

PROTECCIÓN DEL “DEBIDO PROCESO” FRENTE  
AL PELIGRO DE LOS “JUICIOS PARALELOS”:  
MEDIDAS DE CARÁCTER SUSTANTIVO  
Y PROCESAL (A PROPÓSITO DEL “CASO POSADAS”)

Manuel JAÉN VALLEJO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El proceso penal como realización del derecho penal*. III. *El sistema procesal según el modelo del “debido proceso”*. IV. *Ejercicio de la acusación y acceso al proceso*. V. *La “igualdad de armas” en el proceso*. VI. *La imparcialidad en el proceso penal: el peligro de los “juicios paralelos”*. *Medidas de carácter sustantivo y procesal*. VII. *“Caso Posadas”*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo pretende ofrecer una aportación más, desde una perspectiva puramente técnica, sobre algunas de las muchas cuestiones jurídicas que sugiere el “caso Posadas”.

Pero más allá del tratamiento de esas cuestiones y de la relevancia que se le pueda dar, quiero adelantar que mi opinión sobre este caso del asesinato del cardenal Juan Jesús Posadas Ocampo y seis personas más, que tanto daño está causando a la justicia penal mexicana, coincide plenamente con la emitida por el conjunto de profesores del área jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, expresada en un escrito de junio de 2003.

La gravedad del caso, de las tergiversaciones del denominado Grupo Jalisco, y de las consecuencias que se pueden derivar para el Estado de derecho en México, constituye un motivo inexcusable para escribir este trabajo, que surge desde la más absoluta libertad e independencia, a fin

de poder contribuir en alguna medida, dentro del conjunto de colaboraciones que integran el debate abierto al respecto, al necesario robustecimiento del Estado de derecho que toda sociedad exige, y, por supuesto, también la mexicana.

Prácticamente todas las Constituciones, entre ellas la mexicana de 1917, reconocen los valores y principios que hacen posible la existencia, al menos formal, de un Estado democrático de derecho, entre ellos: la justicia, la igualdad, la libertad, los derechos fundamentales de las personas, la separación de los poderes del Estado y la plena independencia del Poder Judicial.

Naturalmente, no basta con la mera existencia de leyes, que también las hay en regímenes dictatoriales, sino que esas leyes deben provenir de un parlamento, que es el que las legitima democráticamente. No es infrecuente en países iberoamericanos que, a pesar de las grandes declaraciones constitucionales, en las que no suele faltar de nada, la realidad cotidiana de la justicia penal nos muestre unas características que nada tienen que ver con el contenido de la Constitución. Es decir, ésta es como una pantalla estática, que no refleja ni mucho menos el estado de la justicia penal. Por eso, llevaba razón Lasalle cuando decía que “la Constitución de un país es en esencia la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país”.<sup>1</sup>

Si realmente los ciudadanos no gozan de los derechos y garantías que la Constitución les reconoce, si no existe verdaderamente una separación de poderes, porque los jueces y tribunales no gozan de las condiciones necesarias para desempeñar su alta función con absoluta independencia, si los delinquentes poderosos tienen capacidad para poder influir en los representantes de esos poderes, y, en fin, si la corrupción, la impunidad y la irresponsabilidad de los corruptos, está presente en la sociedad, habrá que acordar que por mucha Constitución que tengamos, realmente ésta no existe, porque su letra será “letra muerta”.

Algo parecido ocurre con las manifestaciones que no pocas veces escuchamos o leemos de determinadas personas, responsables políticos e incluso juristas, en las que las mismas pretenden aparecer como grandes defensores de los ideales democráticos y de los derechos humanos —fenómeno que no es desconocido en España— y, sin embargo, en la vida cotidiana, en sus actitudes permanentes, son los mayores enemigos de la

1 Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, Coyoacán, 1999, p. 52.

democracia y de sus valores, es decir, de lo que ellos predicán. Esta falta de correspondencia, de coherencia, entre lo que se dice y lo que se hace, es una triste realidad, no ya mexicana, sino universal. Porque, como con toda razón dicen Carpizo y Andrade:

...fácil es decir que nadie se encuentra por encima de la ley, pero al aplicarla, los principios que prevalecen son las influencias, las presiones, los intereses, las obsesiones y los compromisos... (y) fácil es decir que todas las actuaciones y procedimientos se realizan de acuerdo con las normas legales, cuando, en realidad, éstas se violan para privilegiar intereses políticos, económicos, sociales, ideológicos o personales.<sup>2</sup>

Por ello, como concluyen los mencionados autores, “urge adecuar las palabras a los hechos, actuar tal y como se pregona”.<sup>3</sup> Naturalmente, esta impecable conclusión, que contiene una regla de conducta para todos, deberían tomarla como una auténtica exigencia aquellas personas que tienen a su cargo responsabilidades públicas, y mucho más aún si se trata de líderes sociales y políticos.

Las reflexiones que voy a ofrecer en este ensayo pertenecen en su mayor parte al proceso.

En mi opinión, de poco sirve que tengamos reconocidos y vigentes los siempre imprescindibles principios superiores del derecho penal material (principios de legalidad y de culpabilidad) y que hayamos avanzado en la técnica que permite una mayor racionalidad en la aplicación de la ley penal, si resulta que los encargados de la investigación criminal no actúan con la necesaria profesionalidad y honestidad, imperando, por el contrario, la corrupción y la ineficacia, o si resulta que aquéllos, o los jueces encargados de impartir la justicia penal, actúan, no con la necesaria independencia, sino presionados por los medios de comunicación, grupos de presión o personas influyentes, o no se respeta la presunción de inocencia de todo imputado, anticipando la condena a través de un uso abusivo de la prisión preventiva, que deja de ser una medida cautelar para transformarse en una auténtica pena, o, en fin, si no se respeta el derecho de defensa que a todo ciudadano asiste.

<sup>2</sup> *Asesinato de un cardenal. Ganancia de pescadores*, México, Nuevo Siglo Aguilar, 2002, p. 537.

<sup>3</sup> *Idem*.

## II. EL PROCESO PENAL COMO REALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

El proceso penal es la realización del derecho penal, pues éste no se puede aplicar sino a través de aquél. Por ello, como antes lo adelantaba, las garantías del proceso tienen tanta importancia como los propios principios legitimantes del derecho penal material. Ni aquéllas ni éstos se puede ignorar en la aplicación de la ley penal, porque todos ellos son los que legitiman el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado de derecho. Mi admirado y querido colega Moisés Moreno nos lo recuerda cuando afirma que entre los principios que informan el sistema de justicia de un Estado de derecho están el principio de legalidad, el de intervención mínima, el de culpabilidad, pero también el principio de presunción de inocencia, de jurisdiccionalidad, el principio de defensa y el principio del debido proceso<sup>4</sup>.

Es razonable, pues, la preocupación de los penalistas, no sólo por el adecuado desarrollo de los principios propios del derecho penal, sino también por el desarrollo y efectividad de las garantías del proceso penal, concientes de que sólo con el reconocimiento de ese conjunto de principios y garantías, materiales y procesales, puede mantenerse intacto el edificio de la justicia penal.

Es clásica —pero vigente— la expresión de Roxin, según la cual “el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución”,<sup>5</sup> de tal modo que el reconocimiento o no de derechos fundamentales procesales permitiría medir el carácter autoritario o liberal de la sociedad. Naturalmente, no basta con el mero reconocimiento, sino que éste debe ir acompañado de su efectiva realización.

En realidad, hoy en día no se discute la existencia de esos derechos y garantías fundamentales del proceso, sino más bien su alcance, su mayor o menor realización en el derecho positivo en particular de que se trate. Concretamente, en el ámbito de la Unión Europea, gracias a la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hace tiempo que se percibe una aproximación cada vez mayor hacia un marco básico para el derecho procesal penal europeo, precisamente sobre la base de los principios contenidos en aquella Convención (artículo 6o.).

4 Moreno Hernández, M., *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, México, Ius Poenale, 1999, pp. 49 y 50.

5 *Strafverfahrensrecht*, 25a. ed., 1998, § 2.

Un derecho procesal liberal, a diferencia de un derecho procesal autoritario, ha de reconocer con la mayor amplitud las garantías procesales del acusado, asumiendo incluso el riesgo de absolución de un culpable.

Tales garantías surgen ya desde el mismo momento de la detención. La policía no puede detener a una persona sino en los casos y en la forma legalmente prevista,<sup>6</sup> debiendo contar con el derecho a ser informado de los hechos que se le imputan y de las razones de la detención, con el derecho a guardar silencio y a no confesarse culpable, a designar abogado y a solicitar su presencia, así como a que se ponga en conocimiento de un familiar u otra persona el hecho de su detención.<sup>7</sup> En España, las garantías del detenido se encuentran en los artículos 17.3 de la Constitución y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). De otro lado, la detención no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en España en el plazo máximo de 72 horas el detenido debe ser puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial (artículos 17.2 de la Constitución y 520.1 de la LECrim).

Concluido ya el proceso, la autoridad judicial competente sólo puede imponer una sanción penal si se demuestra, luego de un juicio público, en el que se practiquen con todas las garantías las pruebas de cargo que

6 En España: artículos 489 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

7 Una Comisión de expertos, integrada por Enrique Bacigalupo, Manuel Cobo del Rosal, Juan Carlos Carbonell, Pedro David, Gabriel García Planas, Wolfgang Peukert, Antonio González-Cuéllar, Anabela Miranda, Enrique Ruiz Vadillo, José Hurtado Pozo, Wolfgang Schöne, Giorgio Marinucci, Rafael Perera, Eberhard Struensee, Klaus Tiedemann y Guillermo Vidal Andreu, reunida en Palma de Mallorca en varias sesiones de trabajo, las últimas en 1992, aprobó unas *reglas mínimas del proceso penal*, las conocidas como *Reglas de Mallorca*, entre las que se encuentra una dedicada al detenido, la 19a., que dice: “1) La detención de una persona sólo se podrá decretar cuando existan fundadas sospechas de su participación en un delito. 2) Todo detenido deberá ser presentado, a la mayor brevedad, ante la autoridad judicial y ésta, después de oírle, resolverá inmediatamente respecto de su libertad. Los Estados fijarán en sus legislaciones nacionales un límite máximo de duración de la detención que nunca excederá de 72 horas. 3) Todo detenido tiene derecho a comunicarse, lo antes posible, con un abogado de su elección. En cualquier caso, su detención deberá ser comunicada de inmediato a su familia o a las personas de su confianza por él designadas. 4) El detenido podrá obtener, mediante el procedimiento de *habeas corpus* u otro de análoga significación, la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente. Igualmente podrá instarlo un tercero a favor del detenido”. El texto íntegro de las Reglas de Mallorca se puede encontrar, entre otras publicaciones, en la *Revista Canaria de Ciencias Penales*, editada por el Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, diciembre de 1997, pp. 51 y ss.

desvirtúen la presunción de inocencia, que el inculpado ha realizado un hecho previsto por la ley como delito. Es decir, el inculpado<sup>8</sup> debe haber realizado un hecho previsto por la ley como delito, lo que tiene que ver, evidentemente, con el principio básico de legalidad.

Por último, la eventual sentencia condenatoria debe estar debidamente motivada, para que su posible incorrección pueda ser revisada mediante un adecuado sistema de recursos.

El derecho penal y el derecho procesal penal, pues, están irremediablemente unidos.

### III. EL SISTEMA PROCESAL SEGÚN EL MODELO DEL “DEBIDO PROCESO”

En el modelo del “debido proceso” la base es la presunción de inocencia.<sup>9</sup> En realidad, la función del proceso penal no reside sólo en la aclaración del hecho punible y la eventual participación en el mismo del acu-

<sup>8</sup> La reglas 7a. a 11a. de Mallorca están dedicadas a los derechos del imputado. “7a. Las decisiones que afecten a derechos personales o procesales del imputado no podrán ser adoptadas sin audiencia previa de éste. Cuando la decisión haya afectado alguno de estos derechos, el Juez o Tribunal que la adoptó deberá oírle en el plazo más breve posible para modificarla, si hubiere lugar a ello. 8a. 1) La persona sobre la que pese sospecha de parte de los órganos de persecución, no podrá ser interrogada sin ser advertida, previamente, que tiene el derecho a contar con la asistencia de un abogado y a guardar silencio o a abstenerse de declarar contra sí misma. 2) Asimismo, tendrá derecho a contar con un intérprete gratuito en todas las fases del procedimiento. 9a. 1) El imputado tiene el derecho irrenunciable a declarar libremente o a guardar silencio sobre los hechos que se le atribuyan. No podrá ser constreñido o inducido a confesar mediante violencia, amenaza, engaño, recompensa u otro medio de efecto semejante. 2) Las legislaciones nacionales deberá prever sanciones penales y disciplinarias contra los funcionarios que quebranten la regla anterior. 10a. Las pruebas obtenidas mediante la trasgresión de los derechos consagrados en las reglas 8a. y 9a. no podrán ser utilizadas en el proceso. 11a. 1) Sin perjuicio de su derecho a defenderse a sí mismo, el imputado, en todas las fases del procedimiento, y el condenado durante la ejecución de la condena, tienen el derecho a contar con un abogado de su libre elección. Igualmente, el imputado carente de medios tiene derecho a contar con la asistencia de un abogado 2) En aquellos procedimientos en los cuales las consecuencias jurídicas puedan consistir, directa o indirectamente, en la privación de libertad, la intervención del abogado será siempre necesaria”.

<sup>9</sup> En cambio, en el modelo del control social del delito (*crimen control model*), el proceso viene a ser en la práctica un instrumento más del Estado en la lucha contra el delito; *cfr.*, sobre estos dos modelos posibles del proceso penal moderno, Packer, H. L., *Two Models of Criminal Process*, 113 U. Penn. L.R. 1, 1964.

sado, lo que permitirá la aplicación del derecho penal material, sino también en la protección del imputado, que debe ser presumido inocente hasta el momento de la sentencia firme; de ahí el carácter excepcional y subsidiario de la medida de prisión provisional, que no es una pena, por lo que no se le pueden asignar los fines de ésta (prevención general y especial), sino los que son congruentes con la naturaleza de una medida procesal cautelar, esto es, evitar la sustracción del imputado a la acción de la administración de justicia y evitar la obstrucción de la instrucción penal.

En resumen, el proceso penal debe ser respetuoso de la dignidad de la persona, de la presunción de inocencia y de las reglas y garantías del debido proceso.

Lo mismo que frente al ahora llamado “derecho penal de enemigo”,<sup>10</sup> caracterizado por una relativización de las garantías y por la vigencia y potenciación del paradigma de la cárcel, debe oponerse un “derecho penal de ciudadano”, propio de una sociedad de libertades, también frente al modelo procesal del control social del delito debe oponerse el modelo procesal del debido proceso. Tanto el derecho penal material como el derecho procesal penal deben operar a favor de los derechos fundamentales del ciudadano, no en su contra.

Por supuesto, no sólo se debe proteger al imputado, sino también a la víctima, en su caso perjudicados por el delito, pero sin que ello sea excusa para una posible relajación de la protección de aquél, porque no se debe olvidar que no hay mayor víctima que una persona acusada de un delito que no ha cometido, luego inocente, que es, en realidad, la hipótesis que debe tenerse siempre presente.

También se debe proteger a los testigos. El juez debe velar por la correcta práctica del interrogatorio durante la instrucción, de manera que el testigo no responda a preguntas que lo puedan inculpar. Desde el momento en que haya alguna razón para inculparlo se debe concluir el interrogatorio como testigo, y se lo debe inculpar formalmente, informándosele entonces de sus derechos antes del interrogatorio, ya como imputado, entre ellos el derecho a guardar silencio y a no declararse culpable.

<sup>10</sup> Cfr. Jakobs, *ZStW*, 1985, pp. 753 y ss., y *La ciencia del derecho ante las exigencias del presente*, trad. de T. Manso, Bogotá, 2000, pp. 29 y ss.; véase también, con amplia bibliografía, Pérez del Valle, C., “Sobre los orígenes del «derecho penal de enemigo»”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 75, 2001, pp. 597 y ss.

#### IV. EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN Y ACCESO AL PROCESO

Una de las funciones de todo Ministerio Público o fiscal, Procuraduría de Justicia, es la de ejercer la acción penal en las causas penales. En muchos países, además, tiene atribuidas funciones instructoras o investigadoras.

El Ministerio Fiscal, pues, o, en su caso, la Procuraduría de Justicia, es quien ejerce la acusación pública, por lo que es esencial que goce de la necesaria independencia, que sea autónomo, sin injerencias del Poder Ejecutivo, que en un momento determinado podría estar interesado en que no se persigan determinados delitos, por ejemplo los llamados delitos de corrupción, referidos a prácticas corruptas entre operadores económicos y altos funcionarios, así como entre empresas y partidos políticos, que evidentemente pueden afectar al propio sistema institucional.

En España, aunque es cierto que el Ministerio Fiscal, según lo dispone el artículo 124 de la Constitución, “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio, o a petición de los interesados”, no es menos cierto que se rige, como este mismo precepto constitucional lo indica, por los “principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica”, y que el fiscal general del Estado es nombrado por el rey, a propuesta del gobierno. Esto último significa que el Ministerio Fiscal se encuentra, más que en la órbita del Poder Judicial, en la del Ejecutivo, lo que permite a este último utilizar aquel órgano en sentido oportunista.

En suma, aunque no cabe duda que las funciones del Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, deben estar presididas por su imparcialidad e independencia, que nadie niega, el hecho de que el nombramiento del fiscal general del Estado proceda del presidente del gobierno de turno, quien, naturalmente, puede cesarlo en cualquier momento, produce en ocasiones cierta desconfianza sobre su independencia e imparcialidad (es frecuente escuchar frases tales como que “sigue consignas del gobierno”, que, evidentemente, no tiene por qué coincidir con la realidad), lo que no ocurre, en cambio, con los jueces y magistrados, que al ser inamovibles, y al no poder ser separados, suspendidos, ni trasladados, sino sólo por las causas legalmente previstas (artículo 117 de la Constitución), garantizan una buena imagen de la administración de justicia en su independencia.

Ahora bien, los anteriores recelos quedan en buena medida neutralizados en España por la posibilidad que existe de que la acusación sea ejercitada también por los ciudadanos, directamente, y no sólo a través del ejercicio de la acción particular o privada por los perjudicados por el delito, sino también a través del ejercicio de la acción popular (artículo 125 de la Constitución), presente en la práctica totalidad de los grandes procesos.

Por tanto, en la hipótesis de que el Ministerio Fiscal, por la razón que sea, no quisiera ejercer la acción penal, o luego de ejercitarla decidiera no mantenerla, retirando la acusación, aquellas otras acusaciones permitirían el inicio y la continuación del procedimiento, asegurando así “la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”. Es decir, la posible falta de independencia del Ministerio Fiscal quedaría neutralizada a través de la acción directa por los propios ciudadanos, gracias a que en España aquel órgano no tiene el monopolio de la acusación.

Con dicha salvaguardia, y teniendo en cuenta que, en realidad, el Ministerio Fiscal no es el que tiene que tomar las decisiones, sino que éstas corresponden al juez o tribunal, aquella eventual falta de independencia e imparcialidad en aquel órgano no tendría la relevancia que si la misma se percibiera en los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, al tiempo que se debe garantizar el ejercicio de la acción penal, adquiere una importancia extraordinaria en el conjunto de las garantías del proceso penal el principio acusatorio, que debe regir en todos los procesos penales y que tiene distintas manifestaciones:

- a) Que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él, evidentemente por persona distinta a quien tenga la función de juzgar, una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria (*ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore*).
- b) Que la imputación debe tener lugar en la fase de instrucción; se quieren evitar así acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que se les haya dado la posibilidad de participación en aquella fase; en realidad, aunque en algunos países —como en España, a través del llamado auto de procesamiento (artículo 384, LECrim)— se exige un acto formal de imputación, lo cierto es que desde el mismo momento en que se le imputa a otro un delito,

- se le debe tomar declaración como imputado, gozando desde ese mismo momento del derecho de defensa, pudiendo tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga —¡no se debe esperar, pues, al dictado de un acto formal concreto!— (Sentencia del Tribunal Constitucional español 19/2000).
- c) Impone la exigencia de que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, pues el testigo está obligado penalmente a decir la verdad, en tanto que el imputado no sólo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, e incluso mentir; la imputación, pues, como se dijo, ¡no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario!, porque la misma implica el surgimiento del derecho de defensa (Sentencia del Tribunal Constitucional español 19/2000).
  - d) Por supuesto, el hecho objeto de la acusación y el que sirva de base a la condena deben permanecer inalterados (identidad del hecho punible), pues de lo contrario el juez se convertiría en acusador comprometiendo con ello su necesaria imparcialidad.
  - e) También exige el principio acusatorio la homogeneidad de los delitos objeto de la condena y de la acusación, a fin de que no se produzca indefensión; por ello, en el proceso penal el derecho de defensa y la necesidad de debate contradictorio entre las partes, que no se limita a los hechos y a su prueba, sino que también se extiende a la calificación de los hechos, impone inexcusablemente limitaciones al principio *iura novit curia*, que rige, sin embargo, en el proceso civil. En otras palabras: en el proceso penal no sólo se discuten los hechos, sino también el derecho.

## V. LA “IGUALDAD DE ARMAS” EN EL PROCESO

Para evitar toda indefensión, las partes contendientes deben poder gozar de la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses. Es decir, se debe posibilitar el enfrentamiento dialéctico.

Para ello se articula la asistencia de letrado, que precisamente tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judicia-

les el deber de evitar desequilibrios entre las partes que les pueda originar indefensión.<sup>11</sup>

Ahora bien, así como en el juicio oral, que es el verdadero proceso, rigen todas las garantías que legitiman la prueba allí practicada, como es la publicidad, la oralidad, la inmediación y la contradicción, en la fase de instrucción, en cambio, no rigen aquellas garantías, salvo esta última en la hipótesis de prueba testifical anticipada.

Ello no tendría mucha trascendencia si la instrucción tuviera verdaderamente una función meramente preparatoria del juicio oral. Pero ocurre con frecuencia, y ello ha sido denunciado ya en la doctrina,<sup>12</sup> que el juicio oral queda muy predeterminado en la práctica por la instrucción, en cuya fase es muy dudoso que rijan con la misma plenitud los principios y garantías procesales. Por el contrario, en esta fase rige más bien la “desigualdad de armas”, y ello, al menos, por las siguientes razones:

- a) Porque las normas que rigen esa parte del proceso son normas con fuertes rasgos inquisitoriales; por ejemplo, en la fase de instrucción no rige la publicidad, sino, por lo general, el secreto de las actuaciones,<sup>13</sup> es decir, es secreta para cualquiera, salvo, naturalmente para las partes personadas, que pueden tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento; pero incluso, excepcionalmente, el juez de instrucción puede declarar secreto el sumario también para las partes, a propuesta del fiscal.<sup>14</sup>
- b) Es evidente que la policía y la fiscalía tienen en esa fase posibilidades para la obtención de pruebas de las que no dispone la defensa; incluso ésta, como se dijo, puede quedar excluida del conocimiento de las actuaciones mediante la declaración del secreto.
- c) Actualmente, además, ante el fenómeno criminal del terrorismo y de la criminalidad organizada, propiciatorios de un “derecho pe-

11 Cfr. al respecto López Barja de Quiroga, J., quien en *Instituciones de derecho procesal penal*, Madrid, 1999, p. 88, destaca que el derecho a la igualdad de armas “se proyecta no sólo durante el juicio sino también en la instrucción, exigiendo que ésta tenga carácter contradictorio ofreciendo al inculpado la posibilidad de alegar y contradecir lo que contra él se establece”.

12 Cfr. al respecto Bacigalupo, *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2002, pp. 173 y ss.; Wolter, *Aspekte liner Strafprozeâreform bis 2007*, 1991, p. 56.

13 Véase artículo 301 de la LECrim.

14 Véase artículo 302 de la LECrim.

nal de enemigo”, no parece que el desarrollo del derecho procesal vaya a avanzar en el sentido de un fortalecimiento de la igualdad de armas en esa fase del proceso, sino más bien lo contrario, pues se tiende a potenciar la obtención policial de pruebas a través de agentes encubiertos, el empleo de medios técnicos para escuchas dentro del domicilio, la captación de imágenes por video, el sometimiento a observación policial, etcétera.

Además, las intervenciones en derechos fundamentales no siempre se llevan a cabo con los presupuestos necesarios que toda intervención o injerencia en esos derechos exige, como la proporcionalidad de la medida, deviniendo nula la prueba alcanzada, con los efectos previstos en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.<sup>15</sup>

En España se echa en falta una disposición como la de la StPO alemana, en donde se afirma que sólo es posible ordenar medidas restrictivas de derechos fundamentales, cuando el esclarecimiento del hecho “de otro modo tendría un éxito considerablemente menor o se vería esencialmente dificultado” (§ 131 a y ss.).

De otro lado, la protección de testigos, especialmente en el ámbito de la llamada “criminalidad de los poderosos”, ha llevado en algunos casos a dar validez en el juicio a diligencias practicadas durante la instrucción, lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido rechazando, en aplicación del artículo 6o. de la Convención Europea.

Así, este Tribunal ha apreciado la vulneración del artículo 6o. de la Convención, en un caso en el que la condena se había basado en la declaración de dos testigos anónimos, que ni el acusado ni su defensor pudieron interrogar.<sup>16</sup> Y es que el derecho del acusado en causa penal a defenderse lleva consigo la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, en el acto del juicio oral.

No obstante, la necesidad de protección, tanto a las víctimas de los delitos —que también pueden ser testigos— como a testigos en quienes concurren especiales circunstancias de riesgo, puede llevar al Tribunal a

15 Véase, ampliamente, sobre la prueba ilícita, Urbano Castrillo, E., *La prueba ilícita penal*, Pamplona, 2000.

16 Caso “Kostovski”, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 20 de noviembre de 1989. En el mismo sentido, entre otras, Sentencias del mismo Tribunal de 27 de septiembre de 1990 (caso “Windisch”), y de 19 de diciembre de 1990 (“caso Del-tas”).

mantener ocultas las señas de identidad, así como a la utilización en el juicio oral de determinadas medidas que eviten la identificación visual normal.

En España, ello es posible gracias a la Ley Orgánica 19/1994, del 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales,<sup>17</sup> que prevé la posibilidad de que el juez instructor pueda decidir que no consten en las diligencias que se practiquen los datos personales, domicilio ni cualquier otro dato que pueda permitir la identificación del testigo o perito, que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando algún procedimiento que imposibilite su identificación visual normal, y que se fije como domicilio, a efectos de notificaciones, la sede del propio órgano jurisdiccional.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la misma ley señala que “la identidad será desvelada ante la petición razonada de una de las partes cuando lo solicite motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa”, lo que quiere decir que el anonimato en la identidad del testigo subsiste sólo hasta el juicio oral,<sup>18</sup> si alguna de las partes solicita razonadamente que se desvele su identidad. Ello es coherente con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contenida en los casos Windisch (sentencia del 29 de septiembre de 1990), Delta (sentencia del 19 de diciembre de 1990) y Kotovski (sentencia del 20 de noviembre de 1989), según la cual la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos restringe el derecho de defensa, pues si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga o indigna de crédito, y no podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan fiscalizar su crédito.

Si se mantuviera excepcionalmente la medida de protección del testigo durante el juicio, deberán tomarse en consideración las previsiones

17 Que tiene su antecedente en el Tratado Internacional referido a la Convención sobre la Tortura (Instrumento de ratificación por España publicado en el Boletín Oficial del Estado el 9 de noviembre de 1987), en cuyo artículo 13 se prevé la necesidad de que el Estado tome medidas para asegurar que los testigos de ese delito estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia del testimonio prestado.

18 Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1998 afirmó que “la protección del testigo que dispone para ciertos casos la Ley Orgánica 19/1994 no afecta en modo alguno a los derechos procesales del acusado que emanan del artículo 24.2 de la Constitución española y del artículo 6.3 *d* de la Convención Europea de Derechos Humanos, tal como lo establece el artículo 20 de la mencionada Ley Orgánica 19/1994”.

contenidas al respecto en el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 6 de octubre de 2000:

a) Para adoptar la medida de impedir la visualización del testimonio de un testigo en el acto del juicio oral por parte del acusado, a que hace referencia el apartado b) del artículo 2o. de la Ley Orgánica 19/1994 de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales, es necesario que el Tribunal motive razonablemente su decisión. Y ello tanto vengan dispuestas medidas protectoras adoptadas ya en la instrucción (artículo 4o.), como si tal medida se acuerda en el momento de la celebración del juicio oral.

b) En este segundo caso, tal motivación es bastante con que se refleje en la propia acta del juicio oral, con la amplitud que requiera la situación de peligro, dejando expuesto también lo que las partes consideren en relación con tal restricción a la publicidad del debate, así como el acatamiento o respetuosa protesta a la decisión adoptada por el Tribunal.

c) La consecuencia de la inexistencia o insuficiencia de tal motivación puede ser controlada casacionalmente, originando la nulidad del juicio oral con retroacción de actuaciones, para la celebración del mismo de nuevo con Tribunal formado por diferentes magistrados.

Evidentemente, la situación de peligro del testigo, por sí misma, no es una causa de incomparecencia al juicio oral, y, por tanto, las declaraciones sumariales de los testigos protegidos no pueden alcanzar valor probatorio simplemente con ser leídas, como ocurre en los supuestos del artículo 730 de la LECrim española (testigo ya fallecido, que no se le puede hallar, etcétera); tendrían que darse estos últimos supuestos, con los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para que pudieran tener validez.<sup>19</sup>

En cuanto a los métodos para mantener oculto al testigo en el juicio oral, lo importante es que no afecten al derecho de defensa del imputado —fuera de la limitación que supone el desconocer su identidad— es decir, que éste pueda interrogar libremente al testigo. Así, se admite sin problemas la utilización de biombos en las Salas de vistas (Acuerdo del Pleno del 6 de octubre de 2000 y Sentencia del Tribunal Supremo del 5

<sup>19</sup> Materiales (imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del juez de instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para lo cual se debe proveer de abogado al imputado) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el artículo 730, LECrim) (Sentencias del Tribunal Constitucional 209/2001 y 38/2003).

de febrero de 2001), declarar desde la puerta de acceso a la Sala (Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de julio de 1994), o “detrás de la tribuna donde declaran los testigos para impedir que el acusado los viera” (Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de febrero de 1995). Otros sistemas, en cambio, como el empleo de pasamontañas u otra vestimenta que oculte la identidad, y la utilización de distorsionadores de voz, no son admisibles, pues es claro que al mantener también oculto al testigo frente al juez o tribunal, que deben ver y oír al testigo en condiciones normales para poder ponderar la credibilidad de lo que diga, afectan a la necesaria intermediación o percepción de la que aquéllos deben disponer para llevar a cabo el necesario juicio sobre la prueba.

La circunstancia de la predeterminación del juicio oral por la instrucción ha traído como consecuencia una cierta tendencia a prescindir en muchos casos del juicio oral, a través de los acuerdos previos a ese acto entre las partes.

La razón es clara: el porcentaje de asuntos que desembocan en una solución diferente a la propuesta por el fiscal como resultado de la investigación es mínimo, luego parece aconsejable en no pocos casos un buen acuerdo, antes que ir a un juicio que muy probablemente no va a ofrecer una solución mejor.

A mi juicio, la regla general debería ser más bien la contraria, es decir, debería reducirse al máximo la instrucción y potenciarse la celebración de los juicios orales, en los que con el debate público que los caracteriza es posible a los ciudadanos comprobar por sí mismos cómo administran justicia sus representantes, es decir, es cuando verdaderamente adquiere realidad un principio básico del orden democrático cual es la participación y control de la justicia por la comunidad. Además, en el juicio oral, con el debate oral, público y con contradicción entre las partes, sí se puede afirmar la “igualdad de armas”.

El juicio oral se podría celebrar incluso en forma inmediata, aunque ello no siempre sea posible por las dificultades que puede presentar en algunos procesos el esclarecimiento de una sospecha que permita el juicio de culpabilidad propio de esta fase, como ocurre sin duda en el “caso Posadas”, aunque entiendo que hace ya años que se pudo celebrar el juicio. Pero no son pocos los casos en los que no son necesarias medidas de restricción de derechos fundamentales, como entradas y registros, escuchas telefónicas, etcétera, o búsqueda de testigos, para la obtención

de pruebas, constando ya en el atestado el presunto culpable e incluso testigos.

En tales casos, no hay necesidad, a mi juicio, de que el juez instructor realice diligencias, como interrogatorios, que pueden perfectamente practicarse ya en el acto del juicio, y cuya práctica ante aquél no hace más que dilatar indebidamente la celebración de este acto y prolongar la situación de incertidumbre del acusado.

En este sentido se ha orientado, acertadamente, la reciente reforma procesal penal española, pues de acuerdo con el artículo 795 de la LECrim española (según la reforma operada por la Ley Orgánica 38/2002, del 24 de octubre), el procedimiento a seguir será el de “enjuiciamiento rápido” (artículos 795-803 de dicha Ley), cuando la pena no exceda de cinco años de prisión o de diez si es de distinta naturaleza, siempre que el proceso penal se haya incoado en virtud de un atestado policial, haya un detenido o un denunciado, y concurra cualquiera de las circunstancias siguientes: que se trate de un delito flagrante, que se trate de un delito de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, en el ámbito familiar, de un delito de hurto, robo, hurto y robo de uso de vehículos, o contra la seguridad del tráfico; y que se trate de un hecho punible cuya instrucción se pueda presumir que será sencilla. Para este procedimiento se prevé un límite máximo para la celebración del juicio oral de quince días, señalando la fecha el mismo juez de guardia (artículo 800.3 de la LECrim). Y para las faltas se contempla también la celebración del juicio de faltas de forma inmediata (artículos 962-964 de la LECrim), y si ello no fuera posible el artículo 965 ofrece una serie de reglas, entre ellas la celebración de aquel juicio en un plazo no superior a siete días.

Ahora bien, que se sostenga la predilección por la fase del juicio oral no significa que no se deba dejar un espacio a la figura de la reparación o conciliación entre las partes (tercera vía), que permita no sólo prescindir, en su caso, de la pena, sino, paralelamente, concluir el proceso sin necesidad de tener que llegar al juicio.

En resumen: debería haber menos instrucción y más juicio oral, incluso debería dividirse este último acto en dos fases.

Una fase se debería dedicar al enjuiciamiento de la culpabilidad del acusado respecto de los hechos concretos que se le imputan, con la correspondiente práctica de la prueba sobre el hecho punible, en todos sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, incluida la participación del

acusado en los mismos; y otra, salvo, naturalmente, caso de absolución, a la determinación de las consecuencias jurídicas, de acuerdo con el resultado de la anterior fase, es decir, a la determinación de la pena y su medida, a la determinación de las medidas de seguridad, de la responsabilidad civil y de las consecuencias accesorias.<sup>20</sup>

Además, debería reconocerse el principio de oportunidad, cuando hay conciliación o reparación, al menos para delitos que no sean graves. El reconocimiento de esta “tercera vía” tiene mucho que ver con la llamada mediación o conciliación en el sistema penal, que debería actuar como alternativa a la pena en los casos mencionados, de manera que el juez pudiera sustituir la pena misma por el cumplimiento del acuerdo conciliatorio, y también, paralelamente, como alternativa al mismo proceso, permitiendo la resolución del conflicto sin tener que esperar para ello al momento de la celebración del juicio. Se optimizaría así el rendimiento del aparato judicial.

#### VI. LA IMPARCIALIDAD EN EL PROCESO PENAL: EL PELIGRO DE LOS “JUICIOS PARALELOS”. MEDIDAS DE CARÁCTER SUSTANTIVO Y PROCESAL

La imparcialidad es una de las garantías esenciales del “debido proceso”, que presenta distintas proyecciones en el proceso penal, y cuyo significado ha sido objeto de un amplio desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que viene distinguiendo entre imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva. La primera exige que el juez considere asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés de ninguna clase, ni directo ni indirecto, y la segunda hace referencia a la necesidad de que un eventual contacto anterior del juez con el *thema de-*

20 Este sistema del juicio oral en dos fases tiene su reconocimiento actual en países como Bélgica, Dinamarca y Noruega, y, especialmente, en el derecho procesal anglosajón (Reino Unido y Estados Unidos), en donde está previsto un primer juicio sobre la culpabilidad (“*conviction*”), tras el cual se lleva a cabo un segundo juicio de individualización o determinación de la pena (“*sentence*”), en el que ya no interviene el jurado. También está previsto en países de Centroamérica, como Costa Rica, Panamá y Honduras; es la llamada en estos países “cesura”. Muy importante en esta materia es el trabajo de Sánchez *et al.*, “Una reforma necesaria para acompañar al nuevo código penal: el juicio oral en dos fases”, *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, núm. 73, 2001, pp. 159 y ss., con amplia bibliografía y muy sugerentes reflexiones sobre la cuestión.

*cidendi*, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad.

Aunque son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, dos de los principales precedentes sobre el significado de la imparcialidad son los de las sentencias recaídas en los casos *Piersack* y *De Cubber*.

En su Sentencia del 1o. de octubre de 1982 (*caso Piersack*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó la vulneración del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en un caso en el que el presidente de un Tribunal había fallado una causa en la que previamente había actuado dentro de la fiscalía. El Tribunal Europeo dijo que la cuestión de la imparcialidad, entendida como falta de prejuicios y toma de posición, puede ser entendida desde un punto de vista subjetivo, tratando de determinar lo que tal juez piensa en su fuero íntimo en dicha circunstancia, o bien, desde un punto de vista objetivo, dirigido a comprobar si este juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima, y consideró que no resultaba posible conformarse con un criterio puramente subjetivo, pues en esta cuestión se trata de la confianza que los tribunales deben inspirar a los justiciables en una sociedad democrática. En el asunto resuelto por el Tribunal Europeo, a pesar de haberse acreditado que el presidente del tribunal que juzgó al recurrente (señor Piersack) no había participado como fiscal en la causa que luego le correspondió juzgar, aunque ciertamente había formado parte de la fiscalía que se encargó de la investigación seguida contra aquél, se consideró que había existido una vulneración al artículo 6.1 del Convenio, entendiéndose que, de acuerdo con el “criterio funcional”, no se satisfacían las exigencias del mencionado artículo, pues “para que los tribunales inspiren al público la confianza indispensable es preciso tener en cuenta consideraciones de carácter orgánico”. Desde este punto de vista, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que resultaba justificado a los justiciables temer que el tribunal no les ofrecía garantías de imparcialidad.

La otra resolución básica en esta materia es la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 26 de octubre de 1984 (*caso De Cubber*), en la que este Tribunal estimó de nuevo la vulneración del artículo 6.1 del Convenio. Se trataba aquí de la presencia como juez, en el Tribunal de Audenarde (Bélgica) que decidió sobre la fundamentación de la acusación dirigida contra el demandante, de quien había actuado previamente como juez de instrucción en una de las causas motivo de la

acusación y, parcialmente, en otra. Reitera entonces el Tribunal Europeo que no es posible aplicar al problema planteado un criterio subjetivo, como ya lo hiciera en el caso Piersack, y que, por el contrario, debían aplicarse consideraciones de naturaleza funcional y de organización interna, esto es, criterios objetivos. En este sentido, decía la sentencia, “las apariencias pueden revestir importancia”, citando el adagio inglés, según el cual *justice must not only be done: it must also be seen to be done* (no sólo se debe hacer justicia, sino que es necesario que se vea que se hace justicia).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que en el caso que se le sometía a su consideración era justificado por el justiciable temer que el tribunal que lo juzgaba actuaría en forma parcial y, por lo tanto, en contra de lo establecido en el artículo 6.1 del Convenio.

En España la instrucción viene atribuida al juez de instrucción, es decir, es éste el que tiene la capacidad investigadora, aunque ciertamente la presentación del caso ante el órgano jurisdiccional está a cargo del Ministerio Fiscal, y, en su caso, de otros acusadores.

De todos modos, en el procedimiento abreviado (Ley Orgánica 7/1988, consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988), se incrementaron notablemente en España las funciones del Ministerio Fiscal, con posibilidad de iniciar de oficio diligencias de investigación o de recibir declaración a cualquier persona, así como solicitar la conclusión de la instrucción. Incluso, la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de menores, ha establecido en su regulación la separación absoluta entre las funciones instructoras, a cargo del Ministerio Fiscal en este ámbito, y decisoria, a cargo del juez de menores.

Ahora bien, lo mismo que se debe distinguir entre el órgano que instruye y el órgano que juzga y falla, debería distinguirse también entre el órgano que instruye y el órgano que adopta las decisiones que afecten a derechos fundamentales,<sup>21</sup> como las entradas y registros, intervenciones telefónicas, o incluso la adopción de una prisión provisional.

21 *Cfr.*, en este sentido, Rodríguez Ramos, L., “Bocetos de los lunares y lagunas de la justicia penal (perplejidades en el foro penal finisecular)”, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 2, 1998, quien afirma que “habría que encomendar a los fiscales la instrucción, bajo la vigilancia de un juez de garantías sin misiones investigadoras, logrando así la imparcialidad plena de la jurisdicción controladora de la instrucción judicial”, p. 75.

Por ejemplo, en Alemania, en donde la investigación está a cargo del Fiscal (§ 160 StPO), la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales está naturalmente a cargo de otro órgano, el juez competente (§ 162 StPO), que examinará si lo solicitado por aquél es procedente o no.

En Italia, como en Alemania, el fiscal dirige la investigación y la actuación de la policía (artículos 326 y siguientes del *Codice di Procedure Penale*), mientras que la adopción de aquellas medidas corresponde al juez.

El *corpus juris* europeo establecía en su artículo 25 el llamado “juez de las libertades”,<sup>22</sup> con competencia para adoptar medidas cautelares, así como para verificar la regularidad de todo el procedimiento preliminar realizado por el fiscal general europeo al final de la fase preparatoria (control de legalidad previo al juicio). Es decir, se trata de una figura encargada de ejercer la garantía judicial en la fase preparatoria del proceso, que incluso podría ocuparse también de recibir la prueba anticipada, así como de la llamada fase intermedia y eventuales nulidades.

Se discute aún mucho la cuestión relativa a quién debe instruir: ¿un juez instructor o un fiscal? Ya hemos visto que hay soluciones para todos los gustos. En Alemania e Italia la investigación está a cargo del fiscal, en Francia y en España la investigación está a cargo del juez instructor, aunque es cierto que en España, poco a poco, el fiscal está asumiendo funciones instructoras.

A mi juicio, lo importante no es quién instruya, sino cómo instruya: ¡que el sistema que se implante sea realmente garantista! Y parece claro que un sistema en el que pueden existir dudas sobre la imparcialidad del Ministerio Fiscal no es un sistema preparado para asignar totalmente la investigación-instrucción a este órgano. Tampoco resulta satisfactorio que el mismo órgano que instruye sea quien adopte decisiones que afectan a derechos fundamentales.

Un fenómeno de especial trascendencia en el proceso penal, por la incidencia que puede llegar a tener en el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial, es el de los “juicios paralelos”, en el que, por un lado, se debe valorar siempre el hecho de vivir en una sociedad que está configurada por la expresión libre de opiniones, y, por otro lado, la necesidad de respetar aquel derecho fundamental.

22 Figura implantada en Francia en el año 2000.

A nadie se le oculta que la atención pública que supone la publicación de algunas noticias, en especial cuando se produce la apertura de diligencias judiciales, incluso con privación provisional de libertad de presuntos culpables, genera juicios paralelos, favorecidos por los medios de comunicación, los *mass media*, cuyas consecuencias son muchas veces irreparables, ¡más graves que la posible condena!

Hace ya tiempo (1866), un destacado procesalista, Faustin Helie, advertía, refiriéndose al aspecto disfuncional de la investigación criminal, que “es más fácil formular una acusación que destruirla, como es más fácil abrir una herida que curarla”. Además, es evidente que el clima social de condena de una persona puede influir en los jueces encargados de dictar sentencia, en su caso miembros de un jurado, con las graves consecuencias que ello tendrá para el derecho de defensa y a ser juzgado por un tribunal imparcial, aunque, en palabras de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 5 de diciembre de 2000, la imparcialidad no puede depender de un estado psicológico carente de toda influencia del ambiente social en el que se debe cumplir con el deber de juzgar, sino de la “ausencia de circunstancias precisas que, de acuerdo con lo establecido en la ley, hayan sido consideradas por el legislador como incompatibles con la imparcialidad”.

Aunque los juicios paralelos a quienes más afecta es a personajes públicos, del mundo de la política, de la economía, o con especial relevancia social, también pueden afectar a otras personas, que pueden verse afectadas en sus relaciones familiares, sociales e incluso profesionales y laborales. No es de extrañar, pues, que algunas legislaciones, como la austriaca y la alemana, prevean la punibilidad de las informaciones indebidas sobre investigaciones previas a un proceso penal, y que en otras los juicios paralelos puedan desembocar en una anulación de lo actuado, como ocurre en Estados Unidos.

De todos modos, la creación de esos “delitos de prensa” es difícilmente compatible con el necesario respeto del contenido esencial de la libertad de información, pues, como dice Bacigalupo, “se hurta al ciudadano el conocimiento de sucesos de interés público sobre los que tiene derecho a formarse una opinión”.<sup>23</sup>

23 Artículo de opinión “Proceso judicial y juicios paralelos”, publicado en el diario español *El País*, del 9 de febrero de 1995, p. 11; *cfr.*, en el mismo sentido, con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales, López Barja de Quiroga, J., *Instituciones de derecho procesal penal*, Madrid, 1999, pp. 105-139.

Hace ya tiempo que un destacado autor alemán, Hassemer, advertía que “los medios de comunicación y la justicia penal nunca han coexistido armónicamente”<sup>24</sup>, y es que, en verdad, los medios de comunicación, por un lado, no solo pueden sino que deben informar sobre cuantos procesos puedan resultar de relevancia e interés público, y la justicia penal, de otro lado, debe asegurar el respeto de derechos esenciales en el proceso, tales como el de defensa, imparcialidad e independencia de los jueces y tribunales, y, por supuesto, la presunción de inocencia, mientras que no se dicte una sentencia condenatoria.

No es difícil que una eventual regulación legal en esta materia, que pretenda limitar el ejercicio de la libertad de información en estos supuestos tenga el efecto no deseado de afectar al contenido esencial de dicho derecho (artículo 53.1 de la Constitución), así como al derecho de recibir información que corresponde a todo ciudadano (artículo 20.1 *d*, de la Constitución) para poder formar su opinión sobre el particular.

¿No se puede hacer nada contra los juicios paralelos? Bacigalupo ha dicho al respecto que:

...es recomendable dirigir la atención, antes que a las personas que desempeñan los cargos, al sistema institucional que permite un estado de cosas que viene siendo denunciado hace más de un siglo. No está fuera de toda duda la subsistencia en el proceso penal de una fase previa fuertemente inquisitorial. Un juez de instrucción con facultades para abrir un proceso penal por sí y ante sí y para decidir sobre la libertad y el patrimonio de un ciudadano cuya culpabilidad no ha sido todavía probada, genera en la opinión pública la idea de una declaración definitiva de culpabilidad, que no coincide con la finalidad que persigue el sistema procesal.<sup>25</sup>

Además, añade el mismo autor que del principio de presunción de inocencia se debe deducir “un deber del Estado de custodiar a la prensa mediante medidas positivas para que ésta se mantenga en sus informaciones sobre procesos pendientes dentro del marco de la objetividad”.<sup>26</sup> En este sentido, ya el artículo 9.1 del Code Civil francés, según la reforma operada en 1993, prevé la posibilidad de que el juez instructor ordene la publicación de un comunicado para hacer cesar el atentado a la pre-

24 *NJW*, 1984, pp. 1921 y ss.

25 *Idem*.

26 Bacigalupo, *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2002, p. 142.

sunción de inocencia de un ciudadano, cuanto éste sea presentado públicamente como culpable de hechos que constituyen el objeto de una investigación o instrucción judicial.

La presunción de inocencia, pues, en el marco de esta propuesta, operaría no sólo como un derecho frente al Estado, sino también como un derecho frente a otros ciudadanos “que disponen de medios capaces de estigmatizar a una persona de una manera análoga a la que el Estado podría lograr con la pena, pero —para peor— sin sujeción a los presupuestos que legitiman la pena estatal”.<sup>27</sup> Sin duda, el caso de esos ciudadanos no es otro que el de las empresas periodísticas o *mass media*, en cuyo ámbito se producen los mencionados ataques a la presunción de inocencia, así como ataques al honor, no siempre protegidos por la libertad de información.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 5 de diciembre de 2002, recaída en el asunto “Craxi *c/ Italia*”, si bien no estima la vulneración del artículo 6o. del Convenio por la campaña de prensa que el demandante, señor Craxi, había denunciado, sino por no haber podido éste interrogar a testigos de cargo (artículo 6.3. *d*, que reconoce a todo acusado el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, hace interesantes declaraciones sobre el problema de los “juicios paralelos”).

Básicamente, el demandante alegaba que su proceso se había desarrollado en un clima de hostilidad en la prensa, radio y televisión, que es el que habría determinado su culpabilidad, incluso antes de que los jueces tomaran su decisión.

Frente a ello, el Tribunal opone que “el interés de los medios italianos por el asunto Eni-sai y la importancia que revestía a los ojos de la opinión pública, se derivaban de la posición eminente ocupada por el demandante, del contexto político en el que los hechos imputados tuvieron lugar y de sus características y gravedad” (ap. 102), añadiendo que es “inevitable en una sociedad democrática que la prensa exprese comentarios a veces duros sobre un asunto sensible, que, como el del demandante, ponía en cuestión la moralidad de altos funcionarios y las relaciones entre el mundo político y el de los negocios” (ap. 103).

Un aspecto que la sentencia destaca del caso concreto resuelto es el hecho de que éste había sido resuelto íntegramente por jueces profesionales,

27 *Ibidem*, p. 143.

no por un jurado de legos, luego con experiencia y con una formación “que les permite alejar toda sugestión exterior al proceso”, sin que constara nada en el expediente, añade la sentencia, que permitiera pensar que en la decisión del caso “los jueces que se han pronunciado sobre el fondo hayan sido influenciados por las afirmaciones contenidas en la prensa”.

El riesgo, pues, de influencia de los “juicios paralelos”, como lo pone de manifiesto esta sentencia, es mayor en los juzgadores que integran un Tribunal de jurados legos, que en los profesionales, bien concedores, por su formación, de la trascendencia que en un proceso justo tiene el derecho a ser juzgado imparcialmente.

En el ámbito material, qué duda cabe que los delitos de injurias y calumnias, delitos contra el honor, constituyen un instrumento para poder alzarse frente a eventuales “juicios paralelos” que puedan lesionar ese derecho fundamental.

El honor, entendido hoy como la pretensión de respeto como persona, que fluye de la dignidad humana, debe contar con la necesaria protección penal, de tal manera que, entre otros posibles comportamientos delictivos, se sancione la imputación a otro de un delito. Deliberadamente excluyo de la definición de calumnia la falsedad, porque su presencia en el tipo penal, en la infracción, siguiendo el concepto personal de lo ilícito, supondría que el dolo tendría que comprender tanto el conocimiento de que se imputa a otro un delito, como el conocimiento de la falsedad, de manera que cualquier error sobre la falsedad (incluso evitable, pues en estos delitos no suele estar prevista la punición para su comisión imprudente, que es la consecuencia punitiva del error de tipo evitable) podría determinar la impunidad del hecho. Al autor, pues, le bastaría con alegar que creía que lo que afirmaba era cierto para lograr la impunidad del hecho. Consecuencia esta última inadmisibles desde la perspectiva del honor afectado, que debe protegerse más eficazmente; sólo así se podrá mantener la vigencia de la norma.

El problema, pues, de la falsedad, debe tratarse en sede de antijuricidad y, en particular, en el marco de la causa de justificación del ejercicio de la libertad de expresión e información,<sup>28</sup> porque la falsedad es lo contrario de la veracidad y ésta es un elemento esencial de dicha justificación. Por ello, es claro que el acusado por un delito de calumnia debe

28 Cfr., en este sentido, Bacigalupo, “Delitos contra el honor”, *Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”*, Madrid, 2000, pp. 8 y ss.; Jaén Vallejo, *La libertad de expresión en los delitos contra el honor*, Madrid, 1992, pp. 235 y ss.

quedar exento de responsabilidad probando el hecho criminal imputado; pero debe ser él, el acusado de dicho delito, quien tenga la carga de dicha prueba, lo que no significa en absoluto que sea el acusado el que tenga que probar que no ha realizado el delito presuntamente cometido, lo que sería palmariamente inconstitucional, pues la presunción debe operar a su favor, no en su contra. Significa, lisa y llanamente, que ya que el acusado se ha permitido incidir en los derechos de otras personas, imputando a otros la comisión de delitos, debe ser él quien pruebe lo que imputa, es decir, él es quien debe asegurarse, antes de exteriorizar sus manifestaciones, de su veracidad, si es que no quiere correr el riesgo de una eventual condena por delito de calumnia (en su caso de injurias).

No sería en absoluto razonable (y las leyes deben ser expresión de la razón), que el afectado, además de tener que soportar las manifestaciones del autor que afectan a su honor, tuviera que correr con la carga de probar su falsedad, esto es, su inocencia en relación a los hechos que se le imputan. Es cierto que si el acusado no logra probar la veracidad, tal circunstancia va a operar en su contra, pues habrá de considerarse falso, pero, como con buen criterio advierte Bacigalupo, lo contrario supondría que “el derecho vigente estaría alentando a los que recomiendan: “calumnia que algo queda”. En tales casos no puede jugar a favor del acusado el principio *in dubio pro reo*, pues una equitativa distribución del riesgo impone al que imputa un delito asumir aquél que se pueda derivar de la imposibilidad de la prueba”.<sup>29</sup>

## VII. “CASO POSADAS”

Por el amplio material que sobre este caso que he podido examinar, no me cabe ninguna duda de que las denuncias de Guzmán, Sandoval Íñiguez, y demás miembros de su Grupo (denominado “Grupo Jalisco”) tienen como único propósito intentar formar un “juicio paralelo” en la opi-

<sup>29</sup> Bacigalupo, “Delitos contra el honor”, *Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”*, citado en la nota anterior, p. 11. La Sentencia del Tribunal Supremo español del 14 de febrero de 2001 ha confirmado esta tesis, afirmando que la prueba sobre la verdad o *exceptio veritatis* recae sobre quien imputa a otro un delito, aunque matiza esta exigencia afirmando que “aunque carezca de pruebas para acreditar el hecho delictivo que hubiese imputado le basta afirmar que desconocía la falsedad de la imputación y que no actuó con temerario desprecio a la verdad, para que automáticamente le ampare su propia presunción de inocencia y la carga de la prueba de la concurrencia de dichos elementos típicos subjetivos recaiga sobre la acusación”.

nión pública favorable a la “tesis del *complot*”, confundiendo deliberadamente a la sociedad, para el logro de eventuales intereses personales, e influyendo en el órgano jurisdiccional que finalmente tiene que decidir el caso.

Si el hecho en sí de querer crear un “juicio paralelo” es grave, por cuanto que afecta a la verdadera esencia del “debido proceso” o “proceso justo”, más grave aún lo es en este caso en particular, en el que los integrantes de aquel Grupo han sido investigadores (Grupo Interinstitucional de la Procuraduría General de la República) y uno de ellos, incluso, es un alto representante de la Iglesia.

La “tesis del *complot* político” sólo está apoyada en meras especulaciones, rumores, invenciones, en testigos de referencia, sin que se pueda conocer y tomar declaración a los testigos referidos, testigos cuyos testimonios se han acreditado como inverosímiles, sin sustento alguno, o incluso testigos con trastornos psiquiátricos o psicológicos, o procesados por otros delitos y a quienes se les han prometido determinados beneficios, concurriendo, pues, en ellos, móviles espurios que desacreditan *ab initio* su testimonio.

En fin, esta tesis, defendida por el denominado Grupo Jalisco, es insostenible jurídicamente, como el mismo informe de los dos obispos juristas, representantes de la Conferencia del Episcopado Mexicano, monseñores Reynoso y Fernández Artezgo, lo puso de manifiesto.

Desde luego, la acusación hecha por Sandoval a Carpizo de haber encubierto a los asesinos de Posadas y haber escondido evidencias del caso, constituye palmariamente una calumnia, pues se le está imputando a aquél un delito de encubrimiento y otros contra la administración de justicia, lo que resulta inadmisibles. Si alguien tiene evidencias de que una persona, en este caso Carpizo, ha cometido un delito, un encubrimiento—entre otros—, lo que tiene que hacer es denunciarlo ante las autoridades encargadas de la averiguación y persecución de delitos, no denunciarlo a través de ruedas de prensa, y, desde luego, si tal imputación resulta falsa, los delitos de calumnia, o bien, de acusación o denuncia falsa, habrán de aplicarse a aquel sujeto que se ha permitido lesionar el honor de otro, imputándole la comisión de un hecho grave, como lo es un delito.

En cambio, la “tesis de la confusión del vehículo” está apoyada en numerosas pruebas, obrantes en el expediente, fruto de una investigación

sólida y consistente, avalada por numerosos informes de distintas procuradurías, así como por el antes mencionado de los obispos juristas.

El “caso Posadas”, por los datos que he podido manejar, procedentes del expediente, es un caso de error *in persona*, error irrelevante desde un punto de vista técnico-jurídico, a los efectos de la calificación correspondiente. Quiero decir que los autores —materiales e intelectuales— querían matar a otro(s) y efectivamente mataron a otro(s), por más que, ciertamente, la calidad de la persona a la que querían matar (un narcotraficante) y la de la persona a la que finalmente mataron (un cardenal), sea radicalmente opuesta. Pero la norma que prohíbe matar a otro, y que está a la base del homicidio y asesinato, no distingue, ni debe distinguir: el valor de la vida es el mismo en uno y otro caso.

La tesis de la investigación, según la cual unos sicarios dispararon y mataron al cardenal Posadas, cuando éste se encontraba dentro de su vehículo (muy parecido a uno que pertenecía a “El Chapo” Guzmán) confundiendo con este último, es una tesis sólida, basada en numerosas pruebas, que por ello puede ser ya reconducida al juicio.

No quiero terminar este breve ensayo sin expresar mi admiración, solidaridad y respeto, por el constitucionalista y ex procurador general de la República mexicana Jorge Carpizo, por su defensa del Estado de derecho y la procuración de justicia, y por la coherente actitud que ha mantenido en todo momento, a pesar de las dificultades y costes personales que ello le debe haber supuesto.