

EL FIN DEL *LOBBY* JUDICIAL: UNA CRÍTICA (CONCURRENTE) A MAGALONI Y ELIZONDO RESPECTO DE LOS “ALEGATOS DE OREJA”

Francisco TORTOLERO CERVANTES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La crítica inexistente respecto de una cuestión lacerante*. III. *Los postulados de la legitimidad de los tribunales*. IV. *Algunas reacciones espontáneas de los presidentes invitados*. V. *Los contornos de una normalidad*. VI. *Contar con una misma historia; garantizar la igualdad de armas*. VII. *Los contornos de nuestra anormalidad*. VIII. *La primera parte de la solución: el argumento constitucional y legal*. IX. *La segunda parte: consideraciones de derecho internacional*. X. *Una conclusión que a muchos va a incomodar*.

I. INTRODUCCIÓN

La inminente entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal en junio de 2016 y la larga lista de modificaciones que está trayendo consigo al nuevo sistema de litigación oral (no solamente para la materia penal) coloca en el centro la noción de *igualdad de armas* entre las partes de un proceso.

Como lo manifiestan Magaloni y Elizondo en su artículo,¹ la libertad del juez “de elegir una de las muchas posibles soluciones jurídicas que tiene el asunto, coloca al juzgador en una posición delicada entre las partes”.

Al formar parte del *staff* que organizó la primera reunión internacional que se tiene registro a escala de cuatro continentes (convocada en 2012 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para llevarse a cabo a puerta cerrada), coincido con los autores antes citados en que se trata de

¹ Magaloni, Ana Laura y Elizondo, Carlos, “El ‘Alegato de Oreja’: inequidad y mediocridad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, septiembre-diciembre 2015, pp. 1005-1034.

uno de los aspectos que más llamó la atención entre los juzgadores extranjeros que asistieron a la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales.² El asombro generalizado entre los invitados refiere a la normalidad con la que los jueces mexicanos (incluidos los de la SCJN) acuerdan audiencias privadas a todo aquel que lo solicite; en particular las partes de los procesos que se encuentran pendientes de resolución.

II. LA CRÍTICA INEXISTENTE RESPECTO DE UNA CUESTIÓN LACERANTE

El tema prácticamente no ha sido tratado por la doctrina; ya no digamos de forma sistemática. Y se trata de una de las cuestiones más importantes si se quiere en verdad instaurar un proceso judicial equitativo en todas las áreas del litigio. Por lo que es importante que se forme un aparato crítico entre quienes nos interesamos por observar el comportamiento de los tribunales a efecto de facilitar este tan urgente tránsito al que, a mí me parece, debe ser el fin del *lobby* judicial.

Me permito reproducir una afirmación que mis colegas investigadores del CIDE refieren, que pude rescatar del audio original de la mencionada Cumbre, con algunos elementos adicionales:

[D]e las discusiones y debates que se generaron yo me interesé particularmente por dos cuestiones... Que aquí en México... las deliberaciones de la Corte son públicas... y que... los litigantes puedan tener acceso directo a los jueces. Creo que ésta es una de esas situaciones... que hacen que México sea diferente... Pero si esto funciona, entonces quién soy yo para juzgar lo que sucede aquí. Lo único que puedo acotar es que, viniendo de un sistema del *common law*, entiendo que la imparcialidad de los jueces depende de que no puedan comunicarse directamente con los litigantes... Que si esto sucediera en mi país [Ghana], se crearían muchos problemas... Imagínense que un litigante entrase a mis oficinas y de repente me empezara a reportar directamente. [A]lguien seguramente me acusaría que yo estoy hablando con el litigante... [Pero] me parece que no ha creado ningún problema en México ni

² Este foro se llevó a cabo el 8 y 9 de noviembre de 2012 en la ciudad de México; fue organizado por la SCJN. Contó con la estrecha colaboración de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU en Ginebra y la ciudad de México. Reunió por primera vez a dialogar a presidentes de cortes nacionales de cuatro continentes con los de cuatro tribunales internacionales y regionales del mundo. Información disponible en www.scjn.gob.mx/cumbre.

en otros países, porque... también lo tienen en Perú y, por ende, está funcionando y es bueno. [L]o que hace es añadir valor a la calidad de la justicia.³

Coincido con los autores del referido artículo, que lo que parece una anomalía astronómica (no obstante, las notables lecciones de diplomacia judicial que acabamos de leer), en México no sorprende a nadie. Para cualquier juez de nuestro país, existe una idea generalizada según la cual, la “garantía de audiencia” entre las partes, se resguarda *si y sólo si* por medio de estas audiencias informales.

Contrario a esta práctica, la entrada en vigor de las reformas constitucionales al sistema penal acusatorio publicadas en 2008 (seguramente hacia junio de 2016, fecha a partir de la cual serán aplicables sin ninguna reserva en todas las entidades del país), conduce a revisar la manera en que todos los juzgadores deben interactuar con las partes del proceso. Si bien podría entenderse que estos ajustes se limitan a tribunales en materia penal, veremos que aquel criterio es perfectamente aplicable, no sólo como lo refiere el artículo en comento, a manera de directiva deontológica (agregaría, llamada a permear poco a poco entre los jueces). Sino como postulado jurídico válido para todas las jurisdicciones del país, que desde mi punto de vista, debe desprenderse de la nueva conformación de las normas que rigen la igualdad procesal entre las partes.

Desde luego que el cambio en la norma carece de fuerza y de sentido si no repercute en comportamientos concretos y permanentes. Aquel es otro aspecto del cambio cultural que debiera estar ocurriendo entre todos los operadores jurídicos (incluidos jueces y litigantes). Tal como fue detonado por la reforma al régimen constitucional de los derechos humanos a partir de junio de 2011, las nuevas prácticas de litigación han significado un antes y un después en la percepción de la protección del individuo en sede judicial.

Puedo adelantar que la nueva relación se inscribe como un factor de transparencia y rendición de cuentas a los que se han venido sumando para entender el nuevo funcionamiento de los tribunales, y que aquellos cambios no tuvieron otro sentido que reforzar la independencia de todos los jueces del país. Añado a los comentarios de los autores, que los resultados de la reunión internacional de juzgadores, también sirvieron para compartir experiencias y escuchar cómo funcionan los tribunales, cotidianamente, en otros países;⁴ acaso para darnos cuenta, si nos ceñimos a la declaración final

³ Audio original de la intervención de Sophia Akuffo, presidenta de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁴ Sin que el principio de igualdad de armas haya sido abordado más que de manera tangencial, los resultados de la citada cumbre pueden consultarse en SCJN, *A dialogue bet-*

de estas reuniones,⁵ que no podemos postergar entrar a la normalidad procesal propia de los Estados constitucionales.

III. LOS POSTULADOS DE LA LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES

Según los autores, la noción de *procedural fairness* (equidad procesal) es un ingrediente que ayuda al sistema en su conjunto a que las sentencias sean aceptadas de mejor manera por los obligados. Esto implica, según este argumento, una mejora en la percepción de las partes, la profesión legal y la ciudadanía.

Durante las pasadas décadas, se generaron posturas doctrinales favorables a la subordinación del poder a las exigencias de una *doxa* jurídica unívoca (manifiesta con mayor intensidad mientras más se asciende al análisis de la jurisprudencia constitucional), con un representante intachable de su propia legitimidad en el último escalón del sistema: el del juez constitucional. Quien, como único elemento del sistema, es capaz de fungir como última barrera a los vicios de la política y los intereses privados.⁶ Los “doctores de la Constitución” serían así los únicos actores legitimados para definir las bases sociales y filosóficas de la comunidad nacional,⁷ colocando en particular al juez constitucional como último garante de la democracia.

Sin llegar a estos extremos, uno de los señalamientos que parecen vencer en diferentes ámbitos del análisis del sistema de justicia consiste en afirmar que a diferencia de los poderes políticos (Ejecutivo y Legislativo), el juez constitucional no escoge sus asuntos; no es él quien impulsa la agenda de temas que conocerá el tribunal. Y segundo, que así sea un tribunal de última instancia, siempre existe la posibilidad de echar abajo la jurisprudencia constitucional, sea cambiando la legislación ordinaria o incluso modificando el texto de la Constitución. De ahí que la legitimidad del juez (llegando hasta aquel que encarna la última instancia de decisión), no rivaliza con la de los actores políticos del sistema.

ween judges: Writings of the Summit of President of Constitutional, Regional and Suprme Courts (Mexico 2012), México, SCJN-OACNUDH, 2014, p. XXXVII. Existen versiones en los tres idiomas oficiales en los que se desarrolló esta iniciativa (inglés, francés y español).

⁵ Reproducida en Epílogo, *ibidem*, p. 513.

⁶ La conocida noción del “guardavías de la Constitución” en Favoreu, Louis, *La politique saisie par le droit: alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, p. 31.

⁷ Schlink, Bernard, “German constitutional culture in transition”, *Cardozo Law Review*, núm. 14, 1993, pp. 730 y 731.

IV. ALGUNAS REACCIONES ESPONTÁNEAS DE LOS PRESIDENTES INVITADOS

Una opinión frecuente entre los participantes de la *Cumbre* citada, estimaba que a través del desarrollo de audiencias privadas, el fenómeno de los *lobbies*, tan presente en la realidad legislativa de buena parte de las democracias, emergentes y consolidadas, pudiera diseminarse de forma cotidiana y sin ningún freno en el ámbito de los tribunales.⁸ Y no es que deba considerarse inhabitual que comités de expertos o grupos de interés manifiesten sus razones ante los tribunales para que éstos resuelvan mejor (aquello suele ocurrir en varios países con los grupos de interés, y que cada vez es más usual recibir estas consideraciones bajo el formato *amicus curiae*). Como lo señala el artículo en comento,⁹ una modalidad incluso más activa se presentó en México en 2009, durante las audiencias donde diversos sectores sociales plantearon ante el Pleno de la SCJN un muy completo análisis sobre la interrupción voluntaria del embarazo que antecedió a la sentencia sobre la legislación correspondiente, que se acababa de aprobar en el Distrito Federal.

Pero fuera de esta clase de intercambios útiles para propiciar una mejor toma de decisiones judiciales, sorprendió a los jueces extranjeros invitados por la SCJN la modalidad de entrevistas que se pueden presentar en privado, sin que las partes puedan expresarse en audiencias de alegatos, una frente a la otra y frente a todos los miembros del tribunal (como es la práctica dominante en buena parte de los tribunales del mundo); no olvidemos que como todas las cortes constitucionales, la SCJN delibera y resuelve siempre como colegio.

Coincido pues con Magaloni y Elizondo, que en términos procesales, de ocurrir algún encuentro informal de uno de los jueces con alguna de las partes con el propósito de recibir alegaciones que no formaron parte del expediente judicial, la igualdad procesal se podría romper. La tendencia entre los presentes en dicha *Cumbre* indicaba que, de presentarse esta situación en sus países, el juez debía excusarse de conocer del asunto.

Dicho por ellos mismos, en algunos países, aquella práctica podría ser motivo de responsabilidad administrativa que incluso podría llegar a la destitución en el cargo. Se apuntaron, sin embargo, algunas soluciones intermedias, donde otros países permiten que las partes aporten información útil a juzgadores individuales en sus despachos, si bien, algunos tribunales

⁸ Intervención oral de Andrés Sajò, juez húngaro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tomado del audio de la *Cumbre*.

⁹ Magaloni y Elizondo, *op. cit.*, nota 1, p. 1012.

(en Perú, la Corte Constitucional; en México, la Sala Superior del Tribunal Electoral) llevan un registro pormenorizado de la persona, hora y día de estas visitas a cada magistrado, que se hace público en Internet del tribunal;¹⁰ o bien, en otros países (la gran mayoría), donde al solicitar audiencia, aquellas deben sostenerse con la contraparte y a puertas abiertas.¹¹

En franca oposición a lo anteriormente descrito, los juzgadores mexicanos están acostumbrados a recibir a las partes con la única limitación de tiempo que marquen sus agendas personales. Se puede incluso afirmar que esta práctica ha sido entendida por litigantes y jueces como un uso aceptado que en un razonamiento por demás falaz, forma parte de las políticas de transparencia de los tribunales. Los diálogos que presenciamos, quienes tuvimos oportunidad de estar ahí en 2012, nos señalaron que estas políticas deben tender hacia una normalidad procesal que incluyan elementos completamente distintos.

V. LOS CONTORNOS DE UNA NORMALIDAD

La práctica de escuchar a las partes de una controversia judicial constituye una fase fundamental del proceso en cualquier tribunal que se precie de ser civilizado. El juzgador tiene la obligación de escuchar a ambas, y con base en esta información y en las pruebas aportadas, tomar una decisión. Para todo juez, la cabal comprensión de los argumentos es el presupuesto de un juicio justo.

En la práctica jurídica mexicana, después de haber presentado por escrito sus respectivas demandas, contestaciones o reconveniciones, y luego de haber aportado pruebas, los abogados litigantes calculan el mejor momento para pedir audiencia con los jueces que integran el tribunal. El propósito es hacerles saber los pormenores del problema jurídico planteado en el expediente. Este lapso se abre cuando el asunto es “turnado” a dicho juez para su estudio, y se agota cuando el expediente aparece en listas donde se publica una relación de asuntos por resolver en la siguiente sesión (esto último cuando se trata de órganos judiciales colegiados).

La mayoría de las veces, los jueces acceden a esa solicitud de audiencia privada, incluso cuando una sola de las partes lo haya hecho, sin que aquello parezca romper con la normalidad del proceso. Una vez que se le

¹⁰ Intervención de Oscar Urviola Hani, vicepresidente de la Corte Constitucional de la República del Perú, extraída del audio de la Cumbre.

¹¹ Intervención de Marc Bossuyt, presidente de la Corte Constitucional de Bélgica, extraída del audio de la Cumbre.

ha concedido, el abogado litigante expone al juzgador (sea éste juez, magistrado o ministro) las precisiones técnicas y fácticas que, en términos de su estrategia procesal, puedan inclinar la balanza a favor de su cliente (y no dudo, con ánimo sincero de que se haga justicia). Puede parecer que plantear argumentos, insistiendo en los detalles, no excedería de las prácticas litigiosas de cualquier sistema judicial del mundo. Es más, los juzgadores podrían apreciar e incluso agradecer cualquier esclarecimiento, que facilite trazar la liga entre hechos y normas de manera más precisa.

Sin embargo, contrario a lo que ocurre en casi todo el mundo, la práctica mexicana de estas audiencias tiene lugar (casi siempre) en ausencia de la contraparte. Como vimos en la citada Cumbre, lo más difícil de entender para los juzgadores extranjeros estribaba en que el nuestro fuera un uso aceptado y reiterado. Como lo señalan oportunamente los autores del artículo, han sido los propios ministros quienes lo han entendido y justificado así, por ser una de las pocas formas que los juzgadores mexicanos han encontrado para garantizar el *derecho de audiencia judicial* a las partes. Debido a que en nuestro país, los juicios por jurados no existen, estas audiencias informales son el momento en el que la autoridad resolutora fija los contornos de la *litis* u objeto litigioso. El sistema legal parece (o parecía) no ofrecer alternativas.

Además de atender a las partes sin tener la seguridad de tener tiempo para ser recibidas por todos los jueces del tribunal (cuando se trata de órganos colegiados), tales audiencias casi nunca son públicas; se llevan a cabo a puerta cerrada, sin que se convoque al abogado de la contraparte para que se encuentre presente en este acto de alegación.

Para ilustrar una práctica (que tampoco está regulada, pero que se realiza así con la plena aceptación de unos y otros en Estados Unidos), la Corte Suprema de aquel país otorga a cada una de las partes treinta minutos estrictos para hacer precisiones sobre sus argumentos en una audiencia pública; cualquier persona puede asistir al salón de Pleno los miércoles y los viernes por la mañana durante los periodos de sesiones o *terms* (normalmente entre octubre y junio) para escuchar argumentos orales. Los *justices* preguntan, o simplemente dejan que el litigante exponga brillantemente sus argumentos en el día más importante de su carrera, en el que podrá decir cuando regrese a su ciudad, que expuso su *oral argument* ante el máximo tribunal de esas tierras. La intención es que los miembros del tribunal conozcan la misma historia al mismo tiempo, y que los contendientes cuenten con las mismas armas.

Coincidiendo con este contraste, Magaloni y Elizondo desprenden de una serie de entrevistas efectuadas a abogados postulantes mexicanos (que

ellos identifican como figuras encumbradas del foro) la existencia de por lo menos tres razones que han perpetrado esta práctica, que no tienen para cuándo modificarse. Primero, porque según los entrevistados, este momento procesal (informal) ayuda al juez a entender el caso (como si no tuvieran posibilidad de hacerlo por escrito); segundo, porque tales explicaciones adicionales son determinantes en los casos difíciles (para facilitarle al juez la comprensión, tal vez porque el juez necesite una versión banalizada para entender el farragoso expediente), y tercero, porque estas alegaciones permiten destacar aspectos contextuales que pudieran convencer al juez de lo riesgoso que es resolver en dirección distinta a la que plantea el litigante (como si el juez fuera un ermitaño incapaz de entender la realidad del país y sólo fuera capaz de entender de leyes). El aporte de Magaloni y Elizondo en esta parte es en verdad esclarecedor del ínfimo grado que tienen nuestros litigantes si se comparan con los de otros países.

VI. CONTAR UNA MISMA HISTORIA; GARANTIZAR LA IGUALDAD DE ARMAS

En México, la nota característica de estos encuentros personales con el juzgador radica en que se dan en absoluta secrecía. En contra de esta idea, el entonces presidente del Tribunal Constitucional español Pascual Sala señaló en la misma Cumbre que la transparencia debe implicar que el funcionamiento de los tribunales no sea secreto.¹² Es ahí donde estos “alegatos de oídas” entran en franca contradicción con los postulados básicos del debido proceso legal; concretamente con los principios de contradicción y de igualdad procesal.

Concretamente, se vulnera el principio de contradicción en el momento que determinados argumentos expuestos informalmente por una de las partes pudieran tener un peso específico en la decisión del juez —a pesar de no aparecer en el expediente— sin otorgarle oportunidad a la otra de controvertirlos. En estas alegaciones informales suelen comunicarse al juez hechos, situaciones o ideas que no se demostraron en el proceso y que pretenden influir en su ánimo, invocando con frecuencia argumentos emotivos: “imágenes usted que fuera su hijo el implicado en estos hechos”. Es pues, debido a esta inexistencia formal de argumentos que no puede existir una posibilidad real para la contraparte de hacer frente a los mismos.

¹² Extraído del audio de la Cumbre.

Los principios de contradicción y de igualdad procesal suponen que ambas partes se encuentren en paridad de condiciones; no deben existir privilegios a favor de ellas ni gravámenes en su contra. Ello significa que deben gozar de igual protección, iguales posibilidades en el ejercicio de su acción o defensa, lo que se traduce en la misma posibilidad de contradecir; se trata de un equilibrio o balance que es conocido como “igualdad de armas”.¹³

Ahora bien, las suspicacias que pueden ensombrecer la imparcialidad del juez no se hacen esperar... ¿Qué fue lo que realmente ocurrió en esa audiencia privada? ¿Qué pasa si sólo una de las partes se pudo entrevistar con el juez? ¿Qué ocurre si existe alguna ventaja, porque uno de los abogados es amigo personal del juez? ¿Qué trato se da a los personajes públicos que litigan ante instancias judiciales? ¿Con qué tanta frecuencia sirve los apellidos o antiguos cargos de los abogados para agilizar una cita? Más de un juzgador podrá referir a algún ex funcionario público o representante popular que pide audiencia con magistrados o ministros ostentándose con su antiguo cargo y no como litigante. Y qué decir del juez que recibe presiones o es amedrentado por la delincuencia... ¿Se justifica mantener las audiencias privadas para que se conviertan en espacios de opacidad, donde sea difícil demostrar que el juez está siendo objeto de intimidación o amenaza?

VII. LOS CONTORNOS DE NUESTRA ANORMALIDAD

Magaloni y Elizondo narran un catálogo de posibles audiencias, que todo aquel que ha trabajado en un tribunal mexicano puede validar como ciertas, con algunos matices. Desde el abogado que invita a su cliente a acudir a la audiencia informal con el juzgador (acaso para impresionarlo o hacerle ver cuánto conoce del tema; qué tan cercano es del funcionario judicial que va a resolver su asunto; qué enfático está siendo en su defensa), hasta las supuestas oportunidades que se presentan para exponer argumentos en eventos sociales (este último caso, francamente más difícil de sostener, a no ser por la empatía que puede desprenderse de ver a un magistrado o un ministro en la boda de un gobernador o del hijo de un prominente empresario). Los autores señalan además que esta clase de audiencias se conceden con más urgencia mientras más cuantía esté en juego en un litigio.

Sobre esta lista de consideraciones, es difícil desmentir o suscribir lo dicho. Se escucha con frecuencia que algunos tribunales estatales han man-

¹³ Agradezco al magistrado Javier Gómez Cervantes, del Supremo Tribunal de Justicia del estado de Guanajuato, por las precisiones respecto de esta noción dentro del sistema penal adversarial.

tenido prácticas poco equitativas y transparentes, y que los federales son menos proclives a manifestar una disparidad evidente entre las partes (acaso porque tienen más que perder en cuanto a sueldo y prestaciones que la generalidad de los jueces o magistrados estatales). Pero aquéllas me parecen afirmaciones difíciles de probar y más de generalizar. Lo que sí puedo destacar es que existe una práctica no escrita (al menos en el Poder Judicial federal en todos sus ámbitos) según la cual, a nadie se le niega hablar con el titular (así sea durante un par de minutos), siempre y cuando el solicitante tenga interés jurídico en algún asunto, y para los órganos colegiados, que se trate de un expediente del que el juez sea encargado de elaborar el proyecto. Concretamente, respecto de la Suprema Corte, puedo afirmar que no se conoce que algún ministro tenga preestablecido negar audiencias con alguna de las partes. Lo que sí llega a ocurrir es que derivado de la disponibilidad de agendas (por ejemplo, para quien solicita una audiencia a un ministro que no es el ponente en un asunto, o con una fecha muy cercana a la sesión en que el asunto se va a analizar) termina pareciendo que existen favoritismos para aquellos litigantes o funcionarios que tienen alguna relación previa con el juzgador en cuestión. Y otro efecto que se suele producir es que cada litigante diseña una estrategia *a la medida*, de suerte que recorre los pasillos de la Corte (cuando logra audiencia no sólo con el ministro ponente) exponiéndole a cada ministro un argumento construido a partir de los votos que cada uno de ellos haya emitido ante la Sala o el Pleno. Poniendo énfasis en tantos argumentos como juzgadores puedan integrar el tribunal.

Es esa aleatoriedad lo que vuelve a la práctica de los “alegatos de oídas” inconsistente e indefendible. Por eso es que, en efecto, la práctica no puede seguirse tolerando; no importa que el juzgador diga a las partes: “está bien, si recibo a uno de los abogados, tiene que venir su contraparte”, o bien “yo nunca recibo ni a unos ni a otros”. En estos dos supuestos, tampoco se estaría sosteniendo, como práctica interna, una medida que redunde en la citada igualdad de armas.

La particularidad mexicana estriba pues en que los jueces, sean éstos del ámbito federal o del local, sin distinción de materias o jerarquías, ejercen una absoluta discrecionalidad para escuchar a los contendientes de un litigio, en el orden y bajo las modalidades que mejor consideren para allegarse información jurídica y fáctica sobre el objeto litigioso. El problema generado consiste en que pueda volverse más rentable para un litigante hacer creer a sus clientes que las relaciones públicas de un despacho de abogados puede hacer la diferencia frente a ciertos jueces.

Pero la justicia, en todos sus ámbitos, no puede ni debe someterse a las lógicas de transacción que pueden prevalecer en el derecho o en la política. Y es en este punto en el que discrepo abiertamente de Magaloni y Elizondo.

Buscar la forma de regular esta práctica, como lo sugieren los autores mencionados, es tanto como pretender redactar el código de ética del buen contrabandista. Todas las aparentes bondades de la práctica caen por su propio peso. Ni siquiera los frecuentes argumentos que suelen ser esgrimidos por los litigantes (como el de tratarse de una práctica inveterada) pueden llegar a ser suficientes para contrarrestar el peso del principio de igualdad entre las partes. Mi punto de vista es que la solución al problema ya existe. Está inmerso en la nueva conformación de las normas constitucionales y legales relacionadas con el proceso penal oral, y se complementan con la dimensión internacional de los derechos humanos.

VIII. LA PRIMERA PARTE DE LA SOLUCIÓN: EL ARGUMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

De nada serviría prohibir lisa y llanamente la práctica de los “alegatos de oreja”. Siempre habría un hueco imposible de considerar, por el cual el integrante de un tribunal tuviera que atender a los litigantes por razones muy variadas. Además, se podría generar una reacción esquizofrénica, en la que todo el mundo estaría tratando de probar que la contraparte recibió tratos diferenciados, por lo que abundarían las solicitudes de sanción o al menos de recusación de determinados jueces.¹⁴ La solución al problema está en realidad inserta dentro de las normas recién reformadas, y me parecen mucho más sencillas que cualquier especulación que pudiera generarse al respecto.

Magalini y Elizondo afirman que la nueva fracción VI del artículo 20 constitucional,¹⁵ que impone la absoluta igualdad de armas en el proceso penal, no podría ser extensivo a otras materias. Es también en este punto donde discrepo abiertamente con la postura de mis colegas.

¹⁴ Véase la solicitud de recusación al ministro ponente en un amparo en revisión ante la Primera Sala, tal como fue solicitado por el quejoso (antiguo cónsul de México en San Antonio, Texas), al enterarse en un alegato de oídas que el sentido del proyecto de resolución no le favorecería. Su solicitud fue rechazada, confirmando por tres votos contra dos la facultad de la Secretaría de Relaciones Exteriores de nombrar y remover libremente a los funcionarios diplomáticos, véase en “Niega la Corte un amparo a Hernández Hadad”, *Proceso*, 1o. de mayo de 2008.

¹⁵ *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2008.

Frente a quienes aducen el conocido argumento de la práctica inveterada, existe una solución visible, que por cierto, hasta ahora no ha sido asimilada debidamente por el foro, pero que se desprende de la más legítima de las fuentes: nuestra Constitución.

A partir de la reforma constitucional de 2008, que impuso un nuevo esquema procesal penal en el ámbito federal, es un hecho que para que en estas audiencias se satisfagan requisitos constitucionales mínimos, se debe permitir a las partes manifestarse, pero también contradecir o refutar el dicho de su contrario, todo lo cual será tomado en consideración por el juez para fundar y motivar su fallo.

Con motivo de tales reformas para adaptar en nuestro sistema procesal penal, el artículo 20 apartado A, fracción VI de la Constitución establece desde ahora que: “Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución”.

Las excepciones señaladas son aquellos actos en los que no existe inculgado identificado que pueda tener acceso a la causa, lo que justifica la presencia de una sola parte en la audiencia (como en aquellos casos en que se solicita una orden de aprehensión o cateo). Pero en los demás supuestos, la parte contraria debe encontrarse presente ante el juez para garantizar el equilibrio procesal.

Lo cierto es que como se verá más adelante, la reforma constitucional de 2008 no se puede leer separada de la reforma al artículo 1o. constitucional de junio de 2011. Sin embargo, las resistencias del gremio jurídico no se han hecho esperar. Son muchos quienes estiman, igual que los autores del artículo en comento, que el precepto constitucional citado es aplicable exclusivamente en materia penal, y en concreto, para aquellos expedientes tramitados bajo el sistema acusatorio-adversarial en los lugares en que éste se hubiera adoptado a la fecha, conforme a la reforma de 2008. Por ende, que ni siquiera debe ser aplicable a casos penales que se juzguen bajo el sistema inquisitivo-mixto (anterior a la reforma).

Eradicar la práctica aludida de los alegatos privados es uno de los primeros pasos para nivelar el terreno y hacer operativas las reformas que tiendan a la oralidad de los procesos (cuya *vacatio legis* se ha agotado casi en su totalidad, sin que nos encontremos siquiera en un porcentaje estandarizado del camino por recorrer en todas las entidades del país). Suprimir de tajo las prácticas que se estimen inadecuadas, imponiendo una prohibición sería una tarea tan complicada, como complicado ha sido procesar el cambio de

mentalidades por el que atraviesan los operadores jurídicos tras la reforma de los derechos humanos.

Estos alegatos informales encarnan una práctica a tal grado interiorizada en las mentalidades, que pareciera no ser siquiera aludida como parte de las reformas procesales, en su conjunto. Vale la pena que el legislador considere ampliar expresamente estas nuevas realidades en la legislación respectiva, a efecto que cualquier lector de la Constitución entienda el principio aplicable a cualquier materia y no sólo a cuestiones penales. Pero técnicamente, considero que aquello no haría falta. Sumado a las consideraciones antes expuestas, debido a que la solución también la tenemos en otra clase de legislación vigente, ya no sólo constitucional.

IX. LA SEGUNDA PARTE: CONSIDERACIONES DE DERECHO INTERNACIONAL

Las razones para no limitar esta nueva obligación constitucional de igualdad entre las partes a cuestiones meramente penales debieran además quedar superadas con base en consideraciones ancladas en el derecho internacional. Para resistir a la aplicación del referido principio de igualdad procesal, los más reacios refieren la existencia de disposiciones reglamentarias de tribunales específicos, que determinan la obligatoriedad para los juzgadores de recibir a quienes pretendan entrevistarse con ellos, aclarando que toda negativa puede generar responsabilidad administrativa en su contra (sancionable en muchos casos con suspensión temporal sin goce de sueldo). Aquella reserva puede sin duda echarse abajo si se considera la obligación, para todos los jueces del país, de velar por la observancia de los derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales debidamente ratificados por el Estado mexicano.

Lo anterior, en concordancia con los principios inherentes al control de constitucionalidad y de convencionalidad que precisa la reforma al artículo 1o. constitucional, de junio de 2011, así como de los criterios de aplicación emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la condena al Estado mexicano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derivada del caso Radilla.

De los artículos 103 y 107 constitucionales se entiende además que las competencias atribuidas a los tribunales federales, así como las formalidades del procedimiento, no distinguen criterios específicos para una u otra materia. Dicho a contrario, todo procedimiento ante un tribunal debe gozar del mismo estándar de protección. Los jueces penales no pueden tener

grados de exigencia mayores o encontrarse en un régimen especial, en el momento en que en nuestro país están prohibidos los fueros. Todos los tribunales deben igualarse, y el estándar está fijo en el nuevo artículo 20 constitucional, precitado.

Con base en esta nueva lectura, el debido proceso legal no puede disociarse de los derechos humanos, por lo que todo lo anterior se articula en el nuevo artículo 1o. constitucional. Aunado a esto, diversas disposiciones de derecho internacional aluden al particular, entre las que destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en su artículo 14.1 que toda persona tendrá derecho a ser oída “públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. Por su parte, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, ...en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. La Declaración Universal de Derechos Humanos expresa en su artículo 10 que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos...”.

De las disposiciones antes referidas (que sin lugar a dudas, los autores del artículo materia del presente comentario considerarán derecho positivo en México), se advierte que la garantía de audiencia, como parte del debido proceso, no solamente tiene aplicación en materia penal, sino en todo ámbito en que intervenga una autoridad judicial que determine los derechos u obligaciones de las partes. Se desprende de estas disposiciones que, para satisfacer la garantía de audiencia dentro del proceso, el juez debe escuchar a los intervinientes salvaguardando todas las garantías, entre ellas la de igualdad e imparcialidad además de la publicidad.

En consecuencia, el acto privado mediante el cual el titular del órgano jurisdiccional (sin importar de qué materia se trate), que concede escuchar a una sola de las partes contendientes en su despacho, sin que se encuentre presente su contraria, vulnera los principios que suponen la audiencia pública en los términos de las reglas internacionales anteriormente referidas. Sólo al cumplir los mencionados principios de equidad, transparencia, igualdad de armas y contradicción, se dará cumplimiento a la garantía de audiencia. La presencia de las partes contendientes (salvo en los supuestos legales que permiten limitar esta directiva), tiene por objeto que los conten-

dientes puedan emitir sus respectivos argumentos y refutar los del contrario, mismos que serán tomados en consideración por el juez para fundar y motivar su fallo.

X. UNA CONCLUSIÓN QUE A MUCHOS VA A INCOMODAR

La lectura constitucional y convencional que se plantea en la presente opinión, encuentra un sustento que no veo por dónde pueda ser derribado. De existir una solicitud de audiencia privada por una de las partes debe convocarse a la otra. Así de simple. Y de sólo poder comparecer una de ellas, la audiencia podría plantearse ante el colegio de jueces en su conjunto. Sólo bajo estos supuestos podrá llevarse a cabo esa audiencia de carácter extraprocesal, garantizándose así el debido proceso legal, lo que por añadidura restaría suspicacias respecto a la imparcialidad del tribunal.

También es importante advertir que en un número no despreciable de juzgados y tribunales, los lineamientos que estoy sugiriendo son una práctica cotidiana que se presenta sin excepciones. Durante los pasados años, los principios que inspiran las reformas constitucionales y legales han permitido a todos los juzgadores del país allegarse de más y mejor información para la elaboración de sus resoluciones. Nos referimos a la posibilidad que se ha abierto a personas interesadas de la sociedad civil u otros grupos de interés a que presenten opiniones *amicus curiae*, que contienen argumentos susceptibles de ser retomados por la mayoría del tribunal, en caso que sus integrantes los consideren aplicables a la solución del litigio.

De igual manera, las opiniones (tanto las mayoritarias como las disidentes o las concurrentes) se pueden consultar con cada vez más rapidez en las páginas de Internet, tanto de la SCJN como del Consejo de la Judicatura Federal. La SCJN junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos iniciaron en 2013 un proyecto conjunto que ha generado obligaciones internacionales para nuestro máximo tribunal. La iniciativa ha sido retomada y puesta al día en fechas más recientes por la Oficina del Alto Comisionado en Derechos Humanos (OACNUDH), cuyo personal y el de la SCJN siguen sistematizando y actualizando (todavía en colaboración con la Corte Interamericana) una base de datos de jurisprudencia del Sistema Universal de Protección de Derechos compatible con la jurisprudencia del sistema OEA;¹⁶ los motores de búsqueda *Jus* y *@Lex* se encuentran en constante revisión

¹⁶ El más reciente anuncio de estos avances fue dado a conocer conjuntamente por la SCJN y la oficina de representación de la OACNUDH en México el pasado 29 de octubre de 2015, y el buscador respectivo es de libre consulta en <http://www.bjd.h.org.mx/BJDH/>.

para un acceso más sencillo y rápido con una homologación de contenidos; los documentos del Poder Judicial (incluidas las sentencias) se procuran redactar empleando lenguaje accesible y no sólo para la comprensión de los abogados; se diseñan programas de difusión a la colectividad por medio del Canal Judicial y de las Casas de la Cultura Jurídica, o de la difusión de los contenidos de las sentencias mediante redes sociales... Los esfuerzos se pueden empezar a sumar. Ahora, los juzgadores del país tienen más elementos a su favor para no seguir aplazando el necesario cambio de realidad en la relación que tienen frente a las partes del proceso.

En lo que más coincido con los argumentos expuestos por los profesores Magaloni y Elizondo, es que para que la transición opere adecuadamente hacia un sistema adversarial eficiente, el replanteamiento que los jueces mexicanos deben asumir en materia del principio de contradicción, tendría que empezar por la SCJN y sus ministros. Asumiendo con ello una franca voluntad que permita entender a todos los actores jurídicos del país que la igualdad procesal no debe limitarse a los tribunales penales, y que por su propia naturaleza, debe irradiar a todas las jurisdicciones del país.

El nuevo sistema procesal penal, como una de las tres grandes reformas en curso de implementación por el Poder Judicial Federal, justifica el esfuerzo. Nuestros jueces (y no sólo los penales, sino todos) deben sentirse parte fundamental de este cambio. Si bien, también debemos advertir que los riesgos para su verdadera puesta en marcha no son menores. Pues todo cambio normativo requiere de un componente que no se puede imponer por decreto: la voluntad de los operadores jurídicos.