la bienvenida a un orden constitucional dirigido a fortalecer el acceso a la justicia, la existencia de un recurso eficaz, acrecentar las reglas de observancia al debido proceso e interpretar las normas de manera progresiva en favor de las personas, entre otros avances jurídicos.

La incorporación de un nuevo sistema procesal penal ha llevado no solamente a configurar un proceso de asimilación horizontal y gradual, sino también a tener un entendimiento de conformación aleatorio e integral con el orden constitucional. De esta manera, la incorporación esquemática de un sistema procesal penal que permitiera al ciudadano el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, bajo las directrices delimitadas por los principios acusatorio y oral, desde una perspectiva de juicio, al mismo tiempo implicó tener presentes diversos procedimientos alternos a la conclusión de los asuntos mediante la vía ordinaria de juicio oral.

De esta manera, las modificaciones al orden jurídico nacional representaron un reto sustancial que implicó una transformación jurídica y cultural de la sociedad, a partir del entendimiento de que la tramitación de juicio oral es el proceso para determinar que una persona sea declarada penalmente responsable de la comisión de un delito e imponerle una sanción punitiva. No obstante, esta concepción debía entenderse sólo como una excepción a la regla.

Lo anterior implica, en esencia, que no todos los casos penales deberán resolverse con la tramitación de un juicio; ello ante la posibilidad de que se actualicen otras alternativas de atención a las denuncias de hechos posiblemente constitutivos del delito. Es decir, en los casos cuya investigación resulte irrelevante para el Estado, de manera que éste decida no atenderlos o aquellos en los que se privilegien acuerdos probatorios, o el acuerdo para imponer una sanción penal sin necesidad de tramitar un juicio.

En este tipo de casos especiales es en los que se incorpora el *procedimiento abreviado*,¹ previsto en la fracción VII del apartado A de la Constitución, mediante el cual se privilegia el acuerdo entre el Fiscal y el imputado (asistido jurídicamente), a efecto de concluir el proceso penal a través de una vía alternativa que permita al Estado concluir el asunto con menor inversión, ante la notable existencia de datos que permitan evidenciar que, de tramitarse el juicio, existe evidencia suficiente de que la persona será declarada culpable, en tanto que el imputado decide no continuar con un proceso ordinario, por lo que acepta que se adelante la declaratoria de culpabilidad y con ello obtiene como retribución una disminución en la pena que le correspondería. Lo que, sin duda, es resultado de un acuerdo entre las partes, en donde el juzgador interviene como un tercer

¹ El cual tiene como antecedente al llamado *plea bargaining* el cual "surgió en Estados Unidos de América a principios del siglo XIX, como una práctica del Ministerio Público, quien retiraba algunos de los cargos que pretendía hacer el acusado a cambio de que éste se declarase culpable. Véase Jesús Zamora Pierce, *El procedimiento abreviado*, INACIPE, México, 2014, p. 39.

observador y garante de los derechos de las partes, a fin de que estas últimas no sean defraudadas.²

La naturaleza especial de este procedimiento ha requerido una interpretación de la Suprema Corte. En este artículo abordaremos los enfoques que se dieron inicialmente al realizar el análisis del procedimiento abreviado con el voto particular emitido por el Ministro José Ramón Cossío Díaz y, posteriormente, el último posicionamiento del Alto Tribunal que dio origen a sendos criterios de la Primera Sala respecto de la naturaleza y elementos de procedencia de esta figura; de igual forma, se destaca el actuar del juzgador en los rubros de pruebas y determinación de la pena.

2. Amparo Directo en Revisión 4491/2013

El 2 de enero de 2014, la Suprema Corte admitió a trámite el Amparo Directo en Revisión 4491/2013.³ Recurso que fue interpuesto contra la resolución dictada por un Tribunal Colegiado en un juicio de amparo directo, en el que se reclamó la constitucionalidad de una sentencia dictada como resultado de un procedimiento abreviado.

² Esta forma de concluir anticipadamente el juicio tuvo poca aceptación al inicio, pero gradualmente fue adoptada por los fiscales e incluso los juzgadores al representar una disminución significativa de los asuntos de su competencia; pero quienes la recibieron con mayor prontitud fueron los acusados al ver una oportunidad de concluir su asunto con "beneficios", lo cual no observaban en la figura del *guilty plea*. Según este mecanismo, el Juez le pregunta al imputado en una etapa anterior a la realización del juicio, si se declara o no culpable. Si no se declara culpable, el proceso sigue adelante hacia la realización de un juicio que determinará o no su culpabilidad. Si, en cambio, se declara culpable, el juicio ya no es necesario, pasándose directamente a la etapa de determinación de la pena. Véase Julio B. J. Maier y Alberto Bovino (comps.), *El procedimiento abreviado*, Editoriales del Puerto s. r. l, Buenos Aires, 2001, p. 119.

³ SCJN, Amparo Directo en Revisión 4491/2013, Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. Primera Sala. Fallado el 9 de abril de 2014, por mayoría de cuatro votos de los Señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, y Presidente y Ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo, en contra del emitido por el Ministro José Ramón Cossío Díaz. Secretario: José Díaz de León Cruz. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=160125>

La relevancia del asunto radicó, esencialmente, en que el Tribunal Colegiado resolvió declarar inconstitucional la sentencia reclamada, por considerar que se vulneraron los derechos humanos de los quejosos al violarse reglas de valoración probatoria y, con ello, principios básicos que rigen el debido proceso, por ejemplo: la carga probatoria, la convicción de culpabilidad y la presunción de inocencia. Ello, bajo el argumento de que se otorgó eficacia demostrativa a un dictamen pericial para determinar el valor intrínseco del objeto material del delito.

La Primera Sala del Máximo Tribunal del país determinó avocarse al conocimiento y resolución de dicho asunto, por considerar que el Tribunal Colegiado había realizado una interpretación del artículo 20, apartado A, fracciones I, II, V, VII, VIII y IX, de la Constitución.

2.1 Antecedentes del asunto⁴

1. El agente del Ministerio Público inicia la integración de una carpeta de investigación con motivo del delito de robo calificado en agravio de una persona moral.
2. Una vez desahogada la audiencia de control de detención del imputado, un Juez de control y de juicio oral en el Estado de México dicta Auto de vinculación a proceso.
3. El imputado presenta ante el Juez de Control una solicitud de "procedimiento abreviado", misma que es acordada de conformidad. Lo anterior deriva en la resolución del Juez que dicta sentencia en el proceso penal acusatorio, estimando al imputado penalmente responsable de la comisión del delito de robo calificado.

⁴ Véase la sentencia dictada en el Amparo Directo en Revisión 4491/2013, pp. 6 a 9.

4. Contra tal determinación, el agente del Ministerio Público y el representante de la persona moral agraviada interponen recurso de apelación del cual conoce un Tribunal de Apelación, el cual resuelve modificar la sentencia condenatoria para incrementar las penas impuestas por el Juez de la causa.
5. El sentenciado promueve la demanda de amparo contra dicha resolución. De igual modo, el representante de la persona moral presenta demanda adhesiva. De ellas, conoce un Tribunal Colegiado que resuelve conceder la protección constitucional solicitada y declarar infundados los conceptos de violación esgrimidos por la persona moral agraviada en su amparo adhesivo.
6. En resumen, el concepto de violación hecho valer por el amparista, y que resultó suficiente para la concesión de amparo, trató primordialmente en que la Sala responsable, para determinar el valor intrínseco del objeto robado, otorgara valor probatorio a un dictamen pericial que no reunía los requisitos legales.
7. En consecuencia, el Órgano de control constitucional ordenó que la Sala responsable dejara sin efectos la resolución reclamada y en su lugar dictara otra en la que prescindiera del dato de prueba deducido del referido dictamen pericial en valuación y, satisfechos tales extremos, resolviera lo que en derecho procediera con respecto a las penas disminuidas que correspondiera imponer al quejoso.
8. Por lo anterior, el representante legal de la persona moral agraviada interpone un recurso de revisión.
9. Así, el 9 de abril de 2014, por mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez

Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprueba el proyecto presentado por el último de los nombrados, en el que resuelve confirmar la sentencia recurrida. El Ministro José Ramón Cossío Díaz emite voto en contra.

Esta resolución es el primer precedente en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza la interpretación del artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución, específicamente sobre la figura del procedimiento abreviado.

2.2 Análisis jurídico del caso

Ahora bien, los temas de relevancia abordados en aquella ocasión, medularmente, fueron los siguientes:

- i.* El proceso penal se rige por los principios de publicidad, contradicción, continuidad e inmediación, los cuales deben observarse también en el procedimiento abreviado.
- ii.* De conformidad con el artículo 20 constitucional, interpretado en términos de los numerales que regulan el procedimiento abreviado en el Código de Procedimientos Penales del Estado de México,⁵ se advierte que aun tratándose del procedimiento especial abreviado, el Juez está obligado a apreciar libremente los elementos aportados por el Ministerio Público (valoración de prueba).
- iii.* El Ministerio Público debe demostrar la existencia del delito y la responsabilidad penal del imputado para justificar la solicitud de condena en un procedimiento abreviado (carga de la prueba).

⁵ Véase arts. 383, párr. 1o.; 384, párr. 1o. y 385.

La sentencia anterior establece el análisis de las fracciones que integran el artículo 20, apartado A de la Constitución Federal. Al respecto, conviene transcribir el contenido de dicha porción normativa:

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 moda-

lidades 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 inculgado 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.

[...]

De acuerdo con la Primera Sala de la SCJN, al resolver el Amparo Directo en Revisión 4491/2013, del estudio de las fracciones I, II y V del apartado A del artículo 20 constitucional, se advierte la intención del legislador de establecer que los principios que rigen el sistema de justicia oral, incluyendo el procedimiento abreviado, son aplicables a todo el proceso. Los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación deberán observarse en todas las audiencias en las que las partes estén presentes y se ofrezcan pruebas, ya que la intención del constituyente es la de implementar un sistema garantista.

Lo anterior, de conformidad con el contenido de la fracción X del apartado A del artículo 20 ya señalado, el cual refiere que "Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio"; incluyendo el procedimiento abreviado.

En la sentencia se afirma que uno de los principios fundamentales del proceso acusatorio es, precisamente, el relativo a que la carga de la prueba corresponde

a la parte acusadora (que recae en la figura del Ministerio Público), a quien corresponde acreditar el delito y la culpabilidad del imputado, a través de aportar las pruebas que sean suficientes para tal cometido. En el caso del procedimiento abreviado, una vez que el imputado admite su participación en los hechos en conjunto con la existencia de medios de convicción suficientes para corroborar la acusación, el Juez debe citar a audiencia para dictar sentencia.

Así lo señaló el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia que forma parte del procedimiento legislativo que culminara con la reforma al texto constitucional de 18 de junio de 2008, y en el cual, en la parte que interesa, se advierte que:

Además de lo ya expuesto sobre la metodología de audiencias cabe indicar que los principios del proceso penal no sólo son aplicables al juicio propiamente dicho, sino a todas las audiencias en las que con intermediación de las partes se debata prueba. La fracción II de este apartado establece los principios de intermediación y de libre valoración de la prueba.

(...) de la interpretación armónica y sistemática del referido dispositivo constitucional, esta Primera Sala considera correcta la determinación del Tribunal Colegiado, en el sentido de que, aun tratándose del procedimiento especial abreviado, la autoridad judicial tiene la obligación no sólo de apreciar libremente los elementos aportados por el Ministerio Público en apoyo a su acusación, sino que también en ejercicio de tal atribución, el juez penal tiene la facultad de asignarle el valor que estime prudente, como se señala en la fracción II, del referido dispositivo constitucional, ya que sólo a través de la apreciación de los datos allegados por la parte acusadora, fracción V, el juez penal está en condiciones de lograr el esclarecimiento de los hechos y de concluir si es dable dictar sentencia condenatoria, por haberse demostrado plenamente la imputación.⁶

La sentencia analizada señala, asimismo –de conformidad con los artículos constitucionales 21, párrafos. 1o. y 2o, y 102, apartado A, que aun cuando se

⁶ Cámara de Diputados. *Gaceta Parlamentaria*, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007.

trate del procedimiento abreviado, el Ministerio Público tiene la obligación de demostrar los hechos en los que se basa su acusación y de justificar la procedencia de las penas que solicita al tratarse de la instancia investigadora de delitos.

Es decir, la sentencia impuso la obligación al Ministerio Público de aportar las pruebas (no datos de prueba) a fin de acreditar el delito y la culpabilidad del imputado; a su vez, el Juez de control debía de valorar dichas pruebas a fin de emitir su resolución. Lo anterior, afirma, en estricta observancia a los principios que rigen el sistema procesal acusatorio, principalmente los de intermediación y contradicción.

3. Voto particular del Ministro José Ramón Cossío Díaz

Contrario a lo señalado por la mayoría de los integrantes de la Primera Sala, el Ministro José Ramón Cossío Díaz emitió voto particular en el amparo directo en revisión 4491/2013. En sus argumentos de disenso, parte de la base de que el procedimiento abreviado "se instauró precisamente para privilegiar el acuerdo entre las partes y evitar la instrucción innecesaria de un juicio oral, en donde se desahoguen pruebas para demostrar hechos que las partes no tienen interés en cuestionar, pues lo único que tiene relevancia es la determinación de las penas que pueden imponerse".⁷

El Ministro señaló que dicho acuerdo entre las partes (el Ministerio Público y el imputado, siempre que no haya oposición fundada de la víctima u ofendido del delito), excluye el desahogo de pruebas, ya que se está ante la admisión de

⁷ SCJN, José Ramón Cossío Díaz, VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ EN RELACIÓN CON EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 4491/2013. *Engrose* al Amparo Directo en Revisión 4491/2013, ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo, 9 de abril de 2014, pp. 3 y 4.

la culpabilidad por parte del sujeto activo del delito. Aunado a lo anterior, en esta etapa del proceso penal oral no se actualizan los principios de mediación y contradicción, por lo que no es posible el desahogo y valoración de pruebas. Lo que se tiene entonces para resolver en el procedimiento abreviado son datos de prueba como parte de la investigación, sin que pueda hablarse de pruebas de acuerdo con lo expuesto en este apartado.

En el voto particular se abordan las etapas del sistema procesal acusatorio y oral, donde se advierte que es en la etapa del juicio en la que los principios señalados en el artículo 20 constitucional tienen mayor visibilidad e interacción. Es en esta fase en la que se desahogan los datos para configurar la prueba que es valorada por el juzgador de conformidad con el código procesal de la materia. Las tres fases –preliminar o de investigación, intermedia o de preparación a juicio y de juicio oral– presentan una secuencia de actos en los que deben ser observados los principios del sistema procesal acusatorio.

Lo que no se advierte en el procedimiento abreviado ya que, como su naturaleza lo refiere, consiste en un mecanismo de conclusión anticipada del proceso, donde la Constitución exige únicamente 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.

Una vez que el acusado acepta su participación en el hecho investigado, y decide someterse a las reglas del procedimiento abreviado, no se actualiza el principio de contradicción, habida cuenta de que no hay necesidad de demostrar la existencia del delito ni la culpabilidad del acusado, ya que las partes convienen en tener como base fáctica del procedimiento abreviado, precisamente, los datos que sustentan la acusación y que el agente investigador obtuvo hasta ese momento.

Adicional a lo anterior, entre los argumentos de disenso de la resolución de la mayoría de los Ministros integrantes de la Primera Sala, se encuentra el atinente a que no se puede considerar que los datos de prueba aportados por el Ministerio Público constituyan elementos de prueba, ya que no han sido desahogados en la etapa de juicio, por lo que no pueden alcanzar el rango de prueba. En lo anterior radica el error de partida de la resolución a la que llegaron en el Amparo Directo en Revisión 4491/2013.

Así, partir de la idea de que, indefectiblemente, tendrán que observarse los principios que rigen al sistema procesal acusatorio en el procedimiento abreviado, lleva a tener en consideración el principio de la carga de la prueba a cargo de la parte acusadora, que sustentara el Tribunal Colegiado al resolver sobre el amparo directo sometido a su consideración y resolución, lo cual fue confirmado por la Primera Sala del Máximo Tribunal, con la salvedad ya apuntada.

Además, el Ministro Cossío Díaz afirma en su exposición que "no es posible exigir que un dato de prueba deba reunir todas las condiciones formales y sustanciales que se requieren para tener el rango de prueba, a fin de que pueda ser considerado para efectos de dictar sentencia condenatoria como resultado de un procedimiento especial abreviado".

Lo anterior bajo la consideración de que el "dato de prueba" y la prueba propiamente dicha presentan claras diferencias: la principal, que el primero constituye un elemento para demostrar un hecho y la segunda es un medio de convicción que ha sido desahogado ante el juzgador.

El dato de prueba es, precisamente, el que sirve para tener por probados los hechos que sustentan la acusación del Fiscal en el acuerdo entre las partes para acudir al procedimiento abreviado. Por lo que no puede ser exigible que constituyan un elemento de prueba que tenga que ser desahogado para su validez, ya que en ese caso se desvirtúa el procedimiento abreviado cuya naturaleza y fin es concluir de manera anticipada el proceso; sin embargo, dichos datos de prueba

deben resultar suficientes para la emisión de la sentencia, ya que no puede sustentarse la misma únicamente con la aceptación de los hechos por parte del imputado.

4. Amparo Directo en Revisión 1619/2015

Dos años después de los primeros precedentes en los que la Primera Sala de la Suprema Corte estudió la figura del procedimiento abreviado contenido en el artículo 20 constitucional, a través de un amparo directo en revisión, emitió una nueva sentencia en la que por unanimidad de votos de los Ministros, se señaló que "...esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se aparta de los criterios establecidos en los amparos directos en revisión 4433/2013 y 4491/2013".⁸

La temática en este asunto es similar a la analizada en el amparo en revisión 4491/2013. Los aspectos de discusión están centrados en la pertinencia de aplicación del principio de carga probatoria de incriminación y de la valoración de prueba en el procedimiento acusatorio.

El estudio realizado en esta ocasión por la Primera Sala del Máximo Tribunal presenta un esquema introductorio, como base del análisis constitucional, en el que se comparan las diferencias substanciales entre el juicio oral y el procedimiento abreviado. Contraste que resulta relevante para entender la diferencia y alcance de cada alternativa, la primera de carácter ordinaria y la segunda como opción excluyente (regla *versus* excepción, aun cuando la intención legislativa

⁸ SCJN. Amparo Directo en Revisión 1619/2015, Ministro José Ramón Cossío Díaz. Primera Sala. Fallado el 16 de marzo de 2016, por unanimidad de votos de los Señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz (Ponente), Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández y Presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez. Página 39. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=179250>

da prevalencia a las vías alternas de solución del conflicto jurídico penal, de manera que el juicio oral sea la excepción).

En tal contexto, la Sala Constitucional precisó que el procedimiento procesal penal ordinario consta de tres etapas de desarrollo que comprenden desde el inicio de la investigación hasta la conclusión con el dictado de la sentencia (preliminar o de investigación, intermedia o de preparación a juicio y de juicio oral). Sin embargo, esta trayectoria procesal no es la misma por la que transita el procedimiento abreviado, porque esta figura constituye el supuesto legal para la terminación anticipada del juicio.

Por tanto, cada uno de estos supuestos –el ordinario y el anticipado–, aun cuando pudieren coincidir con las directrices enunciadas en el apartado A, fracción I, del artículo 20 constitucional, relativas al objeto del proceso penal de "esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen"; en realidad su esencia es totalmente distinta. Ello, derivado de la precisión que hiciera la Primera Sala en la citada resolución respecto a la amplitud y la acotación en el ejercicio de derechos por parte del imputado.

De manera que, en ningún caso se pretende que en el procedimiento abreviado se agoten cada una de las etapas ordinarias, máxime que la propia regulación secundaria refiere que "[e]l Ministerio Público podrá solicitar la apertura del procedimiento abreviado después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral".⁹

Bajo esta precisión, la Primera Sala señaló que no puede operar el principio de contradicción probatoria aplicable al procedimiento ordinario de juicio oral; por ende, tampoco procede llevar a cabo el análisis para acreditar los elementos del tipo penal y la plena responsabilidad del acusado.

⁹ Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), art. 202.

¿Cuál es el sustento de la afirmación anterior? Del análisis de interpretación constitucional realizado por la Primera Sala de la SCJN se derivó de la connotación de la naturaleza del procedimiento abreviado, a fin de determinar las figuras jurídico procesales que les son compatibles o aquellas que rechaza.

En tal sentido, se determinó que no tienen lugar las etapas de ofrecimiento y producción de prueba en el procedimiento especial abreviado, habida cuenta que la existencia de un acuerdo previo entre el Ministerio Público y el imputado (sin oposición fundada del sujeto pasivo del delito) da pauta a la acusación a partir de los *datos de prueba* que constituyen antecedentes de la investigación.

Tal énfasis es relevante porque determina el rechazo o incompatibilidad de principios generales que son reglas en el procedimiento ordinario de juicio oral, tales como la inmediatez, el desahogo de prueba, la contradicción y la valoración de pruebas.

Lo anterior no soslaya la delimitación de la actuación del Juez de control en el procedimiento abreviado, quien únicamente debe constreñirse a dirigir la audiencia en la que el Fiscal y el imputado asistido de su defensor expondrán el acuerdo al que han llegado, a fin de acceder a la terminación anticipada del proceso. Sin embargo, esta dirección está vinculada a que el juzgador se configure como un ente garante de los derechos humanos de las partes y, con ello, a verificar que estén satisfechas todas las condiciones que exige el ordenamiento procesal penal para la procedencia del procedimiento abreviado.

De esta manera, una vez que solicita el procedimiento abreviado, el Ministerio Público deberá presentar la acusación conforme a lo dispuesto en el artículo 201 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).¹⁰

¹⁰ La acusación deberá contener la enunciación de los hechos que se atribuyen al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y el monto de reparación del daño.

La excitativa para la tramitación judicial del procedimiento abreviado, en términos de la legislación secundaria, es una facultad del órgano de acusación, y es ante la cual la víctima u ofendido puede presentar oposición fundada. del hecho que la ley sanciona como delito y que es materia de la investigación.

En consecuencia, cuando la víctima u ofendido no presenta oposición (o de hacerlo ha sido desestimada), corresponde al Juez de control verificar en la audiencia que el imputado: se encuentre informado del derecho a ser juzgado en juicio oral y del alcance del procedimiento abreviado; haya renunciado al primero y consienta la aplicación del segundo; haya admitido su intervención o participación en el delito que se le imputa; y acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación.

En este orden, resulta claro que el acusado se coloca en una posición en la que se excluye el principio de contradicción probatoria, reconocido en el artículo 20 constitucional, toda vez que los datos de prueba contenidos en la acusación ya constituyen hechos expresamente aceptados.

Así lo determinó la Primera Sala en la resolución citada, al afirmar:

Elo, porque ya no estará en debate demostrar la comisión del hecho delictivo ni la culpabilidad del acusado, mediante elementos de prueba; pues las partes convienen en tener estos presupuestos como hechos probados a partir de los medios de convicción en los que se sustenta la acusación, con la finalidad de que la autoridad judicial esté en condiciones de dictar sentencia.¹¹

De acuerdo con el análisis de la Primera Sala, la aceptación de los hechos por parte de imputado deriva de la ponderación que él mismo realiza respecto de la

¹¹ SCJN, José Ramón Cossío Díaz, VOTO PARTICULAR...., ya citado, *supra* nota 7.

totalidad de los datos de prueba obtenidos hasta antes del dictado del auto de apertura a juicio oral, entre ellos, aquellos con los que la defensa propone excluirlo de responsabilidad; y sin embargo, en un ejercicio de contraste, concluye que existe alta probabilidad de que le sea dictada una sentencia condenatoria. De ahí, que decida aceptar los hechos en los que basa la acusación del Ministerio Público, a fin de aceptar la conclusión anticipada del proceso, dado que el caso no presenta alguna alternativa de exculpación. Por ello, ante la inminente condena, el imputado acepta la responsabilidad atribuida por la Fiscalía a cambio de obtener una sanción disminuida, como respuesta a la cooperación para concluir el juicio de forma prematura, sin necesidad de instaurar el juicio oral.

Por lo anterior es que no cabe la observancia de las etapas de presentación y desahogo de pruebas ante el Juez; en cambio, previo análisis estricto de verificación de los presupuestos de procedencia, el Juez en la audiencia respectiva concederá la palabra a la representación social para que exponga la acusación, refiriéndose para ello a las actuaciones y diligencias realizadas.

Esto es, la procedencia del procedimiento abreviado no depende del ejercicio de valoración de los datos de prueba que sirvieron al Ministerio Público para sustentar la acusación, porque estos son aceptados por las partes; sino de la revisión de los requisitos de procedencia descritos en el artículo 201 del CNPP. Y al no advertirse la aplicación de los principios de inmediación y contradicción en el procedimiento abreviado, no surge la obligación legal del Juez de control de valorar los datos de prueba que sustentan la acusación, aunado a que ello sólo puede verificarse en la etapa del juicio y el procedimiento que se viene estudiando no contempla el agotamiento de las fases del proceso oral, al tratarse de un mecanismo de conclusión anticipada del mismo.

Adicionalmente, la Primera Sala refirió que para la procedencia de la solicitud del procedimiento abreviado debe haberse dictado el auto de vinculación a proceso, en el cual el Juez de control ya realizó el estudio de los datos de prueba

aportados por el Ministerio Público y los mismos fueron suficientes para corroborar que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que existe la posibilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

En ese tenor, en el procedimiento abreviado el Juez de control únicamente debe verificar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción reseñados por el Ministerio Público, como parte de la procedencia del procedimiento de terminación anticipada del proceso penal acusatorio. De esta forma se garantiza que, no obstante el imputado acepte haber cometido o participado en la comisión del hecho que la ley prevé como delito, dicha circunstancia no sea la única para dar inicio al procedimiento abreviado, sino que además existan elementos de convicción que sustenten la acusación.

Conforme a la directrices detalladas, la Primera Sala de la Suprema Corte delimita el alcance interpretativo de fracción VII del apartado A del artículo 20 constitucional al enfatizar que podrá decretarse la terminación anticipada del proceso penal siempre que el imputado reconozca que cometió o participó en la comisión del delito que se le imputa y existan medios de convicción suficientes para corroborar la imputación.

Ahora bien, ¿qué significa la connotación de existencia de medios de convicción suficientes para corroborar la imputación?

La Primera Sala señaló que tal locución no debe entenderse como la valoración probatoria por parte del juzgador para tener por demostrada la acusación del Ministerio Público, sino que dichos medios de convicción constituyan datos de prueba adicionales a la aceptación de la participación del imputado en los hechos constitutivos de delito.

La precisión del Tribunal Constitucional da respuesta a la interrogante planteada, de manera que el enunciado constitucional no puede entenderse como una

exigencia de que el juzgador deba realizar un contraste valorativo de los datos de prueba a fin de determinar si los mismos, por una parte, son elementos lícitos de forma individual y asignarles un grado de eficacia demostrativa para afirmar la existencia de un hecho, y por otra, realizar de ellos un juicio analítico para determinar los hechos que deban tenerse por probados.

En realidad, el calificativo de suficiencia de medios de convicción para corroborar la imputación, establecido en el artículo 20 constitucional, apartado A, de acuerdo a lo establecido por la Primera Sala de la SCJN, implica considerar como uno de los presupuestos necesarios para admitir la terminación anticipada del proceso, mediante el procedimiento abreviado, la exigencia de que el reconocimiento del imputado de haber cometido o participado en la comisión del delito, como elemento único existente, no puede considerarse suficiente para sustentar el dictado de la sentencia respectiva.

Desde una perspectiva general, aquí se está introduciendo un estándar de respaldo de información, relacionado con la apreciación del reconocimiento que hace el imputado como centro de corroboración objetiva. El entendimiento de esta formulación es relevante para determinar la forma en que debe apreciarse dicho reconocimiento y la delimitación del juzgador para corroborarlo. Evidentemente, el planteamiento no es sencillo, frente a la tradición del juzgador de ser él quien determina si un hecho está probado, a partir del análisis de los elementos que le presentan por las partes; de manera que es el juzgador quien termina por decidir si un hecho debe considerarse como existente y derivar las consecuencias jurídicas aplicables.

En el procedimiento abreviado la formulación es totalmente distinta. Las partes acuerdan tener por existente un hecho, con total abstracción del contraste de demostración probatoria. Con este acuerdo, las partes excluyen la confrontación natural que ordinariamente se presenta en un juicio, donde la pregunta que sigue a una afirmación es enunciar los elementos con los que el emisor la demuestra.

Lo cual puede ser controvertido por la contraparte y replantear la exigencia del hecho que se afirma. Así, el juzgador es a quien se delega realizar un juicio de apreciación de todos los elementos presentados en el caso, para valorar en principio de manera individual y luego en conjunto, a fin de sustentar la decisión sobre si existió el hecho afirmado por una de las partes o no fue así, ya sea porque no se probó por el oferente o porque los elementos que fueron presentados no permiten tal circunstancia o la contraparte los desvirtuó.

Las premisas son distintas en el procedimiento abreviado. En éste –como base del planteamiento–, *A* y *B* sostienen que aconteció un hecho y cuya existencia no se cuestiona. Hay un acuerdo de que las cosas acontecieron íntegramente tal como las afirma la Fiscalía, y el imputado (asistido por una defensa técnica) acepta que ello es así, sin discusión al respecto. Ante tal circunstancia, ambas partes acuden ante el juzgador para que brinde validez jurídica a las consecuencias legales que derivan de la comisión del hecho delictivo que es reconocido por el imputado. En un contexto ordinario podría asimilarse tal acontecimiento a un allanamiento sustancial de las pretensiones del actor; en cuyo escenario, al juzgador solamente le corresponde declarar las consecuencias jurídicas aplicables.

Sin embargo, la norma constitucional impone al juzgador la obligación de la corroboración objetiva del reconocimiento de culpabilidad con otros datos de prueba que le quitan el carácter de elemento aislado, al mismo tiempo que permiten definir que el acuerdo de las partes tiene sustento con la adición de otras fuentes de información pertinentes e idóneas para ello.

De esta manera, la fórmula se visualiza de la siguiente manera: *A* y *B* acuerdan que aconteció *C*, porque *B* lo reconoce, y ambas partes coinciden que esta afirmación está respaldada por los datos 1, 2, 3, etcétera. Ante ello, la integración de las premisas, por parte del juzgador, no está dirigida a que responda si con los datos (1, 2, 3...) se demuestra *C*, a partir del sometimiento de los primeros a un

examen estricto de las reglas de valoración de la prueba. La apreciación de la premisa de reconocimiento debe ser objetivamente apreciada por el juzgador, a manera de definir que *C* existe, no sólo porque lo dice *A* y de ello está de acuerdo *B*; sino porque ambas partes coinciden en que tal afirmación está respaldada por los datos (1, 2, 3, ...), los cuales se refieren al hecho y están relacionados al mismo, de forma tal, que son objetivamente idóneos para concluir que puede tenerse como creíble la afirmación y el reconocimiento de *A* y *B*.

Dicha formulación se configura como una garantía de protección de los derechos de las partes, a fin de que las pretensiones que derivan de acordar una forma anticipada de concluir el proceso, no se vean defraudadas. Primero, porque el juzgador aprecia que se reúnan todos los presupuestos legales para la procedencia del procedimiento abreviado, y segundo, porque la afirmación de la Fiscalía respecto a que *C* es tal no sólo está basada en el reconocimiento del imputado, sino porque de tal aseveración existen los datos (1, 2, 3...) que así lo informan. De manera que si esos datos son de la clasificación ontológica de *C*, es procedente determinar las consecuencias jurídicas validadas de facto por las partes.

Es así como la Primera Sala, con votación unánime, precisó el alcance, la naturaleza y la procedencia de la figura del procedimiento abreviado, mediante una formulación totalmente opuesta a lo resuelto en el Amparo Directo en Revisión 4491/2013.

Con esta decisión resurgió una nueva respuesta a la pregunta originalmente planteada: ¿los principios que rigen el proceso penal ordinario acusatorio y oral son aplicables al procedimiento abreviado?

El planteamiento es, al final, contestado en sentido negativo por el Tribunal Constitucional. De manera que, considerar en el procedimiento especial abreviado la observancia de los principios señalados en el artículo 20 de la Consti-

tución, sería otorgarle la connotación del procedimiento ordinario de juicio oral en donde el juzgador debe verificar que el Agente del Ministerio Público exhiba las pruebas que funden la acusación y la autoridad judicial las valore a fin de emitir una resolución.

Por ende, el principio de contradicción, por acuerdo de las partes, es inaplicable en el procedimiento abreviado; lo que conlleva a la imposibilidad de valorar las pruebas, bajo el entendido de que no existe contienda, porque la menor diferencia hace que se fracture de manera irremediable el consenso de la forma de terminación anticipada del proceso.

Sobre este tema, en el ámbito doctrinal se advierte la referencia siguiente: "el proceso penal no es sino una contienda entre acusador y acusado, sólo existe una controversia si este último se declara no culpable, ya que (en el procedimiento abreviado) no existe disputa alguna sobre la que el Juez o jurado puedan resolver, ya que el acusado se ha 'allanado' a la pretensión del acusador, y entonces sólo resta determinar la pena".¹²

En el mismo sentido, el doctor Alfonso Pérez Daza señala:

(...) la renuncia del acusado al juicio oral, como requisito de admisión del procedimiento abreviado, también trae aparejada la renuncia al principio de contradicción; aunado a que la verificación de la concurrencia de medios de convicción que corroboran la acusación es un requisito de admisibilidad, por lo que una vez admitido el procedimiento se excluye la posibilidad de que los elementos de convicción aportados por el Ministerio Público puedan ser objeto de un análisis de valoración por el Juez de Control, pues del estudio de las normas que regulan la tramitación del procedimiento abreviado, no se prevé que el Juez de Control al resolver tenga facultades para realizar un ejercicio de valoración probatoria, como el que se hace de forma ordinaria en el juicio oral.¹³

¹² Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, *El procedimiento abreviado*, op. cit., p. 119.

¹³ Alfonso Pérez Daza, "Procedimiento abreviado. Análisis de la posibilidad de absolucón" en Aguilar López, Miguel Ángel, (coord.), *La implementación del sistema penal acusatorio*, J. M. Bosch, México, 2018, p. 24.

Lo anterior también ha sido motivo de una disertación formulada por Luigi Ferrajoli, jurista italiano, autor de la teoría del garantismo penal, quien define como "proceso entre partes" a:

(l) la negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio [...] El contradictorio, de hecho, consiste en la confrontación pública y antagónica, en condiciones de igualdad entre las partes. Y ningún juicio contradictorio existe entre partes que, más que, contender, pactan entre sí en condiciones de desigualdad.¹⁴

La referencia anterior incita a cuestionar si las partes que concurren en un acuerdo de procedimiento abreviado están en igualdad de condiciones, pues ello deriva de la consideración de diversos factores de apreciación de las figuras relacionadas, así como del entendimiento del orden jurídico nacional, y muestra que existe consenso sobre la diferencia esencial de esta forma anticipada del proceso frente al procedimiento ordinario de juicio oral.

5. Directrices de la interpretación judicial

Por la trascendencia de la resolución y al tratarse de una interpretación directa de un precepto de la Constitución, la sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo en revisión 1619/2015 generó diversas tesis que dan cuenta de los argumentos esgrimidos en la sentencia en estudio, a fin de orientar el trabajo jurisdiccional en lo atinente a la naturaleza jurídica y el alcance del procedimiento abreviado en el sistema procesal penal acusatorio y oral.

Los rubros de las tesis son los siguientes:

¹⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 748.

1. Procedimiento Abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que "existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación", previsto en el artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁵
2. Procedimiento Abreviado. Diferencias jurídicas entre los conceptos "confesión" conforme al sistema procesal penal tradicional mixto/escrito, y "reconocimiento" o "aceptación" del hecho señalado en la ley como delito, acorde al sistema procesal penal acusatorio.¹⁶
3. Procedimiento Abreviado. La aceptación total del imputado de la acusación, en los términos en que la formula la fiscalía o el Ministerio Público, tiene una consecuencia jurídica trascendental (legislación del Estado de Durango).¹⁷
4. Procedimiento Abreviado. Parámetros de interpretación constitucional que rigen su procedencia y tramitación, en términos del artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en correlación con los artículos 418 a 423 del Código Procesal Penal del Estado De Durango.¹⁸
5. Procedimiento abreviado previsto en el artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁵ Tesis [A]: 1a. CCXII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, agosto de 2016. Reg. Digital: 2012313.

¹⁶ Tesis [A]: 1a. CCIX/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, agosto de 2016. Reg. Digital: 2012314.

¹⁷ Tesis [A]: 1a. CCXI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, agosto de 2016. Reg. Digital: 2012315.

¹⁸ Tesis [A]: 1a. CCXIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, agosto de 2016. Reg. Digital: 2012316.

Consideraciones que pueden ser materia de cuestionamiento constitucional en el juicio de amparo directo promovido contra la sentencia definitiva derivada de aquél.¹⁹

Criterios todos de interpretación judicial, con los cuales se configura la naturaleza jurídica, alcances y límites del procedimiento abreviado como forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio, previsto en la fracción VII del apartado A del artículo 20 de la Constitución, el cual de conformidad con el artículo 201 del CNPP, ordenamiento adjetivo actualmente vigente en todo el país, se actualiza cuando el Agente del Ministerio Público –previo acuerdo con el acusado– solicita el inicio del procedimiento abreviado ante el Juez de control. Hecho lo anterior, en la audiencia respectiva, la representación social debe formular la acusación, con la enunciación de los hechos que se atribuyen al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y el monto de reparación del daño. En el mismo acto, el Juez de control deberá verificar que la víctima u ofendido no presente oposición y además que el imputado se encuentre informado de su derecho a un juicio oral y del alcance del procedimiento abreviado; haya renunciado al primero y consienta la aplicación del segundo; haya admitido su responsabilidad por el delito que se le imputa y acepte ser sentenciado con los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación.

Presentada la solicitud, en términos del numeral 205 del CNPP, el propio juzgador verificará que los elementos de convicción que sustenten la acusación se encuentren debidamente integrados en la carpeta de investigación, previo a resolver sobre la autorización del procedimiento abreviado. De ser procedente, escuchará a las partes, dejando al acusado en último lugar de intervención. Concluido lo anterior, emitirá una resolución en la que no podrá imponer una

¹⁹ Tesis [A]: 1a. CCX/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, agosto de 2016. Reg. Digital: 2012317.

pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado.

Ahora bien, como se ha descrito en el presente artículo, la interpretación inicial de la Primera Sala de forma restrictiva consideró que el procedimiento abreviado tenía el mismo estatus que el proceso ordinario de juicio oral; en consecuencia, la interpretación que en ese momento el Ministro José Ramón Cossío Díaz consideró que desconfiguraba por completo el proceso penal acusatorio.

Este cambio de criterio no constituye una simple ambivalencia, en realidad es resultado de una reflexión seria del máximo tribunal del país sobre la naturaleza y alcance de las figuras jurídicas que tienen coexistencia en el sistema procesal penal acusatorio y oral de reciente introducción y actualmente en etapa de consolidación en México.

En esta línea de análisis han secundado otros criterios que dan contenido y refuerzo a la interpretación constitucional del procedimiento abreviado, entre los que se encuentran las tesis aisladas registradas con los números 2014102 y 2014103 de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, las cuales definen temáticas relacionadas con la imposibilidad de analizar aspectos como la forma de detención, actos de tortura e incomunicación en el procedimiento abreviado, declarándola improcedente.

6. Temas pendientes

El procedimiento abreviado representa una figura que merece un análisis desde varios puntos de vista. La Primera Sala de la SCJN llevó a cabo un gran aporte a la comunidad jurídica al precisar: la naturaleza de esta forma de terminación anticipada del juicio oral; la connotación y los alcances del presupuesto de procedencia consistente en que "existen medios de convicción suficientes para

corroborar la imputación"; diferencias jurídicas entre los conceptos "confesión" conforme al sistema procesal penal tradicional y "reconocimiento" o "aceptación" del hecho señalado en la ley como delito, acorde al sistema procesal penal acusatorio; la consecuencia jurídica trascendental de la aceptación total del imputado de la acusación en los términos en que la formula la fiscalía; los parámetros de interpretación constitucional que rigen su procedencia y tramitación, en términos del artículo 20, apartado a, fracción VII de la CPEUM; y, las consideraciones que pueden ser materia de cuestionamiento constitucional en el juicio de amparo directo promovido contra la sentencia definitiva derivada del procedimiento abreviado, entre otros.

Sin embargo, quedan algunos temas pendientes por revisar a fin de fortalecer el trámite y la decisión en el procedimiento abreviado, los cuales se relacionan con la función jurisdiccional. Enseguida enunciaremos algunos de ellos.

6.1 Decisión judicial para la determinación de la pena aplicable

Con motivo del alto volumen de procesos penales y la saturación en la labor de los fiscales investigadores y juzgadores, diversos países han implementado procedimientos simplificados de solución similares al procedimiento abreviado. Este mecanismo de terminación anticipada del proceso ofrece al acusado poder acordar con el agente del Ministerio Público la brevedad de su juicio e incluso, la disminución de la pena que le pudiera corresponder en caso de optar por el juicio oral en sus tres fases. Lo anterior bajo la supervisión del Juez de Control y considerando la garantía del pago de la reparación del daño en favor de la víctima.

Sin embargo, un tema que es objeto de cuestionamiento es, si con esta forma de terminación anticipada, el acuerdo entre las partes anula la facultad constitucional y por esencia del juzgador, de ser él quien determina la pena que debe imponerse y su duración.

La materia del debate se centra en dejar al acuerdo de las partes este rubro y con una ventaja desproporcional al Ministerio Público, de manera que a corto plazo, la aspiración del legislador respecto a esta forma anticipada de concluir el proceso se vea anulada. Por una parte, porque queda al total arbitrio del Ministerio Público decidir el tipo y duración de la pena que habrá que cumplir el sentenciado en procedimiento abreviado. Y, con ello, disolver por completo la facultad del juzgador de definir la pena.

Este es un tema muy sensible que, al paso del tiempo, deberá ponerse en la mesa de discusión, a fin de establecer si es factible que las partes puedan convenir un límite máximo de aplicación de sanción, como parámetro del acuerdo a cambio de la responsabilidad aceptada por el imputado; pero que sea factible que la decisión sobre el límite y tipo de pena la conserve el juzgador, sin poder exceder del acuerdo entre las partes, pero con la posibilidad de aplicarla a cada caso en concreto.

6.2 Apertura del procedimiento abreviado a solicitud del imputado

En términos de la redacción del párrafo VII, apartado A, del artículo 20 constitucional, así como del numeral 201 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se advierte que la facultad exclusiva para solicitar el inicio del procedimientos abreviado recae en la Fiscalía.

El señalamiento en este rubro radica en que si se trata de un procedimiento de conclusión anticipada del proceso acusatorio, el cual deriva y privilegia el acuerdo entre las partes, lo procedente sería que cualquiera de ellas pudiera instar el procedimiento y el juzgador sea quien determine la procedencia de la misma.

Entre las primeras legislaciones locales, aplicables a diversas entidades del país, se reconocía que el imputado tenía legitimación para solicitar el procedimiento abreviado. Y ante ello, se debate si esa posibilidad de instar es una alternativa

viable, porque con ello, la negativa de la fiscalía a proponer esa forma de terminación anticipada del proceso podría someterse a control judicial, de manera que no quede incólume la facultad del Ministerio Público de decidir si insta o no tal acción. Ello en aras de hacer más equitativa la posibilidad de acceder al procedimiento abreviado.

Sin embargo, el tema tiene varias aristas que deben considerarse. Entre ellas, que el procedimiento abreviado constituye un acuerdo entre partes. De manera que perdería tal carácter si a una de las partes se le obliga a incorporarse a un debate frente al cual no tiene interés o va en contra del mismo. De esta manera, la intervención del juzgador se configuraría como un elemento coactivo para que la parte que no desea el procedimiento abreviado se someta al debate.

Uno de los factores relevantes es que la Fiscalía no solamente tiene la obligación de ejercer las acciones penales tendentes a la judicialización de las acusaciones, sino que también tiene arbitrio para decidir la trascendencia de los casos y establecer en cuáles tiene interés en que se dicte una sentencia derivada de procedimiento abreviado o de juicio oral.

7. Conclusiones

La implementación del proceso penal acusatorio en México constituyó un gran cambio en instrumentos normativos; pero el reto actual es lograr en la sucesiva etapa de consolidación un cambio cultural en la sociedad.

Es importante considerar que la apuesta legislativa fue que un gran porcentaje de asuntos judicializados encontraran remedio a través del uso de medios alternos al juicio, como por ejemplo, el acuerdo probatorio y la suspensión del proceso a prueba o la conclusión anticipada mediante el procedimiento abreviado. Y así, solamente un mínimo número de casos sean los que deban transitar por todas las etapas del procedimiento ordinario y concluir con una sentencia en juicio oral.

Por ello, es trascendental sentar las bases de interpretación constitucional de las diversas figuras jurídicas que incorporó el sistema procesal penal acusatorio y oral, a fin de que culturalmente logre permear el entendimiento del mismo.

El procedimiento abreviado, sin duda, constituye una vía alterna para despresurizar el sistema procesal penal, pero por su connotación, que implica la existencia de una decisión judicial sobre la existencia de un delito, la definición de atribución de responsabilidad de una persona y la aplicación de penas, sin el seguimiento de un juicio en estricto sentido, requiere de pautas sólidas para su entendimiento y aplicación jurídica.

No se trata únicamente de hacer uso de las vías alternativas de resolución de conflictos jurídico-penales, sino que las mismas sean acorde al orden normativo y con pleno respeto a los derechos humanos de las personas que intervienen en el mismo. De ahí la trascendencia de la definición de criterios establecida por la Primera Sala de la SCJN, porque permite establecer un lindero claro sobre la naturaleza, entendimiento jurídico y forma de aplicación del procedimiento abreviado. Debe ser entendido como un mecanismo que difiere por completo del proceso ordinario de juicio oral, de ahí que merezca concretizar su distanciamiento jurídico normativo y los límites de los principios que le son aplicables.

En resumen, el procedimiento abreviado es una posibilidad de solución de una contienda judicial penal que admite el imputado, quien deberá contar con asistencia de una defensa técnica adecuada y con la exclusión de algunos de sus derechos, con pleno conocimiento de sus consecuencias, a fin de beneficiarse con la imposición de una sanción menor a la que se le pudiera imponer en caso de recibir una sentencia condenatoria al concluir el juicio oral. Entre estos principios, resalta la renuncia a tener un juicio previo; a ofrecer y desahogar pruebas; a debatir y argumentar en juicio oral; a que sea demostrada su culpabilidad, mediante la valoración de las pruebas desahogadas en juicio, bajo una conclusión fuera de toda duda razonable; así como, a la renuncia del principio de presunción de inocencia.

Por ello es importante considerar los parámetros que al respecto ha delineado el máximo tribunal del país. En aras de lograr el respeto máximo de los derechos de las personas involucradas en un proceso penal, como aquellos de los que se ha dado cuenta en el presente documento.

Fuentes

Bibliografía

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995.

MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Editoriales del Puerto s. r. l., Buenos Aires, 2001.

PÉREZ DAZA, Alfonso, "Procedimiento abreviado. Análisis de la posibilidad de absolucón", en AGUILAR López, Miguel Ángel (coord.), *La implementación del sistema penal acusatorio*, J. M. Bosch, México, 2018.

ZAMORA Pierce, Jesús, *El procedimiento abreviado*, INACIPE, México, 2014.

Jurisprudencia

Amparo Directo en Revisión 4491/2013, Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. Primera Sala. Fallado el 9 de abril de 2014, por mayoría de cuatro votos de los Señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, y Presidente y Ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo, en contra del emitido por el Ministro José Ramón Cossío Díaz. Secretario: José Díaz de León Cruz. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=160125>

Amparo Directo en Revisión 1619/2015, Ministro José Ramón Cossío Díaz. Primera Sala. Fallado el 16 de marzo de 2016, por unanimidad de votos de los Señores

Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz (Ponente), Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández y Presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

Reseña

Pizzi, William T.,

**Trials Without Truth. Why Our System of Criminal Trials Has Become
an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It,
New York University Press, Nueva York-Londres, 1998¹**

Parece sensato afirmar que, al menos en Occidente, no se necesita ser jurista para tener una idea relativamente clara sobre algunas de las características más notables del modelo de enjuiciamiento penal adoptado por los Estados Unidos de América. Al pensar en él, automáticamente evocamos a personajes con roles casi estereotípicos: un experimentado Juez en toga, un atento y silencioso jurado, testigos atribulados por los dotes excepcionalmente histriónicos de abogados defensores y, claro, una persona inculpada que tímidamente espera su veredicto. El imaginario colectivo asume que este diseño procesal tiene todas las características que un sistema agresivamente adversarial debe tener.

Por ello, no resulta extraño que países como el mío (México) también hayan cultivado, casi por inercia, una especie de veneración hacia ese arquetipo. Las

¹ La obra ha sido traducida al español con el título *Juicios y Mentiras: Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense* (Editorial Tecnos, España, 2004).

facultades de Derecho suelen prepararnos para desear que el juicio se asemeje a una contienda vigorosa, donde sea posible someter la evidencia criminal al criterio más elemental de justicia (propio de los ciudadanos ordinarios) y de la cual, además, sea posible esperar resultados legítimos y públicamente deliberados.

El libro de William Pizzi, *Trials Without Truth*, constituye una crítica despiadada al sistema de los Estados Unidos, país que enarbola tal idealización. A partir de un análisis comparado con modelos de países de Europa continental y tomando precedentes de la Suprema Corte, el autor exhibe un mecanismo en franco estado de descomposición. Lo encuentra inexplicablemente obsesionado por reglas innecesarias, contraintuitivas y falsamente protectoras. El problema aquí, a juicio del autor, es el diseño del sistema mismo. Son sus propias normas las que le impiden cumplir las promesas que pregona.

Pizzi escribe en 1998. Momento en el que, según da cuenta, existe un desencanto generalizado frente al sistema de justicia penal en su país. El público ha podido observar, con decepción, el fallido desenlace de casos emblemáticos con los que siente algún grado de identificación, como el de O. J. Simpson y el de Rodney King, este último violentamente agredido por policías que finalmente resultaron absueltos.

Estos y muchos otros casos revelan un problema con el lenguaje a través del cual se articulan los juicios penales en Estados Unidos. La retórica preeminente sigue la lógica de "ganadores contra perdedores". La contienda penal asigna una importancia injustificada al talento argumentativo del abogado, descuidando con ello la sustancia del caso en sí. Además, los criterios de revisión en segunda instancia hacen que Jueces y jurados (árbitros de la contienda) encuentren incentivos para actuar con rigidez desmesurada y soslayar la búsqueda de la verdad.

Utilizo los términos "juego", "ganadores", "perdedores" porque ese es el lenguaje que Pizzi, explícitamente, considera apropiado para describir la fenomenología del proceso penal de su país. El primer capítulo de la obra no es más que una comparación crítica entre las reglas del fútbol *soccer* y las del fútbol americano (*football*). Su objetivo es denunciar la aparente adicción que siente esta cultura por formalidades un tanto ociosas e imposibles de cumplir. Mientras el fútbol *soccer* privilegia la fluidez, admite el error y celebra la espontaneidad, el fútbol americano adora los tecnicismos procesales y mantiene una fe autocomplaciente en la ilusión del arbitraje perfecto. Estas conclusiones son extrapolables al análisis que resulta de comparar el sistema penal de Estados Unidos (amante del fútbol americano) con el de otros países de Europa continental (amantes del *soccer*), a los que la obra dedica varias líneas posteriormente.

Tanto en los juegos como en los procesos penales, la cultura estadounidense opera con la falsa premisa de que todos sus movimientos deben –pero sobre todo que *pueden*– ser racionalizados y sometidos a un escrutinio altísimo. Cada intento de "jugada" es interrumpido por objeciones *formales* de la contraparte. Todas las réplicas y contrarréplicas suelen requerir la más escrupulosa atención del Juez. Su rol se reduce a decretar pausas secuenciales, siempre para discernir la validez de cada avance (por mínimo que sea) a la luz de un Código de Evidencia estructurado en términos sumamente complejos.

Por si eso fuera poco, enaltecer la disciplina del proceso (o asumirla como un valor en sí mismo) favorece sólo a quienes cuentan con la capacidad económica para contratar abogados privados. Los recursos de la defensoría pública difícilmente pueden costear la infinita resistencia que esta travesía parece necesitar. Por todo ello, Pizzi estima que demasiada devoción por la pureza del juego puede ser contraproducente. Una contienda regulada con ligereza y abierta a la improvisación –lo mismo que un proceso penal flexible– es perfectamente capaz de producir resultados justos.

Para sustanciar este argumento, el autor analiza la doctrina de la Suprema Corte de Estados Unidos en relación con dos temas centrales: la regla de exclusión probatoria (*the exclusionary rule*) y los derechos que asisten a la persona imputada en las primeras fases de investigación, particularmente, el derecho a permanecer en silencio y los *Miranda Warnings*.

En torno al primer tema, la crítica se dirige a los estándares creados por la Suprema Corte –a partir de ejercicios de interpretación constitucional– con el fin de evaluar la razonabilidad de la actividad policíaca. Según Pizzi, la doctrina de "causa probable" está formulada en términos tan abstractos que es incapaz de proveer un significado suficientemente claro para su debida aplicación. Y la cuestión es de enorme relevancia, porque "causa probable" es la categoría que permite arrestos, intromisiones a domicilio sin orden judicial, entre otras actuaciones delicadas.

El problema se exagera por la vigencia de la regla de exclusión probatoria, según la cual el Juez debe invalidar *toda* la evidencia lograda con motivo de diligencias violatorias del estándar comentado. Pizzi sugiere que esta doctrina no es sabia, pues obliga al Juez a descartar pruebas que podrían ser resultado de actuaciones no arbitrarias, ni groseramente violatorias del debido proceso, pero que igualmente (por virtud de desacuerdos razonables) terminan considerándose contrarias a un parámetro deliberadamente vago. El reproche que implica la invalidez absoluta es desproporcionado y desfavorable tanto para la búsqueda de la verdad como para la protección de las víctimas.

Es desconcertante que la construcción de una compleja doctrina sobre estándares de razonabilidad genere tanta confianza entre los operadores del sistema. El autor nos recuerda con un poco de ironía que la policía en la calle, incluso actuando de buena fe, difícilmente podría tener un recuerdo exhaustivo o consistente sobre las complejas distinciones que la Suprema Corte ha elaborado.

En este punto, Pizzi ofrece un argumento que estimula la capacidad crítica de su lector: un sistema con reglas demasiado estrictas tiende a volverse menos honesto en general. Ello obedece a que los diferentes operadores (policías, fiscales y, sobre todo, los Jueces) se encuentran constantemente intentando eludir la obligación de someter la evidencia a un estándar casi imposible de cumplir; sobre todo cuando el acervo probatorio parece apuntar con obviedad hacia la culpabilidad de la persona inculpada.

Algo similar aplica en relación con la doctrina sobre los *Miranda Warnings*. Aunque ésta nació para proteger a quienes eran coaccionados por la policía para proporcionar declaraciones autoincriminatorias, actualmente es explotada como táctica dilatoria. Entre las personas inculpadas, las más pobres y desempoderadas son las que suelen renunciar a los *Miranda Warnings*. Y aquellas con mejor comprensión del sistema, son quienes optan por solicitar a un abogado antes de hablar.

¿Cuál es el resultado? Un sistema que no cuida a quienes presume proteger, que no elimina la manipulación o la coacción policíaca y, sobre todo, que dificulta enormemente la tarea de la fiscalía. Ante este diagnóstico, Pizzi no encuentra una razón útil para conservar la interpretación que hace la Suprema Corte de Estados Unidos de su Quinta Enmienda.

En este punto, el libro parece descansar con mucha comodidad en una premisa controvertible; a saber, que la doctrina de exclusión probatoria es injusta con la policía y con las víctimas porque les castiga por actos que en realidad no constituyen desobediencias deliberadas.

Contra ese argumento el lector podría preguntar: ¿por qué entender que la invalidación de la prueba es un castigo o un reproche personal para la policía?, ¿por qué poner énfasis en los intereses de una corporación estatal facultada en el uso de la fuerza? Si existe una sanción real para la policía que de buena fe erra

en su actuar ¿no bastaría con derogar (o en todo caso modular) esa sanción para así evitar un reproche injusto?, ¿no sería eso suficiente para mantener una regla que sí desincentiva la violación de los estándares constitucionales aplicables?

Esta objeción quizás importará al penalista que tradicionalmente justifica la existencia de garantías procesales en razón de la protección que otorgan a la persona inocente. Según la concepción garantista del proceso penal, es falso el dilema que confronta las pretensiones de las víctimas con los derechos de las personas inculpadas. También lo es asumir que el respeto a las formalidades compromete la búsqueda de la verdad.

Pero estas ansiedades, típicas de las discusiones sobre el valor intrínseco de un modelo acusatorio, no parecen incidir en el ánimo de nuestro autor. Sus consideraciones son de orden pragmático y su escepticismo siempre relacionado con las posibilidades de que el sistema norteamericano alcance los fines que pretende.

Con todo, tiene sentido reflexionar sobre las supuestas virtudes de un sistema que, según se argumenta, está diseñado para operar literalmente como un casino; y donde el código ético del abogado básicamente se resume en lo que coloquialmente llamaríamos "salirse con la suya". Dependiendo de las cartas disponibles, los abogados apuestan por el procedimiento abreviado (*plea bargaining*) o por el juicio adversarial. El sistema no sólo permite esas jugadas arriesgadas, sino que además las incentiva. La mayoría de las veces, los inculpados suelen optar por un pacto que les ahorra el paso por un extenuante e impredecible proceso, sobre todo cuando es factible que el mismo culmine con la pena de muerte.

Pizzi ofrece un argumento contra el *plea bargaining* que no cae en los lugares comunes y que se distingue, nuevamente, por su pragmatismo. El procedimiento abreviado, como solución de despresurización, es necesario. Pero actualmente

daña la legitimidad del modelo porque constituye la regla y no la excepción. La gente razonablemente deja de confiar en un mecanismo que constantemente busca deshacerse de la carga que supone indagar la verdad. Eso denota desprecio por ella y, consecuentemente, siembra duda sobre su legitimidad en general.

Quizás el principal objetivo de la obra es criticar una premisa incuestionada en Estados Unidos; a saber: que si un modelo adversarial se considera bueno, entonces será mejor entre más adversarial pueda ser. Pizzi objeta este dogma y argumenta que no es posible trazar una distinción nítida entre modelos inquisitivos y adversariales, o asumir que éstos siempre serán mejores que los primeros. Estas son cuestiones de grado.

La obra nos reta a analizar cómo es que otros modelos procesales de Europa continental han integrado, con éxito, figuras tradicionalmente consideradas inquisitivas en mecanismos propiamente adversariales. El autor identifica todo tipo de combinaciones y asegura que ellas logran justicia y efectividad en aspectos que el diseño norteamericano no sabe cómo cuidar.

Por todo ello, es valioso que el sistema deje de obsesionarse consigo mismo y que se estudie en comparación con otras aproximaciones. Pero, eso sí, cada modelo debe desarrollar una identidad propia, en razón de sus necesidades y contextos. En otras palabras, hay que perder fe en la idea, un tanto hueca, de que el objetivo es siempre caminar en línea recta hacia lo adversarial.

Pizzi también imagina distribuciones orgánicas y competenciales hasta ahora insuficientemente exploradas. Por ejemplo, piensa en la posibilidad de independizar a la policía de la fiscalía. Si la primera pudiera actuar libremente en su investigación –sin interiorizar la obligación de encontrar a un culpable o de blindar la incriminación del principal sospechoso– entonces cometería menos abusos. La policía recabaría la evidencia con neutralidad, sin incentivos personales o institucionales, y la presentaría ante las partes en confronta (fiscalía y

defensa) a fin de que éstas, en igualdad de circunstancias, pudiesen debatir sus méritos públicamente.

Finalmente, uno de los argumentos más valientes de la obra apunta hacia lo que el autor considera un fervor injustificado en la relevancia del rol que juega la Suprema Corte de Justicia. Académicos y practicantes asumen que ella es la institución mejor diseñada para redimir todos los males del proceso penal y definir sus grandes problemas. Pero, para Pizzi, tal actitud condena al modelo a la debilidad. El discurso predominante está demasiado constitucionalizado y esto es un problema, no una virtud. La Suprema Corte siempre buscará fijar criterios a partir de un lenguaje categórico, que legitime su intervención. Pero la normatividad del juicio penal no necesita esa retórica. Por el contrario, lo que le hace falta es capacidad crítica, madurez y dinamismo para realizar autoajustes incluso radicales.

Estos son, a grandes rasgos, los principales argumentos de un texto que no pretende neutralidad. Como es propio de la cultura académica en ese país, la crítica al objeto es transparente, directa e ideológica. La argumentación está lejos de mostrar cortesía alguna. El análisis es lacerante y no hay señal de timidez.

La obra pretende dejar en su lector un sentimiento similar al de una caída dolorosa. Estudiarla produce una experiencia de desencanto parecida a la que se vive cuando atestiguamos la desmitificación de un fenómeno que ha sido objeto de veneración por años. Quiere que los creadores, admiradores y aplicadores del proceso penal estadounidense reflexionen sobre sus virtudes, que lo comparen y lo ajusten. Descartar la autocomplacencia y mantener la capacidad crítica son actitudes absolutamente urgentes.

Si tal crisis existencial es necesaria para un paradigma procesal tan complejamente elaborado como el norteamericano, con mayor razón parecería pertinente

para sistemas acusatorios en proceso de consolidación. Aquí el lector podrá juzgar qué lecciones le son útiles.

Mi posición es que el tono del texto hace eco de argumentos que normalmente asociaríamos con el tipo de ideología conservadora que enfatiza el miedo a la impunidad. Y su lectura incluso puede provocar irritación en quienes hemos decidido admirar la constitucionalización del discurso procesal penal de ese país. Pero esta acusación sería simplista, o quizás injusta e irrelevante, porque el hecho de que la obra tenga una innegable carga ideológica no impide que sea la crítica sumamente inteligente que es.

Patricia del Arenal Urueta*

* Secretaría de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en diciembre de 2018. Se utilizaron tipos Gothic 720 Lt BT y BT de 8, 9, 10, 11, 13 y 15 puntos. La edición consta de 3,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 gramos.

