

**PROCESO ACUSATORIO, TUTELA DE DERECHOS Y MEDIOS DE
COMUNICACIÓN**
ACCUSATORY PROCESS, PROTECTION OF RIGHTS AND THE MEDIA

José Luis Eloy Morales Brand¹

RESUMEN: El proceso penal acusatorio tiene como característica fundamental, la presencia de la jurisdicción desde la etapa de investigación, hasta la ejecución de las sanciones, con la finalidad de controlar la actividad de las partes, y decidir sobre la intervención de derechos humanos y fundamentales. Para que esta función sea efectiva, las y los jueces asumen una nueva función de control de garantías y protectores de las personas contra conductas autoritarias del Estado y particulares. Una constante es el choque entre los derechos del imputado, la víctima y los intervinientes con los derechos de información y expresión que ejercen los medios de comunicación; por lo que las y los jueces, y demás involucrados están obligados a observar los principios y reglas necesarias para evitar el daño a la dignidad y privacidad de los intervinientes en el proceso, y buscar un equilibrio entre la difusión de información de calidad que permita desarrollar un debate democrático y no genere impunidad.

ABSTRACT: The accusatory criminal process has as a fundamental characteristic, the presence of the jurisdiction from the investigation stage, until the execution of the sanctions, in order to control the activity of the parties, and decide on the intervention of human and fundamental rights. For this function to be effective, the judges assume a new function of control of guarantees and protectors of people against authoritarian behaviors of the State and individuals. A constant is the clash between the rights of the accused, the victim and the intervening parties with the rights of information and expression exercised by the media; Therefore, the judges and others involved are obliged to observe the principles and rules necessary to avoid damage to the dignity and privacy of those involved in the process, and to seek a balance between the dissemination of quality information that allows developing a democratic debate and do not generate impunity.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, Acceso a la justicia, Debido proceso, Intimidación, Medios de comunicación.

¹ Doctor en Derecho. Profesor investigador en Sistema de Justicia Penal y Derechos Humanos, en la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Director de la Licenciatura en Derecho de la misma Universidad. Experto en Sistema Penal Acusatorio. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. jlemb@hotmail.com

KEY WORDS: Human Rights, Access to justice, Due process, Privacy, Media.

SUMARIO: Introducción, I. I. El poder judicial como garantía, II. Acceso a la justicia y tutela de derechos, III. Juezas y jueces de control de garantías, IV. Tutela de la víctima e imputado frente a medios comunicación, Conclusiones, Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Los medios son extensiones del poder político y económico, por lo que abandonan sus funciones naturales en un sistema democrático, como son la crítica, la expresión plural, y ejercer de contrapeso o contrapoder social. Herbert Schiller

Este estudio presenta resultados parciales de la investigación PID19- 1 *El Juez de control y la tutela de derechos en el sistema penal acusatorio mexicano*, que me encuentro desarrollando en la Universidad Autónoma de Aguascalientes, cuyos objetivos esenciales son conocer, explicar y precisar las facultades que tienen un Juez de Control (Garantías) para proteger los derechos de los involucrados a través de las audiencias de tutela de garantías o control judicial, en las etapas de investigación y preparación de un procedimiento penal acusatorio, a partir del análisis de sus bases, estructura y principios como la tutela judicial, igualdad y contradicción; y al determinar el contenido de esas facultades, precisar los alcances o límites de la protección que puede otorgar un juez de control; y concluir si la jurisdicción realmente es una garantía de tutela de derechos de los involucrados en contra de conductas autoritarias del Estado o particulares, en el sistema penal acusatorio.

Lo anterior ya que la implementación de los Sistemas de Justicia Penal Acusatorios en Latinoamérica, tienen la finalidad de lograr una disminución de las violaciones a derechos humanos en la aplicación de la reacción punitiva, las cuales se dan mayormente en las fases de investigación y ejecución, por parte de autoridades de investigación, acusadores y ejecutores.

A pesar de lo anterior, algunos tribunales de control siguen sin definir claramente sus facultades y atribuciones a partir de audiencias de tutela de garantías, dejando el trabajo para los tribunales de otras instancias, al establecer su falta de competencia en casos de afectación a derechos humanos o fundamentales, por lo que existen pocas investigaciones relacionadas con tales facultades, sus alcances y la eficacia de protección. En este sentido, uno de los principales fines del sistema penal acusatorio, es que las y los jueces se conviertan en los garantes de los derechos de las personas, siendo las únicas autoridades en las etapas procesales para garantizar la igualdad y la

contradicción, por lo que la audiencia de tutela de garantías o de control judicial, resulta ser herramienta mediante la cual las partes solicitan al juez la protección de sus derechos humanos y fundamentales.

En este contexto, explicaré las funciones de control de las y los jueces del proceso penal acusatorio para proteger los derechos de los involucrados a través de las audiencias de tutela de garantías o control judicial, distinguiendo algunas actividades, pero coincidiendo en que todos son jueces de control de constitucionalidad y convencionalidad, es decir, de protección de derechos y del logro de su efectividad. Además, expondré el contenido de la tutela de derechos en la protección de la intimidad y privacidad de los involucrados en el proceso, frente a la posibilidad de informar y expresarse de los medios de comunicación a través de un debate democrático y no morboso.

Estos resultados llevarán la posibilidad de que los procedimientos penales, trabajen desde la perspectiva de protección de derechos de los sujetos procesales, sus auxiliares y la misma sociedad, con la finalidad de resolver el conflicto de intereses de la forma más efectiva y menos lesiva para ellos.

I. EL PODER JUDICIAL COMO GARANTÍA

Los modelos acusatorios responden a un sistema de justicia penal garantista, es decir, a un modelo criminológico basado en el respeto a los derechos humanos², que se traduce en la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador de los mecanismos de control social formalizados, entre ellos el Sistema de Justicia Penal.³

Ahora bien, en un Estado Constitucional de Derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la Jurisdicción, los tribunales judiciales, ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.⁴

Siguiendo esta idea, y en virtud de que existen varios sistemas o mecanismos que pretenden reaccionar contra las desviaciones sociales, y algunos se insertan en la

² Alesandro Baratta es uno de los principales precursores del Derecho Penal de Garantías, en un artículo publicado en los años ochentas, enumeraba una serie de principios que se refieren a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal actual.

³ Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 2011, p. 336.

⁴ *Ibidem*, p. 584.

estructura del Estado, consecuentemente, será la forma o clase de Estado la que condicione las prácticas de la Política Criminal⁵; y en un Estado Constitucional de Derecho, esos mecanismos se ven sustentados en la protección de los Derechos Fundamentales de las personas a las que va dirigido⁶, al someterse a normas de actuación diseñadas para asegurar la objetividad de la intervención y el respeto de los individuos involucrados en el conflicto.⁷

En el Sistema de Justicia Penal, una vez que los hechos son investigados, deben ser verificados y reconocidos por la autoridad judicial como actos punibles, para aplicar la consecuencia jurídica. En este sentido hablamos de un sector Jurisdiccional, la autoridad encargada de la aplicación de la norma al caso concreto.

La Jurisdicción es una función pública establecida en la Constitución, que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre partes con intereses opuestos, y deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, que decidirá en forma imperativa e imparcial.

El subsector Jurisdiccional protege al imputado y la víctima de la actuación de las autoridades; valora los hechos que son puestos a su conocimiento, y es el único subsector que puede declarar a una persona como culpable⁸. En un Sistema Penal Acusatorio Oral, el acusador y la defensa se encuentran controlados por la Jurisdicción, quien es el único que puede dar valor lo que se le presente, que puede autorizar afectación a derechos fundamentales, y por lo tanto, el único que puede declarar la existencia del delito y la culpabilidad de una persona.

La principal garantía procesal es la de jurisdiccionalidad, ya que el proceso se configura como una contienda entre hipótesis en competencia, que el Juez tiene la tarea de dirimir, pues la carga de la prueba, en apoyo de la acusación, resulta integrada por la carga de la contraprueba o refutación de las hipótesis en competencia.⁹

Para que esta garantía sea realmente efectiva, debe de estar dotada de imparcialidad, independencia y naturalidad. La imparcialidad es la ajenidad del Juez a

⁵ En el mismo sentido Santiago Mir Puig, cuando afirma que “todo Derecho Penal responde a una determinada Política Criminal, y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde” Mir Puig, Santiago, “Constitución, Derecho penal y Globalización”, en Nuevas tendencias en política criminal –Una auditoría al Código Penal español de 1995-, Argentina, B de F., 2006.

⁶ Por ejemplo, para el Estado absoluto, la política criminal buscaba proteger al sistema, reestableciendo el orden jurídico afectado, para el Estado intervencionista, la política criminal pretende la defensa del orden social, pues el infractor era una persona anormal y peligrosa –ejemplos de esta política criminal son los estados autoritarios y dictatoriales, donde el delito se identifica como una traición al jefe de Estado, por lo que hay que defenderlo de esos traidores-, para el Estado de bienestar, el objetivo es obtener el consenso a su sistema de valores, por lo que se trata de reincorporar al consenso al desviado.

⁷ García-Pablos de Molina, Antonio, Tratado de criminología, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 197-198.

⁸ “La criminalidad, como realidad social, es una cualidad atribuida por las y los jueces a ciertos individuos, los cuales resultan así seleccionados y luego incluidos en las formas de registro habitual de la criminalidad” (Bergalli, 1983, p. 79).

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.*, p. 152.

los intereses de los sujetos procesales, y exige su separación institucional respecto de la acusación pública; la independencia, es su exterioridad al sistema político, demanda su separación institucional de los otros poderes del Estado; y la naturalidad, implica que la designación y determinación de competencias del Juez, sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio, por lo que requiere de separación de autoridades delegantes de cualquier tipo, y la predeterminación, legal y exclusiva, de lo que puede conocer¹⁰ para impedir intervenciones instrumentales de carácter individual o general sobre la formación del Juez, y la prohibición de las y los jueces especiales y extraordinarios, con la finalidad de garantizar la igualdad de que todos contamos con el derecho de tener los mismos procesos y juzgadores.

La imparcialidad es la falta de prevención a favor o en contra de alguien en el procedimiento. Es la justificación del derecho al Juez no prevenido o contaminado que se retoma del modelo español¹¹, como derecho fundamental incluido al proceso garantista, pues a través de éste se pretende evitar, en aras de la imparcialidad del juzgador, la formación en el tribunal sentenciador de cualquier prejuicio a favor o en contra del imputado, que pudiera adquirir internamente de haber participado instrucción¹². En consecuencia, el Juez que conocerá del caso en la audiencia de juicio oral, será distinto del que controle la investigación y decrete la vinculación, como igual serán distintos las y los jueces que preparen el juicio y ejecuten las sanciones. Lo que se busca es que el juzgador no esté contaminado previamente y no tenga prejuicios al momento de resolver.

También la imparcialidad implica que el Juez debe adoptar una postura pasiva respecto de la prueba y la participación de los sujetos procesales; es decir, no actuará oficiosamente ni perfeccionará la actuación de las partes en conflicto, sino que sólo atenderá las peticiones que le realicen y las resolverá en los términos que se le hayan planteado, sin suplir la deficiencia de la argumentación.

Por lo anterior, el Juez no tendrá la facultad de reclasificar los hechos¹³ para girar una orden de aprehensión, dictar un auto de vinculación o emitir una sentencia; lo cual no significa que quedará atado de manos, sino que los sujetos procesales deberán capacitarse ampliamente para proponer adecuadamente sus peticiones.

¹⁰ *Ibidem*, p. 580.

¹¹ Sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional Español.

¹² En la actualidad, el juez que ha instruido una causa penal, en modo alguno puede juzgarla, no como juez único, ni formando parte de un tribunal.

¹³ Gómez Colomer, Juan Luis, El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho, México, INACIPE, 2008, p. 92.

La imparcialidad es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir en cualquier forma de investigación; e implica, entonces, la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales, sin ningún interés general o particular, en la solución de la controversia que debe resolver, ya que debe decidir cuál de las hipótesis es falsa o verdadera; no debe ser un personaje de representación, puesto que ningún interés o voluntad, que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados, debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, ya que juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, sino para la tutela de la libertad de las minorías.¹⁴

En síntesis, el Poder Judicial se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contra poder, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, o la validez de los actos legislativos y administrativos, y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, frente a las lesiones que pudieran provenir del Estado.¹⁵

Se trata de una búsqueda de seguridad jurídica de la persona, al saber que en caso de que se le impute la comisión de un delito, el Estado observará todos y cada uno de los requisitos y elementos previos, tendientes a generarle una afectación válida en su esfera jurídica; es decir, tendrá la certeza de que será acusado por un órgano distinto a aquel que deberá juzgarlo, una vez que haya sido oído en el proceso, y haya aportado los medios de prueba que permitan fortalecer su inocencia. Esto permite una garantía de igualdad de los ciudadanos ante la ley, el aseguramiento de la certeza del derecho penal y, sobre todo, la tutela de las partes ofendidas más débiles.¹⁶

II. ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA DE DERECHOS

La garantía de Acceso al Justicia, implica la posibilidad de que los seres humanos acudan a la administración de justicia, o al conjunto de órganos que componen el poder judicial. En otras palabras, es la posibilidad de dirigirse a un órgano jurisdiccional solicitando su actuación y conlleva la correlativa obligación por parte del órgano jurisdiccional, de recibir cualquier tipo de petición y de responder a ella de acuerdo con el derecho, según los artículos 13, 14 y 17 de la Constitución Federal Mexicana, 8 de la CADH y 14 del PIDC¹⁷.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. Cit.*, p. 580.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Ibidem*, p. 569.

¹⁷ Las iniciales DU se refieren a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948, DA a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año, PIDCP al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de diciembre de 1966, y CA a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969.

Relacionado con la tutela judicial, para que ésta sea efectiva, aparece el principio de contradicción que esencialmente se traduce en la posibilidad de debatir y controvertir. Por lo anterior, como regla general, las decisiones que puedan afectar derechos humanos o fundamentales, deben tomarse en audiencia pública, previa petición de parte, y dando la oportunidad al posible afectado (imputado, víctima o tercero) de argumentar en contra de la petición, previamente a su afectación. Es decir, la autorización para afectar derechos debe ser previa y tomada en audiencia contradictoria.

Ahora bien, como regla de excepción, en determinadas decisiones que por su naturaleza no sea conveniente su comunicación, y que el orden Constitucional expresamente así lo disponga, podrá autorizarse afectación de derechos sin otorgar el derecho a contradicción previa, pero siempre deberá garantizarse su debate posterior. Las disposiciones séptima y décima octava del Conjunto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia penal (Reglas de Mallorca), establecen que las decisiones que afecten derechos no podrán ser adoptadas sin audiencia previa (regla general). Si ya se tomó la decisión (urgencia y cautela), el juez deberá orile para modificarla, si procediere (igualdad-contradicción).

En este orden de ideas, para garantizar la contradicción en el acceso a la justicia, en el proceso penal acusatorio aparece la tutela o cautela de garantías¹⁸, que se trata de una petición concreta de protección de derechos que han sido vulnerados por una autoridad o un particular en el procedimiento penal. La puede realizar cualquier persona afectada por actividades del proceso, no sólo las partes o sujetos procesales (por ejemplo, un tercero ajeno al hecho, propietario de un objeto que es asegurado en la investigación).

Sustentada en el derecho al recurso sencillo de revisión de afectaciones, y en el principio de impugnación y maximización de la protección previsto en los artículos 10 y 25 de la CADH, 9 y 14 del PIDCP, y las reglas séptima y décimo octava de las de Mallorca, trata de ser un mecanismo de protección de derechos humanos y fundamentales, a través de la actuación de un Juez que deberá autorizar, validar o rechazar su afectación, o buscará hacerlos efectivos, para permitir el desarrollo igualitario y contradictorio del proceso. Es un pequeño procedimiento sumario de protección constitucional o internacional a nivel causa que se tramita ante Jueces de control en investigación, en función de preparación y juicio oral.

¹⁸ Morales Brand, José Luis Eloy, Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación, México, Troispublient, 2018, p. 222.

Se puede hacer la moción (incidencia-petición) en cualquier momento, mediante audiencia especial o dentro de otra audiencia, mientras subsista la afectación, y en aquellos casos donde no se encuentre previsto un mecanismo de impugnación expreso o directo contra alguna actuación o resolución. Por ejemplo, si un Fiscal no quiere permitir que la defensa tenga acceso a la investigación; si un testigo de la defensa no quiere ser entrevistado por el investigador del Fiscal; si se asegura un objeto sin seguir los requisitos de ley; si se incomunica a un imputado; si se niega la devolución o entrega de alguna evidencia; se impide la realización de alguna actividad de investigación sin justificación; podrá solicitarse una audiencia de tutela de garantías.

La solicitud es simple, pidiendo la audiencia e indicando los datos de identificación de quien la pide, de la persona a la que se le reclama la afectación, y del procedimiento en que se realizó; en forma sintética, y sin entrar a detalles, cuál es el motivo de la tutela, y los demás datos que permitan al juez citar a la contraparte (si esto se realiza en una audiencia que ya está en curso, la petición y exposición será en forma oral). Se citará a una audiencia, en la que comenzará hablando quien la solicitó y expondrá los elementos que sustentan la petición; se escuchará a la contra parte, y luego de réplica y dúplica, el Juez resolverá lo procedente.

Además, la garantía de acceso a la justicia, contiene algunos principios¹⁹ como:

a. Pro actione: para interpretar las normas dando el mayor beneficio posible para admitir la solicitud, con el fin de que el derecho sea vea satisfecho en la mayor medida. Con base a este principio, cuando alguna persona solicite la tutela o protección de sus garantías, el trámite y audiencia debe llevarse a cabo en cualquier momento, estando presentes los interesados, por lo que no se requiere una audiencia especial, sino que en cualquier diligencia puede solicitarse, y el juzgador deberá atender y resolver la petición. Si se diera el supuesto de que el proceso estuviera suspendido, la tutela de garantías es un acto cautelar (pretende disminuir daños o evitar daños futuros), por lo que la atención a la petición nunca se suspende, al ser una circunstancia de tramitación urgente.

b. Proceso legal: las solicitudes dirigidas a órganos jurisdiccionales, se tramiten y resuelvan eficazmente con normas previamente establecidas (prohibición de leyes privativas).

c. Prohibición de trato desigual: Por un lado, el tribunal será imparcial o ajeno a los intereses del acusador, la víctima, el imputado y el defensor; será independiente o ajeno

¹⁹ Morales Brand, José Luis Eloy, *Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación*, México, Troispublient, 2018, p. 223.

a los intereses del sistema político; en consecuencia no suplirá la deficiencia de los argumentos ni intervendrá en su producción; y será “natural”, por lo que la creación, designación y determinación de sus competencias es previa a ocurrir los hechos, para evitar tener un Juez artificial, creado específicamente para resolver un caso, y en consecuencia, predispuesto a resolverlo (prohibición de tribunales especiales y derecho al Juez no prevenido); y

d. Defensa Cultural y Discriminación Positiva: las personas deben ser tratadas en un plano de igualdad real, concretamente que los criterios utilizados para resolver el caso tomen en cuenta sus desigualdades, su cultura, sus creencias, su forma de pensar y cómo eso influyó en el hecho.

Estos principios los encontramos en los numerales 14.1, 14.5, 14.6 y 14.7 del PIDCP; 8.1, 8.2 h, 8.4, y 10 de la CADH; 10 de la DU; y XVIII de la DA.

Por lo anterior, el rol del juez en el nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial, es evitar el desbordamiento del poder controlado y garantizar los principios básicos que en una democracia se suponen implícitos o se hallan expresos en su Constitución.²⁰

III. JUEZAS Y JUECES DE CONTROL DE GARANTÍAS

¿Por qué las y los jueces que intervienen en procedimiento penal acusatorio son Tribunales de Control? Esto se debe a que el “control” no es de las partes o de actos de investigación, sino de todos aquellos eventos o determinaciones que puedan afectar ilegítimamente derechos humanos, fundamentales o garantías. Esto lo explico en el presente apartado:

a. ¿Por qué controlan?

El control social de un Estado Constitucional de Derecho tiene el fin de proteger los Derechos Humanos y Fundamentales de los seres humanos.

Los Derechos Humanos son un concepto político, pues se tratan de criterios de legitimidad política, en la medida que se protejan, y representan una visión moral particular de una sociedad y su realidad son demandas de abstención o actuación derivadas de la dignidad de la persona, reconocidas como legítimas por la comunidad internacional, siendo por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado. En

²⁰ Mejía Escobar, Carlos Eduardo, El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano, Colombia, USAID y Consejo Superior de la Judicatura, 2005, p. 10.

síntesis, son demandas de satisfacción de necesidades humanas legitimadas por la comunidad internacional.

Y ¿qué son los Derechos Fundamentales?, la reforma constitucional mexicana de 10 de junio de 2011 pareciera indicar que el concepto de Derechos Humanos y el de Derechos Fundamentales son similares, al precisar en su artículo 1º que todas las personas gozarán de los derechos humanos que dicha norma reconozca; pero el concepto Derechos Humanos, tal como lo he señalado, es un concepto mayor al de derechos regulados en la Constitución, pues se trata de demandas derivadas de la dignidad humana que buscan una protección jurídica, por lo que generan criterios de interpretación del derecho positivo.

Así, los Derechos Fundamentales son los componentes estructurales básicos del orden jurídico, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. En consecuencia, de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los Derechos Fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a su efectividad y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano²¹.

Los Derechos Fundamentales son importantes en un Estado Constitucional de Derecho, y en consecuencia son los pilares básicos del ejercicio adecuado de la Política Criminal, en virtud de que su mera incorporación a una Constitución implica que gozan del mayor nivel de garantía o protección (García Manrique y Escobar Roca, 2007) pues vinculan directamente al legislador ordinario al momento de realizar las leyes, y al ejecutivo al aplicarlas o tomar decisiones (control de constitucionalidad y no de simple legalidad); su limitación sólo puede darse por motivos realmente serios y racionales expresamente establecidos en la Constitución; y son aplicables por cualquier tribunal, por lo que cuentan con una genérica garantía judicial directa, que no requiere la intermediación del legislador ordinario (control de constitucionalidad y convencionalidad).

Lo anterior se encuentra claramente establecido en el artículo 1º Constitucional de México, al ordenar a todas las autoridades la protección y garantía de estos derechos; es decir, no sólo las autoridades judiciales federales tienen el deber de hacer operativos los derechos constitucionales o internacionales, sino que cualquier autoridad,

²¹ Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, del 11 de abril de 1985.

al momento de realizar un acto u omitir una conducta que tenga relación con personas titulares de derechos, debe tomar en cuenta los derechos constitucionales e internacionales para emitir su acto o dejar de hacerlo, sin poder poner como pretexto que son autoridades que sólo deben aplicar la ley, pues lo que deben de aplicar es la protección directa al derecho fundamental (Interpretación Conforme).

Los Derechos Humanos influyen dentro de la Constitución y los Derechos Fundamentales al determinar su catálogo y abrirlo a través del principio de dignidad de la persona y el Derecho internacional, por lo que derechos humanos no reconocidos en la Constitución se convierten en fundamentales²²; así como en su interpretación para determinar su contenido y lograr su efectividad.

Los modelos de interpretación que nos muestran que en el proceso penal acusatorio todos las y los jueces son tribunales de control de derechos y garantías, son los siguientes:

1. Bloque de Constitucionalidad: reconoce jerarquía Constitucional a normas que no están en la Constitución; el actuar de la autoridad y particulares de un Estado, deben encontrarse dentro de los parámetros de constitucionalidad de los derechos humanos; así, ya no se cuenta con una sola Constitución, sino que todas las normas internacionales e internas que garanticen derechos humanos, se vuelven normas fundamentales de un Estado (Constitución no codificada o no escrita). Así, los derechos humanos se encontrarán protegidos por acciones de derecho interno.

2. Interpretación Conforme: las autoridades deben preferir y aplicar la norma que se encuentre conforme a los derechos humanos reconocidos en Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos; por lo que en caso de que alguna ley vaya en contra de tales derechos, no deberá tomarse en cuenta, y aplicarse directamente la Constitución, el Tratado o la norma que realmente proteja y haga efectivo el derecho (Control de Constitucionalidad y Convencionalidad).

3. Principio pro homine: en caso de que las normas constitucionales sean contradictorias (concurso aparente de normas), o que de su interpretación o de una norma deriven diversos significados, debe escogerse la interpretación más benéfica para los derechos fundamentales y humanos (también llamado pro persona, a favor libertatis, o de benignidad).

²² Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver los casos *Costa-Enel* y *Simmenthal*, determinó que las disposiciones comunitarias prevalecen sobre las nacionales, incluso las constitucionales, si contradice derechos de una norma comunitaria, ya que son de aplicación inmediata a favor de las personas.

4. Criterios de normas duras y normas blandas de DIDH: las normas duras (*hardlaw*), se refiere al derecho duro o positivo de los tratados y convenciones internacionales, que es obligatorio en aplicación. En cambio, las normas blandas (*softlaw*), son los principios y prácticas, aparentemente no vinculantes al mismo grado del derecho duro, que se encuentran en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones de derecho internacional relacionado con los derechos humanos. En estos supuestos, con base al principio *pro homine*, las normas blandas se vuelven orientadoras y vinculantes de la interpretación a favor de la protección y efectividad de los derechos (ante un conflicto entre principios o reglas, prevalecen los principios que hagan efectivos los derechos)²³.

Esto muestran que las y las y los jueces no son simples aplicadores de legalidad, sino que deben aplicar la Constitución, el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos y toda juridicidad que ayude a satisfacerlos derechos de las personas, por lo que su función esencial es la de contralorar el orden constitucional e internacional; es decir, controlar que los derechos y garantías de los involucrados sean realmente observados y aplicados.

Las garantías son mecanismos jurídicos específicos de protección de un derecho humano o fundamental, o las técnicas para no restringir indebidamente el goce de ese derecho. Se traducen en las obligaciones o prohibiciones relativas a restringir de manera indebida el goce del derecho y con ello verificar la legitimidad de la intervención. En un Estado Constitucional de Derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la Jurisdicción (tribunales judiciales), ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado y los particulares, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.

Ahora bien, los derechos no son absolutos, sino que pueden ser restringidos o afectados cuando el propio sistema lo permita. Al hablar de intervenciones a los derechos (afectaciones o restricciones) nos referimos a aquellas conductas, activas u omisivas, realizada por un obligado (particular o público) y que afecta negativa y significativamente a una o más de las inmunidades o facultades que integran su contenido.

²³"SOFT LAW". LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS. Tesis XXVII.3º.6 CS (10ª). Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo séptimo Circuito.

De entrada, los derechos se encuentran limitados por el respeto a los derechos de los demás; los derechos se restringen cuando el hombre deja de ser social, lo que implica que conscientemente agrede o afecta los derechos de los demás.

Si los derechos fundamentales están en la Constitución, sólo en normas del mismo rango podrá encontrarse la justificación de sus límites, y su intervención debe seguir las siguientes reglas (Test o filtro de proporcionalidad de Dworkin):

a) *Adecuación o idoneidad*: El sacrificio del derecho es adecuado para proteger otro derecho. La intervención debe estar establecida en la norma constitucional, por ser adecuada para resolver un conflicto en la sociedad. De ahí que los derechos no sean absolutos, pero su intervención sólo puede ser permitida por la Constitución, y no por otro tipo de normatividades;

b) *Necesidad o indispensabilidad*: La afectación es necesaria por ser el mecanismo menos dañoso para el derecho intervenido. Cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el menos dañoso para el derecho intervenido; y

c) *Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*: Cuando entran en conflicto los derechos de las personas, debe intentarse, en la medida de lo posible, equilibrio entre ambas (afectar lo menos posible), o en su caso ponderar (dar mayor peso a uno de los derechos y afectar el otro), procurándose el respeto esencial de los intereses enfrentados (lo cual puede llegar a ser un ejercicio subjetivo atribuir mayor o menor peso a cada uno de los intereses en conflicto)²⁴.

Así, las reglas de proporcionalidad para la intervención de un derecho nos pueden dar una definición actual de Justicia como la dignificación de los derechos, satisfacción de las necesidades humanas y resolver o aminorar los problemas sociales, al equilibrar y hacer efectivos los derechos humanos y fundamentales.

b. ¿Qué controlan?

Como adelantamos las y los jueces no son simples aplicadores de legalidad, sino que deben aplicar la Constitución, el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos y toda juridicidad que ayude a satisfacerlos derechos de las personas, por lo que su función esencial es la de contralar el orden constitucional e internacional; es decir,

²⁴RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.). Primera Sala Suprema Corte de Justicia de la Nación.

controlar que los derechos y garantías de los involucrados sean realmente observados y aplicados.

Cuando hablamos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, nos referimos a toda la jurisdicción internacional (normas, tratados, convenciones, acuerdos, costumbre, jurisprudencia) en que se establece el comportamiento y beneficios que el ser humano puede esperar y exigir de las naciones o Estados. Las normas jurídicas internacionales son reglas que prescriben deberes respecto del comportamiento de los Estados, en cuanto no están aislados, sino que pertenecen a una comunidad de naciones, y deben procurar una adecuada convivencia.

Los Tratados Internacionales son los acuerdos internacionales, celebrados por escrito, entre Estados, y regidos por el derecho internacional, cualquiera que sea su denominación, según el artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 mayo 1969; o, más ampliamente respecto de quienes crean o producen esta jurisdicción, son los convenios regidos por el derecho internacional, celebrado por escrito entre el gobierno y sujetos del derecho internacional, cualquiera que sea su denominación, en donde se asuman compromisos.

Ahora bien, el objeto y finalidad de los Tratados en materia de Derechos Humanos es que los Estados adquieren el compromiso de respetar los derechos del ser humano, independientemente de su nacionalidad o características. No son tratados que produzcan derechos entre los Estados o para las personas, sino que reconocen los derechos inherentes al ser humano, y se firman para su protección. No son tratados "tradicionales" de beneficios o intercambio de derechos entre los Estados, su objeto es que los firmantes se sometan a los derechos humanos, por lo que sus obligaciones son las de respetarlos en forma mundial y local. En este contexto encontramos el Derecho Internacional de las Reservas, que son declaraciones en las que los Estados expresan su decisión de no quedar obligados por un artículo determinado, o aclarando el sentido en que se entenderá determinada disposición. Es decir, por medio de las reservas los Estados pueden evitar asumir obligaciones de garantizar y proteger ciertos derechos.

De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe (artículo 26); no se permiten reservas cuando el tratado las prohíba, las limite o, cuando la reserva sea incompatible con el objeto y fin del tratado (artículo 19); y una parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación para incumplimiento de un tratado, salvo nulidad de competencia para celebrarlos (artículo 27).

Así, las reservas son inaplicables en Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, puesto que si un Estado firmante quiere modificar el concepto de un derecho o no lo quiere aplicar, esto es incompatible con el objeto y fin del tratado que es obligar al Estado a respetar y hacer efectivos esos derechos, y por lo mismo no se pueden invocar disposiciones de derecho doméstico para incumplirlos.

El Problema ocurre entonces con la aplicación de los tratados ¿qué predomina, la Constitución Nacional o el Tratado Internacional?

Por ejemplo, en México a partir del cumplimiento de la sentencia de 23 de noviembre de 2009, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco vs. México, se condenó al país a que su Poder Judicial se someta a las resoluciones de la Corte Interamericana, a tomar en cuenta los Criterios de Jurisprudencia sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al resolver en lo interno; y a que todos las y los jueces del país debían dejar de aplicar normas que vayan en contra de la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En consecuencia, se otorgó igual jerarquía²⁵ a los derechos y garantías que contiene la Constitución Federal, como aquellas reguladas en Tratados Internacionales, y deberá aplicarse la que más favorezca al derecho fundamental.

Lo anterior no modifica que el Derecho Internacional y sus tratados, para ser aceptados, deben estar acorde a la constitución, y así podrán ser aplicables inmediatamente en los Estados en contra de normas de derecho interno que se opongan. Lo cuestionable es si "estar en contra" puede entenderse también cuando el Tratado amplía o regula derechos que la Constitución Nacional regula en forma breve o deficiente, o ni siquiera los regula.

La interpretación derivada de la Convención de Viena nos ayuda a deducir que un Tratado Internacional está en contra de la Constitución, y por ende no puede ser aplicado, cuando vulnera o restringe un derecho fundamental protegido por una nación. Por lo anterior, si el tratado lo que hace es desarrollar con mayor claridad y amplitud un derecho protegido por el sistema constitucional ordinario, o inclusive otorga un derecho no protegido por una nación, el tratado se impone sobre esa constitución y debe aplicarse, ante la obligación constitucional de respetar la decisión en materia de derechos humanos. Esto ha sido retomado en el nuevo artículo 15 Constitucional, pues

²⁵CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Pleno. Suprema Corte de Justicia de la Nación. PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Pleno. Suprema Corte de Justicia de la Nación. PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Pleno. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

indica que no se autoriza la celebración de convenios o tratados en los que se alteren derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

La tendencia preponderante en materia de soberanía y derecho internacional, se relaciona con las normas o tratados en materia de derechos humanos, los cuales son superiores a las Constituciones nacionales, y no se puede establecer el pretexto de contradicción con el derecho interno para no ser observados²⁶.

La Corte Internacional de Justicia (opinión consultiva de 28 de mayo de 1951), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Belilos, sentencia de 29 de abril de 1988, caso Loizidou vs Turquía de 23 de marzo de 1995), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982), y el Comité de Derechos Humanos (observación general 24(52) de 1994), han resuelto que la soberanía no puede oponerse como pretexto para dejar de cumplir una obligación internacional en materia de derechos humanos; es decir la soberanía está limitada por asuntos de protección e interés de la humanidad.

Así, el derecho internacional de los derechos humanos debe aplicarse en todas las naciones firmantes o de las que forme parte, y eso influye en la reforma al sistema penal a un sistema acusatorio garantista y protector de derechos humanos.

En conclusión, uno de los objetos básicos del proceso acusatorio es el de investigar, procesar, juzgar y ejecutar en materia delictiva, en un marco de respeto a los derechos humanos y fundamentales Constitucionales e Internacionales, por lo que el principio de legalidad en materia penal (artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7, 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos), implica que las normas, además de precisar el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica o sanción, deben establecer en forma previa y clara los procedimientos y mecanismos para poder intervenir o afectar los derechos de los seres humanos. Para afectar o intervenir un derecho, es necesario que se justifique la intervención, y sobre todo, que el orden jurídico Constitucional permita esa restricción. Las garantías de los derechos del ser humano, buscan lograr su efectividad real, y en su caso realizar los procedimientos válidos para su afectación en aquellos casos que sea necesario.

²⁶ La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, acepta que no puede invocarse el derecho interno para dejar de cumplir un tratado internacional en la Tesis ya citada "TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

Así, el procedimiento penal es una garantía jurídica que se refleja en los requisitos que deben seguirse en la investigación, imputación, acusación, preparación, juzgamiento, imposición y ejecución de sanciones por la comisión de un hecho punible. Para ello, si la autoridad quiere afectar un derecho, debe pasar por los filtros de adecuación o permisión constitucional de la restricción; la necesidad, o menor afectación de la medida, y la proporcionalidad, tratando de equilibrar los derechos que pudieran verse enfrentados con la restricción del derecho, o en su caso ponderar y darle mayor valor a un derecho sobre otro. En estricto sentido el principio "la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le faculta", se refiere a que el funcionario sólo puede afectar un derecho si la ley se lo faculta. Por el contrario, si existe el deber de hacer efectivo un derecho constitucional o internacional, y la norma es omisa, incompleta o poco clara, debe de crear el mecanismo necesario para lograr la efectividad y protección desde la primera instancia, sin pretexto de que el legislador no hubiere cumplido con su función o que deba esperarse una declaración de Tribunal Constitucional, pues los derechos humanos y fundamentales gozan de una garantía de aplicación directa desde la constitución y el derecho internacional, que debe cumplir toda autoridad.

No se puede pasar por alto que México está sometido a un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entendido como toda juridicidad internacional en que se establece el comportamiento y beneficios que el ser humano puede esperar y exigir de los Estados. Los Tratados Internacionales son una parte de esa juridicidad internacional, por lo que el sector operativo del sistema de justicia penal acusatorio, no sólo debe basarse en disposiciones constitucionales o de tratados internacionales, sino en todas las reglas internacionales (tratados, convenciones, acuerdos, costumbre, resoluciones generales, opiniones consultivas, jurisprudencia) que prescriben deberes respecto del comportamiento de los Estados, y de las cuales México sea parte. Lo anterior en virtud de que el Derecho Internacional de los Derechos humanos influyen dentro del ámbito doméstico al establecer el catálogo de Derechos Fundamentales (Constitucionales), ampliarlos con los establecidos en juridicidad internacional, e imponer una interpretación pro homine para la satisfacción real de los derechos. La interpretación pro homine implica que en caso de que varias normas sean aplicables a un mismo supuesto, siempre deberá optarse por aquella que beneficie en mayor medida el derecho; y en caso de que sólo una norma sea aplicable, siempre se interpretará para la aplicación y protección más amplia del derecho humano y fundamental.

Si bien el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana determinó en la contradicción de tesis 293/2011, de 18 de marzo de 2014, 20/2014 (10a.), con el rubro "*Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional*"; que "...cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional...", también lo es que en la misma jurisprudencia afirmó que "...los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano...", con lo que es evidente que se reconoce el peso de los derechos humanos para determinar la validez de las normas y actos de autoridad (Bloque de Constitucionalidad e Interpretación conforme); lo cual incluso es reforzado con otra Jurisprudencia que el propio Pleno de la Corte determinó en esta misma contradicción de tesis, bajo el rubro "Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para las y los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona", donde obliga a los operadores jurídicos a atender: "1. Cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; 2. En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y 3. De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos" (principio pro homine).

Con lo que podemos concluir que las restricciones constitucionales no son aplicables a los derechos garantizados por el DIDH y otras normas que los amplíen, pues en los casos Castillo Petruzzi y otros contra Perú (4 de septiembre de 1998), y Bulacio contra Argentina (18 de septiembre de 2003), la Corte Interamericana determinó que el deber general del artículo 2o. de la Convención Americana de Derechos Humanos implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías, por lo que esta norma impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su derecho interno

a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos que ella consagrados.

En síntesis, este esquema acusatorio se caracteriza por el control judicial de todo el procedimiento; el Poder Judicial se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contra poder, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, o la validez de los actos legislativos y administrativos, y la tutela de los derechos humanos y fundamentales de las personas, frente a las afectaciones ilegítimas que provengan de los particulares o el Estado.²⁷

Esta vigilancia se realiza por varios jueces, que aparecen en cada una de las etapas del procedimiento, y que son distintos entre sí. La obligación de que sean diversos jueces se sustenta en el derecho al Juez no prevenido o contaminado, que implica garantizar la imparcialidad de las y los jueces, evitando cualquier prejuicio a favor o en contra de las partes, que se pueda adquirir psicológicamente al haber participado en etapas previas en que se hayan tomado resoluciones que impliquen valoraciones y trasciendan a la protección o restricción de derechos fundamentales.

c. ¿Cómo controlan?

Un sistema acusatorio requiere la legitimidad de los medios para llegar al fin, por lo que los derechos humanos y fundamentales son la base de la actuación de las autoridades, en un modelo en el que existe un órgano público encargado de la acusación, distinto a quien juzga, donde existe igualdad para los sujetos procesales dentro de un juicio público y oral, ante un juez imparcial e independiente, en donde existe la defensa adecuada y la participación del afectado en una forma real. Es decir, un modelo en el que se requiere juicio, con garantías procesales, para imponer pena.²⁸

Un modelo adversarial es aquel donde el acusador y el acusado se consideran adversarios o partes en conflicto, el cual deberá ser resuelto en el procedimiento penal en función al dinamismo que impregnen a sus actividades: producir la prueba, fortalecer su teoría del caso y debilitar la de su contraparte, y negociar la solución del conflicto.²⁹

Insistimos en que lo característico del Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial es el control judicial del procedimiento, la separación entre acusador y juzgador en forma real, la igualdad entre la acusación y la defensa, y la existencia de un Juicio público y oral. Por lo anterior, el principio de separación de funciones implica que

²⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. Cit.*, p. 580.

²⁸ *Ibidem*, p. 605.

²⁹ Pastrana Berdejo, Juan David y Benavente Chorres, Hestert, Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009, p. 18.

en este nuevo modelo, las funciones de investigación, acusación, defensa y juzgamiento, deben ejecutarse por sujetos distintos, con tal de lograr la independencia, autonomía e imparcialidad en la indagación punitiva.

Para los fines de esta investigación, nos centraremos en la función de control de la investigación, juzgamiento y ejecución de la pena que es llevada a cabo por juezas y jueces imparciales, independientes, previamente establecidos, y distintos en cada fase, de acuerdo al "derecho al Juez no Prevenido", para garantizar la protección de los derechos del individuo frente a conductas autoritarias del Estado (inclusive si en la etapa de impugnación o protección constitucional, se observa alguna violación que implique celebrar nuevamente la etapa de juicio, el Juez o Tribunal que conozca del nuevo juicio será distinto al que ya conoció del caso, para hacer efectivo este derecho). El rol del Tribunal será evitar el desbordamiento del poder controlado y garantizar los principios básicos que en una democracia se suponen implícitos o se hallan expresos en su Constitución.³⁰

En el diseño de las Constituciones republicanas, el concepto de jurisdicción se encuentra íntimamente vinculado a la idea de control de ciertos actos que, por experiencia histórica, se sabe que ponen en peligro la seguridad de los derechos de los ciudadanos³¹, de ahí que el modelo mexicano retoma el derecho al Juez no prevenido del sistema penal español, para evitar la producción de cualquier prejuicio por contacto previo con el caso.

Por lo anterior, conforme al derecho al juez no prevenido, la nueva función jurisdiccional se estructura con un Juez de Control de investigación, como tribunal encargado de que no se vulneren los derechos de las personas durante la investigación. Una vez que el Fiscal ejerza acusación en contra del imputado, terminará la fase de investigación, y aparecerá el Juez de Control en función de Preparación, cuyas funciones generales serán las de purgar los vicios formales y obstáculos que impidan llegar libremente a juicio, con la finalidad de que el tribunal oral solamente se limite a valorar los hechos y no se distraiga en otras situaciones.

En algunos sistemas se ha establecido que el Juez de Control de investigación sea el mismo Juez de Control en función de Preparación, lo cual considero que no puede ocurrir en el modelo mexicano y demás esquemas acusatorios, con base al derecho al Juez no prevenido y lo previsto en las fracciones IV y X del apartado A del artículo 20

³⁰ Mejía Escobar, Carlos Eduardo, *op. Cit.*, p. 10.

³¹ Horvitz Lennon, María Inés, *Derecho procesal penal chileno*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2013, p. 198.

Constitucional, que establece las garantías que deben observarse en las fases jurisdiccionales y audiencias preliminares al juicio, y una de ellas es que las y los jueces sean distintos y no hayan conocido previamente del caso.

En este sentido, en el Sistema Acusatorio Mexicano, el Juez de investigación debe ser distinto al de preparación, puesto que el primero autorizará intervenciones a derechos fundamentales, valorará datos de prueba para tomar algunas determinaciones como girar ordenes de aprehensión, decretar vinculación a proceso y dictar sentencia en procedimiento abreviado, e incluso podrá desahogar prueba anticipada. Inclusive, también debe ser distinto el Juez de Control que realice el control de detención de orden de aprehensión, o aquel que vuelva a vincular a proceso al imputado, por nueva petición de la fiscalía en atención a nuevos datos de prueba que modifiquen la calificación de hechos realizada previamente, puesto que si tales actividades las ejecuta el mismo Juez que giró la orden de aprehensión o dictó la vinculación a proceso, estará previamente contaminado y difícilmente decidirá si la orden fue mal girada o si la vinculación no tenía sustento y deba modificarse, puesto que es una situación natural que el ser humano forme prejuicio con los primeros datos que conozca, y no cambie su percepción a pesar de evidenciarse otras situaciones.

Por ende, el Juez de Control en función de Preparación debe ser distinto al Juez que controló la investigación, ya que el nuevo Juez, sin prejuicios o prevenciones, podrá tomar decisiones sobre la tutela de derechos de los involucrados, de lo contrario seguirá con la misma tendencia de condena que se pretende evitar en este nuevo modelo, ya que en el sistema inquisitivo mixto mexicano, era común la práctica de que si el Juez giraba una orden de aprehensión o dictaba un auto de formal prisión, prácticamente copiaba tales determinaciones para dictar sentencia de condena, a pesar de que en el transcurso del proceso se le muestre una situación fáctica y jurídica diversa.

En Chile, el Juez de Control o Garantía extiende su competencia desde el inicio del procedimiento hasta el dictado del auto de apertura del juicio oral, resolución que pone fin a la etapa intermedia. En algún momento del proceso de reforma se planteó la necesidad de contemplar jueces a cargo de la etapa intermedia, distintos del competente durante la instrucción. Ello, no sólo para garantizar la imparcialidad del tribunal en aquellas incidencias con origen en la instrucción y de suma relevancia para el curso del juicio, sino, especialmente, porque se quería atribuir a este juez la resolución del caso en el procedimiento abreviado, cuando ello fuera aceptado voluntariamente por el acusado. Este procedimiento importa, en términos muy generales, la aceptación

negociada de la acusación del fiscal por parte del imputado y la resolución del caso en base únicamente a los antecedentes de la instrucción. La decisión, por razones fundamentalmente económicas, de prescindir de este tercer juez y de atribuir al juez de garantía la competencia sobre esta etapa del procedimiento no ha hecho sino ahondar las críticas dirigidas, en general, contra las soluciones negociadas del conflicto jurídico penal.³²

De ahí que el derecho al Juez no prevenido, que busca la imparcialidad de esta institución, no se cumplirá si se mantiene a un solo Juez para ambas funciones de control de investigación y de preparación, pues como se ha dicho, difícilmente decretara que sus actuaciones previas son ilegales, y no necesariamente por mala fe, sino porque ya previno y está convencido de su validez. En caso de que, por cuestiones económicas, no se tuviera la posibilidad de mantener Jueces de Preparación exclusivos para esa función, podrán habilitarse Jueces de Control, Preparación y Juicio Oral, pero en aquellos casos en que un Juez realice funciones previas de control de investigación, no podrá ejercer funciones de preparación del mismo caso, y viceversa.

Cuando el Juez de Control en función Preparación emita el auto de apertura, aparecerá el nuevo Tribunal de Juicio Oral, el cual podrá ser unitario o colegiado, según lo determinen los Poderes Judiciales si es necesario que la decisión no se base en un solo punto de vista y se busque incrementar el estándar probatorio y dar mayor claridad y certeza a la condena o absolución. Este Tribunal será quien desahogue la audiencia de Juicio Oral y emitirá decisión con base a lo apreciado en la audiencia. También podrá resolver incidencias, anticipos probatorios, sobreseimientos y todo lo que implique una tutela de derechos.

Si la sentencia dictada es condenatoria e impone sanciones, entrará a actuar el Juez de Control en función de Ejecución, quien será el encargado de vigilar y ejecutar su cumplimiento, y deberá resolver todo lo concerniente a la ejecución, entre otras la protección de los derechos de los involucrados, por lo que la autoridad administrativa solo se encargará de la ejecución material, mientras que el Juez mantendrá el aspecto jurisdiccional y de garantía.

En conclusión, todas las y los jueces que intervienen en cada una de las etapas del procedimiento penal acusatorio son Tribunales de Control, pues no se trata de “controlar” a las partes en los actos de investigación, sino que su función es la de respetar, garantizar y velar la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el

³² *Ibidem*, pp. 198-199.

procedimiento, y controlar el orden constitucional y convencional en todos aquellos eventos o determinaciones que puedan afectar ilegítimamente derechos humanos, fundamentales o garantías (incluyendo los que previamente hayan ejecutado sus compañeras y compañeros jueces).

Las y los jueces controlan el orden Constitucional e Internacional en materia de Derechos Humanos en el ámbito doméstico, para lograr la maximización de la protección por medio de la autorización, validación o rechazo de la afectación, o el establecimiento de los mecanismos para hacerlos efectivos: proteger a la persona de conductas autoritarias del Estado o los particulares. Son juezas y jueces de control al ser una garantía por sí mismos.

IV. TUTELA DE LA VÍCTIMA E IMPUTADO FRENTE A MEDIOS COMUNICACIÓN

Los medios de comunicación tienen derecho a ejercer su libertad de expresión y exteriorizar un mensaje o contenido; y a su vez, tanto los medios como la sociedad tienen el derecho a la información, que implica contar con datos adecuados para favorecer al libre desarrollo de la personalidad y generar un debate democrático útil para la vida de la comunidad, no uno etiquetante que genere división y pueda incrementar la violencia; pero estos nunca pueden ir en contra del derecho a la privacidad e intimidad de las personas, y en materia penal si una persona es señalada como autor de un delito, no puede ser presentado como culpable, mucho menos tratado de esa manera frente a la sociedad, hasta que exista una sentencia definitiva que lo declare culpable. Por otro lado, la víctima del hecho, tampoco puede ser exhibida, y debe protegerse su integridad, para evitar una doble victimización, como veremos en este apartado:

a. La libertad de expresión.

Se trata de un derecho mediante el cual sus autores muestran la intención de exteriorizar un mensaje o contenido para producir un debate público (Escobar, 2008), útil para el desarrollo de la personalidad y la comunidad; es decir, para lograr un debate democrático, no morboso, etiquetante, discriminador o cargado de odio. Sintéticamente democracia significa capacidad de decisión de los ciudadanos en los asuntos públicos e información sobre aquellos ámbitos en los cuales no pudieron decidir (Escobar, 2008), por lo que determinar el contenido de la libertad de expresión exige establecer cuáles mensajes se encuentran constitucional e internacionalmente garantizados para expresar, por lo cual debemos partir de los límites al derecho, que no

es absoluto, para con ello, por exclusión, determinar los mensajes que pueden ser expresados.

De acuerdo a los artículos 13.2 de la CADH y 13 del PIDCP, la libertad de expresión tiene como límites el respeto y protección de la reputación o de derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional y el orden público, así como la salud y la moral públicas³³. En este contexto, también el artículo 6 de la Constitución mexicana, que restringe el derecho de libertad de expresión e información en los casos en que se ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público.

Si bien no puede existir censura previa de la expresión de información, sino responsabilidades ulteriores, esto se refiere a la prohibición de la censura gubernativa, pero no a la posibilidad de que un Juez o Tribunal adopte medidas restrictivas de la libertad de expresión para evitar el daño o estigmatización discriminatoria hacia terceros³⁴.

La libertad de expresión deriva del derecho al libre pensamiento, y por ello se regula su forma de ejecutar con el fin de, en principio, frenar la actividad del Estado que no debe restringir la libertad de expresión, salvo en los casos en que la propia comunidad considera hacerlo³⁵. Lo que se pretende es impedir al Estado que imponga sanciones, por la sola circunstancia de expresar ideas, pero también otorgar responsabilidad al que las emite, si de ello derivan consecuencias ilícitas; ya que la información que se exprese debe ser veraz y no manipulada para que los ciudadanos estén en condiciones de participar de forma auténticamente libre e igualitaria en los asuntos públicos (Escobar, 2008).

En los límites a nuestra libertad de expresión convergen tres grupos de derechos humanos y fundamentales: los primeros a cargo del Estado, como obligación de abstenerse de inquirir administrativamente a alguna persona por la sola manifestación de sus ideas, siempre y cuando no haya dado motivo jurídico para hacerlo; los segundos otorgan el derecho a la información de requerir al Estado, una obligación de hacer, que consiste en proporcionar todos los datos de sus actividades. Y, finalmente, esta garantía se refleja en que todos los miembros de la sociedad tienen el derecho a recibir información de calidad por parte de los medios masivos de comunicación (Escobar,

³³ También el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos para proteger, entre otros, la reputación y derechos ajenos, impedir divulgación de información confidencial y garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

³⁴ Sentencia 187/1999 del Tribunal Constitucional Español.

³⁵ Varios autores, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Porrúa, 2000, p. 92.

2008); y se resalta que es información de calidad, ya que la comunidad tiene derecho a aquella que le permita ajustar su conducta a las razones y sentimientos sugeridos por esa información (García, 1995, p.91) situación a la cual nos enfocaremos más adelante.

b. Presunción victimal y presunción de inocencia.

La víctima es la persona que directamente es afectada o puesta en peligro en sus bienes jurídicos por la realización del hecho punible. Los ofendidos son aquellos relacionados con la víctima por cuestión familiar o de parentesco, como cónyuges, concubinos, conviviente, parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima, o fueran dependientes económicos del titular del bien jurídico.

Para ejercer sus derechos, la víctima debe tener acceso a la justicia, lo que implica la solicitud de protección, de declaración o de garantía de la efectividad de un derecho. Este Acceso a la Justicia, existe porque la víctima es un sujeto de derechos, no un objeto del proceso (al igual que el imputado) y, en consecuencia, no se encuentra a la sombra del Fiscal que representa a la acción penal pública, sino que está a la par de éste y de quien es acusado por la comisión del hecho punible, con la finalidad de hacer valer sus intereses y sea escuchado en el procedimiento en el cual se resuelva sobre las consecuencias jurídicas del evento.

Por lo anterior la víctima, al tener la posibilidad de dirigirse ante los tribunales a exigir justicia y protección a sus derechos, cuenta con algunas facultades y atribuciones que deben observarse en este nuevo esquema procesal penal acusatorio conforme a la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de la ONU en resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y las normas nacionales.

Entre esos derechos, en el proceso penal acusatorio aparece la presunción victimal (Morales, 2018, p.134), que implica que todo afectado de un hecho antisocial es víctima u ofendido para efecto de realizar ciertos actos inmediatos y urgentes para su protección y restablecimiento de sus derechos, sin necesidad de que exista una sentencia firme que la califique de esa manera. Basado en la apariencia del buen derecho, no se requiere prueba plena o declaración firme de la existencia del hecho delictivo y de la culpabilidad del responsable, sino que basta la sola probabilidad del hecho o del posible daño, para reaccionar preventivamente a su favor. Esta presunción

victimial no opera en todo momento, pues frente a ella existe la presunción de inocencia del imputado, por lo que los derechos enfrentados deben ser equilibrados o en su caso ponderados con base a los principios del sistema penal acusatorio, entre ellos el debido proceso y pro homine.

Algunos derechos que surgen de la presunción victimial, son la no discriminación, protección de integridad física o psicológica, asesoría jurídica gratuita en forma inmediata y permanente, solicitar medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, se le garantice el pago daño causado en forma real, integral y ágil; pero también que se se resguarde su identidad y demás datos personales, y por lo mismo que esa información no sea entregada ni presentada ante los medios de comunicación o ante la sociedad sin su consentimiento, para evitar su re-victimización, la contaminación del juzgador y efectos corruptores en el proceso, como lo explicaré en breve.

Ahora bien, en el proceso penal acusatorio la carga de la prueba es exclusiva del acusador, y sus funciones deberá realizarlas con pleno respeto de los derechos fundamentales de los involucrados; de lo contrario sus actividades serán ilícitas y nulas (doctrina del árbol venenoso), y no podrán tener efectos en juicio. Por lo anterior, será nula cualquier prueba originada, encontrada, obtenida, procesada, trasladada, incorporada, admitida o producida con violación de los principios, derechos y garantías previstas en las Constituciones, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable, y la normatividad que derive de ellos (reglas décima y décima segunda de las de Mallorca).

Relacionado con la comprobación se encuentra el principio de presunción de inocencia que, más que conceptualizarlo tradicionalmente como "toda persona es inocente, hasta que no se demuestre lo contrario", implica la garantía del imputado de recibir el trato de no autor o partícipe de un hecho delictivo, hasta en tanto no se demuestre su culpabilidad; es decir, ninguna persona puede ser tratada como culpable hasta que esto no se declare en sentencia definitiva.

La presunción de inocencia es una garantía de la libertad personal, tanto contra la arbitrariedad de los poderes públicos, como contra la reacción vindicativa de la víctima, garantía que debe beneficiar a cualquier delincuente, sea primario o reincidente. Puesto que toda persona se presume inocente, cualesquiera que sean las sospechas o los cargos que sobre ella recaigan, debe ser considerada y tratada como

tal, en tanto su culpabilidad no haya sido aprobada y declarada mediante una sentencia regular y definitiva.³⁶

La culpa, y no la inocencia, debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa, y no la de la inocencia que se presume desde un principio, la que forma el objeto del juicio. La presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también de seguridad o defensa social, al implicar una función simbólica, ofertada por el estado de derecho, que otorga una confianza de los ciudadanos en la justicia, como un medio de defensa frente al arbitrio punitivo.³⁷

El imputado no está obligado a probar que es inocente, sino que es el sujeto acusador, a quien le incumbe la carga de la prueba de los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del responsable; así, el acusado no puede ser obligado a confesar en su contra, por lo que las legislaciones afectan de nulidad todas aquellas confesiones obtenidas por medios ilícitos. Hasta la existencia de la sentencia ejecutoriada de condena, se afirmará que la presunción ha desaparecido, y que tenemos a un culpable, al que se podrá privar de sus derechos, en los términos de la decisión jurisdiccional.³⁸

En consecuencia, no basta que el órgano jurisdiccional reciba una mínima actividad probatoria; es decir, que se hayan practicado pruebas y que el representante social haya desplegado el máximo celo en investigar el hecho punible y atribuírselo a su autor; sino que es necesario que el resultado de la actividad investigadora pueda ser considerada, en forma racional, como un dato pleno incriminatorio o de cargo, y no de descargo. La presunción de inocencia desplaza la carga probatoria al sujeto procesal acusador, a quien corresponde demostrar los elementos de la pretensión acusatoria; en consecuencia, corresponde a la acusación, y no a la defensa, la realización de la actividad probatoria de cargo, necesaria para desvirtuar esa presunción.³⁹

Esta garantía se incluye en los artículos 11.1 de la DU, 14.2 del PIDCP, XXVI de la DA, y el principio 36 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, emitida mediante resolución 43/173; y se refleja como regla de tratamiento del imputado, que restringe al máximo la limitación de la libertad personal,

³⁶ Cárdenas Rioseco, Raúl, *La presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2006, p. 117.

³⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. Cit.*, p. 569.

³⁸ Zamora Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, México, Porrúa, 2003, p. 423.

³⁹ Cárdenas Rioseco, Raúl, *op. Cit.*, p. 123.

y como regla de juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba al Estado, hasta la absolución en caso de duda.

Como norma de tratamiento del imputado, las medidas restrictivas graves, como la prisión preventiva, dejan de ser la regla general, para convertirse en una excepción, ya que sólo serán aplicadas como última opción y lo menos lesivo posible, en caso de peligro real para la víctima o la sociedad, o por obstaculizar la investigación o el imputado pueda evadirse de la acción de la justicia.

El problema radica en que la alarma social causada por el hecho de que un detenido, no sea castigado en forma inmediata, es un argumento del que se valen la mayoría de los defensores de la prisión preventiva “para que sirva de escarmiento”; tal vez eso sea verdadero, pues parte de que la sociedad relaciona el castigo con la prisión preventiva; pero fue en contra de esta idea, por lo que se instauró el procedimiento penal, que no sirve para tutelar a la mayoría, sino para proteger de la mayoría, a los individuos que aún no pueden ser considerados culpables.⁴⁰

También exige que las normas se ocupen de que los efectos ético-sociales descalificantes de la pena no se den durante el proceso, sino hasta la condena firme; por ello deben restringirse en la mayor medida posible las afectaciones a los derechos de personalidad, honor, libertad, propiedad, etc., que sufra el imputado aún no declarado culpable (García, 1995, p.41). En consecuencia, el imputado no puede presentarse como culpable ante los medios de comunicación, ni permitirse que éstos lo exhiban de esa manera, para respetar que es inocente hasta que no se emita sentencia de culpabilidad, lo cual también opera a favor de las víctimas.

Por ejemplo, una forma de respetar la inocencia de una persona sería la de su traslado ante un juzgador por el tiempo estrictamente necesario para escucharlo en una audiencia inicial. Una medida de este tipo, además de que produciría una limitación de la libertad personal mucho más breve que la prisión preventiva, tendría mejores efectos públicos y reduciría las consecuencias infamantes de la acción penal, que hoy constituye uno de los aspectos más humillantes y aflictivos del sistema; ya que la única noticia que llegaría a la sociedad, sería la de que un ciudadano ha sido conducido ante un Juez, para ser escuchado acerca de un hecho investigado (Ferrojoli, 2011, p.557), pero no porque ha sido declarado culpable de haberlo cometido, como hasta en la actualidad se sigue manejando en los medios de comunicación, con la tolerancia de

⁴⁰ Morales Brand, José Luis Eloy, *La declaración del imputado*, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2006, p. 156

las autoridades, que aprovechan la desinformación como forma de justificación de la supuesta lucha contra la delincuencia, presentando a los detenidos como culpables altamente peligrosos.

Como regla de juicio aparecen los principios de la duda y la carga probatoria, que implican que el juez requerirá adquirir certeza de la culpabilidad del imputado para poder condenarlo, pues de lo contrario, con una mínima duda que le surja al realizar la valoración del caso, la inocencia no ha sido controvertida y se mantiene vigente; es por ello que el juez no declara inocencia, pues ésta se encuentra declarada desde el inicio del procedimiento, de ahí que lo que deba declarar es la culpabilidad. Por lo anterior, el acusador, público o particular, debe demostrar, más allá de toda duda razonable, que el imputado cometió un hecho delictivo.

En este sentido, quien niega la inocencia de la persona, debe comprobar que es culpable, de ahí que la carga probatoria sea del acusador, no del imputado⁴¹. Así, no puede trasladársele dicha obligación o carga al acusado, que inclusive no tiene obligación de aportar pruebas para evidenciar su coartada o argumentos de defensa, sino que tiene un derecho de probar, que él decidirá si lo ejerce y de qué manera. El imputado y la defensa, además de no tener la obligación de probar, mucho menos deben demostrar plena o fehacientemente alguna situación, pues en estrategia defensiva, se puede generar una simple duda, y una sola argumentación o contraprueba, es suficiente para destruir una acusación, pues el acusador es el que tiene que demostrar más allá de toda duda razonable, con plena convicción, y no es la defensa o el imputado quien debe generar esa plena convicción⁴²; con mayor razón, no puede tomarse la inactividad como falta de defensa (estrategia de defensa pasiva), con pretexto de obligarlo a aportar prueba. Además de que el legislador no debe crear normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad, ni la autoridad interpretar de esa manera, y se obligue al acusado a demostrar hechos concretos (su inocencia), como en el supuesto de que acredite la legítima propiedad de un objeto o que no tenía conocimiento de ilicitud (no se le puede revertir la carga probatoria). Cuando una norma establece una presunción de ilicitud (por ejemplo presumir la mala fe en un Encubrimiento por receptación), implica una presunción de culpabilidad,

⁴¹ SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. PARA VINCULAR A PROCESO AL IMPUTADO, CORRESPONDE AL MINISTERIO PÚBLICO LA CARGA DE ESTABLECER EL HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO Y LA PROBABILIDAD DE QUE AQUÉL LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN, AUN CUANDO SU RELATO DEFENSIVO SEA IMPERFECTO Y CAREZCA DE RESPALDO PROBATORIO PLENO. Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Amparo en revisión 347/2016. 29 de septiembre de 2016.

⁴² PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DUDA RAZONABLE. FORMA EN LA QUE DEBE VALORARSE EL MATERIAL PROBATORIO PARA SATISFACER EL ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA CONDENAR CUANDO COEXISTEN PRUEBAS DE CARGO Y DE DESCARGO. Jurisprudencia 2/2017 (10a.). Primera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

porque el imputado debe aportar las pruebas que demuestren lo contrario, sin que el Ministerio Público tenga que aportar nada, pues la carga probatoria ha sido trasladada a otro sujeto procesal.⁴³

Finalmente, de la presunción de inocencia surge la “prohibición de provocar situaciones para que el imputado genere prueba contra sí mismo”⁴⁴ que implica que la autoridad no puede inducir actividades para que el investigado, por error o ignorancia, aporte prueba que lo autoincrimine, sin tener el conocimiento informado de la actividad, la información, y el destino que se le pueda dar (por ejemplo, si el investigado no quiere aportar muestra corporal, la autoridad no puede genera condiciones para que le den ganas de orinar, tome algún utensilio y deje muestra de fluido sin darse cuenta, o esperar a que salga de la celda para tomar cabellos; tampoco puede engañarlo en firmar documentos para tomar muestra de escritura; practicarle una entrevista como testigo, haciéndole creer que no se le está investigando, para luego acusarlo y utilizar esa información; hacerlo hablar o emitir sonidos para un reconocimiento; obligarlo a entrevistarse para exámenes psicológicos o periciales; emplear oficiales encubiertos que provoquen la participación del investigado en un hecho delictivo; etc., pues en estos casos el destino final de la información es parte de la vida privada de la persona, y no tiene un objetivo consciente de crear evidencia en su contra).

c. Víctima e imputado frente a medios de comunicación

¿Qué relación tienen la presunción victimal y de inocencia con el trabajo de los medios de comunicación? Para ello debo precisar lo que implica el principio de publicidad en un esquema acusatorio, y así determinar si la libertad de expresión y la información que se maneja por los medios masivos, puede incluir los datos personales, íntimos y privados de las víctimas e imputados, y si ello produce algún efecto en el proceso, para entonces establecer la tutela de derechos que las y los jueces deben ejercer.

El principio de publicidad tiene dos vertientes relacionadas con que el caso debe llevarse a cabo y analizarse públicamente para lograr la transparencia de las actuaciones y decisiones de las autoridades⁴⁵. La primera en el sentido de que ninguna actuación o tarea indagatoria, jurisdiccional o de ejecución, pueden ser oculta a los sujetos procesales; por lo que se reduce la posibilidad de decretar secreto o reserva de

⁴³ Morales Brand, José Luis Eloy, *La declaración del imputado Cit.*, p. 156.

⁴⁴ Morales Brand, José Luis Eloy, *Juicio oral penal cit.*, p. 119.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 110.

la investigación. La segunda, respecto a la sociedad que puede asistir a las sesiones públicas de los tribunales, para legitimar el trabajo de las partes y las autoridades⁴⁶; es decir, existe en función del control democrático de las decisiones, y se entiende como garantía de la transparencia de la decisión del tribunal, pues se traduce en la posibilidad de que las actuaciones sean presenciadas por la sociedad en general.⁴⁷

Así se busca lograr establecer un control de la autoridad, en el sentido de que sus decisiones no pueden ser negociadas o realizadas sin que las personas se den cuenta del fundamento y motivo de su realización. De igual manera, ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso, con alguna de las partes, sin que la otra esté presente.

El Tribunal Constitucional Español ha estimado⁴⁸ que la publicidad protege a las partes de una justicia sustraída al control público, y además mantiene la confianza de la comunidad en los tribunales. Pero no todas las actuaciones son públicas, pues el secreto en algunos casos cumple fines de protección a los sujetos procesales, como a la investigación. Por ello, en casos en donde se busque proteger la intimidad y privacidad de la víctima, el imputado, derechos de terceros, secretos industriales, o información de seguridad nacional o pública, el procedimiento podrá dejar de ser público, pero tan sólo para la sociedad, pues nunca puede ser oculto o secreto para la acusación, la víctima, el imputado y la defensa.

Ahora bien, si el principio de publicidad es uno de los mecanismos que tienen las personas para ejercer el control de las autoridades, es innegable que los medios de comunicación pueden llegar a ser un instrumento democrático que favorezcan a cumplir con la efectividad del principio, siempre y cuando se limiten a otorgar una información objetiva del hecho, exenta de todo comentario que exceda una sincera y clara explicación⁴⁹; esto en razón de que ante las realidades sociales donde la distancia de los tribunales, la falta de transporte público, el desarrollo de los juicios en horas de trabajo, y pocos recursos para subsistir (es preferible alimentarse que ir como público a juicios), los medios de comunicación ayudan a la transmisión mediata de la información relacionada con cuestiones de seguridad y hechos delictivos.

⁴⁶ Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2019, p. 313.

⁴⁷ Armenta Deu, Teresa, "Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español", México, XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación, UNAM, 2005, p. 324.

⁴⁸ Sentencia 96/1987 del Tribunal Constitucional Español.

⁴⁹ García, Luis, *Juicio oral y medios de prensa*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1995, p. 29.

El problema es que esto es un ideal, ya que en la actualidad no podemos dejar a un lado los peligros que derivan del diferente grado de interés que los procesos penales despierten en la opinión pública y el tipo de expectativa que debe ser satisfecha⁵⁰; pues además de que los medios de comunicación no sustituyen ni equivalen a la publicidad inmediata del juicio, donde el público recibe una fuente directa de información libre de selecciones y valoraciones previas, con lo que se garantiza que cada quien vea por sí mismo lo que ocurre; los medios dan una información que no es neutral, pues no sólo difunden hechos, sino sus particulares interpretaciones⁵¹ determinadas por la selección de las percepciones fundadas en razones psicológicas, técnicas comerciales, estéticas o ideológicas (García, 1995, p.30) para satisfacer la expectativa que quiere un público determinado; por ello regularmente su labor es según pautas distintas a las de los procedimientos legales, presentan los casos de manera determinada por las limitaciones de tiempo y espacio, utilizan otros lenguajes y extraen sus conclusiones de acuerdo a circunstancias no necesariamente admisibles o válidas en los juicios.⁵²

Varios medios de comunicación, casi siempre los más populares, seleccionan la información para lograr un interés más amplio en ser escuchados. No solo presentan hechos, sino una porción recortada de ellos, según sus ideas personales⁵³, y empleando palabras con tendencias estigmatizantes, parciales y denigrantes⁵⁴. Estos medios tienen su peculiar manera de comunicar la información para vender su producto y presentarlo de tal modo que resulte apetecible para el público⁵⁵, sin importarles que distingan entre información verdadera, exagerada o falsa.⁵⁶

La opinión pública es muy distinta a la opinión publicada acerca del proceso penal, que regularmente difunde consecuencias negativas al incentivar pavor al delito y publicitar comportamientos agresivos y violentos, para presionar al incremento de sanciones penales y su cumplimiento⁵⁷, pues los medios de comunicación son mecanismos de control social informales⁵⁸, y algunos son empleados por el Estado para

⁵⁰ Hassemer, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, México, INACIPE-Bosch, 2018, p. 204.

⁵¹ García, Luis, *op. Cit.*, p. 29.

⁵² *Ibidem*, p. 31.

⁵³ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁴ Schneider, Hans Joachim, *La criminalidad en los medios de comunicación de masas*, España, Dykinson, 1989, p. 86.

⁵⁵ Bustos Ramírez, Juan, "Los medios de comunicación de masas" en *El pensamiento criminológico*, Bogotá, Temis, 1983, p. 54.

⁵⁶ Slokar, Alejandro. *Publicidad de juicio y libertad informativa*, Argentina, jurisprudencia argentina, 1994, p. 814.

⁵⁷ Schneider, Hans Joachim, *op. Cit.*, p. 93.

⁵⁸ Existen sistemas de control social carentes de garantías contra el abuso y la arbitrariedad. Uno de ellos es el control social disciplinario, autorregulado con sujeción a rígidos conformismos que operan por medios como la autocensura, la policía moral, los linchamientos de opinión y la demonización pública. (Ferrajoli, 2011, p. 339).

publicitar su política criminal⁵⁹ y generar percepciones favorables a sus acciones u omisiones.

En virtud de que se sigue pensando al derecho y proceso penal como remedios exclusivos y exhaustivos de cualquier infracción del orden social, de la gran criminalidad ligada a degeneraciones de la sociedad y sistema político, a las menores transgresiones de leyes que, cada vez con más frecuencia, son sancionadas penalmente, por la conocida ineficacia de los controles y sanciones no penales⁶⁰ la presunción de inocencia y víctima son derechos secundarios.

Algunas entidades policiales, investigadoras y acusadoras siguen realizando ruedas de prensa u otorgan información a los medios de comunicación sobre la detención de personas por la posible comisión de un delito, y son presentados como delincuentes consumados; se prejuzga el estado del proceso, y además se asegura que el imputado reconoció el delito atribuido; y si posteriormente es dejado en libertad, se forma la idea social de corrupción en el Poder Judicial, puesto que no se explica cómo el delincuente consumado y confeso ha sido liberado. Es decir, el sector policial informa que el Poder Judicial "es corrupto y genera impunidad e indignación" ya que "libera a delincuentes valiéndose de tecnicismos legaloides"; pero no informa que las y las y los jueces existen en nuestro Estado de Derecho, no para cumplir los caprichos del poder ejecutivo o de los legisladores, sino para proteger a las personas de las arbitrariedades de las autoridades, respetando y haciendo valer sus derechos humanos.

El mensaje proyectado a través de los medios de comunicación es que las personas no tienen derechos, y no pueden existir instituciones que los protejan; todos son enemigos del Estado y deben ser tratados como tales; por lo que se siguen ejecutando acciones para acusar a toda costa y presentar a las personas como culpables ante los medios de comunicación, para dar una apariencia de cumplimiento de trabajo en la reacción contra el delito, que tranquilice a la sociedad a través de creencias, más que percepciones reales.

Regularmente en esa información se observa la clara tendencia a tratar a los imputados como culpables para dejarlos en prisión preventiva, sin importar si en verdad cometieron o no un delito. Por otro lado, los detenidos ya son delincuentes consumados, se les "comprueban" diversos delitos cuando aún siguen detenidos en celdas ministeriales, y, lo peor del caso, es que, a pesar de que ya está plenamente

⁵⁹ Binder, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2004, p. 270.

⁶⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. Cit.*, p. 562.

comprobado que cometieron ilimitados delitos, apenas comienza la investigación; con lo que vemos la gran capacidad de agentes policíacos para obtener confesiones, lo que da seguridad al periodista para publicar que un detenido es un ladrón u homicida plenamente confeso. Con ello se debilita la confianza en las autoridades judiciales, pues la sociedad no entiende cómo es posible que los consumados y confesos delincuentes sean liberados.

Con el pretexto de la libertad de expresión y el derecho de la sociedad de conocer lo que sucede en su entorno, se genera la estigmatización de las personas, pues tiene más valor la información que sale en medios de comunicación que las resoluciones de un juez. Al informar que una persona fue detenida y trasladada ante un tribunal, lo único que provoca son consecuencias infamantes y humillantes en la persona, pues la noticia que llega a la sociedad es de que una persona “confesa” va a ser enjuiciada, como se sigue manejando en los medios con la tolerancia de las autoridades, que aprovechan la desinformación como forma de justificación de la supuesta lucha contra la delincuencia, presentando a los detenidos como culpables altamente peligrosos.

En este contexto, cuando los medios de comunicación difunden información sobre víctimas e imputados, además de circunstancias del hecho que está en proceso, esa publicidad afecta la intimidad y reputación de las personas que intervienen, de una manera mayor e incontrolable, que la que deriva de la percepción directa en una sala de audiencias⁶¹. La difusión puede ser tan intrusiva en la imagen y vida de las personas que están obligadas a tomar parte en el proceso, que se convierte en una injerencia considerable en su ámbito de intimidad y en su derecho a determinar el uso que se da de su imagen e información.⁶²

El derecho a la privacidad incluye la posibilidad de realizar acciones privadas ilimitadas que no dañan a terceros y que por lo mismo no pueden ser calificadas por una moral pública o autoridad; el derecho a la intimidad se traduce en la esfera de la persona que está exenta del conocimiento de los demás⁶³ como lo son sentimientos, hábitos y costumbres, relaciones familiares, situación económica, creencias religiosas, salud mental y física, y todos los datos reservados al propio individuo, cuya divulgación sin su consentimiento produce un peligro real e inminente para su intimidad y plan de vida.

⁶¹ García, Luis, *op. Cit.*, p. 42.

⁶² *Ibidem*, p. 46.

⁶³ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 327.

Siguiendo a Hans Ullrich Gallwas, el libre desarrollo de la personalidad asegura la esfera personal de vida y la conservación de sus condiciones, como el ámbito privado, íntimo y secreto (artículos 1 y 6 de la Constitución Mexicana, 11 de la CADH y 17 del PIDCP), el honor, el derecho a disponer como se presentará la personalidad, el control de la propia imagen y sus palabras, así como la comunicación y empleo de los datos personales; y quien no puede prever con seguridad qué información personal es conocida en el medio social, y quien no pueda calcular el conocimiento del otro partícipe de la comunicación, no puede efectuar planes ni decidir según su propia autodeterminación⁶⁴. La imagen es la emanación de la personalidad y se protege la auto determinación del individuo en el modo en que se quiere presentar públicamente, por ello toda difusión de su imagen contra su voluntad es un ataque ilícito, ya que el anonimato está implicado en su derecho a la intimidad; si para obtener una imagen como medio de prueba, se requiere autorización de la persona, y en caso de no darla puede acudirse a tutela judicial; con mayor razón se requeriría su consentimiento informado, debidamente asesorado y en presencia de abogado, para que se le tome imagen y se difunda a través de medios de comunicación⁶⁵, de lo contrario su anonimato sale de su control sin justificación.

En síntesis, la privacidad e intimidad involucra la decisión personal de determinar quiénes y en qué condiciones tomarán conocimiento de ciertos aspectos de la vida personal; por ello hay que ser cuidadosos cuando se trata de defender todo a través de la libertad de expresión y el derecho a la información, pues ni las normas constitucionales o el derecho internacional de los derechos humanos permiten un derecho de acceso a información sin restricciones, sino que las razones de seguridad estatal y el derecho a la privacidad de las personas entran en colisión con las pretensiones de los medios de comunicación al querer acceder a toda fuente de información⁶⁶, por lo que la libertad de expresión, de prensa y de acceso a la información no otorga inmunidad cuando se afecta a particulares más allá del interés general protegido por el debate democrático.

La publicidad como garantía, de ninguna forma autoriza que se difundan voces, imágenes o actitudes de los involucrados que tienen que presentarse obligatoriamente a las diversas instancias del procedimiento penal. Es por eso que el procedimiento no deja de ser público cuando se limita difundir la información más allá del propio proceso,

⁶⁴ García, Luis, *op. Cit.*, p. 71.

⁶⁵ "Quien obtiene un retrato de la imagen de otro se entromete en su ámbito de intimidad, pues penetra o se mete donde no se lo llama".

⁶⁶ *Ibidem*, p. 92.

pues la sociedad puede observar lo que ocurre en la audiencia, ejerciendo así su derecho. Esto ¿por qué?, simplemente debemos estar conscientes que la presencia de imputados, víctimas, testigos, investigadores y peritos en el procedimiento y audiencias no es voluntaria; tienen la obligación de comparecer y en algunos casos el deber de declarar y contar sus vivencias; hay muchas cosas que las personas preferirían no decir ni hacer, y mucho menos en público (percepciones personales, pensamientos, relaciones familiares y sociales, etc.). Las personas pueden tener legítimo interés de excluir del conocimiento de otros, ciertas cosas que le suceden o que deben soportar en contra de su voluntad.⁶⁷

Así, se deduce que en el momento en que los legisladores reconocen la garantía de publicidad de los procesos, ponderaron la posibilidad de que la presencia del público influye en todos los intervinientes en el desarrollo del debate (víctima e imputado, testigos, partes procesales y tribunales), al ser humanos subjetivos y emocionales; riesgo asumido para que los juicios no se lleven en la clandestinidad. Pero el legislador de ninguna manera permite la posibilidad, por lo menos a nivel normativo, de la influencia o presión que un mal entendido derecho a la información o de libertad de expresión ejerzan en los mismos intervinientes y perjudiquen sus derechos y el desarrollo objetivo, imparcial y justo del proceso penal, al difundir sus datos, imagen y elementos del hecho de una manera incompleta y con fines específicos diversos a la justicia.

Con la difusión indiscriminada de información de la causa y de los involucrados se afectan varios derechos como:

- La privacidad e intimidad, reputación, el derecho a sentirse en soledad, además de la integridad física y mental, pues ningún interés público justifica publicitar la imagen, el sufrimiento o agonía, y menos a explotar la desgracia ajena;
- La seguridad personal de involucrados y testigos directos o indirectos, pues la exposición de sus datos personales pueden ponerlo en peligro; y en virtud de que no pueden negarse a comparecer al juicio, por lo menos se les debe asegurar la protección de su integridad física y moral, al igual que las de sus familias⁶⁸;
- La presunción victimal y de inocencia, al relacionarse a personas con “delitos” que ni siquiera han sido acreditados o cuyas resoluciones judiciales son

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 135-136.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 133.

“diversas” a lo que se difundió por los medios de comunicación (estas presunciones operan en el ámbito jurídico, pero no en la mente de los receptores de la información fuera del proceso);

- Se altera el proceso, pues se influye en la información que vierten los intervinientes, al sentirse acosados por una exposición previa y publicidad excesiva, lo que elimina su naturalidad y objetividad al provocar actuación, nula espontaneidad, alteración de su comportamiento, inhibiciones o exageraciones, sufrimiento emocional y hasta falsedades, pues el shock provocado por un hecho antisocial obliga a los afectados a buscar culpables para comenzar su proceso de sanación;
- Se pone en duda la imparcialidad de los tribunales, pues la publicidad previa al procedimiento los impregna de información negativa, incompleta y sin la efectividad de los principios de igualdad, inmediación y contradicción, rompiendo la expectativa jurídica al juicio imparcial y al juez no prevenido;
- La presión del juicio popular obliga a Tribunales, fiscales, asesores y defensores a responder a esas exigencias, y no a las del debido proceso;
- Falta de confianza en las autoridades, al obtenerse resultados diversos a los de la expectativa generada por la información imprecisa de los medios de comunicación; y
- También imputados y víctimas encuentran dificultades para su reinserción y la rehabilitación de sus derechos durante el proceso y a su conclusión, al ser estigmatizados por la población, y rara vez pueden deshacerse de la etiqueta de “culpables” y “víctimas”, cuando nunca quisieron asumir ese rol.

En este sentido, el interés público debe entenderse en el marco de la función republicana de la prensa que se orienta de modo general y principal a la libre crítica de los actos de gobierno, y a la exposición, examen y debate de los temas de interés de la comunidad⁶⁹. Así, la estigmatización pública no es una finalidad del proceso penal, por lo que no existe un interés público de exposición de los involucrados en el hecho delictivo, reconocido por las normas constitucionales o internacionales; inclusive las actividades o sanciones infamantes se encuentran totalmente prohibidas.

Por tal motivo, una inadecuada actividad policial o de autoridad que exhiba a un imputado como culpable, o una persona como víctima, con datos sensibles de identificación y ubicación de los hechos, podrá generar un efecto corruptor del proceso,

⁶⁹ Zavala de González, Matilde, *El derecho a la intimidad*, Argentina, Abeledo Perrot, 1983, p. 127.

no solamente por la violación directa a la presunción de inocencia de la persona, al ser presentado como culpable o víctima de un hecho delictivo y mostrar su imagen y datos personales sin autorización, sino también por la posible contaminación previa de las y los jueces que conozcan del caso, con lo cual lleguen influidos a emitir su resolución tanto por la información recibida, como por la presión social y el temor a las represalias; además, un efecto corruptor por la invalidez de los medios de prueba que se presenten, al provocar condiciones sugestivas, principalmente en los testigos, que lleven a su falta de confiabilidad, pues carecen de imparcialidad y objetividad, al inducirlos a reconocer a una persona o declarar contra ella, gracias a la información previamente difundida a través de los medios de comunicación; por lo que no otorgan certeza del reconocimiento o declaración en forma libre y objetiva, al ser inducida o sugestionada.⁷⁰

Si el juzgador observa estas circunstancias corruptas sobre él o en los medios de prueba, no podrá pronunciarse con imparcialidad sobre la culpabilidad del acusado o los derechos de la víctima, pues la sugestión en su persona o el resultado de la prueba, vicia el procedimiento y sus consecuencias⁷¹.

Así, podemos encontrar varios escenarios:

- En perjuicio de la víctima, el proceso podrá declararse nulo ante pruebas ilícitas o que carezcan de valor, o porque la imparcialidad del tribunal se encuentre comprometida, provocando que no obtenga su reparación del daño integral y justa, y difícilmente se rehabilite como persona y deje la etiqueta de víctima;
- En perjuicio del imputado, que sufra medidas cautelares más violentas, o inclusive se le condene con pruebas contaminadas e ilícitas, o por un tribunal viciado y presionado por la exigencia pública y social, y nunca se reintegre y se quite la etiqueta de culpable; y
- En perjuicio de todas y todos, ya que los intervinientes nunca podrán rehabilitarse en sus derechos, pues no sabremos la autenticidad de la información y del resultado de los procesos, se mantienen creencias más que percepciones, el imputado será culpable aunque no lo sea, y la víctima será víctima aunque no quiera serlo, independientemente de que se ordene eliminar sus imágenes o datos personales de los medios de comunicación que

⁷⁰ Morales Brand, José Luis Eloy, *op. Cit.*, p. 116.

⁷¹ PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL. ELEMENTOS A PONDERAR PARA DETERMINAR SI LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PERMITE CUESTIONAR LA FIABILIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO. La sola exhibición de personas imputadas en los medios de comunicación representa una forma de maltrato que favorece el terreno de ilegalidad y que propicia otras violaciones a derechos humanos. Por tanto, estas acciones deben ser desalentadas con independencia de si ello influye en el dicho de quienes atestiguan contra el inculpado... Amparo directo en revisión 2537/2013. 18 de mayo de 2016. Primera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

les estigmatizaron y aumentaron su “nueva” realidad de vida en su núcleo social.

En consecuencia, el primer paso es que tanto las autoridades de seguridad pública, Fiscales, asesores victimales, defensores y tribunales judiciales no proporcionen a terceros información sensible y que identifique claramente a los involucrados en el proceso penal. El segundo, cuando se difunda información en forma indebida, realmente tenga efectos en el procedimiento que desmotiven esas prácticas, como la exclusión de pruebas, absoluciones, indemnizaciones a favor de las personas afectadas y la realización de procesos civiles, administrativos o penales contra los que provocaron la afectación, etc., para obligar así a las autoridades a cumplir con el respeto a los derechos de privacidad, intimidad y debido proceso de los involucrados.

Todo esto nos muestra que la tarea de las y los juzgadores no es nada fácil, pues dentro de la complejidad de los hechos sociales, deben atender a la norma, la justicia y la eficacia en la resolución de los problemas de la criminalidad para el mantenimiento del orden social, pero ante todo, para la protección de los derechos de las personas, en este caso los involucrados en el proceso; y si a eso le agregamos el desmesurado interés por combatir con celeridad y urgencia los problemas difundidos indebidamente por los medios de comunicación⁷² deberán dirigir el proceso dejando a un lado las cuestiones de alarma social o justificación estatal que lo único que piden es la imposición de una sanción alta y “ejemplar”, sin importar si a la víctima se le rehabilita en sus derechos, si el autor es reinsertado a la comunidad, o si disminuyen los delitos en realidad a través de políticas públicas integrales y no criminales. Las y los jueces no pueden ser cómplices de una construcción de realidad que no es acorde a los hechos, que no resuelve los problemas y que simplemente es utilizada para el mantenimiento del poder y sometimiento de la mayoría.

CONCLUSIONES

La reasignación de facultades de los intervinientes en el Sistema Penal Acusatorio nos evidencia que la esencia del modelo es el control Judicial del procedimiento penal, la igualdad de los sujetos procesales, y sobre todo el control de las violaciones a los derechos humanos y fundamentales.

Esa reasignación se obtiene a partir de la definición implícita del Juez como tercero ajeno al conflicto que sólo acude a su solución en cuanto sea convocado por las partes

⁷² Hassemer, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, México, INACIPE-Bosch, 2018., p. 10.

involucradas en el mismo. Si juezas y jueces asumen como opción una hipótesis propia y encauza el juzgamiento hacia allá, subjetiviza la verdad y la justicia hacia sus propias orientaciones y desvirtúa aquello que le plantean las partes. Además, termina interfiriendo en las investigaciones hechas por esas partes o desplazando el eje del juicio hacia sus propias conjeturas. De esa manera se le impide cualquier iniciativa en el conocimiento del asunto y se le otorgan mayormente poderes negativos, esto es de control, no de acción, pues excluye, rechaza o invalida.

El Derecho Internacional y Constitucional ordena a todas las autoridades a proteger y garantizar los derechos humanos y fundamentales; es decir, no sólo las autoridades judiciales federales tienen el deber de hacer operativos los derechos constitucionales o internacionales, sino que cualquier autoridad, al momento de realizar un acto u omitir una conducta que tenga relación con personas titulares de derechos, debe tomar en cuenta los derechos constitucionales e internacionales para emitir su acto o dejar de hacerlo, sin poder poner como pretexto que son autoridades que sólo deben aplicar la ley, pues lo que deben de aplicar es la protección directa al derecho fundamental (Control de Constitucionalidad e Interpretación Conforme).

En consecuencia, una verdadera Política Criminal democrática, que tenga como límites los Derechos Humanos y Fundamentales de las personas, será aquella que construya un mecanismo de control social penal que tienda a la protección de los seres humanos, afectándolos lo menos posible. Esta visión influye en el Derecho Penal, para desarrollar el principio de intervención mínima o última ratio de la reacción penal: frente a un conflicto social, el Estado Constitucional de Derecho debe, antes que nada, desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, en último término, pero sólo en último término, optar por definirlo como criminal. Cuando así lo hace está ejercitando entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal en tanto que está referida a la criminalización del conflicto.

Es aquí donde aparece la tutela de derechos por el Poder Judicial, pues no se trata simplemente de un organismo que compone al Estado. El poder de jurisdicción (decir el derecho) es una garantía por sí misma. Si comprendemos que las garantías son los mecanismos que protegen los derechos de las personas y que ayudan a que se ejerzan adecuadamente, el Poder Judicial no es sólo un poder, es el poder para proteger a los seres humanos de autoritarismos del Estado y los particulares.

Las Juezas y Jueces, las Magistradas y Magistrados, las Ministras y Ministros, y todo el personal que integra los Poderes Judiciales Federal y Estatales, tienen la función de convertirse en esa garantía máxima, que se encuentra por arriba de los demás poderes públicos, para resolver, como última instancia, las situaciones que puedan afectar derechos humanos y fundamentales.

El Poder Judicial es el de máxima importancia en un Estado Constitucional de Derecho. Si bien los demás poderes tienen una función relevante para el adecuado funcionamiento de la institución estatal, creando las normas, ejecutándolas, o vigilando la función electoral y administrativa, el Poder Judicial es quien aplica y mantiene el orden jurídico para tener una sociedad armónica, humana, justa y libre.

Por ello, como institución de protección, el Poder Judicial también cuenta con garantías propias para su funcionamiento, como la inamovilidad, la autonomía interna e independencia financiera, seguridad salarial, y carrera judicial, que buscan evitar que otras personas o entes del Estado, pretendan influir en sus decisiones a través de mecanismos de presión directos o indirectos, y que esto afecte el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas.

Respecto a la tutela de los derechos de imagen, privacidad e intimidad de los involucrados en el proceso penal, no cabe duda que los medios de comunicación tienen derecho a ejercer su libertad de expresión y exteriorizar un mensaje o contenido; y a su vez, tanto los medios como la sociedad tienen el derecho a la información, que implica contar con datos adecuados para favorecer al libre desarrollo de la personalidad y generar un debate democrático útil para la vida de la comunidad, no uno etiquetante que genere división y pueda incrementar la violencia.

Pero estos derechos de libertad de expresión e información, nunca pueden ir en contra del derecho a la privacidad e intimidad de las personas, que se trata de que no sean conocidos, ni dados a conocer, hechos, circunstancias o cualquier información personal sin su consentimiento. Así, la dignidad, individualidad, libre desarrollo, inviolabilidad personal, emocional, recuerdos, hogar, interioridad, aspectos corporales o incorporeales, relaciones familiares, honra, domicilio, honor o reputación, etc., de un ser humano, no pueden ser tocados, difundidos o comunicados sin su autorización expresa, plena, libre y voluntaria. Por ello en materia penal, si una persona es señalada como autor de un delito, no puede ser presentado como culpable, mucho menos tratado de esa manera frente a la sociedad, hasta que exista una sentencia definitiva que lo

declare culpable. Por otro lado, el afectado por el hecho, tampoco puede ser exhibido, y debe protegerse su integridad, para evitar una doble victimización.

Los medios de comunicación al ejercer sus derechos de expresión e información, cuentan con un gran poder y, en consecuencia, una gran responsabilidad, que no solamente implica evitar dañar la dignidad y privacidad de los involucrados en un supuesto hecho delictivo (supuesto autor, supuesta víctima, familiares, etc.), sino también el ser cuidadosos en la información que comunican, ya que puede afectar el debido proceso, y llegar a generar impunidad.

Debe quedar claro que el sistema penal acusatorio no prohíbe que se informe a la sociedad sobre hechos posiblemente delictivos; los medios de comunicación cumplen una labor importante al otorgar datos que ayuden a la sociedad a prevenirse, protegerse y conocer la labor del Estado y las autoridades, pero la información debe ser tratada de la manera que genere un debate democrático, no afectar a los involucrados, ni causar impunidad.

Entonces, ¿Qué puede hacer un medio de comunicación al cubrir y comunicar un hecho aparentemente delictivo para lograr este debate democrático y proteger los derechos tanto de la sociedad como los involucrados?: dar información general del evento, mostrar todas las versiones y no condicionar la mentalidad de la población ni prejuzgar sobre el hecho; no difundir ni utilizar los nombres verdaderos de los involucrados, ni presentarlos como culpables o víctimas; no mostrar imágenes de rostro o características que puedan identificar claramente a víctima o imputado; y evitar difundir datos sensibles de información o imágenes que puedan identificar las personas o detalles del hecho, que generen su estigmatización, revictimización o sugestión de las autoridades (por ejemplo, en algunos sistemas acusatorios se atiende esta cuestión impidiendo la difusión de imágenes reales, proporcionando dibujos de lo que ocurre en el proceso, los cuales son elaborados por funcionarios judiciales y se entregan aquellos que menos características den de las personas que intervienen en las audiencias).

Como lo hemos dicho, la Suprema Corte de Justicia en México ha establecido que un indebido tratamiento de la información relacionada con un hecho posiblemente delictivo además de afectar a la dignidad y privacidad, por violación a la presunción victimal y presunción de inocencia, causará una afectación al proceso al provocar un efecto corruptor del juez y de la prueba, ya que el primero puede llegar condicionado y con prejuicios a las audiencias, y la evidencia puede contaminarse por falta de objetividad e imparcialidad; lo que puede generar la posibilidad de condenar a un

inocente, o absolver a un responsable, dañar aún más al afectado, y provocar una impunidad, no por las leyes o el sistema, sino por otros motivos sociales.

Así, un Poder Judicial es fuerte, cuando sus integrantes tienen una misión y visión proyectada a beneficiar jurídicamente a la sociedad en la que se desempeñan; cuando saben que pueden actuar libremente dentro del marco normativo para ejercer sus funciones, cuando sus criterios se van consolidando y perfeccionando a lo largo del ejercicio de la carrera judicial, y esto se refleja en el entendimiento de la tutela judicial efectiva de los derechos humanos y fundamentales.

En consecuencia, la sociedad y Estado actuales requieren Poderes Judiciales que interpreten las normas no sólo en el sentido propio de sus palabras, los antecedentes sociales y legislativos, sino también con base a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la justicia en la resolución de los problemas de la colectividad, puesto que el objeto del derecho punitivo deben dirigirse necesariamente a las conductas humanas en situación.

Insisto, el sistema de justicia penal acusatorio y sus leyes no tienen tantas culpas como se le atribuyen, sino que son la víctima expiatoria de otros factores que influyen en su operación. Si queremos disminuir la delincuencia, si queremos evitar que las personas hagan justicia por propia mano, si queremos eliminar la discriminación y el etiquetamiento social de las personas, la solución es aún más sencilla: dejemos de ignorar a los demás y de cerrar los ojos a la realidad; hay que invertir en la satisfacción de las necesidades sociales, y generar políticas públicas que atiendan el problema delictivo en una visión global, desde todas sus vertientes sociales, y que nuestra política criminal mexicana, deje de ser más criminal que política.

BIBLIOGRAFÍA

Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Armenta Deu, Teresa, "Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español", México, XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. *Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación*, UNAM, 2005.

Bergalli, Roberto, "La instancia judicial", en *El pensamiento criminológico*, Bogotá, Temis, 1983.

Binder, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2004.

- Bustos Ramírez, Juan, "Los medios de comunicación de masas" en *El pensamiento criminológico*, Bogotá, Temis, 1983.
- Cárdenas Rioseco, Raúl, *La presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2006.
- Escobar Roca, Guillermo, "Medios de Comunicación", Alcalá de Henares, Madrid, cátedra dentro del curso Democracia y Derechos Humanos, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2011.
- García, Luis, *Juicio oral y medios de prensa*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1995.
- García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- Gómez Colomer, Juan Luis, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, México, INACIPE, 2008.
- Hassemer, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, México, INACIPE-Bosch, 2018.
- , *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Buenos Aires, Olejnik, 2019.
- Horvitz Lennon, María Inés, *Derecho procesal penal chileno*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2013.
- Llambias, Jorge, *Código civil anotado*, Argentina, Abeledo Perrot, 2018.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de derecho procesal penal*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004.
- Mejía Escobar, Carlos Eduardo, *El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*, Colombia, USAID y Consejo Superior de la Judicatura, 2005.
- Mir Puig, Santiago, "Constitución, Derecho penal y Globalización", en *Nuevas tendencias en política criminal –Una auditoría al Código Penal español de 1995–*, Argentina, B de F., 2006.
- Morales Brand, José Luis Eloy, *Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación*, México, Troispublient, 2018.
- , *La declaración del imputado*, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2016.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2017.

Pastrana Berdejo, Juan David y Benavente Chorres, Hesbert, *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.

Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2019.

Schneider, Hans Joachim, *La criminalidad en los medios de comunicación de masas*, España, Dykinson, 1989.

Sentencias 53/1985, 96/1987, 145/1988 y 187/1999 del Tribunal Constitucional Español (TCE).

Slokar, Alejandro. *Publicidad de juicio y libertad informativa*, Argentina, jurisprudencia argentina, 1994.

Varios autores, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Porrúa, 2000.

Zamora Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, México, Porrúa, 2003.

Zavala de González, Matilde, *El derecho a la intimidad*, Argentina, Abeledo Perrot, 1983.