



UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL
SISTEMA PENAL ACUSATORIO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

Ingrid Mora Forsbach

Revisor de Tesis

MTRA. ANA LILIA GONZÁLEZ LÓPEZ

BOCA DEL RÍO, VER.

2021



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
REFERENCIAS METODOLÓGICAS	4
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
1.1.1 Pregunta de Investigación	8
1.2 JUSTIFICACIÓN	8
1.3 OBJETIVOS	9
1.3.1 Objetivo General	9
1.3.2 Objetivo Específico.....	9
1.4 HIPÓTESIS	10
1.5 VARIABLES	10
1.5.1 Variable independiente.....	10
1.5.2 Variable dependiente	11
1.6 MARCO CONCEPTUAL Y CONTEXTUAL	11
1.7. TIPO DE ESTUDIO	12
1.7.1. Investigación Documental	13
1.8 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	14
1.9 CENTROS DE ACOPIO DE INFORMACIÓN.....	15
1.9.1. Biblioteca Publica Visitada	15
1.9.2. Biblioteca Privada Visitada.....	15
1.9.3 Técnicas Empleadas para la Recopilación de Información	15
1.9.3.1. Fichas Bibliográficas.....	15

1.9.3.2. Fichas de Trabajo.....	15
---------------------------------	----

CAPÍTULO II

SISTEMA PENAL ACUSATORIO	16
2. 1 HISTORIA DE LOS SISTEMAS PROCESALES	17
2.2 SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO	23
2.3 CONCEPTO DE MÁXIMA PUBLICIDAD.....	30
2.3.1 Características de máxima publicidad	32
2.3.2 Publicidad en el nuevo sistema de justicia penal en México	39
2.4 EL DEBIDO PROCESO EN MÉXICO	43

CAPITULO III

MEDIOS DE COMUNICACIÓN.....	46
3.1 DEMOCRACIA	48
3.2 CIUDADANÍA, INFORMACIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN.	57
3.3 MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SISTEMA PENAL ACUSATORIO.	60
3.3.1 Código Nacional de Procedimientos Penales y medios de comunicación ...	63
3.3.2 Los medios de comunicación y su participación en audiencias.....	64
3.3.3 Restricciones a medios de comunicación en audiencias.....	67

CAPÍTULO IV

ACCESO A MEDIOS DE COMUNICACIÓN A LAS AUDIENCIAS, ATENDIENDO DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	71
4.1 PONDERACIÓN, COLISIÓN DE PRINCIPIOS.....	72
4.2 HART, LA REGLA DE RECONOCIMIENTO.....	73
4.3 DWORKIN Y LOS PRINCIPIOS.....	79
4.4 ALEXY Y LA PONDERACIÓN	87

CAPÍTULO V

PROPUESTA SOBRE ACCESO A MEDIOS DE COMUNICACIÓN.....	95
5.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	95
5.2 PROPUESTA DE MODIFICACIÓN.....	98
5.3 VIABILIDAD DE MODIFICACIÓN.....	98
5.4 EXPECTATIVAS DE MODIFICACIÓN.....	101
CONCLUSIONES.....	103
BIBLIOGRAFÍA.....	106
LEGISGRAFIA.....	109

INTRODUCCIÓN

La presente investigación es de índole propositivo, en la cual se realiza un análisis sobre el papel de los medios de comunicación en el nuevo sistema de justicia penal, donde se muestran que el desempeño de éstos está limitado por los jueces de control y de juicio, pues además de la prohibición de acceso de grabadoras y cámaras fotográficas o de video, se limita y condiciona el acceso de éstos, vulnerándose el derecho no solo de los periodistas, sino de los ciudadanos a estar informados en tiempo real de lo que ahí ocurre.

Y es que si bien es cierto se debe salvaguardar la integridad del imputado – pues no puede ser tratado como culpable, sino hasta que se demuestre en sentencia- es menester referir que el acceso de los periodistas no pondría en riesgo la presunción de inocencia, por lo que se debe asegurar el ingreso de éstos, haciendo saber de las restricciones necesarias para cuidar el debido proceso.

Con la implementación del sistema penal acusatorio, el periodismo sin duda, tiene que formular nuevas prácticas para la cobertura de la información en los juicios orales, claro está la importancia de que las y los periodistas deban conocer qué derechos y obligaciones tienen para informar desde las audiencias públicas.

A nivel constitucional, el artículo 20 establece el principio de publicidad para el sistema penal acusatorio; refiere que ‘todo acto jurisdiccional será juzgado en audiencia pública, salvo que existan razones fundadas en la protección de las víctimas o de interés público’. Cabe aquí precisar que el principio de publicidad se

corresponde con los artículos 6º y 7º constitucionales, que establece que ‘el derecho a la información será garantizado por el Estado, y que toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole’.

Los artículos indicados le brindan a la ciudadanía la garantía de acceder a los juicios orales y difundir la información que ahí se genera —con las excepciones indicadas en el mismo artículo—, así como la obligación que tiene el poder judicial de garantizar el acceso, difusión y recepción de dicha información. El principio de publicidad de los juicios orales está asimismo reglamentado en el artículo 5 del nuevo Código Nacional de Procedimiento Penales (CNPP): “Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia en los casos y condiciones que determine el Órgano jurisdiccional...”, y en el artículo 64 indica sus excepciones y el 113 le otorga a la persona imputada los siguientes dos derechos relacionados con el periodismo: “a no ser expuesto a medios” y a “no ser presentado como culpable”.

Asimismo, el artículo 55 del CNPP, referente a las Restricciones de Acceso a las Audiencias, estipula que: “El órgano jurisdiccional podrá limitar el ingreso del público a una cantidad determinada de personas, según la capacidad de la sala de audiencia, así como de conformidad con las disposiciones aplicables”, y específicamente para los profesionales de la comunicación aclara con puntualidad que: “Los periodistas, o los medios de comunicación acreditados, deberán informar de su presencia al órgano jurisdiccional con el objeto de ubicarlos en un lugar adecuado para tal fin y deberán abstenerse de grabar y transmitir por cualquier medio la audiencia” y el 58: “Quienes asistan a la audiencia no podrán introducir instrumentos que permitan grabar imágenes de video, sonidos o gráficas”.

El artículo 113 del citado CNPP, detalla cabalmente en varios capítulos los derechos del imputado, hace referencia a los medios de comunicación; al uso y ejercicio de los derechos procesales que tienen los actores, y que involucran el uso

y ejercicio de la cobertura periodística. Este artículo, establece que el Acusado o Imputado, tiene derecho: “XIV. A no ser expuesto a los medios de comunicación” “XV. A no ser presentado ante la comunidad como culpable”. Lo anterior no tendrá por qué limitar el acceso de los medios de comunicación a las audiencias, por el contrario, se les podría hacer saber por parte del juez de control de las restricciones para informar y no señalar al imputado como responsable, pues lo contrario, la negativa a informar lo que ahí ocurre, acerca al nuevo sistema penal a la opacidad del anterior sistema inquisitivo.

CAPÍTULO I

REFERENCIAS METODOLÓGICAS

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Libertad de Expresión y Derecho a la Información son derechos fundamentales que no pueden ser arrebatados, pues ello significaría una franca violación al derecho de todo ciudadano de estar bien informado, a través del libre acceso a la información. En México, el artículo sexto constitucional consagra ambos derechos y describe sus obligaciones y limitantes.

En el nuevo Sistema de Justicia Penal, los medios de comunicación y quienes en ellos laboran tienen un gran reto, pero también la oportunidad de contar con mayor información de los procesos penales, ya que, de acuerdo a los principios rectores, la transparencia y el fácil acceso a la información se privilegian.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) contempla los principios rectores, en los cuales ahonda el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). Dichos principios son fundamentales y deben ser cumplidos a cabalidad en la generalidad de las audiencias. Dichos principios son:

Las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general, con las excepciones previstas en este Código. Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia en los casos y condiciones que determine el Órgano jurisdiccional conforme a lo dispuesto por la Constitución, este Código y los acuerdos generales que emita el Consejo. Artículo 5o. CNPP. Principio de publicidad.

Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código. Artículo 6o. CNPP. Principio de contradicción.

Las audiencias se llevarán a cabo de forma continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos excepcionales previstos en este Código. Artículo 7o. CNPP. Principio de continuidad.

Las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión, en los términos previstos en este Código, salvo los casos excepcionales establecidos en este ordenamiento. Artículo 8o. CNPP. Principio de concentración.

Todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa. No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas. Artículo 10. CNPP. Principio de igualdad ante la ley.

Se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen. Artículo 11. CNPP. Principio de igualdad entre las partes.

Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen. Artículo 12. CNPP. Principio de juicio previo y debido proceso.

Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código. Artículo 13. CNPP. Principio de presunción de inocencia.

La persona condenada, absuelta o cuyo proceso haya sido sobreesido, no podrá ser sometida a otro proceso penal por los mismos hechos. Artículo 14. CNPP. Principio de prohibición de doble enjuiciamiento.

Sin duda, la entrada en vigor del Sistema Acusatorio ha constituido un reto para la sociedad, pues México pasó paulatinamente de un sistema penal mixto – totalmente escrito- a uno acusatorio y con procesos orales, en donde los jueces tienen un rol mucho más visible, lo que privilegia la transparencia jurídica, así como la ampliación de derechos y garantías, tanto para el acusado o imputado, como para las víctimas u ofendidos.

Por ello al ser este un nuevo sistema que pretende transparentar la justicia, avanzar así y eliminar la impunidad, son los medios de comunicación quienes al ejercer la cobertura de los procesos permiten traslucir éste nuevo modelo, dotándolo

de objetividad, pero además al exponer a la ciudadanía lo que en las audiencias ocurre se avanza en la promoción de una auténtica cultura de legalidad en la sociedad mexicana en general.

Y es que, los Principios Rectores de Publicidad y Oralidad que contempla este sistema penal, garantizan la transparencia para todos los actores, pero también favorecen el ejercicio periodístico y facilitan el acceso a la información de forma clara y expedita, aunque de ello aún hay mucho por trabajar, pues no hay duda que son los medios de comunicación quienes permitirán fortalecer la cultura de legalidad y avanzar en ese estancamiento de impunidad en el que por décadas se ha estancado la procuración e impartición de justicia.

Constantemente se ha hecho referencia a la cobertura periodística y la mediatización de los juicios procesales dentro de esta nueva modalidad oral del Sistema de Justicia Mexicano, se ha referido que la participación de éstos se encuentra debidamente regulada, sin menoscabo del Derecho a la Información y la Libertad de Expresión.

Lo cierto es que las propias excepciones que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, permite que, los medios de comunicación sean usados a conveniencia, cuando interesa políticamente que un tema sea expuesto o bien cuando un tema desea llevarse con secrecía pues representa un riesgo para las autoridades, pues existe –a pesar del escaso material probatorio- la petición de incriminar, es decir pareciera que el acceso a los medios de comunicación está regulado a modo, para hacer uso de éstos a conveniencia.

Lo anterior resulta preocupante si se considera que la demanda ciudadana es por transparentar las actuaciones de la autoridad, por ello se trata aquí de garantizar el libre acceso de los medios de comunicación a todas las audiencias, salvaguardando la integridad de los participantes y cuando sea necesario omitiendo

datos relevantes, certificando únicamente su presencia, que permita mostrar a las partes y autoridades que se garantiza el derecho a informar cualquier irregularidad que durante la audiencia pudiera presentarse, pues lo contrario significa un retroceso que encuadra en el sistema inquisitorio, donde los medios no tenían participación alguna, la sociedad no estaba informada y todo se archivaba en un expediente que en la mayoría de los casos no progresaba. Es pues aquí donde el cambio se tiene que notar.

1.1.1 Pregunta de investigación

¿Por qué lo establecido en el Código Nacional de Procedimientos Penales no es suficiente para garantizar a los medios de comunicación el libre acceso a la información?

1.2 JUSTIFICACIÓN

La protección máxima de los ciudadanos a estar informados, garantizando así el acceso a la información, pero además permitir transparentar los actos de autoridad como una medida encaminada a fortalecer la credibilidad y la confianza ciudadana en las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia, es hoy en día una premisa fundamental e imposible de omitir.

Es así que, minimizando las excepciones por desempeños correctos de los medios de comunicación, permitirán fortalecer el nuevo sistema de justicia penal mostrando así un verdadero cambio que refleje la importancia de una sociedad bien informada a través de medios de comunicación profesionales y responsables.

Luego entonces cuando por cuestiones de seguridad o de integridad las partes decidan que no es procedente divulgar, los medios de comunicación atestiguarán la audiencia y podrán así solo revelar situaciones que observen un desempeño dudoso de los jueces o las autoridades involucradas, lo que dará pauta

a un mayor compromiso de las autoridades para evitar corromperse como ocurría en el anterior sistema.

De ahí que el desempeño de los medios de comunicación se tiene que aperturar considerando que son estos el vínculo entre sociedad y autoridad; lo contrario solo abonará a la incertidumbre y al mal uso de los medios de comunicación en el nuevo sistema, siendo usados a conveniencia y permitiéndoles o negándoles el acceso cuando así convenga a sus intereses dejando de lado el derecho humano de los ciudadanos a estar informados.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General

Proponer una reforma al Código Nacional de Procedimientos Penales que permita garantizar lo establecido en el artículo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto a que, “toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión”.

1.3.2 Objetivo Específico

- Determinar las garantías de libre expresión y acceso a la información
- Conocer los términos de presunción de inocencia y debido proceso a la luz del acceso a la información
- Permitir el libre acceso de los medios de comunicación a las audiencias mediante la modificación a las excepciones establecidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales

1.4 HIPÓTESIS

Las restricciones establecidas en la ley, permiten que jueces determinen de manera unilateral la prohibición de acceso de medios de comunicación a las audiencias, por lo tanto mientras éste no esté garantizado en su totalidad, haciendo de lado excepciones muy amplias que solo bloquean el libre ejercicio periodístico y con ello el derecho de los ciudadanos a ser informados, se continuaran cometiendo vicios que permitan ahondar en hechos como la opacidad, que en nada contribuyen a fortalecer la transparencia y la publicidad que caracterizan a este nuevo sistema como una nueva forma de fortalecer la credibilidad de los gobernados en las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia.

Por lo tanto, al negarse el acceso de los medios de comunicación a las audiencias, se vulnera el derecho que todo ciudadano tiene a estar informado y se contribuye a la opacidad, además se propician señales equivocadas respecto a la existencia aún de rasgos del sistema inquisitivo mixto.

El acceso de los medios de comunicación a las audiencias, sin duda, permitiría además de fortalecer la credibilidad en las autoridades encargadas de impartir justicia, potencializar los derechos de la sociedad civil en general a estar enteradas de lo que ahí ocurre y constatar que se cumple con la tarea de impartir justicia.

1.5 VARIABLES

1.5.1 Variable independiente

El acceso de los medios de comunicación fortalece la transparencia y la publicidad como características del sistema penal acusatorio.

1.5.2 Variable dependiente

Fortalece la credibilidad de los gobernados en las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia.

1.6 MARCO CONCEPTUAL Y CONTEXTUAL

Libertad de expresión.- es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.¹

Acceso a la información.- Es el derecho de toda persona de solicitar gratuitamente la información generada, administrada o en posesión de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de entregarla sin que la persona necesite acreditar interés alguno ni justificar su uso.

Debido proceso.- es el conjunto de formalidades esenciales que deben observarse en cualquier procedimiento legal, para asegurar o defender los derechos y libertades de toda persona acusada de cometer un delito. Por un lado, se refiere a los medios que toda persona tiene para hacer valer sus derechos, es decir, para asegurar o defender sus libertades; esto se conoce como “derecho a un recurso”. El debido proceso incluye también las condiciones que deben cumplirse para asegurar que toda persona acusada de un delito pueda defenderse y garantizar el cumplimiento de sus derechos; esto se conoce como “derecho al debido proceso legal”.

Presunción de inocencia - que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista una sentencia firme de autoridad competente en la que se le considere responsable de la comisión de un delito. Luigi Ferrajoli, al respecto, apunta que “si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha

¹ Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión

cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni ser sometido a pena”.

Democracia.- Sistema político que defiende la soberanía del pueblo y el derecho del pueblo a elegir y controlar a sus gobernantes.

Medios de comunicación.- canales con los cuales se difunde una información de manera masiva.

La presente investigación jurídica, se encuentra delimitada en espacio y tiempo a México. Resultan relevante para la presente investigación, su estudio, puesto que constituye la base legal del tema que nos ocupa.

-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

-Código Nacional de Procedimiento Penales.

-Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Gubernamental.

1.7. TIPO DE ESTUDIO.

La finalidad de la investigación será aplicada ya que pretende analizar un fenómeno de estudio el cual incorpora un nuevo discernimiento; se trata de permitir la garantía del libre acceso a la información al que tiene derecho todos los ciudadanos a través de la información que los medios de comunicación proporcionan como vínculo entre sociedad y gobierno.

El enfoque metodológico será cualitativo toda vez que los resultados se basarán en análisis de conceptos que se abordarán a lo largo del trabajo de investigación. Para Hernández, Fernández y Baptista (2006) el enfoque cualitativo puede definirse como un conjunto de prácticas interpretativas que hacen al mundo

visible, lo transforman y convierten en una serie de representaciones en forma de observaciones, anotaciones y documentos. Es no positivista jurídico en el sentido de Robert Alexy.

1.7.1. Investigación Documental

Las fuentes de información serán documentales y normativas ya que el presente trabajo se basará en documentos bibliográficos, libros, publicaciones escritas y leyes.

Los documentos son una fuente muy valiosa de datos, ayudan a entender el fenómeno central del estudio. La mayoría de las personas, grupos, comunidades y sociedades los producen y narran, les sirven para delinear sus historias y estatus. A la investigación le sirven para conocer los antecedentes de un ambiente, experiencias, situaciones y funcionamiento. (Hernández, Fernández y Baptista, 2006)

De acuerdo al control que se tendrá sobre las variables de la investigación el diseño será transaccional o transversal, porque el enfoque se basará en el fortalecimiento de los medios de comunicación como garantes del acceso a la información que se desarrolla en las audiencias de juicio oral.

Los diseños de investigación transaccional o transversal recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado.³ (Hernández, Fernández y Baptista, 2006: 208)

² Hernández, Fernández y Baptista, *Metodología de la Investigación*, México, Mc Graw Gill, 2006, p. 208.

³ *Ibidem*, p. 146

De acuerdo al alcance de la investigación el estudio será explicativo y comparativo porque se analizarán conceptos, se expondrán los motivos por los cuales debe fortalecerse acceso libre de medios de comunicación a las audiencias y no limitarlos a excepciones que podrían constituir un control del estado, haciendo uso a conveniencia de éstos.

1.8 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Los métodos utilizados en la presente investigación, son los siguientes:

Método Analítico. - Método basado en la serie de razonamientos y conclusiones derivados de los mismos, con respecto a la lectura, comprensión, sistematización y entendimiento de un tema de estudio que parte de una problemática a dilucidar.

Método Histórico. - Es el método que busca la comprensión de un fenómeno de estudio partiendo de los antecedentes existentes sobre el mismo, se basa en análisis de acontecimientos pasados para comprender la realidad actual de un determinado objeto de estudio.

Método Exegético. - Se basa en la comprensión, análisis y aplicación teórica de la serie de numerales que integran un ordenamiento jurídico en cuestión, ya sea en todo o en parte, permitiendo así la consolidación de juicios objetivos y generación de conocimiento.

Método Sociológico. - Se basa en analizar los contenidos con base en la repercusión que tienen en un núcleo social determinado, a fin de establecer si la descripción normativa o doctrinaria es concordante con la realidad y esto a su vez permite establecer conclusiones y aportaciones.

1.9 CENTROS DE ACOPIO DE INFORMACIÓN.

1.9.1. Biblioteca Pública Visitada

Unidad de Servicios Bibliotecarios y de Información de la Universidad Veracruzana (USBI), Juan Pablo II esquina Ruiz Cortines, Fraccionamiento Costa Verde; Boca del Río, Veracruz.

1.9.2. Biblioteca Privada Visitada.

Biblioteca de la Universidad Villa Rica - UVM, Progreso esquina Urano; Boca del Río, Veracruz.

1.9.3 TÉCNICAS EMPLEADAS PARA LA RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN.

1.9.3.1. Fichas Bibliográficas.

Que contienen: nombre del autor, título de la obra, número de edición, editorial, lugar, año y total de páginas.

1.9.3.2. Fichas de Trabajo.

Que contienen: nombre del autor, título de la obra, número de edición, editorial, lugar, año y total de páginas consultadas y transcripción del material de interés.

CAPÍTULO II

SISTEMA PENAL ACUSATORIO

En el capítulo anterior se expuso de una manera esquemática, tanto problemáticas y temas de esta investigación, a continuación, abordamos el problema desde un ámbito histórico y teórico lo que es un sistema penal, también su estudio desde un marco jurídico en México y así como los principios jurídicos que persigue.

Parafraseando a Ortega y Gasset “la claridad es la cortesía del que escribe”, razón por la cual, es necesario detenerse a aclarar algunos conceptos. En primer lugar, ¿Qué se entiende por sistema? La palabra sistema la encontramos en distintos tópicos, como lo es “sistema circulatorio”, “sistemas computacionales” y el tema de nuestra investigación, “sistema penal”. Etimológicamente, la palabra sistema viene del latín, *systema*, pero este del griego *συστημα*, que hace referencia a una unión de cosas de manera organizada.

En nuestra doctrina la idea de sistema penal, no se aleja tanto de su significado etimológico, cuando menos al parecer de Eugenio Raúl Zaffaroni, es un todo ordenado de la pena desde una institucionalización, que contempla todas las actividades desde la legislación, hasta lo que es la ejecución, así también a sus participantes:

“Se llama sistema penal al control social punitivo institucionalizado, que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecte una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena, presumiendo una actividad normativizadora que genera la ley que institucionaliza el procedimiento al actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones para actuar”.⁴

Zaffaroni tiene una idea muy amplia de lo que es el sistema penal, para Mauricio Duce y Rogelio Pérez Perdomo, apuntan que cuando hablamos de sistema penal, en realidad nos referimos a un ordenamiento o sistema de garantías, en tanto consecuencia de una política de un Estado democrático y de Derecho; este sistema se divide en tres (que estudiaremos más adelante) que es el inquisitivo, el mixto y el acusatorio.

2. 1 HISTORIA DE LOS SISTEMAS PROCESALES.

Como bien apunta Margadant “aquel que solo sabe de su Derecho, ni su Derecho sabe” sobre todo esto lo hace, al justificar el estudio de las doctrinas jurídicas, su desarrollo y su origen, no con finalidad vana, sino para justificar, cuestiones prácticas y reales; de la misma manera, se justifica el estudio del desarrollo histórico, de los sistemas procesales, el inicio como casi todo en nuestra cultura occidental tiene su origen en Grecia.

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2003, P.30.

Mariela Ponce Villa, el primer sistema procesal que aparece es de tipo oral y acusatorio, y es creación del pueblo griego; un claro ejemplo de ello es, nos llega a partir de Platón su texto, llamado *Apología*, donde se narra un juicio con las características de desahogo de manera oral, pública y ante el pueblo, y asistido por un grupo de expertos (o ciudadanos venerables); cito el texto:

*“No sé atenienses, la sensación que habéis experimentado por las palabras de mis acusadores. Ciertamente bajo su efecto, incluso yo mismo he estado a punto de no reconocerme; tan persuasivamente hablaban. Sin embargo, por así decirlo, no han dicho nada verdadero. De las muchas mentiras que han urgido, una me causó extrañeza, aquella en la que decían que teníais vergüenza de que inmediatamente les voy a contradecir con la realidad... Ciertamente atenienses, es justo que yo me defienda, en primer lugar, frente a las primeras acusaciones falsas contra mí y a los primeros acusadores; después, frente a las últimas, y a los últimos.”*⁵

Como podemos notar el proceso jurídico, guarda los elementos del sistema penal acusatorio, como lo es la inmediatez, la oralidad y la contradicción; ejemplo como este nos llega desde otras obras como lo es el juicio de Orestes y el juicio de Antígona.

Como sabemos, los romanos tienen una gran influencia por parte de los griegos, respecto al sistema penal y guardando las dimensiones correspondientes podemos notar, la misma vertiente como bien lo afirma el jurista Margadant apunta, cito:

*“El pensamiento helenístico penetra en Roma con la filosofía griega. De esta combinación del antiguo derecho campesino de Roma, sólido y algo tosco, con el refinado pensamiento griego nace la famosa literatura jurídica clásica”.*⁶

⁵ Platón, Diálogos I, Gredos, España, 1985, pp. 140-141.

⁶ Margadant Floris, Guillermo, *El derecho privado romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Esfinge, México, 1991. p. 100.

Pero no solo en esto nos comunica Margadant también se preocupa en ilustrarnos juicios que se llevaron a cabo bajo la modalidad acusatoria, donde predomina la oralidad y su publicidad.

Sin embargo la gran mayoría de estudiosos del Derecho apuntan el nacimiento del sistema inquisitorial con la llegada del cristianismo, siendo una de sus principales es que el proceso deja de ser público (salvo la ejecución de la pena), deja la oralidad por la escritura, por lo tanto también el debate, el ofendido y el juez son el mismo, es decir, el soberano⁷, la iglesia o Dios acusan y castigan, es decir, todo el poder recia en un solo órgano, en la literatura encontramos exageraciones de este sistema como lo es el cuento corto de Dostoievski “el gran inquisidor” dónde se narra el regreso de Jesús y “el gran inquisidor” un cardenal español, pide su arresto y le ejecución de la pena de muerte, “Mas yo te aseguro que mañana mismo... No quiero saber si eres Él o sólo su apariencia; sea quien seas, mañana te condenaré; perecerás en la hoguera como el peor de los herejes”. Como podemos ver en este modelo sobresale la falta de claridad de los juicios, careciendo de una defensa real, y donde el poder en turno es el ofendido.

Para fines didácticos este periodo se centra en el siglo XIII con las constituciones de Federico II; teniendo su máximo por no decir su máxima degeneración bajo el santo oficio de la iglesia Católica apostólica Romana, que aún se les recuerda por sus procedimientos inhumanos, y el acusado era culpable salvo que mostrara la contrario todo esto por ser ofensor a Dios o al Estado.

En el dialogo del Teteeto Sócrates señala que cuando se da una tesis, puede darse una antítesis de esa tesis y el resultado es una síntesis. Por decirlo de esta manera; el sistema acusatorio es una tesis y el sistema inquisitorio es su antítesis (esto será apuntado con mayor detenimiento más adelante), su síntesis sería un

⁷ Sin entrar en mayor profundidad, recordemos que en ese proceso histórico el soberano es una persona y no el pueblo, justificando esto con la elección de Dios, cfr Luis Villoro, la pérdida del centro,

sistema que sea ambos a la vez, es decir que guarde características de ambos. Es lo que tradicionalmente llamamos “procedimiento penal mixto”, su origen es ilustrado.

La revolución francesa alimentada por la ilustración francesa busca sobre todo el respeto a la persona, a la libertad, a la igualdad, o lo que conocemos como los Derechos del ciudadano, de esta manera cuando nace el procedimiento penal mixto nace más inclinado al sistema penal acusatorio y algunos elementos del inquisitorial, en el prevalece la desconfianza de a los jueces y en un intento de clarificación (y guardando su tradición escolástica) el proceso se realiza de manera escrita, el Estado hora es el que acusa (el que castiga y el que perdona)⁸, es decir, sigue guardando del Derecho inquisitorial, que el Estado tiene un órgano que acusa (puede ser el ministerio público o la fiscalía) y el Juez pertenece al mismo órgano aunque en un principio están claramente separados debido a la doctrina de división de poderes de Montesquieu, lentamente se mueven más hacia lo que es el sistema inquisitorial. Sobre estos elementos profundiza Mariela Ponce Villa, cito:

*“Los caracter procesales: publicidad, contradicción, inmediación, y concentración permaneció del sistema acusatorio, aunque con el paso de los años –de los siglos- se fue distorsionando, y el mixto tuvo mayores elementos del inquisitorial que del acusatorio, porque no era público, pues aunque las leyes lo decían, realmente era imposible presenciar una diligencia sin ser parte procesal, pero, además, lo importante no solo es presenciar una audiencia, sino el observar el todo desarrollo del proceso y conocer la decisión del juez, lo que no permite un procedimiento largo, larguísimo, en donde no había concentración ni continuidad. No había inmediación del Juez, son que eran sus auxiliares quienes deshojaban sus diligencias”.*⁹

⁸ Cfr.- *Filosofía del Derecho* en Hegel.

⁹ Ponce Villa, Mariela, *La epistemología del procedimiento penal acusatorio*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2019, p. 16.

Como podemos ver las carencias practicas del sistema mixto son muchas, por seguir nombrar alguna otra, tampoco existe contradicción pues la inmediatez de la prueba tenia mayor valor probatorio, aunque puede parecer algo bueno su carencia radicaba en el ministerio público actuaba como autoridad y sin actividad de alguna defensa presentaba la prueba, y esto enturbiaba y quitaba claridad en los procesos; por nombrar otra carencia es que no existe oralidad sino una simulación pues las pruebas aunque si se desahogaban de manera oral todo se convertía en documentales que aunque llegaba el juez pasaba por la mediación del auxiliar. Podemos concluir que, aunque tiene muchas carencias respondió a los problemas de su tiempo.

Resumiendo hasta aquí el sistema penal inquisitivo la función de investigar acusar y juzgar se centra en una misma autoridad (reduciendo la posibilidad de que la autoridad, al desempeñar sus distintos roles actué de manera imparcial y objetiva. En el sistema inquisitorial no existe el principio de contradicción y se encuentra la prueba tazada y el principio inmediatez. Por otra parte el sistema penal acusatorio una de su principal característica es que el acusar y el juzgar son funciones distintas, y por ende las autoridades encargadas también son distintas¹⁰.

Sobre las diferencias principales de los llamados Sistemas inquisitoriales y mixtos, Carbonell y Enrique Ochoa, nos proporcionan el siguiente cuadro, para facilitar su comprensión:

Sistema inquisitorial	Sistema Acusatorio
Concentración de las funciones (investigar, acusar y juzga).	Separación de las funciones (investigar, acusar y juzgar).

¹⁰ Como bien señala Carbonell y Enrique Ochoa, una de las principales características es la separación de funciones donde el ministerio público o fiscalía y la policía judicial trabajan en coordinación, y no solo eso también el juez o “el Juez de control de Garantías” es aquel que en las etapas de investigación vigila que se respeten los Derechos de la víctimas y los acusados, otro aspecto es que el Juez no participa en la investigación y el ministerio público no juzga inocencia o culpabilidad, Carbonell Miguel, Ochoa Reza Enrique, ¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?, Porrúa, México, 2012. cfr.- p, 34.

El acusado es objeto de investigación (es decir, el acusado no participa en la investigación y tiene derecho al abogado cuando ya existe acusación en su contra).	El acusado es objeto de Derecho y debe de ser escuchado en todo el proceso.
La detención opera como regla general a todos los delitos.	La libertad es la regla y la detención es la excepción
El sistema penal se centra en castigar el culpable y no en resarcir el daño.	Busca resarcir el daño.
Es escrito, es decir bajo expediente.	Oral y público.
En secreto y con poca transparencia.	Busca ser público y transparente.
El juez podía delegar da funcionarios menores diversas etapas procesales.	Principio de inmediación (el juez debe estar presente).
Las sesiones de un mismo caso pueden estar separadas entre sí.	Principio de concentración (la audiencia de un mismo caso es continua).
La víctima y el acusado no tienen la oportunidad de confrontar la veracidad de las pruebas de manera pública y frente al juez.	Principio de contradicción, es decir se puede discutir la veracidad, en manera pública y frente al Juez.
La prueba tasada, es decir, la prueba que presenta el estado tiene un mayor valor probatorio.	Principio de igualdad procesal, las partes ofrecen las pruebas en igualdad.
Sistema de desconfianza, todo queda por escrito.	Debido proceso
El juez puede decidir por privado, por medio del expediente el juez puede decidir sin nunca haber escuchado a la víctima o al acusado.	El Juez decide en público, después de escuchar todas las partes.

En manera de conclusión, el sistema inquisitorial tiene como elemento el ser escrito, cerrado y el sistema acusatorio público y oral en persecución de la transparencia.

2.2 SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO

A partir de aquí estudiaremos el sistema Penal en México desde un marco jurídico, es aquí precisamente desde un marco jurídico, en el artículo 20 de la Constitución Política de nuestro país donde se encuentra el núcleo de la reforma que establece un nuevo proceso penal, toda vez que es en este precepto legal es donde se determina el sistema acusatorio y oral, se enuncian, asimismo, los principios, las características y los derechos de las partes en el mismo. Todas estas determinaciones, es preciso insertarlas en la concepción del proceso acusatorio, en el que la oralidad actúa como una característica predominante, sin que se prescindiera de pruebas y evidencias escritas.

La característica principal del sistema penal acusatorio en términos informativos es que con el artículo 20 constitucional se transparentan la totalidad de los actos procesales al incorporar las audiencias públicas (con las excepciones establecidas), permitiéndole a los medios de comunicación y a la ciudadanía presenciar las instancias en donde se imparte la justicia.

La información producida por las instituciones de procuración e impartición de justicia a la que antes no se tenía acceso, ahora se subsume dentro del derecho a la información, sustentado en los artículos 1 y 6 constitucionales, que lo afirman como un derecho humano, para que cualquier ciudadano tenga derecho de acceso, derecho a informar y derecho a ser informado de ésta.

Los artículos 6 y 20 constitucionales son la garantía para que la ciudadanía acceda, reciba y difunda la información del sistema penal acusatorio, así como la

obligación que las instituciones de procuración e impartición de justicia tienen para garantizar el acceso, difusión y recepción de dicha información, a partir de comprenderla como derecho humano, en el artículo 1 constitucional.

De igual manera, los artículos 6 y 20 constitucionales son también la principal herramienta para que el periodismo defienda la libertad de expresión al informar acerca de los procesos penales, ya que el principio de publicidad se ubica como un derecho dentro de una de las tres facultades del derecho a la información.

“Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;

III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador. La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que

preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo. En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede

nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver

al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño”.

Respecto al principio de publicidad que garantiza el artículo 20 de la Constitución Política de México, resulta importante mencionar que cualquier podría presenciar una audiencia.

En este mismo orden ideas, podemos decir que este principio hace viable que exista un control en cuanto a todo lo actuado durante las audiencias, y no solo entre las partes procesales: ministerio público, defensa y juez, sino también un control por parte del público que acude a la Sala a presenciar una audiencia, así también la Publicidad, abarca a los medios de comunicación, permitiendo que el sistema sea más transparente, puesto que las pruebas se desahogan públicamente y son objeto de contradicción, lo que hace necesariamente que haya un a igualdad procesal para argumentar y contra-argumentar.

lo que, dentro de un sistema penal, con este tipo de características –entre otras- permite proteger al inocente, la cual es una garantía contemplada en los artículos 20, Apartado B, fracción I y en artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal y como se dijo en los puntos anteriores.

Este principio refleja la necesidad del constituyente por cumplir con lo establecido en el artículo 6 de la Carta Magna, lo cual caracteriza a un Estado Democrático en el que todos los gobernados tienen derecho a conocer y constatar el buen actuar de las autoridades, dándoles seguridad y confiabilidad en las ya tan "desgastadas" instituciones, es decir, el derecho al acceso a ser informado, se erige como una garantía individual, por lo que se debe acondicionar y prestar todos los medios necesarios para que se cumpla cabalmente, como lo es el establecimiento de salas de audiencias para el público, lugares específicos para los medios de comunicación, colocación de medios electrónicos como cámaras, a efecto de que se pueda visualizar el desarrollo de las audiencias.

Sin embargo, toda regla tiene una excepción, y es que el principio de Publicidad, a efecto de ser garantista y cumplir con su cometido dentro de un proceso justo, el artículo 20, Apartado B, fracción V, establece que podrán restringirse los efectos de dicho principio, en los casos de excepción que determine la ley, y que obedece a los siguientes criterios:

- Seguridad Nacional
- Seguridad Pública
- Protección de las víctimas, testigos y menores
- Cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos.
- Cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para restringirlo.

Ahora bien, la restricción al principio de Publicidad, puede ser solicitada a petición de las partes, a efecto de guardar un secreto o proteger la privacidad de alguna de las partes, testigos, etc., lo cual se le hará saber al Juez, y este decidirá

en debate escuchando los argumentos y contra argumentos y decidirá si es conveniente o no restringir la publicidad en la sala de audiencias. Sin embargo, existen casos en que se han de ventilar delitos sexuales, en los que el Juez limitara el público que pueda presenciar el desarrollo del juicio.

En resumen es aquí donde radica la importancia de fortalecer el papel de los medios, puesto que las restricciones establecidas en la ley pueden ser el pretexto ideal para impedir el acceso de los medios de comunicación a las audiencias, debiéndose garantizar de manera permanente el ingreso de los medios de comunicación especializados en la materia que puedan presenciar e informar siempre respetando la presunción de inocencia y en su caso la identidad de las partes, lo que permitirá una plena garantía del derecho a informar y el derecho de los ciudadanos a estar informados de los actos de autoridad en las audiencias.

2.3 CONCEPTO DE MÁXIMA PUBLICIDAD

El principio de máxima publicidad instituye —según el artículo 13 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos— que “toda información en poder del Estado es pública y accesible, en virtud de que es de interés notorio conocerla”. Este principio involucra inevitablemente un esquema institucional de transparencia viable a los ciudadanos que además permita privilegiar la disponibilidad de la información.

Y pese a algunas excepciones, el derecho a la información debe prevalecer, pues éste es considerado un derecho humano y elemento sustancial del Estado democrático.

Cabe aquí precisar que éste principio está garantizado en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la cual establece en su artículo Primero:

Artículo 1. La presente Ley es de orden público y tiene por **objeto proveer lo necesario en el ámbito federal, para garantizar el derecho de acceso a la Información Pública** en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos federales o realice actos de autoridad, en los términos previstos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Artículo 2. Son objetivos de la presente Ley:

- I. Proveer lo necesario para que todo solicitante pueda tener acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos;
- II. Transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información oportuna, verificable, inteligible, relevante e integral;
- III. Favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño de los sujetos obligados;
- IV. Regular los medios de impugnación que le compete resolver al Instituto;
- V. Fortalecer el escrutinio ciudadano sobre las actividades sustantivas de los sujetos obligados;
- VI. Consolidar la apertura de las instituciones del Estado mexicano, mediante iniciativas de gobierno abierto, que mejoren la gestión pública a través de la difusión de la información en formatos abiertos y accesibles, así como la participación efectiva de la sociedad en la atención de los mismos;
- VII. Propiciar la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas, a fin de contribuir a la consolidación de la democracia, y
- VIII. Promover y fomentar una cultura de transparencia y acceso a la información pública.

De igual manera en el artículo tercero de ésta ley se refiere que:

Artículo 3. Toda la información generada, obtenida, adquirida, transformada o en posesión de los sujetos obligados en el ámbito federal, a que se refiere la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y esta Ley, es pública, accesible a cualquier persona y sólo podrá ser clasificada excepcionalmente como reservada de forma temporal por razones de interés público y seguridad nacional o bien, como confidencial. Los particulares tendrán acceso a la misma en los términos que estas leyes señalan.

El derecho humano de acceso a la información comprende solicitar, investigar, difundir, buscar y recibir información.

Aquí la importancia de lo mencionado, en el sentido de que, la no publicidad o la opacidad significan una violación a un derecho humano.

2.3.1 Características de máxima publicidad

El principio de publicidad en los procesos penales se sustenta en tres pilares esenciales:

- A) Proteger a las partes de una justicia sustraída del control público;
- B) Mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales;
- C) Evitar que el acusado vea limitado su derecho a la defensa al desconocer las actuaciones judiciales y estar impedido, por ello, de aportar elementos de prueba que aclaren o desvirtúen las que se acumulan en su disfavor.

Junto a esta función de garantía para el justiciable, la publicidad desempeñaba una importante función como instrumento de control de la sumisión del juez a la ley.

La garantía de la publicidad, como garantía de la imparcialidad del Poder Judicial, constituye un elemento esencial del derecho constitucional al debido

proceso. Con ello se quiere expresar que las garantías formales, una de las cuales es la publicidad de los juicios, no constituyen meros formalismos de los que se pueda prescindir, en cuanto que sólo un proceso penal realizado debidamente es adecuado para remover la presunción de inocencia. En este sentido el derecho al debido proceso constituye un presupuesto del régimen liberal, y él mismo se ha convertido en un derecho fundamental sustancial (due process of law).

El principio de publicidad en el proceso penal, es esencial en la aplicación de nuestro proceso judicial, independientemente que adopte diferentes matices y tenga varias clasificaciones, sobre todo en otros países, pues su presencia y correcta aplicación garantiza el Debido Proceso, que implica que las partes que intervienen en él, gocen de sus derechos y garantías, es decir que se encuentren en igualdad de condiciones, sobre todo cuando se trata del acusado, que es el más afectado cuando no se aplica correctamente este principio, pues se lacera el principio de Presunción de inocencia desde el momento que se publiquen los hechos ocurrido sin que se haya dictado sentencia condenatoria sobre él.

Entre los años de 1740 ya el propio, Emmanuel Kant, destacado filósofo alemán del siglo XVIII, abordaba el tema de publicidad, de ahí que fuera considerado “el padre de la idea moderna de publicidad” y es que, éste destacado filósofo exponía con impresionante sapiencia y como avizorando el futuro donde ahora la máxima publicidad es fuente de grandes discusiones que eran injustas “todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados” (Kant, Immanuel, 2017:367).

Y es que para Kant, la manera más certera de conocer las injusticias sacándolas del secreto y poniéndolas a la vista de la opinión pública. Sin duda, el principio de publicidad es de enorme importancia para la buena marcha de las sociedades democráticas. Hablando del argumento de Kant, Norberto Bobbio dice que “De esta manera de plantear el problema deriva que la obligación de la

publicidad de los actos gubernamentales es importante no sólo, como se dice, para permitir al ciudadano conocer las acciones de quien detenta el poder y en consecuencia de controlarlas, sino también porque la publicidad es en sí misma una forma de control, es un expediente que permite distinguir lo que es lícito de lo que es ilícito”.

Para Kant, la política no tiene sentido si no se expresa como derecho, es decir, si sus principios normativos no adquieren la forma de normas universales de validez general. Así, el principio de publicidad, que es el criterio regulador de la expresión de los argumentos, es también, y de manera inmediata, un principio obligatorio para las leyes que pretenda imponer el Estado.

Es oportuno aquí referir que para el periodismo, el principio de publicidad del sistema penal acusatorio abre una franja de recursos informativos dignos de destacarse y es que las fuentes periodísticas en el procedimiento penal acusatorio aportan diversos formatos de texto, imagen, audio y video, que se multiplican principalmente por dos razones: la cobertura de las audiencias públicas y el acceso a la información de la etapa de investigación.

Es cierto que la publicidad no formaba parte del sistema penal mexicano anterior, de ahí que se le denominara como inquisitorio-mixto, sin embargo, ahora se termina con los secretos en los procedimientos. La diferencia radica en el artículo 20 constitucional, que como lo hemos observado establece: “el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”, a diferencia del anterior, donde sólo decía: “proceso de orden penal”.

Así, la publicidad se convierte en un requisito ineludible para las autoridades judiciales. En esa diferencia radica el sentido de la transformación de fondo ya que, por insignificante que parezca la reforma penal para sus detractores –porque los

hay- estos cambios junto con la sensibilización del periodismo capacitado, propicia un contexto pertinente para una nueva forma de comunicación de los procesos penales y de la autoprotección de las y los periodistas.

Dentro del número de modificaciones que el sistema acusatorio representa para la justicia en nuestro país –como aquí lo hemos abordado- es esencial, la libertad de expresión y del derecho a la información, integrado o concentrados en el debido proceso y el principio de publicidad.

Así pues, el debido proceso se ejerce cuando el principio de publicidad se convierte en un medio para defender los derechos del imputado y de la víctima, con el que es posible para un amplio público conocer las actuaciones de las autoridades encargadas de procurar e impartir justicia y es que éstas al verse bajo el escrutinio social, tendrán que actuar en estricto apego a la ley; así el principio de publicidad se convierte en una garantía política para la sociedad civil.

Así, pues, entre el debido proceso y el principio de publicidad se garantiza el derecho de acceso a la justicia para las partes involucradas, así como el derecho a la información de la sociedad al acercar a los ciudadanos el sistema acusatorio y al legitimar –con la transparencia de la misma- la etapa de investigación.

Así, se coloca, al periodismo, en el centro del debate como defensor de la presunción de inocencia, al convertirlo en el agente reproductor de la cultura del respeto a los derechos humanos; en lo tocante a la transparencia, permitirá alcanzar uno de los objetivos del sistema acusatorio: que los procesos penales se desahoguen con celeridad a través de las audiencias públicas y los mecanismos alternativos.

Así, se consigna obligación para las instituciones de procuración e impartición de justicia de garantizar el principio de publicidad que implica el acceso de la sociedad y de los medios de comunicación a ciertos ámbitos del proceso penal.

Es aquí donde se establece el derecho del imputado y de la víctima al juicio público o 'garantía de audiencia pública'. La garantía de audiencia es un derecho esencial por ser un requisito del debido proceso ya que permite que el imputado sea escuchado por el juez, al tiempo que éste debe garantizar el desahogo de pruebas lícitas por parte del fiscal y del abogado defensor, es decir, que cualquier decisión que pueda afectarlos debe decidirse con ellos presentes y en audiencia pública; esto frente a la comunidad y a los periodistas asistentes.

El principio de publicidad se refiere a la apertura del sistema de justicia penal en los siguientes ámbitos:

Instancias	Audiencias públicas (control de detención, vinculación a proceso, intermedia, juicio oral y ejecución de sentencia).
Actuaciones	De los operadores del ministerio público y de las policías, solicitud de medidas cautelares, resoluciones y sentencias de los jueces; garantía de los derechos humanos de las partes.
Acceso a la información pública	Expedientes de la etapa de investigación (antes averiguaciones previas), estadísticas de procuración e impartición de justicia.
Transparencia	Información pública obligada por la Ley federal de transparencia y acceso a la información, boletines de prensa, informes de labores, remuneraciones, entre otros

Cabe aquí precisar –como ya se ha referido con antelación- que las excepciones al principio de publicidad son determinadas por la ley en relación con la seguridad nacional o pública, la revelación de datos personales, así como la protección de las víctimas, testigos, menores o que el juez considere que existen razones fundadas para restringirlo. La víctima tiene derecho a la intimidad, a que su información no sea publicada en los medios de comunicación sin su consentimiento. Las leyes ordinarias darán los mecanismos para preservar la publicidad. Asimismo, el principio de publicidad tiene dos tipologías diferentes, que refieren a quienes tienen acceso a la información del proceso, la primera es la publicidad erga-omnes, que significa el acceso a los actos procesales orales para cualquier individuo, y la segunda es la publicidad inter-parte, que es el libre acceso a las actas y expedientes del proceso para la víctima y el imputado. La transformación básica del sistema penal acusatorio en términos de impartición de justicia radica en que durante el proceso se dividen las tareas de investigar, acusar y sentenciar. Así, existen audiencias públicas para cada una de estas funciones. En primer lugar, el juicio se celebrará ante un juez que no conozca el caso, bajo los principios de inmediación y concentración. Segundo, los elementos probatorios se darán de manera pública, contradictoria y oral. El principio de publicidad atraviesa al sistema penal acusatorio en cada una de sus etapas.

Tipo de Audiencia	Etapas	Autoridad Judicial	Descripción
Control de Detención	De Investigación	Juez de Control	El imputado es puesto a disposición del juez, se le informan sus derechos, si cuenta con abogado defensor, se le ofrece brindar datos de prueba y se califica la detención. Es viable la conciliación.

Vinculación a Proceso	De Investigación	Juez de Control	El juez garantiza que el imputado conoce sus derechos. El ministerio público informa el tiempo, lugar y circunstancias de la investigación que señalan existencia del hecho como delito, que demuestran la probabilidad que el imputado lo cometió, su calificación jurídica, modo de ejecución y reparación de daño. El juez abre debate sobre medidas cautelares y da plazo para cierre de la investigación
Intermedia	Intermedia	Juez de Control	Se da con el juez en presencia de las partes, el Fiscal y el abogado. Hacen exposiciones. Puede terminar en sentencia condenatorio con razón de procedimiento abreviado o con la suspensión condicional de proceso. Es viable la terminación anticipada.
Juicio Oral	Juicio Oral	Juez de Juicio Oral	Comienza con los alegatos de apertura, continúa con la recepción de pruebas y los alegatos de clausura. Se da la individualización de pena, reparación de daño y sentencia.
Ejecución de Sentencia	Ejecución de Sentencia	Ejecución de Sentencia	Tiene el objetivo para revisar la extinción de penas, condiciones de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Las audiencias que son públicas: intermedia, vinculación a proceso, juicio oral y ejecución de sentencia. Sólo las de juicio oral, intermedia y ejecución de sentencia son jurisdiccionales, lo que significa que los datos de prueba tienen valor probatorio, en el resto, al darse durante la etapa de investigación, toda carga de prueba está sujeta a futura valoración y aprobación por parte del juez, por lo tanto, no determinan culpabilidad ya que la sentencia no ha sido dictada.

De ahí que, se proponga mayor participación ciudadana para evaluar el actuar de las instituciones judiciales a través de los medios de comunicación. El sistema acusatorio tendrá éxito y eficacia en la forma en que la sociedad mexicana del mismo. El principio de publicidad es uno de los principios más importantes para el conocimiento del sistema penal.

2.3.2 Publicidad en el nuevo sistema de justicia penal en México

Históricamente el sistema de justicia penal mexicano se ha caracterizado por ser ineficiente, opaco y discriminatorio, sobre todo hacia las personas imputadas, los “presuntos responsables” que enfrentan procesos inequitativos sin que se respete el principio de la presunción de inocencia (en donde los medios de comunicación juegan un rol esencial en la reproducción de estas violaciones a derechos humanos). Ya sea por cuestiones de raza, clase social o género son discriminados y encerrados utilizando la prisión preventiva como maquillaje.

La urgente necesidad de modificar el sistema de justicia penal ha sido un debate que durante las últimas dos décadas ha atraído opiniones de posiciones opuestas: hay quienes buscan endurecerlo al restringir las libertades y hay quienes buscan que sea garante de los derechos humanos. Ya sea por cuestiones de intereses económicos, políticos o sociales, ambas posiciones llegaron al año de 2008 y se encontraron con la Reforma Constitucional en materia de Seguridad Pública y Justicia Penal; y ambas posiciones, de manera contradictoria, se vieron reflejadas en ella. ¿Cómo? En esa reforma se modificaron diez artículos

constitucionales que básicamente transformaron en dos niveles al sistema de justicia penal mexicano: por una parte, crearon una serie de reglas para el proceso penal que se sustentan en la garantía de los derechos humanos de las partes involucradas a partir de la transparencia como columna vertebral, sin embargo, al mismo tiempo se creó un sistema de justicia penal 'especial' dedicado a la delincuencia organizada y a los delitos graves, en el cual a las personas imputadas se les suprime la mayoría de sus derechos. A eso los especialistas le llaman un sistema penal de dos velocidades.

Con la reforma penal de 2008 se pasó de un sistema penal mixto (inquisitorio) a uno acusativo, en el cual se defienden las garantías de los acusados (aunque con esa otra velocidad que es el sistema de excepción o del 'enemigo' en materia penal). El objetivo del sistema penal acusatorio es fomentar la rendición de cuentas en las instancias del gobierno y al mismo tiempo terminar con la privación de la libertad de personas inocentes, al hacer juicios transparentes. Como sabemos, estas dos últimas propuestas han sido demandas de larga data de periodistas, organizaciones de la sociedad civil y de la sociedad en general ante el sistema de justicia penal deficiente.

Por lo tanto, una gran parte de la reforma penal de 2008 corresponde al proceso de lucha y demanda de democratización del estado enmarcado bajo el contexto de los movimientos de derechos humanos en América Latina, cuya finalidad es encontrar justicia penal alternativa, más democrática, en donde existan alternativas al encarcelamiento.

Las modificaciones que trae consigo el sistema penal acusatorio, se pueden identificar a partir de cuatro categorías: I) los principios por los que se rige; II) las responsabilidades de los operadores y los derechos que se otorgan a la víctima y a la persona imputada; III) las salidas alternas al proceso penal; y IV) la política de transparencia que promulga. Estas se sustentan en los derechos humanos, que en

el sistema penal acusatorio se convierten en la base jurídica para la defensa de la dignidad de las personas ante la justicia.

Todo acto jurisdiccional debe ser público. El desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir en el mismo acto procesal. Que el juez esté presente en las audiencias, dirija, reciba pruebas y escuche alegatos. La presentación, recepción y desahogo de las pruebas en el debate se desarrollan ante el juez y las partes en una audiencia, que será continua, sucesiva y secuencial. Las partes pueden debatir los hechos y argumentos jurídicos y controvertir cualquier medio de prueba durante el juicio.

De la mano del debido proceso surge en el sistema penal acusatorio la presunción de inocencia, que se convierte en derecho de las personas imputadas a través de la cual se presume su inocencia hasta que no sea declarada culpable en sentencia emitida por el juez. Así, es la garantía para no padecer una condena hasta que la responsabilidad penal quede demostrada, obtenida de pruebas lícitas, bajo principios de contradicción. Como ya se dijo, el concepto de justicia al que se está acostumbrado en México está permeado por la opacidad del sistema penal, se convierte en un mito inaccesible y falta de transparencia, al cual se prefiere evitar a toda costa por igual, ya sea una víctima de delito o un probable delincuente.

El principio de presunción de inocencia viene a tirar abajo este mito que tiene el descaro de identificar al culpable con el hecho ilícito sin garantizarle un debido proceso penal y sin considerar el contexto en que ocurrió, discriminándolo por cualquier razón. El ministerio público ya no puede llevar a cabo la investigación y desahogar las pruebas ante sí mismo porque se creó la figura del juez de control, que lleva la dirección de la investigación penal. Entonces la facultad de acusar recae en el ministerio público. Por su parte, la facultad de juzgar se encuentra separada entre tres operadores: el juez de control, el juez de juicio oral y el juez de ejecución de sentencia; al primero corresponde dirigir la investigación que lleva a cabo el

ministerio público y cerciorarse de que los medios de prueba que se presentarán en el juicio oral sean obtenidos de manera lícita sin violaciones a derechos humanos, mientras que al juez de juicio oral le corresponde valorar los medios de prueba (sin conocimiento previo del caso) que son presentados de manera oral en las audiencias públicas. Por último, la facultad de defender es reforzada ya que se le permite a la persona imputada tener conocimiento de todos los datos que se generen durante el proceso, al mismo tiempo que se le permite aportar medios de prueba al proceso con la garantía de que todo acto probatorio tiene que desarrollarse bajo la presencia del juzgador.

Aquí, los fundamentos de la transparencia impulsan a que la sociedad mexicana se incorpore como observadora del sistema penal, ya que sin esta ciudadanía de la justicia penal es menos probable que la garantía de los derechos humanos se convierta en el paradigma de las actuaciones judiciales. Cada uno de los actores tiene derechos y responsabilidades particulares en las etapas del sistema penal acusatorio.

La reforma penal de 2008 estableció cinco etapas para el proceso penal acusatorio: de investigación, intermedia, de juicio oral, de impugnación y de ejecución de sentencia. Al partir de una concepción garantista del derecho, en la cual se consideran a los derechos humanos como el eje transversal para la procuración e impartición de justicia, el proceso penal otorga derechos a la víctima y al imputado en cada una de ellas. A la autoridad judicial se le dividió en tres: juez de control, juez de juicio oral y juez de ejecución de sentencia. Los jueces son distintos en cada etapa del proceso y deben desconocer el caso, así como no tener contacto previo con las partes. El juez de control es el encargado de dirigir la investigación, ordena al fiscal que provea de la evidencia a las partes y determina qué datos de pruebas se permitirá en la etapa de juicio oral; también, durante las audiencias debe escuchar el caso, evaluar las pruebas, aplicar la ley.

En todo este contexto, como ya se dijo, se garantizan los derechos humanos de las partes a través del principio de publicidad. Las actuaciones y los elementos que tienen valor probatorio dentro del proceso penal se desahogan en las audiencias.

2.4 EL DEBIDO PROCESO EN MÉXICO

La doctrina mexicana ha precisado el concepto del debido proceso legal en los siguientes términos: se entiende por debido proceso legal el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados. En un desenvolvimiento de esta idea, el mismo autor se extiende a varios sectores:

A) la exigencia de un proceso previo en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento;

B) prohibición de tribunales especiales y de leyes privativas;

C) restricción de la jurisdicción militar;

D) derecho o garantía de audiencia; e) fundamentación y motivación de las resoluciones dictadas por autoridad competente; f) aspectos sustanciales del debido proceso legal que aluden ya a la evaluación de lo decidido por los tribunales y su compatibilidad con los principios lógicos y jurídicos del sistema.

Por su parte, un exponente destacado del pensamiento procesal iberoamericano penetra con profundo conocimiento a la esencia del debido proceso y a su íntima relación con la tutela judicial efectiva, al exponernos: el Due Process of Law, que no es otra cosa que la institución de origen anglosajona referida al Debido Proceso Legal, como garantía con sustrato constitucional del proceso judicial,

definida por un concepto que surge del orden jurisprudencial y de la justicia que respaldan la legitimidad de la certeza del derecho finalmente determinado en su resultado.

Por ello el Debido Proceso Legal que garantiza la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial es a su vez una garantía de una Tutela Judicial Efectiva; y ello, es elemento indispensable para la consecución de la finalidad del propio proceso judicial. Son pues, conceptos alternos, casi sinónimos.

Si bien en los instrumentos internacionales consta el estudio y avance del debido proceso, caracterizado a partir de una serie de reglas procesales que deben cumplirse en todo proceso, una definición más afinada lo revela como “el derecho intrínseco que tiene todo ser humano a participar, de manera efectiva y eficaz, en todas las decisiones que pudieran afectar sus derechos”. La eficacia y eficiencia denotan que no basta con el respeto de meras fórmulas para tener por satisfecho este derecho, sino que se trata de una garantía que sólo se cumple cuando puede ejercerse el derecho de defensa de manera certera y efectiva.

Se trata del conjunto de reglas, que, si bien son mínimas, “deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (...) acto del Estado que pueda afectarlos”.

En definitiva, se trata de un resguardo jurídico que debe proveer todo Estado de Derecho para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y el ejercicio democrático del poder.

Por ello, si bien el debido proceso interesa especialmente en materia penal, la Corte ha efectuado una interpretación extensiva hacia otras materias, conforme el principio pro homine, de modo que las reglas contenidas en el art. 8 de la CADH,

tanto en su inciso 1 como el 2, han de ser observadas en todo proceso tendiente a la determinación de derechos de una persona.

Diversas fuentes del Sistema IDH postulan esta interpretación, la cual puede considerarse pacífica. En este sentido, la Corte IDH ha dicho que “todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana”. **(García Ramírez, Sergio)**

De este modo, las debidas garantías que debe respetar todo proceso que señala el artículo en cuestión, se aplica a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, por lo que, en ellas, deben respetarse los mismos estándares que en el proceso penal.

Esta jurisprudencia fue reiterada pacíficamente en los casos "Paniagua Morales y otro; 23 "Tribunal Constitucional", "Broenstein", "Baena", "López Mendoza". Con posterioridad a estos pronunciamientos, la Corte IDH extendió aún más la garantía, y estableció que su aplicación resultaba imperativa no sólo en todos los procesos de determinación de derechos, sino también en todas sus instancias, decir, desde los procedimientos previos hasta la etapa de ejecución de la sentencia.

Queda claro que el **Debido proceso penal** es el conjunto de etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por los sujetos procesales cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución con el objetivo de que: los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente

CAPÍTULO III

MEDIOS DE COMUNICACIÓN

En el capítulo anterior se estudió lo que es un sistema penal tanto teóricamente como como en el marco jurídico mexicano, y cómo este tiene principios que persigue y que colisionan, a continuación, estudiaremos los Medios de comunicación en un primer instante, y se continúa con su marco jurídico, todo ello, para encaminarnos a la propuesta deseada, que es la apertura y modificación a favor de la publicidad penal.

Una de las lecturas obligadas de todo estudiante de Derecho es “1984” de Geroge Orwell, dónde se narra una sociedad distópica, el personaje central se llama “Smith”, el cual trabaja en el llamado “ministerio de verdad”, este departamento tenía la tarea de cambiar la historia según la conveniencia del partido político único, después de tres años de trabajo en el departamento de verdad, descubre la farsa en la que se basa su sociedad, al final de la novela podemos dar cuentas de los mecanismos de control en los que se basa esta sociedad, en primer lugar una burocracia exagerada, en segundo lugar en manejo de la información, todo debido a un Estado de tipo autoritario, con un partido único y con que se manejaba con

eficacia bajo los lemas: “la libertad es esclavitud” y “la ignorancia es fuerza; con ello se criminaliza el conocimiento y la libertad.

Los medios de comunicación, son aquellos que manejan la información, esta es necesaria, si queremos una sociedad, libre, justa y democrática. Una de las premisas principales es que los medios de comunicación deben proporcionar información neutra y veras, para mejorar la toma de decisiones de una sociedad, como en la novela descrita anteriormente, si no existe un libre flujo de información, un exceso de burocracia, el Estado toma elementos autoritarios, siendo sus penas y sus sistemas menos justos.

Al parecer de diversos pensadores como Mariela Ponce y Miguel Carbonell, los sistemas penales, y las formas de gobierno, tienen un gran vínculo (esto ya se mencionó en el capítulo anterior). La razón es que los sistemas penales van de la mano a la forma de gobierno, pues cada forma de gobierno sigue una finalidad y su propio perfeccionamiento; como dice Carbonell los sistemas penales son herramientas para este perfeccionamiento (de cada sistema de gobierno); respecto a nuestro sistema penal busca el desarrollo de la democracia (con todos sus valores y garantías) y la detención del autoritarismo. Pero con la aseveración anterior tenemos que aclarar ¿qué se entiende por democracia? Para después entender, bajo el concepto de democracia, lo que significa ser un ciudadano en una sociedad democrática y con ello su papel en la sociedad. De esta manera comprenderemos la importancia de la información y de los medios de comunicación, que tienen en un régimen democrático y por lo tanto, su importancia en un sistema penal acusatorio, concluyendo el siguiente capítulo con su marco legal.

3.1 DEMOCRACIA

Antes de continuar, es necesario recordar que para Kelsen; uno de los pilares de nuestra ciencia del Derecho, para hablar de Derecho propiamente tenemos que hablar de tres problemas: uno aplicabilidad, dos legitimidad y tres no contradicción de las normas jurídicas en general, todo ello lo conocemos en el libro “Teoría pura del Derecho”, Pero en el libro su libro “teoría general del Derecho y Del Estado” muestra de manera silogística y magistral que todo estado tiene un orden Jurídico(existencia de un conjunto coherente de normas); y aunque no todo Estado es de Derecho, si Todo Estado de Derecho está sometido al Derecho, ¿Qué es un estado de Derecho? Nos dice el mismo Kelsen, que es aquel que “Se contrapone a cualquier absoluto, en cuanto estado ilimitado”.

En la búsqueda de esta limitación y del respeto de garantías individuales, se han pensado en la mejor manera de gobernarnos. Para ello es necesario hacer memoria histórica; es como dice Rudiger Safranski buscar el Hilo de Ariadna, y eso nos lleva a los inicios de la cultura occidental, que es Grecia, la llamada “Grecia clásica”. Sin embargo, lo que los clásicos entendían por democracia y lo que hoy se entiende, es muy distinto, aunque no se profundiza demasiado en esto, en éste trabajo es importante mencionarlo y explicarlo, para poder comprender, nuestro momento histórico, como decía Ortega y Gasset “soy yo y mis circunstancias, salvándolas a ellas me salvo a mí mismo”.

Una de las principales autoridades para hablar del pensamiento clásico griego es sin duda el Filósofo alemán Werner Jaeger, que centra al hombre en la polis y en su paideia (educación). El griego es “el hombre estado” y el “estado hecho hombre”. El hombre no se pertenece a sí mismo, sino al Estado “Zoom politicom. Al perecer de Este autor alemán es el primer instante donde el individuo y el Estado se identifican, y la educación de este individuo concreto corresponde el ideal del ciudadano.

*“En primer lugar, la educación no es una propiedad individual, sino que pertenece, por su esencia, a la comunidad. Se imprime en sus miembros individuales y es, en el hombre, Zoom Político), en una medida muy superior (...) La estructura de toda sociedad descansa en las leyes y normas escritas y no escritas que la unen y ligan a sus miembros”*¹¹

Es así que el ciudadano griego tenía que ser la mejor representación de un ideal, el ideal de ciudadano, el Kalos Kagathos (belleza como sentido normativo de la imagen anhelada, del ideal), al griego se le formaba tanto internamente como externamente, sobre esto Platón le ve al ciudadano como “el adiestramiento de perros de raza noble”. Una vez comprendido esto es sencillo comprender las razones en las que se funda la democracia de Pericles (c. 495 a. C.- 429 a. C.), pues todo acto individual estaba guiado por el ideal del ciudadano, cabe hacer notar que según este autor no existía la noción de individuo como la de hoy en día, sino la de comunidad, todos estos ideales se expresaban en manera de poemas.

Platón por su parte, griego vive una época de crisis política, en específico el fracaso de la democracia de Pericles. En otras palabras, el esplendor de la antigua Grecia ya había pasado. Esto hace que tenga una visión pesimista del futuro y una idealización del pasado. Esta forma de ver la política, da como resultado las formas de gobierno “clásica” que se organizan de la mejor (Monarquía) hacia la peor (Tiranía).

A) Monarquía: significa que el estado es regido por un solo gobernante. Pero este gobernante tiene que ser el más sabio de todos los hombres (rey filósofo) y la organización de su estado tiene que tener como base la Justicia. En Platón entendamos la justicia como “darle a cada quien lo que le toca”, en otras palabras, las exigencias de estado estarán en proporción de lo que el ciudadano pueda dar.

¹¹ Jarger, Wagner, Paideia, *Los ideales de la cultura griega*, FCE, México, 1957, p. 3.

B) Aristocracia: significa el gobierno de los mejores. En Platón la aristocracia era una de las formas ideales de la organización del estado, pues también estaba regida por la idea de la justicia. Para el filósofo griego no existe diferencia entre la Monarquía y la Aristocracia, siempre y cuando se fundamenten en la idea de justicia, dice Platón:

“- Digo que una de las formas de gobierno es precisamente las formas que examinamos [es decir la constitución ideal] y que podríamos llamar con dos nombres: si entre todos los regidores uno tiene el mando sobre los demás, la podríamos llamar monarquía; si el mando está en manos de varias personas aristocracia.

-Es verdad

- Por lo consiguiente estos dos aspectos constituyen una sola forma: que uno o varios tengan el mando da lo mismo, pues nada cambiaría en las leyes fundamentales del Estado”¹².

C) Timocracia: viene de la palabra griega “timos” significa valor, honor o estimación, en otras palabras, timocracia es el gobierno de las personas con honores. Platón se inspira de la organización política de Esparta, donde los guerreros con honores eran los que gobernaban. El filósofo griego describe de la siguiente manera al hombre timocrático:

“Semejante hombre es duro con los esclavos, ni siquiera se preocupa de ellos como acontece con quien recibió una educación perfecta; es indulgente con los hombres libres, y sumiso con las autoridades, deseoso del mando, amante de los honores; mas aspira a mandar no en virtud de la propia palabra, o por cualquier otra virtud del género, sino por la propia actividad bélica, por su talento militar, y paralelamente tendrá la pasión de la gimnasia y de la caza”¹³

¹² Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, FCE, México, 1987, p. 23.

¹³ *Ibidem*, p. 24

La Timocracia es la forma de gobierno de Esparta y aunque cercana a las formas de gobiernos ideales, tiene un vicio el cual radica en honrar más a los guerreros que los sabios. Y para Platón la sabiduría es necesaria para un gobierno justo.

D) Democracia: significa gobierno del pueblo, la democracia en Platón es un garante de la libertad de los individuos, donde cada quien puede desarrollar su vida como crea que es lo mejor.

“-¿Cuál es el bien que se propone la democracia?”

-La libertad. Entra en un estado democrático, y por todas partes oirás decir que no hay ventaja preferible a ésta, y que, por este motivo, todo hombre que haya nacido libre establecerá su morada en ese estado mejor que en cualquier otro”.¹⁴

Pero, el vicio de esta forma de gobierno radica en el exceso de libertad:

“-¿No es el amor a la libertad llevado al exceso (y esto es lo que yo quería decir), acompañado de extremada indiferencia para todo lo demás, lo que acaba por perder y por hacer necesaria la tiranía?”

— ¿Cómo? — Cuando un Estado democrático, devorado por una sed ardiente de libertad, está gobernado por malos escanciadores, que la derraman pura y la hacen beber hasta la embriaguez, entonces, si los gobernantes no son complacientes, dándole toda la libertad que quiere, son acusados y castigados, so pretexto de que son traidores que aspiran a la oligarquía. —Seguramente. — Con el mismo desprecio trata el pueblo a los que muestran aún algún respeto y sumisión a los magistrados, echándoles en cara que para nada sirven y que son esclavos voluntarios. Pública y privadamente alaba y honra la igualdad que confunde a los magistrados con los ciudadanos. En un Estado semejante, ¿no es natural que la libertad se extienda a todo? — ¿Cómo no ha de extenderse? — ¿No penetrará en el interior de las familias, y al fin, el espíritu de independencia y anarquía no se

¹⁴ Ibidem, p. 27.

comunicará hasta a los animales? — ¿Qué quieres decir? —Que los padres se acostumbran a tratar a sus hijos como a sus iguales y si cabe a temerles; estos a igualarse con sus padres, a no tenerles ni temor ni respeto, porque en otro caso padecería su libertad; y que los ciudadanos y los simples habitantes y hasta los extranjeros aspiran a los mismos derechos. —Así sucede. —Y si bajamos más la mano, encontraremos que los maestros, en semejante Estado, temen y contemplan a sus discípulos; éstos se burlan de sus maestros y de sus ayos. En general los jóvenes quieren igualarse con los viejos, y pelearse con ellos ya de palabras ya de hecho. Los viejos a su vez quieren remedar a los jóvenes, y hacen estudio en imitar sus maneras, temiendo pasar por personas de carácter altanero y despótico”¹⁵.

Podemos concluir lo siguiente, en Platón la democracia es la último de las mejores formas de gobierno, pero la primera de las peores, pues al dar libertad, puede desvirtuarse en un exceso y dar paso a la oligarquía y a la tiranía.

E) Oligarquía: significa poder económico, político en manos de pocos, es completamente opuesto a la aristocracia donde también el poder está en manos de pocos pero a diferencia de la aristocracia que busca el bien de todos, la oligarquía busca en el grupo de poder mayor riqueza aunque en cambio tengan que pagar con su virtud. Para dar una idea mejor la oligarquía es la avaricia total, lo único que importa es la riqueza económica, los ciudadanos se han olvidados de los valores, “Basta ser pobre para verse despreciado”.

F) Tiranía: La tiranía es el abuso de poder, el peor mal o la gangrena en una sociedad, donde la ley no es justicia sino violencia apegada a los deseos del tirano, a continuación, citaremos a Platón:

“El hombre tiránico...el jefe del pueblo, al encontrar que la muchedumbre está dispuesta a obedecer, no puede abstenerse de derramar sangre ciudadana;

¹⁵ Ibidem, pp. 27-28.

bajo falsas acusaciones; precisamente de acuerdo con las costumbres de sus semejantes , arrastrando a la gente a los tribunales, se mancha de homicidios, privando de la vida a un hombre, y prueba con la lengua y con sus terribles labios la sangre del prójimo; algunos mandan al exilio, a otros los condenan a muerte, mientras por otra parte exige el pago de las deudas y diseña otra forma de repartir la tierra; ¿no es quizá necesario, incluso fatal, para semejante hombre morir a manos de sus enemigos o transformarse a tirano y de hombre a transformarse a lobo?” ¹⁶

Platón hace uno de los primeros análisis políticos en la historia, a su parecer el hombre va en un declive total, que va desde la monarquía hasta la tiranía. A continuación, revisaremos la propuesta de su alumno Aristóteles.

Ha existido una afirmación, “toda persona; o es platónica o se es aristotélica” esto se debe a la diferencia radical entre el maestro y el alumno, Aristóteles es un pensador completamente sistemático, en la Metafísica hace la de las cuatro causas: Material (materia que compone algo), formal (la forma que debe tener), eficiente (es por la cual llega a ser lo que es), final (su finalidad).

En el libro de “la ética a Nicómaco” (como en sus éticas posteriores), para Aristóteles recordando las demás causas se pregunta ¿cuál es la finalidad del hombre? a lo cual se contesta que la finalidad del hombre es ser feliz, pero ¿qué es la felicidad? ¿Acaso la riqueza o es el éxito social (honor) o cómo algunos dicen que es el placer? Para el estagirita la finalidad es el punto medio, es decir, un poco de todo; Pero ¿es posible para cualquiera? Recordemos la famosa expresión acuñada por el mismo, “el hombre es un animal político”, pues necesita de la polis para ser feliz, (si un hombre vive solo o es una bestia o es un dios), entonces, el Telos (la finalidad) de la Polis, es posibilitar la felicidad de sus ciudadanos.

¹⁶ Ibidem, p. 30.

Aristóteles en su libro “La política”, estudia las distintas formas de gobierno y les denomina “Politéia”, que en español se traduce como constitución. Esto quiere decir, el orden de los cargos públicos y la soberanía de la ciudad. Respecto a ello dice Aristóteles en el libro tercero: “*La constitución es la estructura que da orden a la ciudad estableciendo el funcionamiento de todos los cargos y sobre la autoridad soberana*”.

Una vez que se establece al parecer de Aristóteles el ordenamiento de la ciudad se tiene que responder a las siguientes preguntas ¿Quién gobierna? Y ¿cómo? Si es uno el que gobierna y su gubernatura tiende al interés general se llamará monarquía, si gobiernan pocos para el bien común se llamará aristocracia, por último si el bien es común y gobierna la mayoría se conocerá con el nombre de *politia*.

Estas formas de gobierno tienen su corrupción o mejor dicho una forma negativa. Si el que gobierna es uno pero para su interés particular se llamara Tiranía, si los que gobiernan son pocos y estos pocos lo realizan hacia el interés de los ricos se llamará oligarquía. Por último, si los que gobiernan son muchos y lo hacen sólo por el interés de los pobres se llamará democracia.

Forma buena	Forma mala
Monarquía	Tiranía
Aristocracia	Oligarquía
Politia	Democracia.

Como podemos ver no existe mucha diferencia con la clasificación realizada por Platón, pero a diferencia de éste Aristóteles no basa su idea de forma de gobierno sólo en la idea de Justicia, sino lo importante para Aristóteles es la finalidad, es decir, la finalidad del estado es crear las condiciones para la felicidad de todos, razón por la cual las formas buenas de gobierno son guiadas por la idea

del bien común, dando como sus contrarios cuando el bien deja de ser común y pasa a ser bien para uno (tiranía), para pocos (oligarquía) o solo para los pobres (democracia).

En manera de conclusión, es necesario entender que la polis griega no es un Estado, sino una comunidad de hombres, razón por la cual se da una democracia directa, cabe señalar, que aunque no son todas las nociones “clásicas” si son las dos más influyentes, a tal grado que son discutidas por Hobbes, Locke y Rousseau; afirmando que la democracia, solo se posibilitaba en los estados pequeños.

Entre el siglo XVII y siglo XVIII nace el pensamiento liberal, tanto en la economía como en la política, y su influencia se nota en todo campo del conocimiento, su tesis principal radica en un Estado limitado, frente a los Derechos del individuo. En un modelo político liberal su principal representante fue y es Estados Unidos, que conocían la tesis principal de los “clásicos” respecto a la democracia, y uniendo el pensamiento liberal, se da lo que conocemos con el nombre de “gobierno representativo” o conocemos como democracia, que es una democracia corregida en el sentido que responde a la exigencia del presente, limitando al Estado, frente al individuo, Respeto a ello Luz del Camen Martí dice:

“Estados Unidos, poseedores de un gran espacio territorial, guiados por los padres fundadores del nuevo Estado, que poseían amplios conocimientos sobre el pensamiento tanto clásico como moderno, fundar un gobierno republicano, que deseaban deslindar de la democracia de los antiguos, como consta en el discurso de Madison. A la postre, con diferente nombre, por república entienden al gobierno representativo, que nosotros en la actualidad conocemos como democracia, que es una forma de gobierno democrático corregido, moderado o limitado, pasando de la democracia directa de los antiguos a la democracia representativa”.¹⁷

¹⁷ Martí Capitanichi, Luz del Carmen, *Democracia y Derecho a la información*, Tesis, Universidad Veracruzana, México, 2005, p. 17.

Esto da pauta a lo que se conoce como una democracia liberal, donde I parecer de Tocqueville afirma que son dos valores principales que están en juego, la libertad y la igualdad. En Adam Smith, David Ricardo y Betham lo principal es la libertad del individuo en el libre mercado, con ello se el individuo se hace centro de discusión frente al poder absolutista de cualquier Estado, Para Montesquieu, es necesaria la división de poderes, con ello realiza un sistema que se equilibra a sí mismo.

Pero todo lo ya señalado Emmanuel Kant en su libro “*¿Qué es la ilustración?*” el hombre ilustrado es aquel que ha superado la minoría de edad y “Sapere Aude” es decir, se atreve a pensar por sí mismo, sin tutela de instituciones como la iglesia o el Estado absolutista. En esta forma de gobierno se posibilita la participación activa del ciudadano en la vida pública, pero solo posibilitada, por el conocimiento y la información, respecto a esta época de la democracia dice Luz del Carmen Martí:

“Como efecto benéfico de democracia señala la actuación de la opinión pública, a través de los representantes electos, que son aquellos ciudadanos escogidos que conocen lo que es mejor para el país. Con este sistema, es muy posible que la voz pública, expresada por los representantes del pueblo, esté más en consonancia con el bien público que si la expresara el pueblo mismo, convocado para ese fin”.¹⁸

Podemos concluir que la democracia liberal gira entorno a los valores del liberalismo, y se da cuando existe una limitante del Estado frente al individuo, pero también el hombre liberal, es aquel que está preparado para hacerse cargo de sus decisiones, y esta queda mejor posibilitada en la democracia.

¹⁸ Ibidem, p. 21.

3.2 CIUDADANÍA, INFORMACIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

Como vimos anteriormente, la democracia nace en Grecia, pero cuando se habla de democracia griega hacemos referencia a una democracia excluyente, donde solo tenían participación los hombres libres y nacidos en Grecia, con ello también tenemos que tomar en cuenta que debían hablar griego. Con ello se habla de una democracia excluyente, pues excluye a las mujeres, a los niños, etc. Todo ello debido a lo expuesto anteriormente, que el griego estaba educado (es decir, transmisión y aceptación de valores) para ser un ciudadano.

¿Qué se entiende por ciudadano? Ciudadano era aquel que cumplía con los requisitos ya mencionados, pero no bastaba con ser hombre, tener pelo en barba (recordemos que es un indicador de la edad, según los diálogos platónicos), ni hablar griego. ¿Qué se necesita entonces para ser ciudadano? Estar inmiscuido en la vida “pública”, en la vida de la “polis”, para ello las familias mandaban a estudiar a sus hijos Heurística o Retórica, para tener la capacidad de debatir, en el ágora de la ciudad. Y para todo aquel que no quería inmiscuirse en la vida pública, se le llamaba Idiota (ἰδιωτης/idiotes), haciendo referencia que solo le importaba lo propio, y que actuaba de tal manera que no le afectaba lo que sucediera en la ciudad, sobre ello nos dice, Luz del Carmen Marti:

*“El concepto de ciudadanía proviene de Grecia, en la Atenas del siglo V a. C. los ciudadanos eran los protagonistas de la vida social y política. No todos los habitantes de las ciudades eran ciudadanos: sólo aquellos que disfrutaban de un cierto status. Los rasgos esenciales de la ciudadanía antigua o republicana eran el privilegio y la participación política”.*¹⁹

Como sabemos la palabra ciudadano, viene del latín civitas, que quiere decir, perteneciente a la ciudad, la idea de ciudadano romano tiene similitudes con el ciudadano griego, pero es más abarcante, en primer instante la formación del

¹⁹ Ibidem, p. 36.

ciudadano se da por medio de las enseñanzas de las virtudes, además se antepone lo público a lo privado. El ser ciudadano incluye pagar impuestos y comportarse conforme a Derecho, pero también conforme a obligación; sobre ello y como concepción básica nos dice el maestro Margadant:

El termino ius civiles forma parte de dos pres de conceptos, y significa allí cada vez algo distinto... el civile es más bien el Derecho especial que Roma había creado para que se aplicara dentro de sus murallas, algo que incluye entonces el ius honorarum. En cambio, el ius Gentium es aquel fondo jurídico común que encontramos en todo el xtenso de los pueblos mediterráneos y què debe en parte, su gran divulgación territorial al hecho de que se funda en la razón misma. así la típica patria potestad de los romanos era parte del ius civiles, mientras que el fenómeno de la esclavitud pertenecía al ius Gentium ²⁰

Con ello se nota como es más amplio el concepto de ciudadano en Roma que en Grecia. Sin embargo, en la Edad Media este concepto queda olvidado, como lo señala Luis Villoro en su libro “La Pérdida del centro”, donde la idea del ciudadano no existe, y cambia es cambiada por la del Siervo, como nos lo ilustra Luis Villoro en la edad media no existe una dinámica social, sino que se concibe como estático. Para aclarar más el punto el mismo Villoro recurre a la obra de Calderón de la Barca “La vida es sueño”, donde se narra como para el hombre de la edad media se nace en este mundo (que es falto) según el plan de Dios, en algún rol social, y en medida que se desempeñe mejor el papel que Dios ha designado para alguien será castigado o premiado, según se haya realizado el papel; es decir, si alguien nace rey debe de ser el mejor rey del mundo, si se nace zapatero morirá zapatero y tiene que esforzarse en ser el mejor zapatero, cito a Villoro:

“Uno de ellos se recoge en la obra de Calderón de la Barca, El gran teatro del mundo. Encontramos en ella una variante de un tema propio de los autos sacramentales medievales. La vida humana, la sociedad, son representadas como

²⁰ Margadant Floris, Guillermo, *El derecho privado romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Esfinge, México, 1991, p. 101.

una farsa. El autor de la trama otorgó a cada quien su papel en la comedia. Ése es Dios, naturalmente. Hay un apuntador encargado de repetir a los actores el papel que deben desempeñar: es la conciencia. Y cada quien, al entrar en escena, se viste del traje que le corresponde según el lugar que le está asignado²¹.

Con todo ello se entiende, las razones por las cuales no existe una idea de ciudadano, sino que regresa a lo que es el renacimiento, en las obras de Pico della Mirandola como “de la dignidad del hombre” o en su otra obra “La oratio de hominis dignitates” donde se afirma que el hombre no viene a ser un imitador sino a ser un Dios mismo, un creador, pues está hecho a imagen y semejanza, cito:

Así —continúa Pico—, Dios puso al hombre como una obra de naturaleza indefinida, y poniéndolo en el corazón del mundo le habló así: «No te he dado, Adán, un lugar terminado ni un aspecto propio, ni una prerrogativa tuya, para que obtengas y conserves el lugar, el aspecto y la prerrogativa que tú desees, según tu propósito y tu consejo». ²²

Como sabemos el renacimiento se da principalmente en las ciudades Estado Italianas, países como España carecen de renacimiento. Sin embargo, sus ideas se siguen desarrollando hasta la modernidad e ilustración, dónde el hombre se debe hacer responsable de su propio destino, estas ideas ilustradas concluyen con en la positivización de “Los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789” en Francia; sobre esta conceptualización del ciudadano, nos dice Luz del Carmen Martí:

De este modo, en el siglo XVIII habrían aparecido los derechos civiles, en el siglo XIX los derechos políticos y en el siglo XX los derechos sociales, culminación del progreso social y político. La ciudadanía liberal implicaba la igualdad de derechos y obligaciones. La defensa de los derechos de los ciudadanos es la primera obligación del Estado, para lo cual es preciso que los ciudadanos cumplan sus obligaciones, una de las cuales es la impositiva, ya que si el ciudadano precisa

²¹ Villoro, Luis, *El pensamiento moderno: filosofía del Renacimiento*, FCE, México, 1992, p. 20.

²² *Ibidem*, p. 25.

*de protección en sus propiedades e intereses, debe contribuir al sostenimiento de las instituciones y personal del Estado.*²³

Dice Kant en su libro *¿Qué es la ilustración?* “Pensar lo que quieras, pero pagar impuestos”, con esto se inaugura la doble dimensión del ciudadano moderno, el cual tiene dos dimensiones, lo privado y lo público, donde el papel del ciudadano está concentrado en sus propiedades (herencia del pensamiento ilustrado) y el estado está legitimado, por los procesos electorales y genuinos.

Por otro lado, lo público, es un hombre de actos, que puede participar constantemente en la dinámica política, a través de diversos mecanismos de participación, como lo pueden ser los mismos partidos políticos, instituciones gubernamentales, movimientos sociales, ONG`s, etcétera. Pero, para una efectiva participación en la esfera pública, el ciudadano debe tener como base de toda acción información veraz y oportuna. Hasta aquí y en manera de resumen, podemos decir que se ha estudiado el sistema político o forma de gobierno en su sentido más lato, que es la democracia, para después hablar del papel de sus habitantes, que se conocen bajo el concepto de ciudadano, con ello queda claro su papel, es decir, el de la acción. A continuación, estudiaremos, la importancia de la información y los medios de comunicación en la vida pública y por último, su injerencia en el procedimiento penal acusatorio.

3.3 MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SISTEMA PENAL ACUSATORIO.

El tema anterior se estudió que se entiende por ciudadano y cuál es su participación, esto genera una pregunta ¿cómo se forma un ciudadano? Al parecer de Wegner Jaeger a partir de dos premisas fundamentalmente la primera cultura y la segunda Educación. El ciudadano se forma por medio de los ideales de una

²³ Martí Capitanichi, Luz del Carmen, op. Cit., p. 19.

cultura. La educación es aquel proceso por el cual se transmiten los ideales aristócratas, en cambio la cultura es algo mucho más general y se transmiten los ideales generales de una cultura, que van de la mano con su forma de comportarse pública y privada., cito al pedagogo, filósofo y politólogo alemán:

“La cultura ofrece en la forma entera del hombre, en su conducta y comportamiento externo y en su postura interna...La educación no es más que la forma aristócrata progresivamente de una nación”: ²⁴

Sartori filósofo italiano afirma que a diferencia del ciudadano antiguo, que se formaba a través de la oralidad, actualmente se forma por medio de la imagen, razón por la cual los medios de información juegan un gran papel en la formación del ciudadano actual, cito:

*“Nos encontramos en plena y rapidísima revolución multimedia. Un proceso que tiene numerosas ramificaciones (Internet, ordenadores personales, ciberespacio) y que, sin embargo, se caracteriza por un común denominador: tele-uer, y, como consecuencia, nuestro vídeo-vivir. En este libro centraremos nuestra atención en la televisión, y la tesis de fondo es que el vídeo está transformando al homo sapiens, producto de la cultura escrita, en un homo videns para el cual la palabra está destronada por la imagen.”*²⁵

En el libro del filósofo italiano “Homo videns, la sociedad teledirigida” hace una crítica a los medios de comunicación y su formación del ciudadano, pero no niega que más que discutir el medio, debemos de enfrentarnos de una manera responsable su uso, siempre al servicio de la apertura a la sociedad y a la democracia, sobre esta misma línea Noam Chomsky en su libro “Los guardianes de la libertad”, que desde el título, afirma el papel de los medios de comunicación en

²⁴ Jarger Wagner, Paideia: *Los ideales de la cultura griega*, FCE, México, 1957, pp. 20-21.

²⁵ Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, FCE, México, 1987, p, 11.

una sociedad democrática, sobre ello escribe el filósofo y sociólogo estadounidense, dice:

“Quizás sea obvia; sin embargo. Lo cierto es que según el postulado democrático los medios de comunicación son independientes y tienen la obligación de descubrir a verdad e informar de ella, y no reflejar la pura y simplemente la percepción del mundo que desearían los grupos de poder. Los responsables de los medios de comunicación afirman que su forma de seleccionar noticias se basa en criterios objetivos e imparciales y que para ello cuenta con el apoyo de la comunidad intelectual” ²⁶

Podemos concluir que el papel de los medios de comunicación tiene una doble importancia por un lado formativo como lo deja notar Sartori y por otro lado, informativo, como lo estudia Noam Chomsky.

Recordando el capítulo segundo, y en favor de lo buscado en esta investigación, se tiene que recordar lo investigado en manera silogística lo que se busca, en primer lugar se entiende que el sistema penal acusatorio busca garantizar los Derechos de todas las personas inmiscuidas en un procedimiento penal, todo ello viene legitimado desde concepción hobbesquiana de un régimen gobierno que conocemos como democracia. Actualmente, no solo se habla de democracia, sino de una democracia liberal en la cual Carbonell en uno de sus tantos elementos la identifica con la expresión *rule of law* que se entiende en español como respeto a la ley.

A continuación, estudiaremos, desde el marco legal actual, los medios de comunicación tienen participación en las audiencias, para posteriormente sus restricciones.

²⁶ Chomsky, Noam, *Los guardianes de la libertad: propaganda, desinformación y consenso en los medios de comunicación de masas*, Ed. Barcelona, España, 1995, p. 11.

3.3.1 Código Nacional de Procedimientos Penales y medios de comunicación

En el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) se especifica con claridad cuáles son las regulaciones y las formas de realizar la cobertura periodística y la transmisión mediática de los procesos en el Sistema Penal Acusatorio.

En su **Artículo 5** concerniente al Principio de Publicidad, el CNPP indica que: “Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia”

El **Artículo 13** establece el principio de presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código. Aquí la importancia de que, los medios de comunicación respeten este principio y no caigan en errores como señalar a un detenido como culpable.

En tanto, el **Artículo 15** refiere el derecho a la intimidad y a la privacidad. 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. *Este es un aspecto que los medios de comunicación también deberán tener muy presente en la cobertura de las audiencias.*

Asimismo, el **artículo 55**, referente a las Restricciones de Acceso a las Audiencias, estipula que: “El órgano jurisdiccional podrá limitar el ingreso del público a una cantidad determinada de personas, según la capacidad de la sala de audiencia, así como de conformidad con las disposiciones aplicables”, y específicamente para los profesionales de la comunicación aclara con puntualidad que: “Los periodistas, o los medios de comunicación acreditados, deberán informar

de su presencia al órgano jurisdiccional con el objeto de ubicarlos en un lugar adecuado para tal fin y deberán abstenerse de grabar y transmitir por cualquier medio la audiencia”.

En tanto en el **Artículo 109** precisa los derechos de la víctima u ofendido En los procedimientos previstos en este Código, la víctima u ofendido tendrán los siguientes derechos:

XXVI. Al resguardo de su identidad y demás datos personales cuando sean menores de edad, se trate de delitos de violación contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, violencia familiar, secuestro, trata de personas o cuando a juicio del Órgano jurisdiccional sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

También el **artículo 113 del CNPP**, detalla cabalmente en varios capítulos los derechos del imputado, hace referencia a los medios de comunicación; al uso y ejercicio de los derechos procesales que tienen los actores, y que involucran el uso y ejercicio de la cobertura periodística. Este artículo, en dos de sus capítulos (14 y 15) determina que el Acusado o Imputado, tiene derecho:

“XIV. A no ser expuesto a los medios de comunicación”

“XV. A no ser presentado ante la comunidad como culpable”

3.3.2 Los medios de comunicación y su participación en audiencias

Con el nuevo sistema de justicia penal, los medios tienen una gran responsabilidad, pues no solo se trata de transmitir una noticia sino informar con un lenguaje que entienda el respeto a los derechos humanos, se trata pues de una gran responsabilidad.

Además, es aquí, donde los medios de comunicación tienen muchos que hacer, ante la falta de credibilidad institucional, pues es precisamente dando a

conocer lo que ocurre en las audiencias, como los ciudadanos pueden generar una percepción diferente hacia las instancias encargadas de impartir justicia.

Luego entonces, la labor de los medios de comunicación es fundamental en el Nuevo Sistema de Justicia Penal, pues implica un vínculo directo entre la ciudadanía y el sistema de justicia.

Así, podríamos referir, que los medios de comunicación son parte esencial del proceso de implementación del sistema acusatorio, al ser el principal vehículo por el cual la ciudadanía tiene la posibilidad de conocerlo. Partiendo de la comentada premisa, lo urgente sería brindar a los periodistas la oportunidad de comunicar con herramientas sólidas y ofrecerles el espacio necesario toda vez que, este nuevo modelo de justicia penal, modifica sustancialmente la manera en que se construye y publica la noticia judicial.

Es fundamental que actualmente las personas que se dedican a transmitir información sobre este nuevo sistema de justicia se encuentren especializadas en este. Pues el conocimiento de asuntos técnicos, como los principios que rigen el sistema de justicia penal, son de rigurosa observancia para que exista un ejercicio informado. Un periodismo desinformado tiene como consecuencia la violación a derechos humanos de las personas que están en medio de un proceso penal y este tema es de suma importancia, pues la búsqueda de garantizar el acceso permanente de los medios de comunicación a las audiencias, conlleva con ello un alto grado de profesionalización.

Y es que, por ejemplo, la presunción de inocencia se puede ver dañada por los juicios mediáticos, eso ocasiona procesos penales viciados y una incorrecta procuración e impartición de justicia. Por ello es importante que las personas que los periodistas estén sumamente informadas y capacitados.

De la gran responsabilidad de los medios de comunicación en las audiencias del sistema de justicia penal, podríamos acotar las siguientes, que se arrojan de un estudio pormenorizado a la implementación de éste nuevo modelo el estado de Chihuahua, una de las entidades pioneras en la implementación.

- 1) Aprender las nuevas figuras jurídicas, las funciones y competencias de los operadores del sistema, sus alcances y obligaciones.
- 2) Conocer los derechos de las víctimas y de los imputados durante un proceso penal.
- 3) Saber identificar qué decisiones se toman en cada una de las etapas de la investigación y de proceso penal.
- 4) Respetar la identidad de las personas involucradas en un conflicto penal, sean víctimas o imputados y sus respectivas familias.
- 5) Evitar las expresiones despectivas o excesivamente acentuadas (en alusión a la etnia, religión, minoría), que con frecuencia usan los policías ministeriales y otros operadores de la justicia.
- 6) Antes de ventilar los datos de una detención, indagar cómo fue realizada la captura y en persecución de qué delito.
- 7) Vigilar si durante la investigación ministerial se aplican los métodos de la tortura para obtener la confesión.
- 8) La confesión ya no es “la reina de las pruebas”, lo que da pie a los periodistas a cuestionar a las autoridades ministeriales sobre la existencia de las pruebas científicas, aparte de las testimoniales.
- 9) Indagar si desde que fue puesta a disposición del ministerio público, la persona detenida tuvo acceso a una defensa.
- 10) Dar seguimiento a los casos cubriendo las audiencias y retratando lo que sucede durante éstas: los argumentos de la fiscalía, de la defensa y del juez.
- 11) En el sistema acusatorio la víctima adquiere un papel participativo y puede intervenir en las distintas etapas del proceso; vigilar que los operadores del sistema de justicia realmente dejen a las víctimas a ejercer ese derecho.

12) La coadyuvancia también juega un papel importante, tanto en la representación de la víctima como en la defensa del imputado; identificar cómo trabajan los coadyuvantes y qué nuevos elementos aportan al caso y al juicio.

13) Indagar cómo se aplican las salidas alternas, qué fundamentos legales presentan la fiscalía y la defensa en ese sentido y qué argumentos da el juez al momento de decidir.

14) Tener presente siempre que en un proceso penal hay dos partes que deben estar en igualdad de condiciones para acusar y defenderse respectivamente; no guiarse sólo, por una parte, aunque sea la que más información proporciona.

15) Capacitarse en el sistema penal acusatorio, en los derechos humanos y en aplicación de los tratados internacionales.

3.3.3 Restricciones a medios de comunicación en audiencias

Queda claro que, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su Artículo 6°, garantiza el derecho al acceso a la información, estableciendo que toda información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial entre otros, es pública y solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes.

De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia de una sociedad democrática, e indispensable para la formación de la opinión pública, porque de lo contrario, una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

Sin embargo, el derecho al acceso a la información admite restricciones cuando en el ejercicio del mismo se vulneren los derechos fundamentales de la detenida/del detenido, o imputada/imputado (presunción de inocencia, juicio previo

y debido proceso), de la víctima u ofendido, así como de los sujetos del procedimiento penal.

Con motivo de lo anterior, la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 y con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece como principios la presunción de inocencia, juicio previo y debido proceso, los cuales también están inmersos en instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano.

De igual manera, es importante destacar que la presunción de inocencia prevalecerá en todas las etapas del procedimiento penal, mientras que no se declare la responsabilidad penal del acusado o acusada, en una sentencia firme. Por lo tanto, la adecuada Comunicación en la difusión de información e imágenes vinculadas con la prevención del delito y procuración de justicia es hoy en día fundamental.

Es aquí, donde se hace hincapié en la importancia de informar garantizando la presunción de inocencia y los derechos humanos de víctimas e imputados. De ahí que la autoridad insista en las restricciones necesarias prevaleciendo la protección más amplia a los partícipes de un juicio.

Y es que del tema de los medios de comunicación poco se ha abordado sobre la importancia que estos revisten como salvaguarda de los derechos de todo ciudadano a estar informado, de ahí que, como se ha insistido se trata de comunicar con responsabilidad y así en la medida que existan periodistas expertos, se estará en condiciones de garantizar el acceso permanente a los medios de comunicación que conozcan de las formas y la importancia de cuidar los derechos humanos de los partícipes.

Es el artículo **55 del Código Nacional de Procedimiento Penales** el que establece las restricciones a las audiencias:

Artículo 55. Restricciones de acceso a las audiencias

El Órgano jurisdiccional podrá, por razones de orden o seguridad en el desarrollo de la audiencia, prohibir el ingreso a:

- I. Personas armadas, salvo que cumplan funciones de vigilancia o custodia;
- II. Personas que porten distintivos gremiales o partidarios;
- III. Personas que porten objetos peligrosos o prohibidos o que no observen las disposiciones que se establezcan, o
- IV. Cualquier otra que el Órgano jurisdiccional considere como inapropiada para el orden o seguridad en el desarrollo de la audiencia.

El Órgano jurisdiccional podrá limitar el ingreso del público a una cantidad determinada de personas, según la capacidad de la sala de audiencia, así como de conformidad con las disposiciones aplicables.

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

Además, en el artículo 64 del Código Nacional de procedimientos Penales, se establecen las excepciones al principio de Publicidad, que por ser muy ambiguas podrían considerarse el pretexto perfecto para bloquear el acceso de los medios de comunicación a las audiencias, puesto que una de éstas precisamente establece que por el simple hecho de que la o el juez lo consideré pertinente, se negará el acceso; es decir, es aquí donde cabe cualquier pretexto para censurar, por lo que la ley debería de ser aquí más específica.

Artículo 64. Excepciones al principio de publicidad

El debate será público, pero el Órgano jurisdiccional podrá resolver excepcionalmente, aun de oficio, que se desarrolle total o parcialmente a puerta cerrada, cuando:

- I. Pueda afectar la integridad de alguna de las partes, o de alguna persona citada para participar en él;
- II. La seguridad pública o la seguridad nacional puedan verse gravemente afectadas;
- III. Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible;
- IV. El Órgano jurisdiccional estime conveniente;**
- V. Se afecte el Interés Superior del Niño y de la Niña en términos de lo establecido por los Tratados y las leyes en la materia, o
- VI. Esté previsto en este Código o en otra ley. La resolución que decrete alguna de estas excepciones será fundada y motivada constando en el registro de la audiencia.

Es precisamente el apartado IV del citado artículo, el que da pauta a que, en el momento que así lo decida el juez de control o juez de juicio, pueda negar el acceso a los medios de comunicación, por así considerarlo a sus intereses o a los de la propia Fiscalía, luego entonces una fracción tan ambigua debería de considerarse pues son precisamente estos vacíos los que dan pauta a sin número de interpretaciones a modo, pues cualquier pretexto podría ser conveniente para asegurar que el órgano jurisdiccional estima conveniente que los medios de comunicación no estén presentes en audiencia.

CAPÍTULO IV

ACCESO A MEDIOS DE COMUNICACIÓN A LAS AUDIENCIAS, ATENDIENDO DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En el primer capítulo se estudió los elementos teóricos y jurídicos de los sistemas penales acusatorios, también sus principios y normas fundamentales. En el capítulo segundo, se estudió también de manera más profunda los principios y presupuestos de los medios de comunicación respecto a la democracia y su vinculación con el sistema penal acusatorio desde un marco legal.

A continuación, estudiaremos desde una perspectiva teórica, esta colisión de principios, y como desde la postura de las tres principales corrientes jurídicas (iuspositivismo, iusnaturalismo y no positivismo jurídico). Se posibilita, una propuesta, fundamentada desde la argumentación de principios y normas, el Derecho de publicidad y debido proceso.

4.1 PONDERACIÓN, COLISIÓN DE PRINCIPIOS.

Es necesario recurrir a la filosofía jurídica para comprender con claridad, lo que sucede, para, poder dar una explicación válida de lo que acontece en la realidad, para poder optimizar de la mejor manera, y sin despegarnos de una actualidad jurídica, lo que es nuestra realidad, o como dice Miguel Carbonell, el papel del estudiante de Derecho es investigar, pero sobre todo mejorar nuestras prácticas jurídicas.

Robert Alexy una de las principales figuras contemporáneas del Derecho, afirma que el Derecho tiene una doble naturaleza, es decir, por un lado las normas que tienen que ver con un sistema jurídico "lexicografía", es decir, lógico y procedimentista, pero también, una parte moral que viene de los Derechos fundamentales, en su tesis de doctorado, apuesta para la solución de problemas facticos reales, como en el que nos encontramos en esta tesis donde dos Derechos chocan, proponiendo una argumentación racional, que permita dejar ver nuestros presupuestos, esta es la razón por la cual inmediatamente después de exponer la ponderación, se da una exposición de motivos, que buscan legitimar la propuesta, de mayor acceso a la información en los sistemas penales acusatorios.

A continuación, estudiaremos 3 propuestas para saber cómo proceder, teóricamente. La primera se aborda el positivismo ²⁷jurídico, y para ponerle rostro Kelsen y Hart, donde se afirma que el derecho es un sistema de que "operan bajo su validez o eficacia". Cuando se llega a un caso difícil es necesario que el "juez o

²⁷ Cabe destacar algo Giovanni Reale Y Dario Anticelli en su libro "historia del pensamiento científico y filosófico vol. III, dejan ver que el pensamiento de Kelsen es el de un Jurista enamorado de las matemáticas y busca que las "ciencia al derecho", razón por la cual, las leyes no deben contradecirse entre ellas, como en los sistemas lógicos (se sigue el principio de no contradicción), debe de provenir de la autoridad correspondiente y por ultima, tener pertinencia en el mundo social (ese es el trabajo del jurista).

funcionario”, es una especie de creador de ley, es decir, no se llega a la respuesta ya dada por el sistema jurídico²⁸.

En segundo lugar, Dworkin, o como aparece en algunos manuales de Derecho “el nuevo Derecho Natural”. En este autor norteamericano se nota que en los casos difíciles no existe un único procedimiento para encontrar la respuesta correcta, pero existen principios (éticos) que los juristas toman como base para llegar a sus conclusiones y estos son de naturaleza extra jurídica, la imagen que trae este autor es la del “juez Hércules” que es un “sabio”, o en palabras de Alexy un ideal, y lo que se tiene que hacer como jurista es intentar alcanzar sus sentencias perfectas e ideales.

Por último y desde Robert Alexy. Se afirma la “Teoría de las Reglas y principios”, la diferencia entre regla y principio sucede cuando en las colisionan las normas una con otra el resultado es que una de las dos se eliminará, en cambio cuando un valor y otro choca, ninguno de los dos se elimina, uno sigue y el otro se mantiene tal vez, en menor medida, pero continua, al parecer del autor los valores son criterios de optimización²⁹. Que al parecer, Abre la brecha suficiente para el acometido de este trabajo.

4.2 HART, LA REGLA DE RECONOCIMIENTO.

Como todos sabemos en el siglo XX, el derecho como todas las ciencias vive una gran etapa de cambio, una de las principales figuras que encabezan este cambio, fue el judío Hans Kelsen, jurista de origen austriaco, que entre sus intelectuales podemos enumerar a los filósofos Immanuel Kant, Bobbio y Bentham. Y dentro de sus logros, la redacción de la constitución de Austria. Sin embargo, y

²⁸ Cfr. Robert Alexy, Derecho y Razón Práctica, Fontamara, México, 1993, p. 10.

²⁹ Y con ello muestra a los positivistas puros que en el derecho hay participación de la moral.

sin menos preciar sus obras posteriores, por lo que lo recordamos es por su “teoría pura del Derecho”.

En modo de resumen, para este autor el Derecho es el estudio de las normas jurídicas, en otras palabras, las normas jurídicas tienen un carácter coercitivo, a diferencia de las normas, morales que carecen de ese carácter coercitivo. Respecto al problema de la justicia para Kelsen, ese es un problema de la moral, en realidad, lo que a él le preocupa es el problema de la Validez del Derecho, es por ello que recibe el nombre de positivismo jurídico, es decir, el estudio del Derecho está orientado hacia la cuantificación del Derecho, y por ende, la preeminencia de la lógica, el ejemplo de ello es lo que conocemos con el nombre de silogismo jurídico o con el nombre que Kelsen le da, imputación, donde una premisa A (acto) demarca lo ilícito, esto debe de llevar a una premisa B (sanción).

Como podemos observar una norma, tiene su validez debido a la presunción de una sanción sino se cumple.; entonces, debe existir una tercera norma que sancione al órgano que no sanciono y de esta manera, existe una tercera norma implicada, cito:

“En consecuencia, deben existir dos normas distintas: una dispone que un organismo debe imponer una sanción a un sujeto, y otra distinta que otro organismo sancione al primer organismo, en el caso de que no se lleve a cabo la primera sanción [...]. A su vez, el organismo de la segunda norma puede verse obligado por una tercera norma a imponer la sanción dictada por la segunda, y así sucesivamente³⁰”.

Desde una lógica clásica, afirma el filósofo que debe existir una norma primera a la que él llama “norma fundante”, pues si no existiera, nos lleva al absurdo de pensar que existen normas al infinito. Obre ello dice Kelsen.

³⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1986.

“norma fundamental lógicamente necesaria y presupuesta es la constitución; ésta es «productora de derecho» porque «el individuo o la asamblea de individuos que han aprobado la constitución sobre la cual se basa el ordenamiento jurídico son considerados como una autoridad productora de derecho»”³¹

Don ello el problema de la validez del Derecho es que el Derecho viene de una autoridad judicial, la autoridad conferida viene de la constitución y la constitución del supuesto último, que es una constitución primera, que pudo haber sido sentenciada por un usurpador o por una asamblea primera, razón por la cual, en Kelsen el Estado se identifica a la fuerza que se emplea en la sociedad para impedir que en la sociedad se emplee la fuerza, por lo cual para muchos seguidores de Kelsen, el Derecho es una técnica de la fuerza.

Esto solo es el inicio de la controversia, pues al parecer del Jurista de Reino Unido y Catedrático de la universidad de Oxford, Herbert Hart, el Derecho es mucho más complicado que eso, cabe señalar que al igual que Kelsen también se encuentra insertado en la tradición positivista del Derecho, sin embargo a diferencia del austriaco, supera la afirmación de que solo el Derecho es fuerza en el sentido de castigar a quien incumpla o realice un determinado acto (ilícito) o que el conocimiento de la norma jurídica sea algo tan sencillo como solo el conocimiento de un cuerpo normativo, y aún más pone en duda que la validez de una norma venga de una comunidad aislada.

Para entender el pensamiento del maestro de Oxford es necesario comprender un poco del pensamiento, de dos corrientes filosóficas que se gestan en el mismo periodo por un lado la analítica, donde los principales representantes son Beltrán Russel y Ludwig Wittgenstein, que en pocas palabras, buscan un lenguaje perfecto, sin ambigüedades, pues “todos los problemas del hombre son

³¹ Idem.

problemas del lenguaje”, para ello se inspiran en las ciencias exactas como la matemáticas y la física, donde la realidad y el lenguaje están unidos (hechos atómicos), y el lenguaje prescribe a la realidad. Por otro lado, la pragmática, donde sus máximos exponentes son Ludwig Wittgenstein y Austin, a diferencia de lo que afirma la escuela analítica que el lenguaje debe de eliminar la ambigüedad, creando un lenguaje artificial, a partir de una anécdota de Wittgenstein, donde un día un niño le realiza una seña, que él entendió, y no era matemáticas, sino que el significado está determinado por el contexto, el contexto determina los significados, por ejemplo cuando alguien dice, “pásame la eso, que está arriba de esa cosa” se entiende, y da pasa a lo que dice Austin, que son los actos “performativos” que son ordenes, ejemplo “abróchate el cinturón”, “dame un vaso con agua”, todo ello en la llamada teoría del acto del habla o “hacer cosas con palabras” aquí el lenguaje es una herramienta.

¿Pero qué tiene que ver con el Derecho? El pensamiento analítico y el positivismo jurídico se dieron de la mano, pues buscan un acercamiento a hacer simular las llamadas ciencias duras ejemplo de ello son dos grandes juristas mexicanos como lo son Máynez y Fernando Salmerón. En cambio, desde la pragmática el mismo Austin afirma que las normas son mandatos que se siguen por “miedo” a las sanciones. Hart en cambio y siguiendo este corte pragmático, muestra como el Derecho esta ordenado por reglas, en palabras que muestra el paso de “lo prejuridico-hacia lo jurídico”, es lo que conocemos con el nombre de “regla de reconocimiento”.

¿Cómo se da este paso? Podría adelantarme y concluir, que es debido a un corte ontológico de las reglas, que simplemente se aceptan, y no como pensaba Kelsen, solo en un corte epistémico, o como pensaba Austin, por miedo a la represión se obedecen, pero para poder comprender de una manera mejor es necesario comprender lo siguiente.

Para H. Hart, lo más general son las reglas, las reglas sociales son patrones de conducta de una sociedad, es una manera de mandato y de obediencia, donde los sujetos que están en ella están obligados a seguirlas, por distintos factores como la presión social, pues se genera crítica a todo aquel que se atreva a transgredirla, ejemplo “debes hacer x” o “no debes hacer Y”.

Con ello el maestro de Oxford se para en un suelo Ontológico pues las reglas en sí mismas, no están inconexas, sino se concatenan y tienen el mismo origen, ejemplo si alguien; dice una mentira y otro no asesina, se espera que ambos sean condenados por la sociedad, es decir tengan una “presión social”. Este reconocimiento de un origen “un suelo común” lo lleva a hacer la diferencia entre, regla primaria y regla secundaria, dentro de ellas existe, reconocimiento, cambio y adjudicación, a continuación, cito:

*“Las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben hacer o no hacer; las reglas secundarias, estas se ocupan de las reglas primarias, especificando la manera en que éstas pueden ser verificadas en forma concluyente (reglas de reconocimiento), introducidas, eliminadas o modificadas, dentro del sistema (reglas de cambio), y su valorización determinada de manera incontrovertible (regla de adjudicación)”*³²

Hasta aquí tenemos una estructura, reglas sociales, reglas primarias y reglas secundarias, las cuales están tanto en revisión constante como en corrección, esta corrección no se discute, es decir, por el órgano o persona encargada en hacer la corrección o la ratificación, tiene el reconocimiento, social suficiente para hacerlo:

A) Regla de reconocimiento: es la operación que se realiza para reconocer la o las reglas primarias.

³² Ramírez, Jorge, *La regla de Reconocimiento. Una somera visión de la tesis de Hart y Lipkin*

- B) Regla de cambio: es la actividad para precisar en el caso de que alguna regla primaria haya sido transgredida.
- C) Regla de adjudicación: es la facultad que tiene un individuo o un cuerpo de individuos a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, y se deja sin efecto la normatividad anterior.

Todo esto forma parte de lo que Hart llama “practica compleja de reconocimiento”.

Hart precisa aún más la regla de reconocimiento, pues para este autor el todo sistema legal, tiene dos puntos de vista, el interno y el externo. A mi parecer, sino hace esto se corre el riesgo entre el Derecho y la moral, esto es debido a que, un observador externo que no conozca de las normas, las practica, o los sentidos, solo puede hacer opiniones de facto, en cambio cuando el punto de vista es interno, se habla de una validez o como dice Wittgenstein de “las reglas del juego” que todos aceptamos, pues, hablando particularmente del Derecho, se tienen reglas de procedimiento de los tribunales, funcionarios y en general ciudadanos de un país. La regla de reconocimiento, no puede estar sometida “puesto que no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas. De ahí que sea la regla última del sistema”.

Podemos concluir, en Hart existe una aceptación de las reglas, esta las aceptamos como comunidad debido a sus prácticas que posibilitan la vida en sociedad, estas tienen un núcleo estático que son las reglas primarias, estas reglas tienen aplicaciones que son las reglas secundarias, estas, siempre mirando a las reglas primarias, cambian y se perfeccionan según la sociedad, esto es lo dinámico, las reglas se observan en cada sistema jurídico, desde adentro o desde fuera, cabe señalar que ambos lo hacen o lo pueden hacer mirando las reglas primarias, sin embargo, solo las reglas del juego y los sentidos conciernen a los pertenecientes a esa sociedad, desde su producción hasta su ejecución.

4.3 DWORKIN Y LOS PRINCIPIOS.

Uno de los principales juristas del siglo XX es sin duda fue el profesor de la universidad de Oxford Ronald Dworkin, sucesor en la cátedra de Derecho constitucional de H. Hart. Un crítico imparable de su sucesor, y del positivismo en general.

Tanto en sus libros, "Derechos en serio" y "El sumo imperio de la justicia", parte del liberalismo político de John Rawls, busca mostrar, que el positivismo jurídico, partiendo de un uso de la lógica jurídica, quiere separar el Derecho de la moral, y hasta cierto grado lo logra, sin embargo, en los llamados casos difíciles, esa división aparentemente tajante, no sucede o cuando menos con la facilidad que pensaban los positivistas.

Partiendo de lo que el mismo autor llama "mundo real" muestra que existen casos en la corte de Reino Unido y de Estados Unidos que llegan a ser considerados casos difíciles, por su complejidad o incluso, por tener cierta novedad, sin embargo, cuando se llega a una sentencia la división entre "Moral y Derecho" no es tan clara, o mejor dicho como creen los positivistas.

El jurista norteamericano, enfoca sus críticas al positivismo de H. Hart, debido, a que a su parecer es la versión más pura de esta corriente.

En *El sumo imperio de la justicia*, en el primer capítulo titulado ¿Qué es el Derecho? El autor nos deja ver sus cartas, y nos dice que para él el Derecho tiene por objetivo, el garantizar los principios y sus directrices.

Supongamos que existe una norma que contradice otra y siguiendo el principio de no contradicción, una norma tendría que eliminar a la otra, por decir algo o dar un criterio de elección, puede ser la pirámide de Kelsen o en algún caso más complejo aplicar el "test de origen", el problema de pensar el Derecho como el

positivismo es que una norma, solo se aplica totalmente (toto) o simplemente no se aplica.

Como ya se ha explicado el test de origen, propuesto por Hart, es válido para el positivismo, pues principalmente el Derecho en el positivismo se comprende como un conjunto de normas (primarias y secundarias). Sin embargo, solo es una explicación parcial del Derecho, pues existen principios y directrices que no pueden rastrearse, sino solo por su contenido y por su fuerza argumentativa.

*“Los participantes tratan de tomar el carácter argumentativo de nuestra práctica legal uniéndose práctica y luchando con las cuestiones de entereza y de verdad que enfrentan los participantes”.*³³

Para este autor las directrices son aspiraciones sociales, en cambio los valores hacen referencia a la equidad y a la justicia. Como ya se dijo, las normas se aplican o no se aplica, el llamado pesos específico es aquello que se determina en situaciones particulares. Los principios guían la interpretación de la norma, incluso, podemos afirmar que se abandona la literalidad, Dworkin, para robustecer su postura lo ejemplifica con diversos casos. Un ejemplo es el llamado caso Elmer:

“Elmer asesina a su abuelo (lo envenena), en Nueva York en 1882. Sabía que el testamento de su abuelo le dejaba la mayor parte de su fortuna, pero sospechaba que el anciano, que acababa de volver a casarse, cambiaría el testamento y no le dejaría nada. El crimen de Elmer fue descubierto; Elmer fue condenado y sentenciado a un término de años en prisión. ¿Tenía derecho a la herencia que en el último testamento de su abuelo le proporcionaba? Los herederos universales bajo el testamento, aquellos con derecho a herencia si Elmer moría antes que su abuelo, eran las hijas de su abuelo. Sus nombres no fueron registrados, de modo que las llamaré Goneril y Regan. Ellas iniciaron una demanda al albacea del testamento pidiendo que la propiedad pasara entonces al poder de

³³ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, Planeta de Agostini, Barcelona, 1993, p. 6.

*ellas en lugar del poder de Elmer. Afirmaba que como Elmer había matado al testador, el padre de ellas, la ley no otorgaba nada a Elmer”*³⁴

¿Cómo proceder? Es decir, actualmente es fácil la solución, pero en aquellos años no existía ninguna cláusula explícita que afirmará que si una persona, instituida en el testamento podía heredar si, este hubiera asesinado al testador, continua la exposición del caso, Ronald Workin.

*“El derecho sobre los testamentos figura, en su mayor parte, en estatutos especiales, llamados a menudo estatutos de testamentos, que estipulan la forma que debe tener un testamento para ser válido para la ley... El abogado de Elmer sostenía que como el testamento no violaba ninguna de las cláusulas explícitas del estatuto, éste era válido y como Elmer era instituido heredero en un testamento válido debía heredar. Declaro que si la corte fallaba a favor de Goneril y Regan estaría cambiando el testamento y sustituyendo sus propias convicciones morales por la ley”.*³⁵

El caso concluye con la discusión entre el Juez Gray, que manejándose desde una postura mecanicista del Derecho afirma, que, debido a la falta de literalidad de la ley, es necesario, que Elmer reciba la herencia, en contraposición de la sentencia del Juez Earl, que argumentaba los valores que perseguían los legisladores, que ninguno de ellos tenía la intención que un asesino heredara, al fin del caso Elmer, no recibe la herencia, por la fuerza argumentativa.

En este caso la fuerza argumentativa viene desde la interpretación o como él llama “el agujón semántico” Otro ejemplo, de esta fuerza argumentativa, es el valerse para argumentar en decisiones anteriores, a continuación, se da el ejemplo del caso MacLoughlin:

³⁴ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 25.

³⁵ Ídem.

“El esposo de la señora MacLoughliny sus cuatro hijos resultaron heridos en un accidente automovilístico en Inglaterra, alrededor de las dieciséis horas del 19 de octubre de 1973. Ella se enteró del accidente estando en su casa gracias a un vecino, cerca de las dieciocho horas y se dirigió de inmediato al hospital, donde se enteró que su hija había muerto y de que el estado de su esposo y de sus otros tres hijos era grave. Sufrió un colapso nervioso y luego inicio juicio al conductor acusado, cuya negligencia había causado el accidente, así como a otras partes comprometidas en el hecho en distintas formas, en compensación de sus daños emocionales”.³⁶

El abogado de la señora MacLoughlin señaló decisiones anteriores donde un familiar de sufrió daños emocionales al ver los daños causados a sus familiares, el problema es que estas decisiones, las personas inmiscuidas habían estado presentes ejemplo una mujer, durante un accidente había estado con el cadáver de su esposo, un hombre que había estado en un accidente de trenes, y había ayudado a las víctimas, el caso concluye, con la pensión otorgada a la señora MacLoughlin, pero no fue hasta una tercera instancia, aquí Dworkin da su explicación.

“Dos de sus señorías adoptaron un punto de vista muy diferente del Derecho. Dijeron que sería un error que las cortes negaran el cobro a un demandante meritorio por los tipos de razonamientos que habían mencionado el Tribunal de apelación y que las otras señorías judiciales habían reconocido como suficientes en tales circunstancias. Afirmaron que los precedentes deben ser considerados como distinguibles solo si los principios morales asumidos en casos anteriores por alguna razón no se aplicaban demandante de la misma forma”.³⁷

Por esta forma de razonar, algunos autores como Carrió o Sartorius llaman a Dworkin un “ius naturalista” o mejor dicho “neoiusnaturalista”. Sin embargo, cabe aclarar que no se trata de un iusnaturalismo clásico en el sentido metafísico, es

³⁶ Ibidem, p. 27.

³⁷ Ibidem, pp. 30-31.

decir que exista una verdad o una idea de justicia, primigenia y de la que todos tengamos que acercarnos, tampoco, se trata de mero subjetivismo, donde lo único que suceda es justificar “una verdad individual”, muy por el contrario, encontramos una especie de verdad ontológica, como en “ser y tiempo de Heidegger”, es decir, existe una verdad, pero esta es momentánea, porque está siendo, o para decirlo con Palabras de Ortega y Gasset, es hija de su tiempo.

Propiamente Dworkin no parte de ninguno de esos autores, sino, como ya se mencionó arriba, parte del John Rawls, de su teoría de la justicia (velo de maya), y de lo que llama *modelo reconstructivo*.

El *modelo constructivista* parte del supuesto de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a nuestras instituciones.

Las instituciones de nuestros juicios son los datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios. Esta tarea reconstructivo-racional del pensamiento moral, no es exclusiva de este pues, Dworkin lo extiende al pensamiento jurídico, esto se deja ver claramente en acción (porque el mismo lo reconoce en *Derecho en serio*) en el *Imperio de la justicia*, cito:

“Los juicios son también importantes en otro aspecto que no puede medirse en dinero, ni siquiera en libertad. Es inevitable la dimensión moral de una acción pública. Un juez debe sólo decidir quien recibirá qué, sino quien se ha comportado bien, en forma institucional, o por codicia o insensibilidad ha ignorado sus propias responsabilidades a los demás, o exagerado la de los demás respecto a sí mismo. Si este juicio no es justo, entonces la comunidad ha infringido un daño moral a uno de sus miembros porque en cierto grado o cierta dimensión lo ha asignado como un proscripto. El dado es aún mayor cuando se condena por un crimen a una persona

inocente, pero es bastante sustancial cuando un demandante con un reclamo justo es echado de la corte, o un acusado sale con un estigma que no merece". ³⁸

Razón por la cual según Dworkin, es necesario que el Derecho sea justo. La propuesta de Hart, en la perspectiva del autor estadounidense en los llamados casos difíciles, carece de certeza, pues en caso de no existir la norma que rija la sentencia, o que varias normas determinen la misma sentencia, el juez debe decidir correctamente, esto es la tesis discrecional, como consecuencia, existe una creación de una nueva ley, pero en realidad, en esta postura se carece de certeza.

De esta manera lo propuesto por Dworkin partiendo del estudio de distintos casos como ya los vimos, no es que los jueces tengan la "discreción judicial" pues los jueces no tienen la legitimidad para dictar normas, tampoco pueden aplicar retroactividad, Lo que el autor hace es exigir a los jueces "la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión", partiendo de una escala de valores ya preexistentes.

Aquí nos encontramos con un problema ¿existe una jerarquía de valores O como no existe dicha escala, los jueces pueden fundamentar decisiones distintas? la respuesta es "reconstructivismo" es decir como los valores y los principios están en constante cambio, no se puede llegar a una idea estática, de esta manera, aplica el movimiento en el centro del derecho, el papel del juez es el estudio y como, por cada caso el Juez debe llegar a esa respuesta ideal después de haber balanceado que principio tiene más peso, esto le dará para proponer lo que es el juez Hércules, un juez que todo lo sabe, y tiene las respuestas correctas para cualquier caso. Pero como no todos son Hércules, lo único que podemos hacer es acercarnos lo más posible por medio de la teoría mayormente justificada por el Derecho histórico y el Derecho vigente.

³⁸ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, op. Cit., p. 15.

El error de Dworkin es no saber, que teoría es mejor para resolver cada caso, no existe en sí, mismo un criterio de discernimiento. Continuando en el ataque al positivismo y a la discreción, pues (política) si impera la discreción judicial, entonces, el derecho del individuo está a merced del juez, recordando a Rawls, si el triunfo de la mayoría o del gobierno triunfa frente a un derecho individual, se comete una injusticia, el papel del juez para tomarse en serio del Derecho es garantizar.

Cada vez que hablamos de certeza recordamos a Descartes, cuando busca la certeza del conocimiento, entendiendo certeza como aquello que no se puede dudar, entonces, esto genera la pregunta ¿es posible la certeza en los casos difíciles? Para Dworkin los casos difíciles, es un problema teórico que la teoría jurídica debe resolver, “la teoría sirve, para la reducción de la incertidumbre”. “descripción y prescripción”.

“En un caso difícil la teoría sirve para que un juez decida con fundamento racional”. La teoría es el fundamento de la validez de la tesis de la respuesta correcta. La teoría no solo prescribe sino forma parte del Derecho.

La tesis de los Derechos de Dworkin parte de la pretensión, que ninguna exigencia social justifica la violación de un Derecho individual. Con esta afirmación se muestra contra todo utilitarismo (el bien mayor, por el menor mal), pues, los fines individuales no deben de subordinarse a los colectivos.

El derecho dentro de un sistema meramente positivista trabaja, bajo un solo reconocimiento, que es el de los Derechos jurídicamente aceptados en cambio, la propuesta de este autor, es que el Derecho y la moral, defienden los mismos Derechos, “si el Juez decide, que las razones derivadas de los Derechos morales son tan fuertes que le imponen la obligación moral de hacer todo lo que pueda por apoyar esos derechos “ pero, no todo se resuelve solamente, en el reconocimiento jurídico, pues la línea es muy corta, ya todos conocemos el clásico ejemplo de

Antígona de Sófocles y de los citados arriba como el de Elmer o la señora *MacLoughlidy*.

La tarea del jurista es garantizar las garantías individuales, y alejarse de la tiranía de la mayoría. El esquema Dworkin, es el siguiente:

- A) El juez.
- B) Derecho a vencer.
- C) El derecho a vencer existe siempre, aunque no exista la norma.
- D) El juez debe resolver basándose en los principios que garantizan el Derecho.
- E) El juez, se limita a garantizar el Derecho.

El ejemplo más claro es la misma tesis que manejamos, donde existen una serie de Derechos que se encuentran en pugna que es el de la máxima publicidad, y la tarea del juez es garantizar la respuesta correcta. Por eso se justifica, la certeza del Juez Hércules.

Los modelos de la función judicial:

- a) Modelo silogístico, Es el más conocido, “parte de cierto principio que es “si no está prohibido está permitido”, si un juez recibe una demanda y no existe norma aplicable tiene que ser rechazada, el juez se mantiene en una lógica clásica, lógico-matemática, es decir, se trabaja silogísticamente, tanto en las premisas como en la conclusión, es el llamado formalismo jurídico.
- b) Modelo realista, bueno es una teoría que tiene variantes, pero tiene elementos tanto psicológicos como sociológicos, esta postura afirma que el juez cuando se enfrenta a un caso, ya tiene la solución partiendo de sus preferencias personales, y después lo único que hace es justificarlas, por medio de normas “El juez tiene por lo tanto poder político” y en realidad, no se habla de un Estado de Derecho.

- c) Modelo positivista, esta crítica, es al modelo discrecional, esto sucede que el juez, crea la norma, y entonces, en realidad las normas, tienen un elemento retroactivo, ante la no solución el juez crea discrecionalmente la mejor de ellas.
- d) La respuesta correcta (Modelo dworkiano) en esta postura afirma, que ya existe una respuesta correcta, que esta preestablecida en tanto que una teoría jurídica es la mejor para explicar el caso difícil, y sin embargo, no se aparta del derecho vigente.

De esta manera se elimina, tanto el mero mecanicismo jurídico, como la protección del individuo, pero no solo eso, también se rompe cualquier subjetivismo, por último, también se cuida de la retroactividad de la ley.

Podemos concluir, que para este autor, el Derecho es una serie de valores, y axiomas, que superan la simple norma, el papel del juez, es garantizarlo ¿Cómo? Buscando la respuesta correcta, que ya existe (con ello se elimina cualquier posibilidad de relativismo), por medio de la teoría y el Derecho que rige una sociedad, de esta manera un juez tiene certeza en los llamados casos difíciles, sin embargo, allí comienza el problema de la ponderación ¿qué criterio tomar en los mismos valores? Robert Alexy nos da una respuesta a esta pregunta.

4.4 ALEXY Y LA PONDERACIÓN

Hasta aquí hemos estudiado dos corrientes sumamente importantes en el desarrollo del pensamiento jurídico, que es el positivismo de Hart y el iusnaturalismo de Dworkin, ambos con un problema central, los casos difíciles. Partiendo de la misma terminología Dworkiana, Robert Alexy da una solución, pero a diferencia del maestro Hart que solo se centra en “las reglas” o Dworkin que, al intentar responder en los casos difíciles, no deja ninguna metodología, y tal parece, exagerando un poco su tesis que el Derecho puede defender cualquier cosa. El catedrático de Kiel y de Gotinga, crea postulados, mucho mejor estructurados y sistematizados,

Partiendo de teorías filosóficas Morales como la acción comunicativa de Habermas, da una respuesta mucho más convincente a la pregunta ¿qué hacer? Y ¿cómo proceder cuando dos Derechos igualmente válidos, colisionan? A continuación, estudiaremos los postulados Alexianos para la solución a esta pregunta.

El maestro de Kiel, escribe mucho³⁹, el problema de la ponderación lo abre desde su tesis doctoral *Teoría de la argumentación jurídica* 1978 y concluye con en uno de sus últimos trabajos antes de retirarse en el año 2014 *Principios formales*.

Para ello es preciso en primer lugar una fundamentación filosófica e institucional de los Derechos fundamentales, en primer lugar se debe tener en cuenta que es una postura “Poskantiana”, es decir, el dialogo racional juegan un papel fundamental, en el sentido que el sistema jurídico al cual va a dar explicación, debe de cumplir la condición de ser un sistema “racional”, luego entonces, todo sistema jurídica racional, está compuesto de reglas y principios, y estos siempre, tienen posibilidades de colisionar, razón por la cual, para entender al autor es necesario, tener muy en claro la diferencia entre lo que es una regla y un principio, dice, Gustavo Gonzales Galindo:

*“Las reglas como los principios, son normas porque ambos establecen lo que es debido, es decir, son razones para llevar acabo juicios concretos de deber ser, sin embargo, se distinguen en que las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”, en cambio, los principios son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.*⁴⁰

³⁹ Cabe aclarar algo, debido a que escribe mucho y además complejo, he decidido que la lectura sea guiada por la claridad de Gustavo Gonzales Galindo en su libro *La ponderación de los Derecho Fundamentales* y Por la profundidad de Alejandro Nava Tovar en su libro *La institucionalización de la Razón, la filosofía del Derecho de Robert Alexy*.

⁴⁰ González Galindo, Gustavo, *La Ponderación de los derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2012, p. 220.

Es muy importante tener en cuenta que al igual que Dworkin, existen reglas y principios, pero, a diferencia del maestro de Oxford, que deja de lado el estudio de la norma, acepta que debe existir un estudio lexicográfico del Derecho, pero al ser racional no puede solo ser eso el Derecho.

En el filósofo alemán no se deja de lado, tampoco los principios jurídicos o Derechos fundamentales, pero tampoco el Derecho, solo son principios, razón por la cual, llega a un punto medio, es decir un sistema mixto, cabe recordar que como el sistema es racional, deben existir ciertos supuestos que permitan el mejor funcionamiento del sistema o como a Alexy le gusta decir optimización, ejemplo, la posibilidad de choque entre reglas y como solucionarlas, pero, entre lo más complejo, dar criterios de solución a la colisión de principios, escribe sobre ello Nava Tovar:

“La necesidad de un sistema mixto de reglas definitivas y de mandatos que deben optimizarse es comprensible en la resolución de conflictos entre derechos fundamentales. Mientras que un conflicto de reglas o declarar que una regla en conflicto ya no es vigente mediante la introducción de máximas tales como ley no es vigente máximas tales como ley posterior deroga ley anterior, en el caso de que dos principios colindan la solución residirá en que uno de los dos deba ceder ante el otro, es importante indicar que la norma desplazado no pierde su vigencia, sino que, bajo circunstancias específicas, uno de los principios debe preceder frente al otro”⁴¹

En otras palabras, para Alexy, las reglas normativas, tienen que ver con una categoría de la vigencia, y los principios en cambio, tienen que ver con la cuestión del peso, por eso, para Alexy “el núcleo de la construcción como principio está en la relación necesaria entre derecho fundamental y proporcionalidad”.

⁴¹ Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón, La filosofía del derecho de Robert Alexy*, Antropos, México, 2015, p. 174.

Para este autor alemán, esta imagen no es nueva, ni siquiera su introducción en el derecho desde la antigüedad a parecer con la imagen de los ojos vendados y una balanza. Y en la filosofía, se echa mano de los llamados “dilemas Morales” que usualmente son dos o más posturas completamente justificables pero antagonistas, uno de los ejemplos más cómicos es el heredado por Sócrates cuando un joven le pregunta si debe o no casarse, a lo que el filósofo griego con toda jocosidad le responde, “haz lo que quieras, de todos modos, serás infeliz”. Otro ejemplo clásico es el llamado dilema de Epicuro donde establece la relación divinidad y maldad, donde en las religiones monoteístas como el cristianismo, budismo, hinduismo y judaísmo; donde la divinidad tiene la característica de ser omnipotente, omnisciente y omnibenevolente. Existe una pregunta ¿cuál es el origen del mal? En manera silogística lo expresa Epicuro de la siguiente manera, “¿Es que Dios quiere prevenir el mal, pero no es capaz? Entonces no es omnipotente. ¿Es capaz, pero no desea hacerlo? ¿De dónde surge entonces el mal? ¿Es que no es capaz ni desea hacerlo? Entonces, ¿por qué llamarlo Dios?”

Hasta aquí resumiendo, los principios jurídicos, son principios de optimización, es decir, mejoran un sistema jurídico, y siempre deben de aplicarse según la posibilidad y el sistema jurídico, es decir, pero cuando colisionan estos principios jurídicos se debe proceder por el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad de Alexy se compone de los siguientes subprincipios: Principio de idoneidad, Principio de idoneidad mandato más benigno y principio de proporcionalidad en sentido estricto. La propuesta de Alexy, se enfrenta a tres problemas en general, que son estructura, racionalidad y legitimidad.

Bajo el Subtema de El problema de la estructura Nava Tovar nos recuerda que los Derechos fundamentales son aquellos derechos de optimización y aplicación “real”, es decir, fáctica en un sistema jurídico, y que el principio de proporcionalidad, está compuesto por los tres subprincipios que están relacionados con la optimización fáctica y con la optimización jurídica.

El principio de idoneidad como su nombre lo indica, es aquella intervención de un Derecho fundamental que se considera necesario para obtener un fin jurídico constitucionalmente legítimo.

El principio de necesidad, puede entenderse, como el más benigno, si colisionan dos principios, se tiene que elegir el más benigno el más idóneo, Sobre ello dice Carlos Bernal:

*“Toda medida de intervención en los Derechos fundamentales debe de ser la más benigna con el Derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”.*⁴²

Para entender ambos principios con mayor pedagogía Nava Tovar da la imagen de la “*Curva de indiferencia*”, donde existe un universo A y un universo B, pero en el caso de alguna colisión, alguno de los principios no queda afectado y alguno de estos valores termina en una mejora.

El subprincipios de proporcionalidad está dividido en dos leyes:

A) Ley material o primera ley de la ponderación:

Es muy interesante esta ley, se puede entender como aquella interferencia que sucede, entre Derechos fundamentales, y como cuando uno interfiere con más intensidad, luego el otro disminuye su intensidad, cito al mismo autor⁴³:

*“Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*⁴⁴

⁴² Íbidem, p. 175.

⁴³ Es decir, no existe a priori lexicografía donde un Derecho fundamental, sea superior al otro a priori sino que se mantienen en el mismo nivel, solo en ciertos casos, un Derecho fundamental debe de tener mayor intensidad, es como Heidegger en Los caminos del bosque, recuperando un aforismo de Heráclito, “El rayo lo ilumina todo” es decir existen actos o casos facticos que muestran el ser, en este caso lo que es, muestra lo que debe de ser, desde un horizonte ontológico y deontológico.

⁴⁴ Nava Tovar Alejandro, op. Cit., p. 180.

De esta manera este principio está compuesto por tres pasos, 1.- afectación de un principio, 2.- definir la importancia del Derecho que se debe satisfacer, por el contrario y 3.- debe justificarse la importancia de la restricción de un derecho y la intensidad del otro.

En la llamada fórmula del peso, Alexy muestra de manera esquemática, como proceder racionalmente para justificar, tanto legislativa como democrática la satisfacción de un principio frente al otro, a continuación, se muestra la fórmula del peso completa refinada.

Estructura de la fórmula del peso completa refinada:

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_i - WP_iA \cdot R_i^*PC - R_i^*PC}{IP_j - WP_jA \cdot R_j^*PC - R_j^*PC}$$

45

A continuación, Nava Tovar nos explica la fórmula de una manera bastante sencilla,

“Wi; o WP; c: w representa el peso concreto del principio P en las condiciones C (bendingungen) concretas del asunto a decidir, en relación con el principio de colisión p; lo cual permitirá establecer una condición de presidencia condicionada entre éstos.

I; o IP; C representa la intensidad de los efectos negativos que la omisión de la interferencia con P; tendría para el principio de colisión P; los valores asignados a las escalas de esta variable pueden representarse mediante la secuencia geométrica “2⁰, 2¹ y 2², esto es 1, 2 y 4”.⁴⁶

B) La ley de la ponderación Epistémica:

⁴⁵ Ibidem, p. 184.

⁴⁶ Ibidem, p. 185.

En esta ley, el autor asegura la veracidad de las premisas, es decir, que cuando un valor interviene en otro se debe tener más certeza de las premisas que sustentan su intervención.

El problema central de este trabajo se centra en este punto ¿cómo dos Derechos fundamentales legítimos se pueden medir uno frente al otro? Nava Tovar titula en su libro *El problema de la racionalidad: medir lo aparentemente inconmensurable*.

Recordando un poco los dilemas, sabemos que no se puede, concluir decisiones de valores con una lógica binaria, pues eso presupondría que existe una escala de valores, en sí y por sí, o recordando la terminología clásica, una escala de valores metafísica ya existente, la teoría principalita de Alexy afirma que no existe una presidencia absoluta de los valores, cito:

*“Un orden lexicográfico de Derechos no es compatible con la teoría principalita, ya que dicho orden jerárquico contradiría el postulado discursivo de que ningún derecho puede tener una precedencia absoluta, ya que esto tendría consecuencia negativa. El supuesto de que un Derecho individual preceda todos los casos a un Derecho social implicaría un orden mediado solo por reglas categóricas insensibles frente a la configuración de un Estado democrático y social de Derecho”.*⁴⁷

Es como dice Smichtt una tiranía de los valores, o para recordar a otro clásico jurídico, Kelsen, en su opúsculo *¿Qué es el Derecho?* En el mismo sentido afirma que si buscamos un valor, en su caso la justicia, puede justificar cualquier acto, sin embargo, la salida, de Alexy es mucho más elegante, en su tesis doctoral apuesta por la Argumentación jurídica, pues desde allí, se deja ver los supuestos, tanto racionales como irracionales de los que se parten y permite un acto, de valoración

⁴⁷ Nava Tovar Alejandro, op. Cit., p. 189.

de los valores, debatible, por ende racional⁴⁸ (en el sentido de logos griego) , que actúa de prima facie, *“De este modo la temida tiranía de los valores queda superada, si es creada una escala que otorgue de prima facie, valores a los Derechos y a las interferencias”*. Para ello Alexy crea una escala de grados interferencia de valores, el fin no es una escala de valores de los Derechos fundamentales, sino una manera de proceder, que pueda ser clara, esquemática y discursiva, para ello propone la siguiente escala, (L) Leve, (m) moderado y (S) severo, con sus respectivas combinaciones entre si ejemplo levemente moderado, etc.

⁴⁸ Uno de los libros más importantes de la historia del pensamiento es “La crítica de la razón pura” que hace precisamente una crítica a lo que el hombre puede conocer por medio de la razón, pero como dice Deleuze, no critica la misma razón, debido a que nosotros somos hispanohablante, por nuestra tradición lingüística llega del latín la palabra razón pero se distancia con el logos griego, que es mucho más abarcante, no solo tiene que ver con cuestiones cognitivas, sino también con cuestiones discursivas, con palabra, etc. ¿Qué quiero decir con todo esto? En autores como Alexy podemos notar el problema de concebir el privilegio, propiamente irracional que ya critica Nietzsche a la Razón.

CAPÍTULO V

PROPUESTA SOBRE ACCESO A MEDIOS DE COMUNICACIÓN

5.1 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En un sistema democrático, la prensa tiene una función y su labor como garante de información y transparencia está claramente establecida en tratados internacionales, la constitución y leyes, códigos de procedimiento, y por supuesto en la doctrina.

La participación de los medios de comunicación en las audiencias de juicio muestra resultados satisfactorios y positivos no solo en Latinoamérica, sino en otros países. Temas de crímenes y abusos que han conmovido a la sociedad y hechos de corrupción de funcionarios públicos son el claro ejemplo de la significación de éstos en las audiencias de juicio en el nuevo sistema de justicia penal.

La preponderancia de los derechos humanos, consolidó el derecho a buscar, recibir y emitir informaciones e ideas por cualquier medio de expresión, y la prohibición de la censura previa. Así, observamos como la Declaración Universal de

los Derechos Humanos (1948); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen la importancia de los medios de comunicación como garantes de un derecho humano.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establecen el juicio público y los supuestos de restricción de la publicidad. Esto es así por la necesaria transparencia el actuar los poderes públicos, es decir el resguardo de un juicio justo para el acusado y la garantía de su defensa.

El catedrático penalista y juez del Tribunal Oral en lo Criminal de la Capital Federal de Argentina, Miguel Ángel Caminos –por ejemplo- ha expuesto en diferentes ponencias y según criterio propio que "la información de prensa, a través de los medios de alcance masivo, se muestra como vía insustituible para que la sociedad conozca y a la vez controle la actividad de los órganos de seguridad y las decisiones judiciales", a la par de ésta expresión, el profesor de posgrado de Derecho Procesal Penal en la Universidad de Buenos Aires, abogado y doctor en derecho, Alberto Binder ha referido que, la decisión mediante la cual se puede encerrar a una persona 15 o 20 años "en una jaula" es tan grave que el pensamiento político de Occidente, a través de las luchas políticas, "se preocupó enormemente de que no fuera tomada a puertas cerradas".

"Dadme el juez que queráis, mi mayor enemigo si os place, con tal que no pueda verificar acto alguno sino en público", reza una célebre frase del conde de Mirabeau -una de las figuras más peculiares de la Revolución Francesa- que hoy pareciera haber cobrado mayor vigencia.

Ni duda cabe sobre el temor por la difusión de los juicios penales, alegando la afectación al principio de inocencia o debido proceso. Argentina es un destacado

ejemplo respecto del indiscutible aporte que han tenido los medios de comunicación, en el suministro de informaciones altamente valiosas y documentadas desde los años 80, aunque evidentemente como en toda regla existe una excepción, es por lo tanto importante referir que tratándose de asuntos donde sea necesario el resguardo de la identidad, evidentemente basta con citar los nombres de los involucrados sustituidos por sus iniciales.

La publicidad es la regla y principio del juicio oral, pero recientemente, aunque la publicidad era satisfecha con el grupo de asistentes a las salas donde se realizaban las audiencias. Hoy esa concepción está siendo cuestionada por los medios de comunicación, pues no basta, debido a que, los jueces suelen con frecuencia prohibir el acceso de éstos a las audiencias, luego entonces es aquí oportuno referir lo relevante de reglamentar el acceso de los medios de comunicación, que conllevarían además a una destacada capacitación de quienes se encarguen de cubrir las audiencias de juicio.

Sin duda, en nuestro país, el principio de publicidad (junto con el derecho de acceso a la información pública) son la herramienta más eficaz para la rendición de cuentas; las audiencias públicas son la fuente primaria que permite a la sociedad observar cómo funciona el sistema de justicia penal.

Luego entonces a través de la publicidad de las audiencias es posible conocer las actuaciones de la policía ministerial y los peritos, del ministerio público, del juez y de la defensa. Éstos, al verse bajo el escrutinio social, tendrán que manejarse de acuerdo al derecho procesal sin violar derechos humanos, convirtiendo a la publicidad en una garantía indiscutible para la sociedad.

Las excepciones al principio de publicidad se encuentran en el artículo 20 constitucional, y son determinadas por la ley en relación con la seguridad nacional o seguridad pública, la revelación de datos personales, así como la protección de

las víctimas, testigos, menores o que el juez considere que existen razones fundadas para restringirla; esta última mención permite a los jueces que cualquier consideración simple y sin sustento alguno, baste para evitar el acceso de los medios de comunicación a las audiencias.

5.2 PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

Es el artículo 64 del Código Nacional de Procedimientos Penales que establece las excepciones al principio de publicidad, estableciendo que el Órgano jurisdiccional podrá resolver excepcionalmente, aun de oficio, que las audiencias se desarrollen total o parcialmente a puerta cerrada, cuando se afecte la integridad de alguna de las partes, o de alguna persona citada para participar en él; la seguridad pública o la seguridad nacional puedan verse gravemente afectadas; Se afecte el Interés Superior del Niño y de la Niña en términos de lo establecido por los Tratados y las leyes en la materia, o bien, cuando el Órgano jurisdiccional estime conveniente y es precisamente esta excepción la que da pauta a que, en el momento que así lo decida el juez de control o juez de juicio, pueda negar el acceso a los medios de comunicación, por así considerarlo a sus intereses o a los de la propia Fiscalía, luego entonces una fracción tan ambigua debería de excluirse pues son precisamente estos vacíos los que dan pauta a sin número de interpretaciones a modo, pues como se apuntó en un inicio, cualquier pretexto podría ser conveniente para asegurar que el órgano jurisdiccional estima conveniente que los medios de comunicación no estén presentes en audiencia.

5.3 VIABILIDAD DE MODIFICACIÓN

Es viable y urgente, porque se trata de garantizar un derecho humano a la información, además de que hoy se encamina la justicia penal a la justicia restaurativa, se trata no solo de sanar a quienes cometen los delitos y a las víctimas, sino a la sociedad en general en su conjunto, se requiere informar y que esa

información además permita que los mexicanos puedan creer nuevamente en las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia, permitiendo con ello avances en cuanto a la impunidad e inseguridad, es por eso, que esta modificación –que salvaguarde en todo momento la presunción de inocencia y el debido proceso– es esencial.

Como se ha reiterado aquí, la Declaración Universal de los Derechos Humanos define el derecho a la información en su artículo 19, como: La garantía fundamental que toda persona posee a: atraerse información, a informar y a ser informada. El derecho a la información, por lo tanto, tiene tres facultades principales de las cuales se desprenden derechos y libertades.

El sistema penal acusatorio tiene por columna vertebral a las audiencias. Estas son las instancias procesales en donde se enfrentan las argumentaciones jurídicas de las partes en un espacio de transparencia bajo la dirección del juez; con ello se garantizan los derechos humanos de las partes a través del principio de publicidad. Las actuaciones y los elementos que tienen valor probatorio dentro del proceso penal se desahogan en las audiencias, por lo que en cada etapa del proceso existen.

Como la justicia penal es un tema de interés social y está enmarcada bajo la institución del Poder Judicial de un Estado democrático de derecho, éste también debe rendir cuentas a la sociedad mexicana. El principio de publicidad (junto con el derecho de acceso a la información pública) es la herramienta más eficaz para la rendición de cuentas, y **las audiencias públicas son la fuente primaria que permite a la sociedad observar cómo funciona el sistema de justicia penal**. A través de la publicidad de las audiencias es posible para un amplio público conocer las actuaciones de la policía ministerial y los peritos, del ministerio público, del juez y de la defensa.

Éstos, al verse bajo el escrutinio social, tendrán que manejarse de acuerdo al derecho procesal sin violar derechos humanos, convirtiendo a la **publicidad en una garantía para la sociedad**.

Las ae la revelación de datos personales, así como la protección de las víctimas, testigos, menores o que el juez considere que existen razones fundadas para restringirla. Y como aquí lo hemos dicho el dejar a criterio del juez la restricción, es un abanico amplísimo que permite la subsistencia de factores político, económicos y que fomenta hasta cierto punto la corrupción y que continúa acercándose al sistema inquisitivo, de ahí la vialidad de aperturas las agencias a los medios de comunicación como garantes de la información.

Y es que, el sistema penal acusatorio va más allá de la transparencia entendida como la apertura de la información de las organizaciones políticas y burocráticas al escrutinio público, sino que se sustenta en la transparencia entendida como una herramienta para fomentar la participación ciudadana que coadyuve a garantizar que la instancia del gobierno resuelva problemas públicos. La característica lógica de las audiencias públicas promueve la transparencia porque se sostiene en el desarrollo argumentativo oral, el cual se caracteriza por su permanente movimiento, la dialéctica provoca el enfrentamiento entre ambas partes, no se sujeta a métodos de reproducción escritos en el papel o a procedimientos burocráticos en donde la censura oculta la información; la oralidad del sistema penal acusatorio ejerce su capacidad para detonar la audiencia pública como un proceso de rendición de cuentas.

Sin duda, el debate acerca del principio de publicidad actualmente enfrenta dos posiciones: desde una perspectiva se sostiene que la publicidad es exclusiva de las audiencias de juicio oral para conocer las sentencias ya que los derechos del honor, la intimidad y el resguardo de datos personales de la víctima y de la persona imputada durante las instancias del proceso deben resguardarse; y por otra se

argumenta que el derecho a la información, al ser un derecho de doble vía y de interés social, es un derecho que prevalece por encima de los derechos procesales ya que permite que la sociedad se entere de lo que sucede en el sistema de justicia penal, haciendo hincapié en la deontología jurídica de la comunicación para resguardar los derechos de la víctima y de la persona imputada. Esta transformación cultural significará una curva de aprendizaje tanto para quienes se atrincheran en el derecho penal del enemigo como para quienes impulsan el Garantismo.

Así las posiciones y en esta propuesta se considera viable y urgente el acceso de los medios de comunicación como garantes de un derecho social que no puede ser limitado por el simple criterio de un juez. Dejando en claro en todo momento a salvaguarda de identidad y el respeto de los derechos de quienes participan en el proceso.

5.4 EXPECTATIVAS DE MODIFICACIÓN

El periodismo deberá recurrir a la sagacidad para utilizar las herramientas que el sistema penal acusatorio brinda en materia de información, publicidad y transparencia, para desarrollar la capacidad para coadyuvar en la transformación del sistema de justicia mexicano. La pregunta obligada es: ¿qué capacidades son deseables en el periodismo que acude a las audiencias del sistema penal acusatorio? A lo largo de este cuaderno hemos nombrado algunas.

Con la adquisición de estas capacidades, el principio de publicidad permitirá analizar los criterios con los cuales se imparte justicia en México: sus tendencias acusatorias, las variables persecutorias, los criterios de oportunidad, las resoluciones, y exponerlas ante el escrutinio social. ¿Con qué bases se dictan las sentencias en materia penal? De acuerdo con datos del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal para 2010, el porcentaje de sentencias en juzgados de primera instancia penal en la capital mexicana es de 4.2%, que son 24 577

sentencias, de las cuales solamente 750 fueron absolutorias. Esto representa una de las tasas de sentencia más bajas del continente; México está en el octavo lugar de 14 países evaluados en América Latina, con una tasa de 37.2. Las sentencias que los jueces de juicio oral dictan están sustentadas en los medios de prueba desahogados durante la audiencia pública. Es ahí a donde se tiene que acudir si se quiere estudiar las sentencias.

La narrativa de la audiencia de juicio oral se caracteriza en que el ministerio público habla desde el punto de vista de la víctima, realiza la narración de las acciones en segunda persona del plural, de los hechos no de las pruebas. Es la construcción narrativa de la teoría del caso que buscará demostrar como válida. A diferencia de la audiencia intermedia donde son los datos de prueba los que se exponen ante los jueces para justificar la continuación de la investigación y la apertura de juicio oral. En este último, para sostener la narrativa los elementos de prueba los sustenta en los peritos o testigos para convertirlos en pruebas. Abordan las declaraciones de los testigos o peritos que pueden ser puestas en duda ante incongruencias. El debate es una etapa del juicio oral, consistente en tres intervenciones de cada una de las partes: los planteamientos (o alegados de apertura), la demostración y los alegatos de clausura.

El juez, al inicio del debate, establece que las fallas argumentativas que se den durante la exposición oral del defensor o del fiscal no podrán ser completadas por él mismo: la totalidad de pruebas deben ser desahogadas frente a él, de manera comprensible y oral, de modo que permitan su valoración; la que no sea presentada no es considerada.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Dado que el modelo acusatorio plantea hoy en día un catálogo más amplio de vías para procesar y terminar asuntos -como lo son las salidas negociadas o las formas abreviadas- se ha tendido a utilizar, como indicador de éxito, un bajo porcentaje de asuntos que efectivamente llegan a la fase de Audiencia de Juicio Oral, de aquí la importancia de que éste mecanismo como última instancia se desarrolle de manera transparente y que permita a la sociedad conocer y evaluar el desempeño de las autoridades encargadas de procurar e impartir justicia sin que medien excepciones insensatas como el simple criterio de un juez, que con el único fin de no ser expuesto encontrará siempre la excusa perfecta para prohibir el acceso de medios de comunicación a las audiencias.

Luego entonces como se ha insistido a lo largo de este trabajo se requiere garantizar el libre acceso a la información a las audiencias, salvaguardando los principios de presunción de inocencia y debido proceso.

La publicidad contribuye a legitimar la actuación de las partes y las resoluciones de los tribunales frente a la sociedad; permite que los ciudadanos conozcan la operatividad del nuevo sistema y contribuye en el difícil camino de recuperar la confianza ciudadana en las autoridades encargadas de procurar e impartir justicia.

SEGUNDA.- Considerando que, la justicia penal es un tema de interés social y está enmarcada bajo la institución del Poder Judicial de un Estado democrático de derecho, éste también debe rendir cuentas a la sociedad mexicana. El principio de publicidad (junto con el derecho de acceso a la información pública) es la herramienta más eficaz para la rendición de cuentas, y las audiencias públicas son la fuente primaria que permite a la sociedad observar cómo funciona el sistema de justicia penal.

TERCERA.- A través de la publicidad de las audiencias es posible para un amplio público conocer las actuaciones de la policía ministerial y los peritos, del ministerio público, del juez y de la defensa. Éstos, al verse bajo el escrutinio social, tendrán que manejarse de acuerdo al derecho procesal sin violar derechos humanos, convirtiendo a la publicidad en una garantía política para la sociedad, pero existen excepciones como aquí lo hemos expuesto, que es necesario acotar puesto que los riesgos son muchos, entre ellos el fracaso de un nuevo sistema judicial que se niega a transitar por la transparencia y la apertura a la sociedad a través del relato de medios de comunicación que pudieran presenciar las audiencias y relatarlas a los ciudadanos salvaguardando cuando así se requiera la identidad de los partícipes.

CUARTA.- Es urgente sin duda delimitar esas particularidades que caen en el oscurantismo y siguen mostrando sesgos de un sistema penal inquisitivo que se niega a morir. Los periodistas habrán de contar lo ocurrido salvaguardando los datos necesarios, pero no es posible sujetar su actividad –como garantes de un derecho humano- al arbitrio de un juez o bien a términos generales como seguridad nacional o interés público.

Hay que decirlo claramente, la información es un instrumento para la realización de las libertades individuales y colectivas; es también un bien jurídico intangible, así, para la realización del ejercicio democrático del poder es un deber del Estado la publicación de la información que detenta. En su dimensión colectiva, la información es un bien público y nunca de acceso restringido, en donde prevalece la máxima publicidad.

QUINTA.- En casos realmente necesarios de restricción y reservar de la información debe aplicarse la ‘prueba de daño’ que es demostrar con argumentos objetivos, de manera clara y contundente, que la divulgación de dicha información genera daño al interés público; en caso de duda razonable entonces se debe privilegiarse su divulgación. Así deberá operar la publicidad, lo contrario es retroceder o negarse a progresar.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996.

BOBBIO, Norberto, *La teoría de los formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, FCE, México, 1987.

———, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1984.

CAMINOS, Miguel Ángel, *Publicidad y difusión de los actos judiciales*, Seminario Poder Judicial y Prensa, 1995.

CARBONELL, Miguel y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, Porrúa, México, 2012.

CHOMSKY, Noam, *Los guardianes de la libertad: propaganda, desinformación y consenso en los medios de comunicación de masas*, Editorial Barcelona, España, 1995.

Diccionario Jurídico Mexicano, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, 2012.

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, Planeta de Agostini, Barcelona, 1993.

———, *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1992.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "El debido proceso. Concepto general y regulación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, n° 117, septiembre-diciembre 2006.

GOZAÍNÍ, Alfredo, *El Debido proceso*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

GONZÁLEZ GALINDO, Gustavo, *La Ponderación de los derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2012.

JARGER, Wagner, Paideia, *Los ideales de la cultura griega*, FCE, México, 1957.

Kant Immanuel, ¿Qué es la ilustración?

———, (1724-1804), *Crítica de la razón pura*, Alba Editorial, España.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1986.

VILLORO, Luis, *El pensamiento moderno: filosofía del Renacimiento*, FCE, México, 1992.

MARGADANT FLORIS, Guillermo, *El derecho privado romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Esfinge, México, 1991.

MARTÍ CAPITANICHI, Luz del Carmen, *Democracia y Derecho a la información*, Tesis, Universidad Veracruzana, México, 2005.

NAVA TOVAR, Alejandro, *La institucionalización de la razón, La filosofía del derecho de Robert Alexy*, Antropos, México, 2015.

PLATÓN, *Diálogos I*, Gredos, España

PONCE VILLA, Mariela, *La epistemología del procedimiento penal acusatorio*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2019.

RAMÍREZ, Jorge, *La regla de Reconocimiento. Una somera visión de la tesis de Hart y Lipkin*

ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 1993.

ROMÁN PINZÓN, Edmundo, *La víctima del delito en el sistema penal acusatorio y oral*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2014.

SARTORI, Giovanni, *Homo Videns: la sociedad teledirigida*, Taurus, México, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2003.

LEGISGRAFIA

Código Nacional de Procedimientos Penales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIP)

Reglamento a la Ley y Decreto del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI)