



136

**Transparencia gubernamental
y ética pública. Una mirada
desde el derecho**

Miguel Carbonell

DERECHO CONSTITUCIONAL

Noviembre de 2009

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. ❖ D. R. © 2009, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

CONTENIDO

I. Introducción.....	1
II. Corrupción.....	2
III. Transparencia.....	6
IV. El papel del derecho.....	9
V. Un ejemplo de transparencia: los juicios orales.....	10
VI. ¿Qué sigue?.....	18

I. INTRODUCCIÓN

En una clase de ética de una prestigiosa universidad europea el profesor pregunta a los alumnos si es correcto que un funcionario público acepte regalos de particulares. Comienza el debate en la clase: unos están en contra ya que consideran que es una forma de inclinar el criterio del funcionario para obtener un trato ventajoso por parte del particular; otros alegan que el puro hecho de recibir un obsequio no debería ser mal visto, ya que puede o no servir para influir en el proceso de toma de decisiones del funcionario en cuestión. Un tercer grupo de alumnos le dice al profesor que necesita más elementos para poder contestar adecuadamente la pregunta; por ejemplo, ¿qué valor monetario tienen los obsequios? ¿quién los entrega? ¿el funcionario tiene poder de decisión dentro de su dependencia o solamente es un empleado menor que se encarga de trámites sin importancia?

En los tres tipos de respuesta que dan los alumnos del curso citado, podemos observar una diferente concepción de la ética pública y de la corrupción. Es probable, de hecho, que para la mayoría de personas los actos de corrupción sean siempre relativos, es decir que dependen del momento en que se producen, de las personas que los realizan, de las condiciones en que surgen. Esto es frecuente en contextos sociales en donde las condiciones para que se relacionen los ciudadanos con los poderes públicos no se han caracterizado precisamente por su apego a la legalidad; lo mismo sucede en aquellos países en los que el recurso a la violencia suele servir como cauce de resolución de las disputas entre particulares. En esos casos se produce una comprensión muy débil de la legalidad y no es posible contar con asideros firmes para identificar un acto de corrupción y mucho menos para castigarlo¹.

Lo que quiero decir es que la corrupción puede vivir mejor en un contexto social, político y económico en donde no es percibida como tal, o sea, en un contexto en el que es “invisible”.

Para combatir ese fenómeno, arraigado por siglos en muchos países de América Latina (en todos, me temo), habría que hacer un trabajo intenso de “visibilización” de los fenómenos corruptos. Para lograrlo hay dos vías, principalmente: la de la transparencia de los actos del gobierno, por un lado; y la de la generación de una “ética pública” compartida por amplios sectores de la sociedad, que permita contar con un contexto de exigencia propicio para identificar y castigar los actos de corrupción.

El ejemplo de la clase de ética al que me refería anteriormente no es inventado. Es un caso real. El tipo de respuesta, con más o menos matices, se reproduce curso tras curso, si bien la forma de plantear el criterio de cada estudiante puede variar (hay planteamientos muy elaborados a veces y en otras ocasiones los alumnos parecen tener nociones muy rudimentarias que les impiden generar un tipo de debate de mayor altura).

Ahora bien, si eso pasa en un aula universitaria en Europa, no es difícil imaginar los enormes problemas de comprensión que sobre el tema se tienen, en todos los niveles, en América Latina.

¹ Ver al respecto las todavía insuperadas observaciones de Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005 (reimpresión).

Pero la receta debe ser la misma que ya se ha mencionado: transparencia y ética pública. Las páginas que siguen pretenden aportar algunas ideas que nos ayuden a comprender ambos conceptos. Antes de eso, sin embargo, quizá sea útil abundar en algunas cuestiones vinculadas con el tema de la corrupción en general.

II. CORRUPCIÓN

La corrupción ha existido siempre. Hay testimonios de actos de corrupción cometidos 3,000 años A.C.². Esto no quiere decir que se los pueda legitimar por el mero paso del tiempo, pero sirve para ubicar el fenómeno en su adecuada dimensión y sobre todo para poner en evidencia que la corrupción no es ni puede ser monopolio exclusivo de un determinado momento histórico o de una determinada comunidad política. En virtud de lo anterior, creo que a lo que razonablemente se puede aspirar es a disminuir su incidencia, porque terminar con ella probablemente sea algo que esté más allá de los alcances de cualquier esfuerzo.

Lo importante en este punto es tener claro que si la corrupción ha existido desde hace mucho tiempo, en muchos lugares, ¿cómo es que hay países en que su incidencia es menor que en otros? Ahí está, desde mi punto de vista, la clave del problema para México. Debemos entender que no hay algo así como un “genoma mexicano” de la corrupción, sino que hay arreglos institucionales que la pueden fomentar o solapar, mientras que otros la obstaculizan o la hacen difícil de realizar. Esos mecanismos son los que tenemos que encontrar. Uno de ellos, estoy cierto, es la transparencia de los actos gubernamentales.

Otra cuestión que debemos tener presente es que la corrupción se da tanto en la esfera de los gobernantes como en la esfera de los particulares. Es decir, los particulares también pueden cometer actos de corrupción en sus relaciones de derecho mercantil o civil.

Una tercera cuestión importante que debemos tener clara cuando nos aproximamos al fenómeno de la corrupción, es que la misma no puede asimilarse siempre con violación de la legalidad. Pueden existir actos de corrupción que “formalmente” cumplan con lo que disponen las normas jurídicas. Puede ser incluso que sea la propia legalidad la que permita o aliente la corrupción (por ejemplo cuando se permiten ámbitos de fuerte discrecionalidad administrativa no sometidos a control por agencias independientes).

En el debate público solemos hacer referencia, en general, a “la corrupción” o a “actos corruptos” o a “prácticas corruptas”. Sin embargo, creo que en un texto como el presente quizá pudiera ser de alguna utilidad distinguir entre los distintos tipos o modalidades de la corrupción que existen, a fin de poder proceder con mayor fundamento en el análisis, diagnóstico y combate contra este indeseable fenómeno³.

² Laporta, Francisco J., “La corrupción política. Introducción general” en Laporta, Francisco J. y Álvarez, Silvina (editores), *La corrupción política*, Madrid, Alianza, 1997, p. 19.

³ Para una aproximación conceptual al tema es recomendable revisar el ensayo de Garzón Valdés, Ernesto, “Acerca del concepto de corrupción” en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (coordinadores), *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, ITAM, UNAM, 2003.

Una tipología mínima o básica de la corrupción debería comprender los siguientes 9 subtipos⁴:

1) soborno, consiste en una recompensa irregular para influir sobre la conducta de un agente público en relación de una decisión que es gratuita o que debe ser tomada objetiva e imparcialmente, pero que en virtud de la recompensa se modifica en algún sentido (provechosamente para el agente corruptor o negativamente para su competencia, por ejemplo).

2) Extorsión, consiste en la amenaza por parte del agente público hacia un particular, de una medida lesiva sino realiza una contra-prestación irregular en beneficio del agente.

3) Arreglos, en este caso el agente público y el particular establecen un pacto de beneficios recíprocos en perjuicio del público, de manera que una decisión oficial es tomada en beneficio del particular a cambio de una recompensa o contra-prestación (por ejemplo arreglo de las bases de licitación a fin de restringir la competencia).

4) Alteraciones del mercado, el agente público regula el mercado de tal manera que se favorezca a un particular, a sí mismo (auto-corrupción) o perjudica a un tercero, a través de la negativa a que un producto entre en un determinado mercado o a través de la modificación del valor o del precio de ciertos bienes (por ejemplo, cambio de uso de suelo, restricción a importaciones, trazado de carreteras). Este tipo de prácticas también puede darse por medio de un arreglo entre empresas, de modo que restrinjan la presencia de competidores. En México la Comisión Federal de Competencia ha documentado extensivamente la presencia de restricciones a la libertad de comercio, pese a que se trata de un derecho fundamental reconocido plenamente en la Constitución mexicana (artículos 5 y 28).

5) Malversaciones y fraudes. Se utilizan recursos públicos para objetivos distintos a los previstos en las normas que regulan su funcionamiento, pueden ser contrataciones indebidas, utilización particular de bienes muebles o inmuebles, o prestación de servicios personales para fines particulares.

6) Especulación financiera con fondos públicos, inversiones de fondos públicos en el mercado financiero con el objeto de obtener beneficios irregulares o no contabilizados (a través de su depósito en cuentas clandestinas).

7) Parcialidad, discriminación en la toma de decisiones para favorecer a un determinado agente; se puede dar por ejemplo en la formulación y aplicación de normas, en la administración de servicios (favoritismo y clientelismo) o en la designación de cargos públicos (pagos por ocupar cargos).

8) Colusión privada, cuando dos o más empresas se ponen de acuerdo para elevar artificialmente los precios de determinados productos y controlar de esa manera la compra de bienes o servicios por parte de la administración pública.

9) Uso de información privilegiada, que se utiliza para tomar decisiones económicas, sociales o políticas con beneficio para un agente en detrimento del interés general.

En alguno de los párrafos precedentes nos preguntábamos cómo era posible que en algunos países hubiera más corrupción que en otros, ¿qué es lo que explica esa diferencia? Obvia-

⁴ Laporta, Francisco J., “La corrupción política. Introducción general”, cit., pp. 21-22.

mente, ofrecer una respuesta completa sería imposible en este momento. Habría que hacer referencia a factores históricos, políticos, sociales, económicos, jurídicos, etcétera. Sin embargo, entre la literatura especializada se suelen ubicar algunos factores que siempre suelen estar presentes en países o en contextos que presentan altas tasas de corrupción. Conviene reparar, aunque sea de forma somera, en algunos de ellos.

8 Factores que favorecen la corrupción política⁵:

1) Salarios y remuneraciones públicas de muy bajo nivel o carencias importantes relacionadas con el bienestar personal y familiar o con la posibilidad misma de desempeñar un cargo público (falta de medicinas, falta de armamento, carencia de papel en los juzgados).

2) Falta de estabilidad en el empleo (servicio civil de carrera) o determinación arbitraria de condiciones laborales (cambios de adscripción, de sueldos y prestaciones, etcétera).

3) Ausencia, debilidad o escasa probabilidad de que existan sanciones para las conductas indebidas (impunidad). Este punto es especialmente importante en México y vale la pena detenerse un poco más en él. Por ejemplo con datos ofrecidos por la CNDH en un informe especial⁶ puede afirmarse que en los últimos 11 años se denunciaron en México 18 millones de delitos. Ahora bien, la tasa de delincuentes sentenciados por la comisión de los mismos es muy baja, inferior al 10%. Por ejemplo, en el año 2006 se denunciaron 1,580,742 probables delitos. Fueron consignados ante los juzgados de primera instancia 243,617 casos y se obtuvieron 143,927 sentencias condenatorias. El siguiente cuadro presenta el desglose de estas cifras, entre los años 1997 y 2008:

CUADRO 1

Año	Delitos denunciados (Ambos Fueros)	Delitos consignados al juez	Probable responsable con auto de formal prisión	Sentencias dictadas	Sentencias condenatorias	Sentencias absolutorias
1997	1,564,828	215,594	144,617	142,195	122,063	20,132
1998	1,450,510	222,645	151,093	140,312	120,720	19,592
1999	1,466,643	224,451	153,349	143,255	124,704	18,551
2000	1,420,251	220,479	151,048	141,725	122,582	19,143
2001	1,512,450	228,491	158,745	147,813	127,997	19,816
2002	1,516,027	234,191	164,894	152,260	132,374	19,886
2003	1,517,925	241,860	172,584	158,801	139,962	18,839
2004	1,505,844	248,613	174,934	166,397	146,894	19,503
2005	1,505,223	250,122	177,298	168,218	149,071	19,147

⁵ Laporta, Francisco J., "La corrupción política. Introducción general", cit., pp. 26-27.

⁶ El texto completo del informe puede verse en: http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/2infSegPublica_08/2informeSeguridad08.htm

2006	1,580,742	243,617	173,072	162,989	143,927	19,062
2007	1,715,974	246,205	174,301	163,910	145,446	18,464
2008	1,540,689 (al 31 de noviembre)	S/R	S/R	S/R	S/R	S/R
TOTAL	18,297,106	2,576,268	1,795,935	1,687,875	1,475,740	212,135

Ahora bien, la tasa de denuncias encubre lo que se llama la “cifra negra”, que según algunas estimaciones de los últimos años es del 90% del total de delitos efectivamente cometidos; la CNDH, de manera muy cautelosa, estima una cifra negra general del 70% y del 75% para el delito de secuestro, la cual es inferior a otras estimaciones parecidas sobre el tema. La cifra negra se integra por todos aquellos delitos que no son denunciados o que por cualquier razón no llegan a conocimiento de las autoridades. Tomando en consideración la cifra negra, la CNDH estima que durante los últimos tres años se han cometido 16 millones de delitos **por año**. Estos delitos han afectado a 48 millones de víctimas, es decir, 43,835 diarias. La tasa de impunidad total se ubica en un escandaloso 98.76%. El siguiente cuadro da cuenta de la correlación entre los delitos denunciados y la cifra negra:

CUADRO 2

AÑO	DELITOS DENUNCIADOS (ambos fueros) 30%	CIFRA NEGRA 70%	TOTAL 100%
1997	1,564,828	3,651,265	5,216,093
1998	1,450,510	3,384,523	4,835,033
1999	1,466,643	3,422,167	4,888,810
2000	1,420,251	3,319,919	4,734,170
2001	1,512,450	3,529,050	5,041,500
2002	1,516,027	3,537,396	5,053,423
2003	1,517,925	3,541,825	5,059,750
2004	1,505,844	3,513,636	5,019,480
2005	1,505,223	3,512,187	5,017,410
2006	1,580,742	3,688,398	5,269,140
2007	1,715,974	4,003,939	5,719,913
2008	1,540,689 (al 31 de noviembre)	3,594,941	5,135,630
TOTAL	18,297,106	42,699,246	60,990,352

4) Sobre-regulación administrativa que hace imposible o muy costoso para los particulares cumplir con las normas.

5) Conflictos de intereses, es decir, la existencia de “doble lealtad” por parte del agente público, que con su conducta puede obtener beneficios como particular.

6) Magnitud económica en la toma de decisiones, por ejemplo construcción de infraestructuras, recalificación en el uso de suelo o compra de armamentos.

7) Falta de competencia en determinados sectores de mercado.

8) Falta de organización administrativa, equivalente a ausencia de controles jerárquicos o funcionales.

Las páginas anteriores han querido simplemente ofrecer algunos elementos muy básicos, seguramente en exceso someros, sobre el tema de la corrupción. Sobre esa base, será más fácil comprender el problema y ubicarnos en una posición realista para atenderlo. Toca ahora pasar al otro lado de la ecuación: la transparencia gubernamental, que es un elemento esencial para el combate a la corrupción.

III. TRANSPARENCIA

El 20 de julio de 2007 apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma constitucional de la mayor trascendencia. Debido al constante flujo de reformas constitucionales, existe una cierta tendencia a la trivialización de los cambios que se le hacen a la Carta Magna. No es para menos, dada la experiencia histórica de las últimas décadas, la cual nos demuestra que muchas de las reformas realizadas han sido meramente nominales o de fachada, sin que de ellas hayan derivado cambios importantes para la vida de los habitantes de México.

Creo que no sería exagerado decir que la reforma constitucional del 20 de julio de 2007, por medio de la cual se introduce un segundo párrafo en el artículo sexto constitucional, rompe con el patrón que se acaba de mencionar, puesto que constituye una reforma que muy bien puede calificarse como histórica, en el sentido de que a partir de ella habrá un antes y un después en la materia que pretende regular⁷.

Dicha materia no es otra más que la de dotar de herramientas jurídicas a todas las personas para ejercer el derecho de acceso a la información pública en el sentido más amplio del término, aunque la reforma prevé también otras cuestiones interesantes e importantes.

Hasta antes de la citada reforma, la referencia constitucional sobre el derecho a la información era bastante escueta. Se limitaba a una frase introducida durante la llamada reforma política de 1977 al texto del artículo sexto; su contenido señalaba de forma breve y quizá hasta enigmática que: “El derecho a la información será garantizado por el Estado”. No es momento de hacer un repaso de todas las tribulaciones jurídicas a las que dio lugar un enunciado tan amplio como indefinido⁸.

⁷ Carbonell, Miguel, *El régimen constitucional de la transparencia*, México, UNAM, 2008.

⁸ El tema ha sido estudiado por López Ayllón, Sergio, *Democracia y acceso a la información*, México, TEPJF, 2005.

Lo importante es señalar ahora que a partir del año 2002 se comienzan a emitir una serie de leyes a nivel federal y estatal que, con esa única base constitucional, regulan el derecho de toda persona para acceder a la información que se encuentre en poder del Estado mexicano, es decir, el derecho de acceso a la información pública gubernamental (entendiendo por gobierno todas las manifestaciones posible de lo público: poderes tradicionales y órganos autónomos bajo cualquiera de las modalidades administrativas y constitucionales hoy en día existentes).

Aunque no se suele reconocer, lo cierto es que el surgimiento de las leyes de transparencia en todo el territorio nacional supuso una verdadera “reforma estructural”, puesto que vino a reconfigurar los términos en que los habitantes del país se relacionan con sus autoridades. El avance de la transparencia no solamente dio lugar a memorables “hallazgos” periodísticos, sino que también comenzó a involucrar a la ciudadanía en el conocimiento de un aparato estatal que por décadas había operado en el más absoluto de los secretos, haciendo de la opacidad una de sus reglas más preciadas.

La ciudadanía aprendió poco a poco que se podía dirigir a cualquier autoridad del país para solicitarle la información que fuera de su interés y que la autoridad le tenía que contestar dentro de un plazo razonable. Las autoridades también entraron en un proceso no menor de cambio y de aprendizaje: tuvieron que cambiar la mentalidad de muchos funcionarios públicos acostumbrados a operar bajo la lógica del secreto, que de pronto veían sus salarios y sus prestaciones (incluyendo bonos y demás “complementos” a su ingreso) publicados en internet.

El hecho de que todas las personas cuenten con un derecho fundamental para solicitar información al gobierno (repito: entendiendo por gobierno cualquier forma de organización administrativa dentro del Estado mexicano, con independencia de la articulación jurídica que tenga o incluso de la autonomía que le puedan dar la Constitución o las leyes), implica cambios no solamente -como ya se dijo- en la relación entre los particulares y el Estado, sino también dentro del propio Estado.

En efecto, el derecho de acceso a la información obliga a que las autoridades aprendan a trabajar y organizarse de forma diferente. No se trata solamente de que deban disponer de una estructura que atienda, canalice y resuelva las solicitudes de información, sino que además es necesario que “hagan cosas” para facilitar la transparencia. En otras palabras: las autoridades deben, por mandato constitucional, desarrollar políticas públicas a favor de la transparencia.

Desde luego, el alcance de esas políticas públicas es muy complejo y no podrías ser explicado en un texto como el presente, pero vale la pena apuntar que la primera política pública en materia de transparencia consiste en que cada dependencia deba subir la mayor cantidad posible de información a internet, incluso sin que nadie se lo solicite (en las leyes de transparencia esto se suele conocer como la información de oficio, aunque creo que la mayor parte de ellas se queda corta al momento de definir el alcance de ese tipo de información, ya que debería ser mucho más amplio de lo que es en la actualidad).

Una consecuencia clara, en términos de política pública, de tomarse en serio la transparencia se puede observar fácilmente en materia de archivos, tema al que desde luego se refiere también la reforma constitucional del 20 de julio de 2007.

El acceso efectivo y expedito a la información que está en posesión de todos los entes públicos del Estado mexicano requiere de una base material que no puede hallarse más que en los

archivos públicos. Es decir, si queremos garantizar de forma efectiva, en la práctica, el acceso a la información debemos hacernos cargo de que necesitamos un sistema de archivos moderno y funcional que permita a la autoridad obligada encontrar con rapidez la información que se le solicita.

Ahora bien, es menester señalar que en el tema de archivos México tiene un enorme retraso ya que tradicionalmente se ha tratado de un tema que no ha generado mayor interés por parte de los responsables políticos. De ahí la importancia de haber incorporado a nivel constitucional el contenido de la fracción V del párrafo segundo del artículo 6, de acuerdo con la cual todos los sujetos obligados a proporcionar información deben preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados. Si este mandato se toma en serio y se invierte tiempo, esfuerzo y dinero en el sistema de archivos, es seguro que no solamente mejorará el acceso a la información, sino muchos otros procedimientos de gestión administrativa que también se verán beneficiados por un buen manejo archivístico. La política de transparencia del Estado mexicano se juega precisamente en el tema de los archivos: si no somos capaces de modernizarlos no podremos avanzar en el resto de temas de las políticas públicas sustantivas en la materia.

Para hacer posible lo anterior es obvio que el legislador tendrá que precisar, quizá en una legislación específica en materia de archivos, las obligaciones y tareas específicas que se derivan del mandato de la fracción V. Por ejemplo, tendrá que indicarse por vía legislativa o reglamentaria lo que implica el concepto de “actualización” de los archivos, precisando el periodo de tiempo en que dicha actualización debe llevarse a cabo.

Otro tema que suscita el contenido de la citada fracción V, en estrecha conexión con la política pública de transparencia y con el combate a la corrupción, se refiere a los “indicadores de gestión”. El reto inmediato en este aspecto es no tanto el de poner este tipo de indicadores a disposición de los interesados a través de medios electrónicos, sino el de generarlos. Es decir, lo primero que hay que hacer es ser capaces de identificar cuáles son los indicadores de gestión pertinentes para cada dependencia. Desde luego, tales indicadores serán muy variables dependiendo de las tareas que cada área u organismo desarrolla. Podrían extraerse de los grandes documentos programáticos que deben generarse dentro de la administración pública del Estado mexicano, tanto a nivel federal como local. Me refiero sobre todo al Plan Nacional de Desarrollo y a los correspondientes planes estatales.

Debe repararse en el hecho de que la misma fracción V enuncia a continuación de los indicadores de gestión la obligación que tienen los sujetos obligados para informar sobre el ejercicio de los recursos públicos que ejercen. Esta cercanía entre uno y otro concepto no es gratuita. Los indicadores de gestión deben ir anudados al ejercicio del gasto público. Pero en sentido inverso, también podemos afirmar que el ejercicio del gasto deberá proyectarse en la satisfacción y cumplimiento de los indicadores.

En todo caso conviene advertir sobre el enorme reto que la fracción V proyecta sobre los sujetos obligados: el de generar los indicadores de gestión, el de informar sobre el uso de los recursos públicos y el de poner toda esa información en medios electrónicos a disposición de cualquier interesado. No es poco, sobre todo si tomamos en cuenta el ya mencionado abandono que ha tenido el tema de los archivos y en general el manejo y almacenaje de la información pública en México.

Los indicadores de gestión pueden representar en el futuro un potente instrumento de rendición de cuentas, ya que el desempeño de cualquier autoridad puede ser puesto en evidencia – para bien o para mal- a la luz de tales indicadores, a incluso a la luz del cumplimiento que hayan tenido los anteriores responsables de un cargo público, en relación con los mismos indicadores, los cuales pueden servir como tablas de comparación del desempeño.

Respecto del contenido de los archivos, debemos tener claro que no se trata exclusivamente de proteger y ordenar “documentos”. La tecnología permite hoy en día guardar de muchas formas distintas las constancias de la actuación del Estado. La constancia documental de un acto público es la más conocida y extendida, pero no hay que olvidar que la información pública puede ser resguardada y, en su caso, dada a conocer, a través de soportes distintos del papel. De hecho, cualquier legislación futura en materia de archivos debería imponer obligaciones a los órganos públicos para tener un manejo sustentable de la información. Dicha sustentabilidad puede estar referida a cuestiones ecológicas (la necesidad de ahorrar todo el papel que sea posible), pero también económicas (la necesidad de ahorrar el mayor espacio posible y disminuir los consiguientes costos de construcción, arrendamiento, limpieza, mantenimiento, etcétera).

IV. EL PAPEL DEL DERECHO

Para los estudiosos del derecho es importante reparar en los temas de la corrupción y la transparencia, por varias razones. Para empezar porque la existencia de prácticas corruptas pone en entredicho todo lo que nos enseñan en las escuelas y facultades de derecho. Piense por un momento el lector en la explicación que un profesor les da a sus alumnos sobre el procedimiento penal: les explica lo que dice el código, lo que señalan los tratados internacionales aplicables en la materia y lo que ha sostenido la jurisprudencia. Los alumnos salen a la calle con esos conceptos y de pronto se topan con la enorme corrupción que hay en los aparatos policíacos, en las agencias del Ministerio Público y, lamentablemente hay que decirlo, también en algunos poderes judiciales. ¿Qué parte de la explicación de su profesor logra tener sentido en un contexto plagado de corrupción?: ninguna.

Eso no quiere decir, ni mucho menos, que en las escuelas y facultades de derecho los profesores deban enseñar a los alumnos a manejarse con éxito y diligencia en contextos corruptos. Nada de eso. Lo que sí se les debe explicar a los alumnos, es que la realidad no siempre se parece a lo que dicen la Constitución y las leyes.

Por otro lado, también debe quedar claro para los estudiosos del derecho, que las normas jurídicas tienen un papel importante que cumplir en materia de combate a la corrupción. En última instancia, será una norma jurídica la que indique si una práctica determinada puede o no calificarse como corrupta. Por tanto, los juristas deben ser conscientes de su obligación ética para ayudar a definir normativamente a la corrupción.

Además de esa tarea de definición normativa, los juristas deben -desde las fases iniciales de su formación- darse cuenta de la relevancia de observar una ética profesional en el desempeño de sus tareas. Se trata, en este caso, de una aplicación específica de la ética pública a la que nos hemos referido en páginas anteriores.

En este punto hay que ser muy claros: los abogados pueden ser una herramienta importan-

te de combate a la corrupción y de exigencia de responsabilidades, pero también puede convertirse en agentes propiciadores de actos corruptos. Todos conocemos historias bochornosas de abandono de la más elemental ética profesional por parte de profesionales del derecho. Se han conocido casos de jueces en materia penal que exigen “favores sexuales” a la esposa de una persona encarcelada como condición para dejarla libre. Y es común que un abogado solicite dinero a su cliente para “dárselo al juez”, cuando en realidad es una forma encubierta (y corrupta, claro) de incrementar sus honorarios. Los ejemplos podrían multiplicarse hasta el infinito. Lo que debe quedar claro es la parte de responsabilidad de la profesión jurídica. Por eso es que creo que es del todo relevante la enseñanza de la ética profesional en las escuelas y facultades de derecho.

V. UN EJEMPLO DE TRANSPARENCIA: LOS JUICIOS ORALES

Una de las materias jurídicas con más problemas de corrupción en México y en muchos países es la penal (ya en páginas anteriores ofrecíamos datos sobre la impresionante cifra de delitos que quedan impunes en México). Los actores del sistema penal mexicano, en todas sus etapas, no siempre se guían por lo que dicen la Constitución y los códigos, sino por “motivaciones” menos nobles. La policía al detener, el ministerio público al determinar la situación jurídica de una persona, el juez al momento de valorar las pruebas y el custodio cuando se hace de la vista gorda para que entren en una cárcel cualquier tipo de productos prohibidos (desde droga hasta celulares desde los que se extorsiona o se coordinan secuestros): todos ellos son escalones de un camino enormemente podrido y además muy costoso para los contribuyentes y para los afectados⁹.

Hay algunos estudios y documentos internacionales acerca de la corrupción en el ámbito judicial en México. Uno particularmente importante es el Informe rendido por el Relator Especial de la ONU sobre Independencia de los Magistrados y Abogados, a partir de una visita de campo al país realizada entre el 13 y el 23 de mayo de 2001¹⁰. En su informe el Relator Especial sostuvo, por ejemplo, que -de acuerdo con la impresión de las personas con las que sostuvo entrevistas- entre el 50 y el 70% de los jueces federales eran corruptos (párrafo 63). Esta afirmación causó un gran malestar entre los jueces mexicanos, al grado que desde la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación se impulsó la publicación de un libro para desmentirlo¹¹.

Lo cierto es que, al margen de la afirmación citada, el informe del Relator acierta al señalar las deficiencias y altos niveles de corrupción existentes en el sistema judicial mexicano. Por ejemplo, en su informe señala la disparidad existente entre los tribunales locales y los federales. Mientras los primeros carecen de buenos apoyos presupuestales y de medios dignos para hacer su trabajo, los segundos cuentan con un buen presupuesto y sus integrantes tienen sueldos bastante altos.

⁹ Los datos que justifican estas afirmaciones pueden verse en Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 4ª edición, México, UNAM, Porrúa, RENACE, 2009; de los mismos autores, *Juicios orales: de la teoría a la práctica*, México, 2009 (en prensa).

¹⁰ El texto del informe figura en el documento E/CN. 4/2002/72/Add. 1.

¹¹ *Respuesta al Informe del Relator de la ONU para la independencia de jueces y abogados*, México, Poder Judicial de la Federación, 2002.

Los mecanismos para sancionar a los jueces que hayan incurrido en actos de corrupción son poco transparentes y existe una dependencia del órgano encargado de las investigaciones respecto a la Suprema Corte, afirma el Relator. Tiene razón, puesto que como resultado de una reforma de 1999, el Consejo de la Judicatura Federal, que es el órgano competente desde su creación en 1994 para realizar la vigilancia y disciplina de los jueces, depende en buena medida de la Corte. La mayoría de sus integrantes son miembros del propio poder judicial, lo que arroja una cierta sospecha sobre la protección que ofrecen a sus colegas y que evita que sean sancionados por actos de corrupción, pese a las abundantes denuncias presentadas por abogados.

Las conclusiones del Relator Especial son demoledoras. Entre ellas cabe citar las dos siguientes afirmaciones de carácter general: “La impunidad y la corrupción (dentro del sistema judicial mexicano) siguen, al parecer, prevaleciendo”; “es preciso investigar y rendir cuentas públicamente de todas las violaciones de los derechos humanos, incluidas las denuncias de corrupción generalizada, algunas de mucha resonancia”.

En el mismo sentido, se puede citar la falta de independencia judicial, como se desprende del *Global competitiveness report 2005-2006*, elaborado por el Foro Económico Mundial con sede en Davos, de acuerdo con el cual México se situaba en la posición 60 dentro de los 117 países evaluados. Dicha falta de independencia genera prácticas corruptas dentro del quehacer de la judicatura y se manifiesta de dos maneras: una externa, respecto de los principales actores sociales y políticos, y otra interna, que hace que los jueces inferiores sigan las “instrucciones” y protejan los intereses de los jueces superiores.

Una parte de la corrupción existente en el sistema judicial mexicano es producto de la falta de una ética pública que evite que los agentes del Estado incurran en actos de deshonestidad. Pero también hay muchos actos de corrupción que tienen su origen en una mala política legislativa; es decir, a veces son las propias leyes las que generan o inducen a la corrupción.

Por ejemplo, tradicionalmente se ha entendido que la Constitución mexicana establece que el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal, con lo cual se convierte en el único actor con capacidad de abrir un proceso penal¹². Esta interpretación constitucional implica un enorme poder de decisión de los agentes del Ministerio Público, que cuentan con un amplio margen de acción para llevar una averiguación previa ante un juez o no llevarla. No es raro que los abogados de las personas que son presuntamente responsables de haber cometido un delito intenten “arreglarse” con el Ministerio Público antes de que decida llevar la averiguación ante una autoridad judicial. Casi siempre tienen éxito, sobre todo si apoyan su estrategia con dinero.

En el mismo ámbito del Ministerio Público se dan actos de corrupción por efecto de su dependencia respecto del gobierno. La Constitución mexicana señala en su artículo 102 apartado A que el Ministerio Público depende orgánicamente del Presidente de la República, a nivel federal, o de los gobernadores de las entidades federativas, a nivel local. Esta dependencia tiene múltiples efectos sobre la corrupción del sistema de justicia. Para empezar, hace imposible que se sigan investigaciones independientes en casos de corrupción contra funcionarios públicos que pertenecen al mismo partido que el del gobierno en turno. Además, introduce la lógica del sistema político en el ámbito de la justicia, con lo que la investigación de los delitos se lleva a cabo en muchas ocasiones de acuerdo a la agenda política o conforme a las prioridades del gobierno.

¹² Mediante la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008 al artículo 21 de la Carta Magna se elimina de una forma muy tímida este monopolio, aunque dicha reforma todavía necesita ser desarrollada a nivel legislativo.

La solución en este punto consiste en otorgar independencia orgánica y funcional al Ministerio Público, haciendo depender su nombramiento y su remoción de las Cámaras legislativas, tanto a nivel federal como local. Aunque hay varias iniciativas apoyando una reforma constitucional en este sentido, todavía ninguna ha sido aprobada¹³.

Una vez iniciado el proceso judicial habría que ser muy estrictos respecto a la validez de sus actos, a fin de evitar actos de corrupción. Por ejemplo, cualquier acto judicial en que una persona no estuviera asistida por su abogado debería ser motivo para declarar la nulidad de todo el juicio y de la investigación correspondiente.

El mecanismo de supervisión y sanción de posibles actos de corrupción por parte de los jueces también debe ser mejorado en profundidad. Para empezar, su tramitación –a partir de cierto momento- debe ser pública y transparente. Todas las denuncias en contra de jueces y los motivos que las sustentan deben ser dados a conocer, a fin de que la opinión pública tenga elementos para valorar la forma en que se supervisa la actuación judicial.

Para evitar la grieta tan grande que existe hoy en día entre los jueces federales y los locales debe establecerse un sistema único nacional para la capacitación y el nombramiento de los mismos, homologando o al menos acercando el nivel de percepciones económicas existentes en los distintos niveles del sistema judicial.

Debería instrumentarse una política de mejora regulatoria a fin de establecer de forma clara los derechos y las obligaciones de las partes dentro del sistema judicial. En México existe un código penal y un código de procedimientos penales en cada entidad federativa, más uno de cada tipo a nivel federal. Esto significa que en todo el país tenemos 33 códigos penales y 33 códigos de procedimientos penales. Esta sobre-abundancia de normas complica mucho el entendimiento del sistema de justicia y provoca que, a partir del desconocimiento generalizado, se generen actos de corrupción por parte de los actores involucrados. Sería mucho mejor adoptar un sistema de código único, a partir del cual se incrementara el conocimiento de las reglas a seguir, así como la seguridad jurídica de todos los participantes.

Como medida complementaria, es necesario capacitar éticamente a los abogados y a los propios jueces¹⁴. En esto tiene una gran responsabilidad el sistema educativo; las universidades y escuelas de derecho del país prestan muy escasa o nula atención a los aspectos éticos. Este desdén a nivel educativo se ve reforzado por el hecho de que no existe en México la colegiación obligatoria de los abogados, con lo cual tampoco se cuenta con mecanismos idóneos para evitar que sigan ejerciendo la profesión aquellos abogados responsables de actos de corrupción. La ética siempre es un buen complemento de la ley cuando se quiere acabar o al menos disminuir la corrupción.

Para contrarrestar en alguna medida esa situación de crisis profunda se realizó otra de las grandes reformas constitucionales de los últimos años (también en este caso gracias al impulso y decisión de la sociedad civil, como pasó con las reformas en materia de transparencia gubernamental).

¹³ El tema ha sido analizado con mayor detenimiento en Carbonell, Miguel (coordinador), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, 2004.

¹⁴ En relación a los jueces existe una tendencia para adoptar “códigos judiciales de ética”. No se trata de un tema exclusivo de México, sino que es una discusión regional de América Latina. Un buen ejemplo a seguir es el “Nuevo Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial” adoptado durante la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana realizada el 21 y 22 de junio de 2006 en República Dominicana (consultable en <http://www.cumbrejudicial.org>).

mental y de acceso a la información). Se introdujeron una serie de reglas, desde la propia Constitución, con el objetivo de introducir parámetros internacionalmente reconocidos del debido proceso legal¹⁵, entre los que se encontraban el principio de oralidad y el de publicidad de las audiencias (y en general de todos los actos procesales). Veamos en qué consiste precisamente esa publicidad y cómo puede servir de ejemplo de un cambio radical a favor de la transparencia y en contra de la corrupción.

Publicidad judicial

De acuerdo con el principio de publicidad, todos los actos dentro del juicio son públicos. Esto implica, como principio general, que cualquier persona interesada puede asistir a la sala del juzgado de que se trate y ver el desarrollo de las actuaciones procesales.

La publicidad actúa en beneficio de la recta impartición de justicia, inhibe la corrupción, mantiene a las partes en un estado de mayor igualdad y convoca a una mejor rendición de cuentas.

Tal principio es aceptado en muchos países y supone un elemento central de lucha contra la corrupción y la ineficacia que crecen en escenarios opacos y alejados de la mirada pública. Además, la publicidad es un elemento definidor del sistema acusatorio, pues como lo indica Ferrajoli, “asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial. Conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio”¹⁶.

La publicidad de los juicios era una idea que ya estaba presente en el pensamiento de la Ilustración. Jeremy Bentham escribió que “Cuanto más secretos han sido los tribunales, más odiosos han resultado”. Por su parte Beccaria afirmaba que “el escudo más seguro de la tiranía es el secreto”. Más recientemente ha sido Elías Canetti quien ha ilustrado muy bien la relación que existe entre el secreto y la dictadura. Dice Canetti, en su obra *Masa y poder* que

El secreto ocupa la misma médula del poder... El detentador del poder, que de él se vale, lo conoce bien y sabe apreciarlo muy bien según su importancia en cada caso. Sabe qué acechar, cuándo quiere alcanzar algo, y sabe a cuál de sus ayudantes debe emplear para el acecho. Tiene muchos secretos, ya que es mucho lo que desea, y los combina en un sistema en el que se preservan recíprocamente. A uno le confía tal cosa, a otro tal otra y se encarga de que nunca haya comunicación entre ambos... Todo aquel que sabe algo es vigilado por otro, el cual, sin embargo, jamás se entera de qué es en realidad lo que está vigilando en el otro. ... Así, el soberano siempre está al corriente de la fiabilidad de los recipientes en que ha depositado sus secretos, de su seguridad, y está en condiciones de apreciar cuál de esos recipientes está tan lleno que podría desbordar. De todo el sistema de secretos sólo él tiene la llave...¹⁷

¹⁵ Meléndez, Florentín, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, México, M. A. Porrúa, 2004. García Ramírez, Sergio, “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana de Derechos Humanos”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, número 117, México, 2006.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, p. 616.

¹⁷ Canetti, Elías, *Masa y poder*, Muchnik Editores, Barcelona, 2000, pp. 304, 306 y 307.

Héctor Fix Zamudio indica que por publicidad procesal podemos entender “aquella fase del procedimiento en la que están presentes y participan activamente, tanto el juez o tribunal como las partes y las personas interesadas, pero además, cuando los actos del procedimiento pueden ser observados directa y públicamente por el público en general, así como, con algunas limitaciones, por los medios de comunicación”¹⁸.

García Ramírez apunta que la publicidad “permite y alienta la presencia de terceros en los actos procesales, a título de observadores del proceso y, en este sentido, de controladores de la subordinación de participantes y diligencias a la ley que gobierna el enjuiciamiento”¹⁹.

Perfecto Andrés Ibáñez nos recuerda que la publicidad, cuando se refiere a la jurisdicción, tiene un primer y nuclear sentido de garantía a favor del imputado; de esta manera, la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca darles un grado tal de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa (lo que se llama publicidad interna), o bien por simples ciudadanos quienes tienen un interés genérico en la impartición de justicia y en que la aplicación del derecho penal no sea arbitraria ni discurra fuera de los cauces legales establecidos²⁰.

La publicidad de las actuaciones judicial da confianza a los usuarios del sistema penal y en general a toda la sociedad, pues de esa manera los ciudadanos pueden “ver” cómo se está administrando la justicia. La publicidad, además, sirve también para evitar presiones sobre los propios jueces, quienes resultan beneficiados en su independencia por realizar sus actuaciones en público.

La publicidad procesal permite por otra parte que la opinión pública pueda desarrollar un escrutinio permanente sobre las tareas judiciales, desplegando en la práctica lo que algunos autores han llamado la “responsabilidad social” de los jueces, es decir, la que deriva de las críticas de la opinión pública. Como lo señala Luigi Ferrajoli,

La crítica pública de las actividades judiciales –no la genérica de los males de la justicia, sino la argumentada y documentada dirigida a los jueces en particular y a sus concretas resoluciones- expresa, en efecto, el punto de vista de los ciudadanos, externo al orden judicial y legitimado por el hecho de que su fuerza no se basa en el poder sino únicamente en la razón... Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial.²¹

¹⁸ Fix Zamudio, “Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal”, *Estudios jurídicos en homenaje a Cipriano Gómez Lara*, México, Porrúa, UNAM, 2007, p. 216.

¹⁹ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008, p. 122.

²⁰ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, *Jueces para la democracia*, número 51, Madrid, noviembre de 2004, p. 64; el párrafo en cuestión señala lo siguiente: “Referida a la jurisdicción, la publicidad tiene un primero y nuclear sentido de garantía del imputado, que debe presidir su tratamiento normativo y su proyección práctica. Desde este punto de vista, la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca dar a éstas un grado de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa (publicidad *interna*); y por quienes, simplemente como ciudadanos, tienen un genérico y objetivo interés en que el desarrollo del trámite de aplicación del derecho penal no sea arbitrario y discorra por cauces legales (publicidad *externa*)”.

²¹ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 602.

La participación de la ciudadanía en la impartición de justicia, derivada de la mayor visibilidad de los procesos y de la posibilidad misma de asistir a ellos, puede contribuir a generar una mayor cultura constitucional alrededor de la jurisdicción²². Esto ya está comenzando a pasar en materia de procesos constitucionales, gracias a las nuevas modalidades de transparencia judicial que ha ido adoptando la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los años recientes, a partir de las cuales se puede dar seguimiento a las discusiones del Pleno, ya sea a través del Canal Judicial, de las versiones estenográficas que se suben a la página de internet de la Corte, o bien a través de la solicitud, con fundamento en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (y sus respectivos reglamentos) de las sentencias y demás actuaciones que sean del interés del solicitante²³.

Ahora bien, la publicidad de los procedimientos judiciales, sobre todo en materia penal, no solamente aporta beneficios, sino que también puede incidir negativamente ya sea en ciertos derechos fundamentales (como la presunción de inocencia o el derecho al juez imparcial), o en la forma en que se juzga sobre un determinado caso, es decir, sobre la marcha de la justicia penal en general. La experiencia de otros países demuestra que los medios de comunicación tienen una incidencia importante respecto a la percepción ciudadana sobre la justicia penal. Pero los medios muchas veces no se limitan (en esta materia como en las demás) a ser fieles transmisores de noticias, sino que con frecuencia dejan ver sus propios puntos de vista. Los medios también tienen su agenda, para decirlo de otra manera.

Adicionalmente, cabe considerar, en el análisis del principio de publicidad, que la mera difusión de procesos abiertos contra ciertas personas puede llegar a ser más gravosa incluso que la sentencia condenatoria, sobre todo porque contra la información que transmiten los medios no cabe ningún recurso de apelación ni de amparo. Lo que es transmitido ya queda fijo en el imaginario de la audiencia²⁴.

De particular interés debe resultar la regulación de la presencia de las cámaras de televisión en las salas de juicio oral. La deseada y deseable publicidad no nos debe llevar a que, sin distinciones de ninguna especie, las salas de juicio se conviertan en estudios de televisión, las partes en actores y el juicio en un *reality show*²⁵. Si eso aconteciera no se estaría sirviendo a los mejores intereses de la justicia, sino probablemente todo lo contrario.

La presunción de inocencia que expresamente está recogida en el artículo 20 constitucional (y en instrumentos internacionales firmados y ratificados por México) puede periclitarse por una mala comprensión del principio de publicidad. Sobre todo si los medios de comunicación no asumen responsablemente su tarea de informar sobre procesos judiciales en curso y se abandonan en sus afanes por constituirse en jueces mediáticos de las personas acusadas (o incluso simplemente detenidas).

Al respecto es de nuevo Fix Zamudio quien nos llama la atención sobre algunos problemas que tendremos que ir resolviendo al poner en marcha el nuevo sistema penal mexicano. Este autor sostiene que “Las consecuencias de esta publicidad ilimitada, se advierten en el desarrollo

²² Andrés Ibáñez, Perfecto, “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, cit., p. 64.

²³ Sobre el desarrollo de la transparencia judicial en México (y sobre sus tropiezos), Carbonell, Miguel, *¿El tercero ausente? Escritos sobre el poder judicial*, México, Porrúa, UNAM, IMDPC, 2008, pp. 47 y siguientes.

²⁴ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, cit., p. 68.

²⁵ *Idem*.

de programas en los cuales algunos periodistas, con independencia de la investigación oficial, realizan pesquisas e interrogan a testigos y sospechosos, sin la preparación técnica que tiene la policía, el ministerio público y los jueces de instrucción, con lo cual se propicia un proceso penal paralelo, con el riesgo de que los inculpados se lleguen a juzgar por millones de telespectadores con los procesos escenificados durante su tramitación así difundida... esta conducta de los comunicadores implica más que la voluntad democrática de que no se oculten ciertos asuntos, un sorprendente retorno al sistema de acusación privada, inclusive de linchamiento colectivo que no favorece ni la búsqueda de la verdad ni tampoco el retorno de la paz debido al riesgo de reacciones sociales en cadena”²⁶.

Además de estar mencionada entre los principios generales del proceso penal enunciados en el encabezado del artículo 20 de la Carta Magna, la publicidad vuelve a aparecer en la fracción V del apartado B del mismo artículo 20 constitucional; el apartado B se refiere a los derechos que tiene toda persona imputada. La fracción V señala que el imputado será juzgado en audiencia pública; ahora bien, la propia fracción señala algunos límites a la publicidad, los cuales podrán ser establecidos por una ley (creando de esa manera una “reserva de ley” respecto de tales límites, excluyendo por tanto que los mismos puedan estar contemplados por una norma distinta a la ley). Las razones para limitar la publicidad de las audiencias, según lo señala la fracción V, son las de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

Ahora bien, la misma fracción –en su parte final– abre la posibilidad de que sea el juez quien determine que hay razones fundadas para limitar la publicidad. Es decir, la fracción en comentario remite el primer término a la ley para señalar los casos en que podrá limitarse la publicidad de la audiencia, pero además faculta al juez para determinar otros supuestos (o verificar que, en un caso concreto, concurren los que previamente ha señalado el legislador).

Los límites al principio de publicidad (como lo son los que se acaban de señalar), no son extraños en la experiencia comparada del proceso penal. En el derecho comparado, tanto nacional de otros países como internacional, hay casos en que se reserva el nombre de las partes. Por ejemplo, en ocasiones los expedientes se identifican como “X, Y y Z contra Bélgica”, para proteger la identidad de menores o de personas que han sido víctimas de delitos que generan una especial sensibilidad social (como los de naturaleza sexual).

En este sentido puede mencionarse que en el caso *Newspaper Co. vs. Superior Court*, la Suprema Corte estadounidense sostuvo la pertinencia de restringir el acceso a la información judicial en materia penal cuando, por ejemplo, una víctima menor de edad en delitos de carácter sexual esté prestando testimonio²⁷, lo cual es muy entendible pues tiende a proteger el interés superior del niño expresamente tutelado por la Convención de los Derechos del Niño de la ONU (de 1989)²⁸.

²⁶ Fix Zamudio, “Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal”, cit., p. 236.

²⁷ En el caso *Newspaper Co. vs. Superior Court*, 457 U.S. 596.

²⁸ De hecho, los procedimientos que rigen la justicia para adolescentes (derivados del mandato del artículo 18 constitucional), pueden ser un parámetro atendible (en sentido positivo o negativo) para establecer las reglas de la publicidad y sus límites en el derecho penal de adultos. Sobre el tema puede verse Vasconcelos Méndez, Rubén, *La justicia para adolescentes en México*, México, UNICEF, UNAM, 2009.

En cualquier caso la publicidad debe ser una nota omnipresente en los procesos judiciales, pero no en la eventual etapa previa de detención e investigación. En México es frecuente que los medios de comunicación den a conocer los nombres y las fotografías o imágenes de personas que acaban de ser detenidas. No hay contra ellos ningún elemento que los haga culpables de haber cometido un delito y sin embargo son exhibidos públicamente como violadores, asesinos o ladrones.

Los medios de comunicación, con el apoyo y la connivencia de las autoridades policiales o ministeriales, vulneran de esa forma la presunción de inocencia (entendida no solamente como un derecho intraprocesal, sino como una protección del individuo también frente a su desdoro público, a la vejación de que puede ser objeto por sus conocidos, por sus vecinos, por la comunidad en que se desenvuelve)²⁹.

La “presentación” de individuos recién detenidos debería respetar su intimidad, tal y como lo permiten los modernos sistemas electrónicos (por ejemplo mediante la distorsión de su rostro o de su voz). No estamos a favor de detenciones secretas, sino de preservar el debido equilibrio entre los intereses que el principio de publicidad pone en juego y, en ciertos supuestos, en tensión³⁰. Perfecto Andrés ha señalado al respecto lo siguiente: “Creo que en materia de proceso penal, el pesado gravamen que su sola instauración representa para el afectado no debería verse incrementado por la *pena* sobreañadida de la difusión de los datos que inducen una anticipación del juicio y muy perturbadores efectos dentro del mismo. Siquiera hasta la existencia de una hipótesis acusatoria suficientemente contrastada y madura, apta para determinar la apertura de aquél”³¹.

Como puede verse, el principio de publicidad juega un papel de la mayor importancia en cualquier sistema procesal que busque respetar el debido proceso. Pero también puede poner en jaque diversos bienes y derechos de rango constitucional. Por eso es que estimamos prudente y oportuno que la fracción V del apartado B del artículo 20 constitucional haya reflejado la importancia del principio pero también haya reparado en la complejidad del tema, al grado de incluir sus posibles limitaciones desde el texto constitucional, reenviando para su detalle a la tarea legislativa y al criterio judicial para su aplicación concreta.

La publicidad o el derecho a un juicio público aparecen en distintos ordenamientos del derecho internacional de los derechos humanos. Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (1948), en cuyo artículo 11 se señala el derecho de toda persona acusada de haber cometido un delito “a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en *juicio público*...”.

²⁹ Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2ª edición, Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 315.

³⁰ De hecho, la propia reforma es muy clara al señalar que deberá existir un registro de detenciones en el artículo 16 párrafo cuarto. Habrá que discutir si ese registro puede ser consultado por cualquier persona o si se mantendrá cierta reserva; en caso de que se limite el acceso a la información que obra en el registro, se tendrá que discutir sobre la extensión temporal de la reserva. En todo caso, la interpretación que se haga de ese párrafo del artículo 16 constitucional por parte tanto del legislador como de los órganos aplicadores, deberá ponerse en armonía o cuando menos ponderarse con el artículo 6 párrafo segundo, fracción primera, que se refiere al principio general de publicidad de toda la información pública, así como al supuesto general de excepción, cuando existan razones de interés público así determinadas por la ley. Sobre el tema en general, Carbonell, Miguel, *El régimen constitucional de la transparencia*, México, UNAM, 2008.

³¹ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, cit., p. 71.

VI. ¿QUÉ SIGUE?

Las democracias contemporáneas se definen por la forma en que los poderes públicos tratan a los ciudadanos. Si los ciudadanos no tienen reconocido un número importante de derechos es seguro que no podremos hablar de un régimen democrático. Democracia equivale hoy en día, sobre todo, a tutela de los derechos fundamentales. Dicha es imposible cuando la relación entre el Estado y los ciudadanos está regida por prácticas de corrupción y cuando no existe una ética pública que sea capaz de identificar, denunciar y sancionar tales prácticas.

Entre los derechos fundamentales propios de cualquier Estado democrático se encuentra el derecho a la información y dentro de él, como una de sus especies, el derecho de acceso a la información pública gubernamental. No se trata, en esa virtud, de una concesión graciosa de la autoridad, de una moda política o del discurso de tal o cual partido político. Estamos ante un derecho fundamental protegido por normas jurídicas que, en el sistema jurídico mexicano, ocupan la más alta jerarquía. De su contenido derivan, como ya se ha explicado, una serie de obligaciones en términos de políticas públicas sustantivas, vinculadas sobre todo con el ejercicio transparente del poder público.

Ahora bien, los derechos fundamentales deben estar no solamente puestos en normas jurídicas, sino también garantizados por un movimiento social que esté permanentemente alerta ante su posible violación. Si es verdad que los derechos no caen del cielo, sino que hay que ganarlos sobre la tierra, habrá que vigilar con extremo cuidado el nuevo marco constitucional que nos ofrece la reforma del 20 de julio de 2007 en materia de transparencia. Tiene razón Ferrajoli cuando escribe que “históricamente, todos los derechos fundamentales han sido sancionados, en las diversas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una opresión o discriminación precedente: desde la libertad de conciencia a las otras libertades fundamentales, desde los derechos políticos a los derechos de los trabajadores, desde los derechos de las mujeres a los derechos sociales. Estos derechos han sido siempre conquistados como otras tantas formas de tutela en defensa de sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte –iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales- que regía en su ausencia”³².

La lucha contra la corrupción y a favor de la transparencia es, como pocas, una tarea en muy buena medida ciudadana. Es una tarea en la que todos debemos ser muy exigentes para lograr que exista una verdadera rendición de cuentas en el Estado mexicano, como requisito indispensable para que podamos incrementar la calidad de vida de los habitantes del país.

³² “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en el libro del mismo título, 3ª edición, Madrid, Trotta, 2007, p. 363.