

**PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y DERECHO A LA INFORMACIÓN
EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA EN MÉXICO**

GUILLERMO ZEPEDA LECUONA

AGOSTO 2006

1. PLANTEAMIENTO.....	1
2. INTRODUCCIÓN: DERECHO PENAL, PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y DERECHO A LA INFORMACIÓN.....	2
3. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	6
4. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	15
5. DERECHO A LA INFORMACIÓN DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	25
6. ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.....	32
7. CONCLUSIONES.....	45
8. BIBLIOGRAFÍA.....	48

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA EN MÉXICO

Guillermo Zepeda Lecuona*

SUMARIO:

1. Planteamiento; 2. Introducción: derecho Penal, principio de publicidad y derecho a la información; 3. Concepto y naturaleza jurídica de la Averiguación Previa; 4. Principio de Publicidad durante la averiguación previa; 5. Derecho a la Información durante la averiguación previa; 6. Acceso a la información de la averiguación previa; 7. Conclusiones; 8. Bibliografía citada en este texto

1. Planteamiento

A cuatro años de la entrada en vigor de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LAI), el alcance y contenido del Derecho a la Información en México está en pleno desarrollo. En el caso particular del acceso a la información contenida en los procedimientos de averiguación previa, además de la tensión entre las restricciones informativas derivadas tanto de razones de interés público como de los derechos de los particulares involucrados en la investigación, existe el conflicto entre las normas penales que excluyen de las actuaciones de la averiguación previa a personas ajenas al procedimiento¹, y las disposiciones de acceso a la información que postulan la presunción o principio de publicidad de la información.

¿Debe considerarse reservada la información contenida en las pesquisas del ministerio público por el sólo hecho de ser averiguación previas con base en el art. 14, fr. III de la LAI? ¿Cuáles son los actos jurídicos contenidos en la averiguación previa? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de estos actos? ¿Qué criterios deben aplicarse para fundar la reserva de información contenida en averiguaciones previas? ¿Cómo se abordan estos planteamientos jurídicos en el derecho comparado?

* Guillermo Zepeda Lecuona, Profesional Asociado del Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC) para el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. Agradezco al Lic. Gerardo Moloeznik Paniagua quien me asistió en la labor de búsqueda, relación y recolección del material bibliográfico, captura de fichas de lectura y citas, así como en la realización de algunos esquemas y tablas empleados en la elaboración de este texto.

¹ Entre otras, la adición de 1994 al art. 16 del Código Federal de Procedimientos Penales, CFPP, que en su segundo párrafo señala: "A las actuaciones de averiguación previa sólo podrán tener acceso el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, si los hubiere. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obren en la averiguación, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda".

2. Introducción: derecho Penal, principio de publicidad y derecho a la información

Los principios que rigen el Derecho penal actual representan la larga marcha desde el proceso inquisitivo caracterizado por el secreto de sus actuaciones hasta un proceso acusatorio en el que son fundamentales los principios como la publicidad y la oralidad, que como ha dicho Luigi Ferrajoli, son garantías de garantías, esto es, la publicidad y la oralidad son condiciones necesarias para tener certeza en la eficacia de otras garantías del proceso penal.

En la tradición jurídica romanista el desarrollo del Derecho a la Información fue recibido por el Derecho Penal a través del principio de publicidad. Desde luego los alcances y mecanismos del Derecho a la información desbordan el modelo clásico del derecho penal liberal.

El principio de publicidad en el proceso penal en su acepción tradicional tiene dos ámbitos: entre las partes y en el acceso de terceros a las actuaciones procesales. En el primer ámbito se trata de salvaguardar los derechos fundamentales de defensa, equidad entre las partes y el principio de contradicción, entre otros. Saber quién acusa y de qué se acusa al imputado, conocer las pruebas ofrecidas e impugnarlas.

En lo que se refiere al acceso de terceros al proceso² “ya sea asumiendo la función jurisdiccional (jurados) o bien accediendo a la sala de audiencia”³, la publicidad implica el control popular o de la opinión pública sobre el desempeño de la justicia. Esta publicidad, que se podría denominar “externa” tiene un doble finalidad: “por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho”⁴.

De esta forma, como señala Luigi Ferrajoli, conforme al principio de publicidad “...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”⁵.

La acepción del principio de publicidad se ha visto revolucionado por los cambios tecnológicos y su noción de participación directa de la comunidad en la sala de audiencias se ha visto desbordada por la capacidad de los medios masivos de

² “Procesalmente, se habla de publicidad desde el punto de vista de la percepción directa de las actuaciones desarrolladas por y ante el tribunal por personas que no forman parte de éste”, Víctor Fioren Guillén, *temas del ordenamiento procesal*, Tomo I, citado en Otero (1999), p. 11.

³ García Ramírez (2004), p. 87.

⁴ Sentencia 96/1987 del Supremo Tribunal constitucional español, citado en Armenta (2003), p. 63.

⁵ Ferrajoli (1995), p. 616.

comunicación o de medios como el Internet, que pueden hacer del conocimiento del mundo entero, en tiempo real, la información que se maneja en el proceso.

El Derecho a la Información no contiene sólo las nociones clásicas de libertad de expresión, de opinión y de imprenta; también implica la libertad de recibir, difundir y acceder a información disponible y que se genere en espacios públicos, entre ellos el desempeño de las instituciones y los procesos que ellas desarrollan. El Derecho a la Información significa un desafío que está revolucionando el marco normativo e institucional del proceso penal.

En la actualidad, en la aplicación del Derecho a la Información en el ámbito penal se da una tensión ambigua entre dos tendencias. Por una parte, en nombre del “interés de la justicia” entendida como una forma de evitar que la aplicación de la justicia reciba interferencias de la opinión pública en la sociedad en que está inmersa. Esta presión de la sociedad y los medios de comunicación, se dice, podría confundir a la opinión pública y prejuzgar un asunto (los denominados juicios paralelos de la opinión pública), lo que podría afectar la garantía para el imputado de un proceso justo e imparcial. También en esta tendencia ha ganado presencia y eficacia el invocar el interés público en la “efectiva represión del delito”. Se argumenta la necesidad de restringir la publicidad o el Derecho a la Información cuando su ejercicio perjudique⁶ la eficacia de una investigación criminal. Por último, también se ha establecido como argumento para limitar la información en el ámbito penal, el derecho de los involucrados en los procedimientos penales (en cuya defensa hay una gran dosis de interés público⁷) como la protección a las víctimas del delito, a los menores de edad, al buen nombre, a la intimidad, así como al respeto al principio de inocencia⁸. Estos tres argumentos militan en el sentido de establecer restricciones a la publicidad y al Derecho a la información en el ámbito penal. Hay cierto consenso en autorizar limitaciones a estas libertades en las etapas preliminares del procedimiento penal (como la investigación policial o durante la preparación de la acusación) y hacer excepcional su restricción ya durante el proceso penal propiamente dicho⁹.

⁶ La doctrina ha desarrollado que la “prueba de daño” debe demostrar que éste es presente, probable y específico. *Cfr.* Ornelas (2005), p. 116.

⁷ Por ejemplo, Andrés (1997), p. 11, considera que existe un claro “... interés público que expresa el principio constitucional de la presunción de inocencia, en el que late algo más que un bien individual”.

⁸ Otero (1999) ofrece una buena síntesis de este planteamiento: “Es preciso no olvidar, que se enfrentan en esta materia muchos puntos de fricción provocados por intereses contrapuestos: de un lado, el interés del Estado en administrar justicia con independencia e imparcialidad, de otro, el interés del individuo en que se respete su esfera de libertad personal, y por último el interés de la opinión pública en estar informada.

“La dificultad estriba, en definitiva, en encontrar ese nexo que aúne intereses tan contrapuestos.

“Como cualquier otro derecho fundamental, estos no son absolutos ni ilimitados, y corresponde al poder judicial, a través de su función de control, hacerlos compatibles”, cita de p. 44.

⁹ “Las normas procesales organizan la materia con amplia publicidad en la fase de juicio y restringida en las etapas previas”, García Ramírez (2004), p. 87.

En sentido contrario, se da la tendencia de un desplazamiento del interés público del proceso a las indagaciones preliminares. El gran público y los medios de comunicación manifiestan gran interés en conocer las investigaciones en marcha y los posibles actos delictivos cometidos en asuntos que por las propias características de los hechos o por la relevancia social de sus protagonistas llaman la atención de la opinión pública. Ante este interés, los asuntos suelen devenir políticamente relevantes y las autoridades policíacas o de las fiscalías ven en la divulgación de los avances preliminares de sus investigaciones una ocasión tanto de mostrar a la sociedad la capacidad de respuesta de las autoridades, como de enviar mensajes disuasivos a los potenciales infractores de las normas penales¹⁰.

Sin embargo, en la sociedad actual, este ámbito de transparencia y legitimación, que son dos de las finalidades de la publicidad y del Derecho a la Información en materia penal se desplazan del proceso a las primeras indagaciones. En estos casos los derechos al buen nombre y a la presunción de inocencia se ven vulnerados en situaciones en las que no sólo no se da todavía una resolución judicial definitiva, sino que, incluso todavía no se determina si la persona será sometida a un proceso penal.

El cruce de estas tendencias y de estos derechos da lugar a conflictos de reglas y a colisiones de principios que plantean numerosos y frecuentes dilemas a las instancias encargadas de aplicar las reglas y salvaguardar los derechos. En el diagrama 1, se presentan de forma no exhaustiva algunas de las categorías que pueden coincidir en situaciones fácticas respecto del Derecho a la Información en materia penal, la matriz pretende ilustrar la complejidad y múltiples situaciones que pueden conformar un planteamiento legal en esta materia.

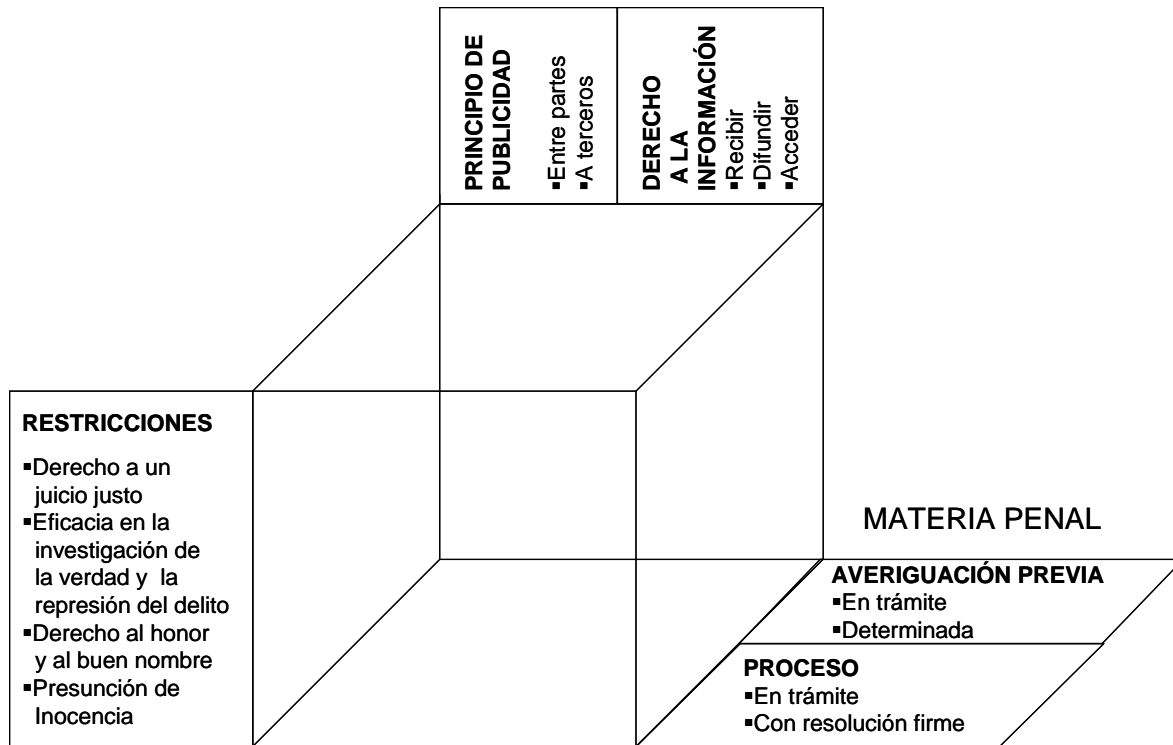
Los derechos fundamentales no son absolutos; la colisión y conflictos son frecuentes. Cuando se trata de un conflicto de reglas una cláusula de excepción puede salvar la tensión; en tanto que cuando se da una colisión entre principios se puede deducir una regla de precedencia, que determine que dadas ciertas condiciones tal principio debe ceder frente a otro con el que colisiona. Para determinar estas cláusulas y reglas debe realizarse una meticulosa ponderación de los principios, derechos e intereses en juego¹¹. Generalmente esta ponderación se realiza a través de las resoluciones y precedentes de los órganos de aplicación

¹⁰ Como ha señalado Bovino (1998), p. 288: “En este sentido, la publicidad del juicio penal resulta un instrumento idóneo para producir los efectos preventivo-generales eventualmente atribuidos como finalidad de la pena estatal. Dado que la función preventiva de la pena depende del grado de aplicación de las sanciones penales en los casos concretos, antes que de la creación legislativa de tipos penales en los casos concretos, antes que de la creación legislativa de tipos penales con penas conminadas de manera genérica y abstracta, el juicio público es más idóneo como emisor de mensajes que el texto legal. En palabras de Binder, “el juicio público implica un modo particular de insertar a la justicia en el medio social: implica que ella cumple con su tarea de transmitir mensajes sociales sobre la efectiva vigencia de los valores que fundan la convivencia”.

¹¹ Moreso (2003), pp. 113-115, exponiendo la argumentación de Robert Alexy. También López Ayllón (2000) hace un análisis de la teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy, aplicada al Derecho a la Información.

de la ley o bien, en algunos casos, si se conviene en su aplicación universal, puede ser incorporada en la legislación.

Diagrama 1.
Matriz sobre Derecho a la Información en materia penal



En el derecho comparado hay una amplia gama de diseños institucionales que ilustran diversas ponderaciones sobre los conflictos de reglas y colisión de principios. Así, por ejemplo, respecto al “interés de la justicia” y el derecho a un juicio imparcial, los países con fortaleza institucional en la independencia de sus jueces, dan mayor peso al derecho a la información, considerando que los juzgadores como profesionales del derecho no deben ser influenciados por la opinión pública (Inglaterra y Estados Unidos). En estos sistemas algunas restricciones proceden con el propósito de proteger el prejuicio entre los jurados ciudadanos. En países que confían menos en sus jueces, los fallos de las cortes supremas o las disposiciones legales suelen apoyar el secreto en algunas etapas del proceso para blindar a los juzgadores de la lluvia de declaraciones en los medios y de la politización de los asuntos, en detrimento de la publicidad o del Derecho a la Información. Es más frecuente, el énfasis en evitar este sesgo en la imparcialidad de los jueces (en virtud de que vulneraría el derecho del inculpado a un proceso justo) en países de tradición romanística¹².

¹² Ya Merryman (1989), señalaba el papel marginal de la función judicial en los sistemas legales de tradición romanística, así como entre las profesiones jurídicas de dicha tradición, *Cfr.* pp. 72 y ss., y 205.

En países con antecedentes o rasgos procesales inquisitivos o con problemas de crimen organizado, el interés público en la represión del delito desplaza con mayor facilidad a otros intereses legítimos públicos o privados. Algunos sistemas sólo sancionan a los funcionarios públicos que brindan información; en otros también se sanciona a las partes y otros participantes en el proceso que revelen las incidencias de las actuaciones. En algunos sistemas, en ciertos delitos, las propias partes pueden dejar de tener acceso por horas (Argentina) o días (Chile y España) al proceso. En algunos casos sólo se restringe el derecho al acceso a la información (México), en tanto que en otros sistemas, bajo ciertas modalidades, se puede restringir el derecho a la difusión (secuestro de publicaciones, inhibiciones judiciales), como en Reino Unido (injunction o, preventiva o como sanción, los contempt of court).

3. Concepto y naturaleza jurídica de la Averiguación Previa

Se ha comentado que el Derecho a la Información y sus restricciones tienen un tratamiento diverso según se trate de instancias policiales, preliminares y en las propiamente procesales. Por ello, se hará un breve análisis del concepto, composición, alcances y naturaleza jurídica de la averiguación, previa, para posteriormente, en otros apartados de este texto, comentar el régimen jurídico mexicano y referencias a la regulación del derecho a la Información en etapas preliminares en otros sistemas legales.

El debate sobre la naturaleza jurídica y el alcance de la averiguación previa en el ordenamiento mexicano es un tema de intensa controversia. Desde el punto de vista formal, esto es, de lo que señala la ley, este procedimiento sería eminentemente administrativo; sin embargo, al analizar la naturaleza jurídica de algunos actos que se realizan dentro de la averiguación previa, algunos autores señalan que se trata de un procedimiento cuasijurisdiccional en los que el ministerio público llega a realizar actos propios de un juez.

La legislación federal describe a la averiguación previa como un procedimiento que antecede "...a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal" (art. 1º, fr. I del Código Federal de Procedimientos Penales, en adelante, CFPP).

La definición más frecuentemente citada por la doctrina mexicana es la de César Augusto Osorio quien la define como "...la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar,

en su caso, el cuerpo del delito¹³ y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal”¹⁴.

Un amplio sector de la doctrina mexicana señala que la averiguación previa es un procedimiento de naturaleza eminentemente administrativa y ajena al proceso penal propiamente dicho. Este punto de vista doctrinal lo puede ilustrar la siguiente argumentación de Marco Antonio Díaz de León:

“Se puntualiza que la averiguación previa no es parte del proceso penal, y esto es irrefutable, dado que aquélla, además de no tener la misma teleología de éste (que es la de resolver, mediante fallo definitivo que adquiera la calidad de cosa juzgada, la pretensión punitiva sometida a su decisión), carece de jurisdicción y de los órganos de este poder. Partiendo de que todo procedimiento es un conjunto de actos jurídico-adjetivos concatenados entre sí por el objetivo común de obtener o llegar a un fin determinado por la ley, la averiguación previa, entiéndase bien, es un procedimiento que se da antes del proceso y, por tanto, fuera de éste; sus finalidades son, primero, que se indague sobre la *notitia criminis*, a fin de probar la existencia del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad del acusado, que constituye la función investigadora del Ministerio Público Federal, para que después se determine la pertinencia o no de ejercitar la acción penal, que constituye, a su vez, la función acusatoria del aludido representante social federal”¹⁵.

Esta noción de la averiguación como un procedimiento previo y distinto del proceso penal desarrollado por una autoridad administrativa, informa gran parte del diseño institucional de la averiguación previa mexicana. Por ejemplo, con base en la separación de de funciones acusatorias y de juicio (propio de un sistema acusatorio), asignadas al ministerio público y al juez penal respectivamente, por el artículo 21 constitucional, se ha cuestionado la injerencia judicial durante la averiguación previa lo que en la doctrina mexicana “...aparece generalmente resuelto –no sin puntos de vista adversos- en el sentido de que el Ministerio Público monopoliza, además de la titularidad de la acción, los acuerdos básicos acerca de su ejercicio. De aquí que excluida la supervisión de la justicia ordinaria y de la jurisdicción de amparo, sólo venga al caso un sistema interno, también nada más administrativo, en torno a estos extremos”¹⁶. Es decir, la averiguación previa tiene un régimen de control predominantemente interno (y por lo tanto, en la misma entidad administrativa).

Este diseño institucional se deriva de la presunción del pensamiento liberal de que la actuación de la administración es inocua frente a los derechos. Desde este

¹³ Se entiende por cuerpo del delito el "...conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito...", Art. 168 Código Federal de Procedimientos Penales.

¹⁴ Osorio (1998), p. 4.

¹⁵ Díaz De León (1991), p.3.

¹⁶ García Ramírez (1982), p. 113.

enfoque, los actos realizados por la averiguación previa como procedimiento administrativo o una etapa preprocesal o paraprocesal, que se desarrolla bajo directrices de sigilo, no son por sí mismos “definitivos para crear una situación de derecho... y que necesitan la decisión del juez para que la situación de derecho se cree”¹⁷. Es decir, se considera que los actos administrativos que no impliquen cambios en la situación jurídica de las personas, pueden ser controlados adecuadamente por organismos de la propia administración¹⁸, en tanto que los actos que pudieran significar una afectación en la esfera de derechos del gobernado, están sujetos a la revisión o control externo, generalmente, de naturaleza judicial¹⁹.

Sin embargo, como hace notar Antonio Peña Freire, en el contexto de un Estado social, la creciente intervención administrativa y autonomía funcional en la ejecución de leyes “...no sólo podrá afectar a derechos subjetivos sino incluso a derechos fundamentales. Esta posibilidad justifica la pretensión de su control”²⁰.

En la jurisprudencia mexicana se mantuvo por mucho tiempo la concepción de que no se podían violar derechos durante este procedimiento. Estos criterios se pueden resumir en la siguiente afirmación de Jorge Mancilla Ovando: “La iniciación de averiguación previa y la práctica de diligencias dentro de ella, no afectan derechos de los gobernados; es el ejercicio válido y lícito de atribuciones encomendadas a la institución pública, de manera que no son actos de autoridad contrarios a la Constitución”²¹. El propio autor cita el siguiente criterio de la suprema Corte:

“AVERIGUACIONES PENALES. La simple iniciación del proceso y las demás diligencias practicadas en la averiguación de un delito, si no restringen la libertad, derecho o posesiones de los acusados, no pueden importar una violación de garantías”²²

¹⁷ Medellín Hostos, Octavio, *Apuntes para el estudio de la naturaleza de la acción criminal y el ejercicio de la misma por el Ministerio Público*, sin lugar ni fecha de publicación, citado por Castro (2002), p. 87.

¹⁸ Otro argumento es que, por tratarse aún de indagaciones preliminares, se desarrollan en un entorno de sigilo, tanto por no dañar la reputación de la persona sujeta a investigación, como para evitar la evasión de la justicia de posibles responsables.

¹⁹ Al respecto, y anticipando un poco sobre el Derecho a la Información en esta fase procedimental, en el Derecho Español, la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) señala al justificar el secreto en el sumario: “es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que mas tarde han de depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y publico”. Al respecto comenta al respecto Otero (1999), “se alega, así, que el principio general de secreto sigue siendo fundamental no sólo porque beneficia la función investigadora sino porque a nadie perjudica. La revelación del sumario por parte del juez de instrucción perjudica al público, a la justicia y ataca a la verdad que sólo puede conocerse en el juicio oral”.

²⁰ Peña (1997), p. 174.

²¹ Ovando (2000), p. 105.

²² *Idem*, p. 106

Respecto de la concepción de la averiguación previa como un procedimiento administrativo y preprocesal, diversos doctrinistas han matizado y contradicho esta postura, o bien han advertido que la naturaleza jurídica o el alcance legal de algunos actos realizados desborda la esencia de una actuación administrativa. Es posible destacar al menos cuatro argumentos esgrimidos por los doctrinistas que ponen en entredicho que todos los actos comprendidos en la averiguación previa sean de naturaleza meramente administrativa: 1) En la averiguación previa se hacen actos propios de la fase procesal de instrucción; 2) Algunos actos realizados por el ministerio público son propios de un juez, esto es, son de naturaleza, jurisdiccional o cuasijurisdiccional; 3) La trascendencia legal de la averiguación previa rebasa los alcances propios de actos administrativos y llega a afectar, en ocasiones de forma irreparable, derechos del inculpado y del ofendido por el delito; y 4) La estructura y formalidades de la averiguación previa son similares o iguales a un proceso, sin que los participantes cuenten con las garantías propias del proceso.

1) En la averiguación previa se hacen actos propios de la fase procesal de instrucción. El art. 1º, CFPP²³ establece que la “preinstrucción” se da durante el término constitucional en el que se realizan ante el juez las actuaciones tendientes a informar la decisión judicial de procesar o liberar al consignado; y que la “instrucción” inicia después de la resolución judicial de procesamiento y “abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales”²⁴. No obstante, la doctrina habla de la averiguación del ministerio público como una “instrucción administrativa”²⁵. Para Niceto Alcalá-Zamora “La señalada intervención del ministerio público en los primeros momentos de la instrucción hace que ésta se divida, en realidad, en dos periodos distintos, que... serían el de *averiguación previa* y el de *instrucción en estricto sentido*”²⁶.

Algunos autores como Cipriano Gómez Lara distinguen, en materia penal, la instrucción previa o averiguación previa, que es “una instrucción policíaca”, de la instrucción procesal²⁷. La instrucción, para el mismo autor “es aquella en la que las partes exponen sus pretensiones, resistencias y defensas y en que, las partes, el tribunal y los terceros, desenvuelven toda la actividad de información o instrucción

²³ “Artículo 1o.- El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

“I.- El de **averiguación previa** a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal;

“II.- El de **preinstrucción**, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar;

“III.- El de **instrucción**, que abarca las diligencias **practicadas ante y por los tribunales** con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste”. Destacados agregados

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ García Ramírez (1982), p. 110, Peñafiel (2005), p. 8.

²⁶ Alcalá-Zamora (1985), p. 559.

²⁷ Gómez Lara (1987), p. 127.

al tribunal, haciendo posible que éste tenga preparado todo el material necesario para dictar sentencia”²⁸.

En la averiguación previa desde luego no hay un juez y se dice que no hay partes. Una autoridad, el ministerio público realiza indagaciones, reúne evidencias y elementos (la legislación suele referir que el ministerio público investiga para acreditar, no probar, ante el juez los fundamentos de su acción); así mismo, el funcionario puede citar y recibir a los involucrados en los hechos investigados y a terceros que tengan información o evidencias.

Sin embargo, materialmente lo que se realiza dentro de la averiguación previa es algo muy similar a una instrucción (algunos autores didácticamente la denominan “especie de minijudio”). En averiguaciones sobre delitos en los que el investigado enfrenta en libertad las indagaciones, la averiguación se prolonga por meses, se reciben testimonios, documentos, peritajes. No se prepara la emisión de una sentencia, pero sí se informa una resolución muy trascendente: si se ejerce o no la acción penal²⁹.

También las disposiciones de los códigos refieren “disposiciones comunes a la averiguación previa y a la instrucción” (título quinto del CFPP) que, en el caso de la legislación del Distrito Federal incluye el desarrollo de las disposiciones sobre la prueba (título segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en adelante CPPDF). Estas disposiciones refieren con frecuencia: “El Ministerio Público o el juez, según se trate de averiguación o del proceso...”³⁰ para después describir alguna diligencia o atribución.

Por ello, advertía Niceto Alcalá Zamora: “Al enfrentarnos con la prueba, el primer extremo a dilucidar es el de su real o aparente *duplicación* dentro del enjuiciamiento criminal mixto, a saber: primero durante la instrucción y luego en el juicio”³¹. Luigi Ferrajoli también hace referencia a que en sistemas con sesgos inquisitivos durante la investigación preliminar, se tiende a hacer del proceso una reiteración de las pruebas previamente desahogadas en etapas preliminares³².

2) Algunos actos realizados por el ministerio público son propios de un juez, esto es, son de naturaleza, jurisdiccional o cuasijurisdiccional. Se señala que la función judicial o jurisdiccional tiene como componentes característicos la facultad de

²⁸ *Idem*, p.128.

²⁹ Esta actividad probatoria ha devenido central, por ejemplo Miguel Angel Castillo Soberanes define a la averiguación previa como la “etapa procedimental en la que el Ministerio Público recibe las denuncias, acusaciones o querellas sobre hechos que pueden constituir delitos, y practica todas aquellas diligencias que sean necesarias para el esclarecimiento de la verdad, por lo que no sólo investiga y persigue el delito, sino que recoge las pruebas que sean indispensables para estar en posibilidad de ejercitar la acción penal, debiendo para ello dejar satisfechos los requisitos señalados en el artículo 16 constitucional”, Castillo (1993), p. 73.

³⁰ Por ejemplo esta cita, tomada del art. 211 del CFPP.

³¹ Alcalá-Zamora (1985), p. 566.

³² Ferrajoli (1995).

imperio y la facultad de decisión³³. El ministerio público para cumplir su cometido tiene facultad de imperio, pues puede hacer cumplir sus determinaciones, pudiendo dictar medidas de apremio, como por ejemplo, para que comparezcan los terceros citados. Pero existen algunos actos en los que asume las atribuciones propias de la facultad de decisión, propias de un juez, en el sentido que se ha referido de crear situaciones de derecho. Luigi Ferrajoli señala que el poder judicial se desarrolla en cuatro dimensiones: Poder de denotación jurídica (interpretación de la ley), poder de verificación fáctica (prueba empírica, facultad de elegir entre hipótesis explicativas alternativas), Poder de connotación equitativa (actividad valorativa) y poder de disposición (margen de discreción inevitable al momento de decidir)³⁴. Para algunos autores el ministerio público durante la averiguación previa realiza algunos actos en los que se desenvuelven estas cuatro dimensiones.

En primer lugar, el ministerio público valora los elementos probatorios que recibe y que él mismo o la policía ministerial reunieron. Miguel Ángel Castillo Soberanes señala que el ministerio público "...durante la averiguación previa, actúa por sí y ante sí, con carácter de autoridad decisoria, y hace lo mismo que antes hacían los jueces; es decir, por una parte recaba *ex officio* las pruebas de cargo y, por otra, debe emitir un juicio de valoración razonada sobre dichas pruebas a efecto de determinar si ejercita o no la acción penal en contra del acusado, por lo que el Ministerio Público realiza funciones de juez y parte, actuando en forma inquisitorial"³⁵.

Otras medida cuasijurisdiccional o propiamente jurisdiccional es la determinación de la averiguación penal ya sea en el sentido de ejercer la acción penal o consignar, o bien, no ejercer la acción penal. En el primer caso, se da la valoración y una decisión, aunque está sujeta a la revisión judicial, por lo que algunos lo señalan como una facultad cuasijurisdiccional. Niceto Alcalá-Zamora señala: "Entre la consignación y el procesamiento existe un manifiesto paralelismo: una y otro implican que a juicio de la autoridad respectiva (ministerio público, juez instructor) existen indicios suficientes para reputar a una persona presunta culpable de un delito y para enderezar contra ella la instrucción"³⁶.

Por lo que se refiere a la determinación de no ejercicio de la acción penal su naturaleza jurisdiccional es más evidente, pues si bien, recientemente³⁷ se ha

³³ Por ejemplo, Castillo (1993), pp. 56 y ss.

³⁴ Ferrajoli (1995), pp. 38 y ss.

³⁵ Castillo (1993), p. 74.

³⁶ Alcalá-Zamora (1985), p. 550. Por ejemplo, al referirse a la consignación Díaz de León (1997), p. 1852, señala: "... el ministerio público juzgará como juez si existen los demás requisitos de procedibilidad que señala el artículo 16 Constitucional".

³⁷ En 1994 se adicionó el artículo 21 Constitucional, previendo en su cuarto párrafo la posibilidad de impugnar el no ejercicio de la acción penal y el desistimiento del ministerio público, la ley no estableció el medio para realizar tal impugnación; en 1997, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció, que el juicio de amparo podría emplearse para tal impugnación en tanto el legislador no estableciera algún otro mecanismo. En 1998 se modificó la Ley de Amparo, para introducir estos supuestos de procedencia para el amparo.

establecido la posibilidad de impugnar a través de juicio de amparo esta decisión (reconociendo que sí afecta derechos), en caso de quedar firme la decisión del ministerio público (generalmente la legislación solicita que la disposición sea confirmada por el procurador de justicia, es decir la máxima autoridad en la jerarquía dentro de la institución del ministerio público), el asunto se archiva definitivamente. Autores como Sergio García Ramírez lo ha denominado “sobreseimiento administrativo”³⁸. El sobreseimiento es la “resolución jurisdiccional, diversa de la sentencia, que pone termino a la instancia con absolución del inculpado. Sus efectos por lo demás son los mismos de la sentencia absolutoria definitiva”³⁹. La determinación de no ejercicio de la acción penal, con el consecuente archivo definitivo, confirmada por el procurador y no impugnada, tiene generalmente efectos definitivos⁴⁰.

Sin embargo, el Poder Judicial Federal, salvo un paréntesis entre 1946 y 1949, no consideraba que la averiguación previa lesionara derechos individuales. No sólo por corresponder a una facultad otorgada por la ley (argumento referido y citado en páginas anteriores al citar a Mancilla, 2000), sino, además, por considerarse que al determinar la averiguación, el ministerio público ya no era autoridad. Se negaba a la víctima el acceso al amparo, aunque los jueces federales admitían que los ministerios públicos tenían amplias facultades y que sólo tenían como contrapesos poco eficaces la organización interna y el procedimiento para fincar responsabilidad a tales funcionarios. Uno de los criterios judiciales representativos de esta interpretación es el siguiente:

“MINISTERIO PUBLICO. Cuando ejercita la acción penal en un proceso, tiene el carácter de parte y no de autoridad, y, por lo mismo, contra sus actos, en tales casos, es improcedente el juicio de garantías, y, por la misma razón, cuando se niega a ejercitar la acción penal; y si bien lo dispuesto por el artículo 21 constitucional, pone en manos del Ministerio Público, facultades de trascendental importancia, porque el mismo, por sí, y enteramente dentro de su organización, distinta de la de los tribunales, resuelve el caso en que no hay delito que perseguir, también hay que admitir que dichas facultades no se ejercitan en perjuicio de ningún particular, porque en cuanto al procesado, notoriamente se le beneficia, y en cuanto al querellante o parte civil, no se le priva de ningún derecho, de modo directo, pues la acción penal corresponde a la sociedad y no a los particulares, y aunque la acción civil es consecuencia de la penal, pretender que aquélla haga, en cierta manera, vivir a ésta, es cambiar la posición natural de los términos. Las facultades del Ministerio Público no son discrecionales, puesto que debe obrar de modo justificado y no arbitrario, y el sistema legal que garantice a la sociedad el recto ejercicio de las funciones de esa institución, puede consistir en la organización de la misma, y en los medios de exigirle la responsabilidad

³⁸ García Ramírez (1989), particularmente en pp. 498 y ss.

³⁹ *Idem*, p. 636.

⁴⁰ *Idem*, p. 500.

consiguiente, y si los vacíos de la legislación lo impiden, esto no es motivo para que se viole lo mandado por el artículo 21 constitucional”⁴¹.

Sin embargo, este criterio cambió tras la reforma constitucional ya referida que permite la impugnación del no ejercicio de la acción penal. En noviembre de 1997 la Suprema Corte de Justicia estableció:

“Las determinaciones de no ejercicio de la acción penal o desistimiento de la misma, emanadas de una autoridad dependiente de las Procuradurías Generales de Justicia, **es un acto autoritario materialmente penal**, susceptible de impugnarse en la vía de amparo ante un Juez de Distrito competente en esa materia, mientras no se expida la Ley Reglamentaria que regule la vía jurisdiccional que contempla la garantía establecida en el cuarto párrafo del artículo 21 de la Constitución Federal”⁴²

3) La trascendencia legal de la averiguación previa rebasa los alcances propios de actos administrativos. La legislación y la jurisprudencia le han dado un gran peso y trascendencia a las actuaciones desarrolladas durante la averiguación previa, que determinan directa o indirectamente el objeto del proceso e inciden en las consideraciones que hace el órgano jurisdiccional al momento de emitir la sentencia. Esta trascendencia además de exorbitar el impacto de la actuación de un órgano administrativo en la esfera de derechos de los ciudadanos, fortalece los rasgos claramente inquisitivos del sistema y los rasgos jurisdiccionales de las funciones realizadas por el ministerio público durante la averiguación previa. Un criterio que ilustra el alcance de las actuaciones de la averiguación previa es el siguiente:

“POLICÍA JUDICIAL, VALOR PROBATORIO, DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS POR LA. No es exacto que las diligencias practicadas por la policía judicial carezcan de validez, porque cuando el Ministerio Público actúa en su carácter de autoridad y jefe de la policía judicial, el juez puede atribuir eficacia plena probatoria a las diligencias que aquél practique, sin incurrir en violación al artículo 21 constitucional”⁴³.

La figura procesal que mayormente incide en la trascendencia de la averiguación previa, no es sólo que se pueden hacer actividades de naturaleza probatoria, que son apreciadas y evaluadas, como se ha señalado, por el ministerio público, sino que, además se les da valor probatorio durante el proceso. En algunos casos, como en la legislación del Distrito Federal (art. 286, CPPDF⁴⁴) el valor probatorio

⁴¹ Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXVII, Página 1668. Amparo penal en revisión 589/27. Elizondo Ernesto. 11 de noviembre de 1929. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente.

⁴² Tesis de jurisprudencia núm. 91/1997 y tesis aisladas núms. CLXIII a CLXVII, todas de 1997. Informe anual de la Suprema Corte, 1997. Cursivas y destacado agregados.

⁴³ Apéndice 1917-1965, segunda parte, Primera Sala, tesis 219, p. 44. Citada por Mancilla (2000), p. 105.

⁴⁴ CPPDF, art. 286 “Las diligencias practicadas por el Ministerio Público y por la Policía Judicial, tendrán valor probatorio pleno, siempre que se ajusten a las reglas relativas de este Código”.

de lo actuado durante la averiguación previa es “pleno”, es decir que se tendrá como verdad legal a no ser que la otra parte (el acusado) las desvirtúe.

Al respecto señala Castillo Soberanes, “El juez en este sentido, al imponer una pena, tiene que atenerse a la valoración de la prueba que hace un agente del Ministerio Público. En efecto, si se supone que las diligencias practicadas por el Ministerio Público tienen un valor probatorio pleno, estamos constriñendo al juez a la valoración que de ella ha hecho el órgano acusador y volviendo a los tiempos del sistema inquisitivo”⁴⁵.

La trascendencia y en ocasiones indefensión de quienes son objeto de una investigación criminal quedan de manifiesto en la siguiente referencia que formula Raúl Guillén López: “... las pruebas desahogadas en la etapa de averiguación previa tienen valor probatorio y son tomadas en consideración por el juez al momento de dictar sentencia. Inclusive estas mismas pruebas desahogadas en la averiguación previa, en muchos de los casos el procesado solicita su ampliación para poder intervenir en su desahogo, y el defensor pueda impugnarlas”⁴⁶.

4) La estructura y formalidades de la averiguación previa son similares o iguales a un proceso, sin que los participantes cuenten con las garantías propias del proceso. Citando nuevamente a Guillén López: “Al revisar la legislación secundaria, se advierte la existencia de una estructura jurídica y formalidades que se deben respetar en dicha etapa del procedimiento penal”⁴⁷.

De esta forma la averiguación previa es un procedimiento administrativo, realizado por el ministerio público como autoridad administrativa bajo un régimen de control predominantemente interno ejercido por sus superiores. Este procedimiento, por el diseño constitucional y legal, así como por los criterios jurisprudenciales, tiene gran trascendencia jurídica durante el proceso penal. En ocasiones las actuaciones realizadas durante este procedimiento comparten la misma naturaleza que las realizadas durante la fase procesal de instrucción y algunas resoluciones del ministerio público durante este procedimiento tienen naturaleza cuasijurisdiccional. En la averiguación previa se registran tanto actuaciones de pesquisa policial, como de investigación criminal y de instrucción procesal en sede administrativa.

Por estas razones algunas de las figuras legales, doctrinales y criterios jurisprudenciales del derecho comparado, que se analizan en el reporte corresponden tanto a etapas previas de investigación policial, como a etapas de preparación de juicio y de instrucción judicial⁴⁸, ya que en su esencia y contenido pueden realizarse válidamente algunas extrapolaciones.

⁴⁵ Castillo (1993), p. 74.

⁴⁶ Guillen (2003), p. 103.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Por ejemplo la legislación española describe el sumario (que puede ser sujeto a secreto) como: “...las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la

4. Principio de Publicidad durante la averiguación previa

En cuanto a las diversas modalidades de publicidad o acceso a los procedimientos y sus constancias, como se ha referido podría describirse en orden ascendente de la siguiente forma:

- Conocimiento y participación de las partes en el procedimiento (derecho de defensa y publicidad entre partes o publicidad restringida)
- Participación de terceros al procedimiento, como podría ser asistir a las audiencias (publicidad para terceros al procedimiento o publicidad amplia)
- Derecho de los miembros de la sociedad a recibir información sobre el desarrollo de un procedimiento
- Derecho a difundir información sobre el desarrollo de un procedimiento
- Derecho a buscar y acceder a información sobre el desarrollo de un procedimiento

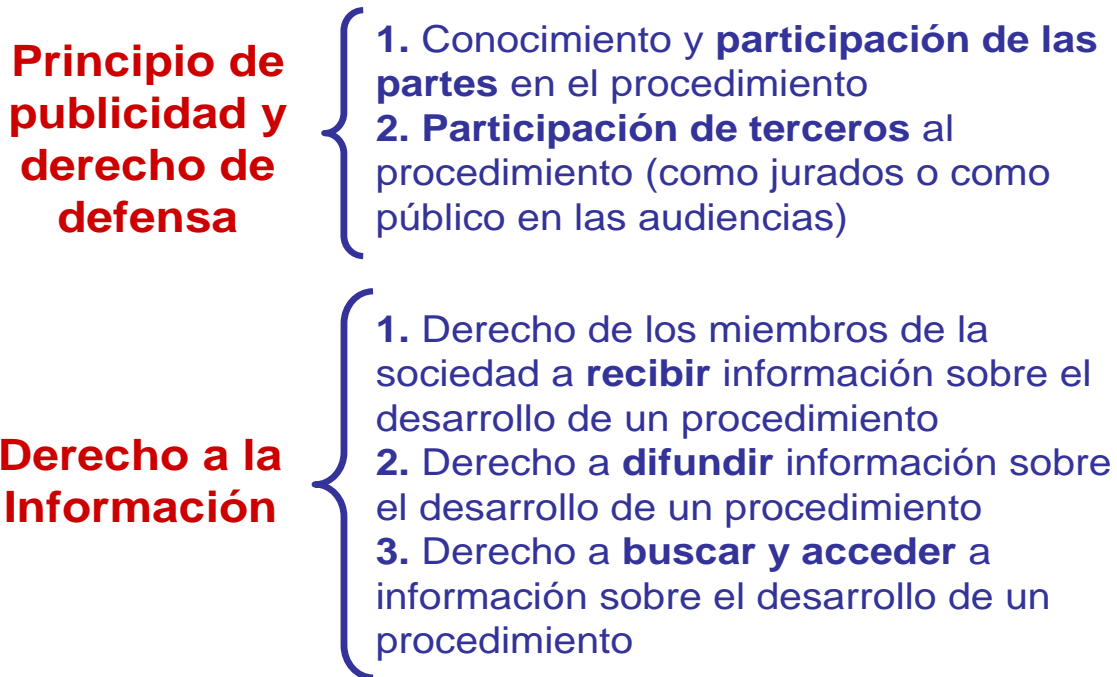
Estos derechos podrían agruparse en dos grupos, uno consistente en el principio de publicidad y derecho de defensa y otro correspondiente al Derecho de Información. Este agrupamiento se presenta en el diagrama dos.

La garantía de publicidad durante el procedimiento y el derecho fundamental a la información pueden colisionar, principalmente, con derechos como:

- Derecho a un juicio justo e imparcial (vinculado también con el principio o presunción de inocencia)
- Derecho a la seguridad pública, eficacia en la investigación de la verdad de los hechos y a la efectiva represión del delito
- Presunción de Inocencia
- Derechos de las víctimas de los delitos
- Derecho al honor y al buen nombre

culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos” (art. 299 Ley de Enjuiciamiento Criminal de España). Esta etapa procedimental es previa al proceso penal: si “... del sumario resulta algún indicio racional de criminalidad, como probable partícipe del hecho punible...” se pide emitir el auto de procesamiento, es decir, esta fase tiene semejanza con la averiguación previa. Cita tomada de Rodríguez Fernández (1998), p.270.

Diagrama 2.
Principio de Publicidad, derecho de defensa y
Derecho a la información en materia penal



a) Conocimiento y participación de las partes en el procedimiento (publicidad intrapartes)

Respecto del primer peldaño, el acceso de las partes a los actos del procedimiento penal, asociado con el principio de equidad entre las partes y con el derecho de defensa, está previsto entre las garantías desarrollados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) establece en su artículo 14:

“...3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección...
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

Este derecho se desarrolla en términos similares en el segundo apartado del art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho de defensa también está previsto en el ordenamiento mexicano, en el texto constitucional. La fracción séptima del artículo 20 señala: “Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso”. La fracción novena establece que se le informará al inculcado de sus derechos, tendrá derecho a una defensa adecuada y a que su defensor “comparezca a todos los actos del proceso”⁴⁹.

Aunque en la práctica la persona involucrada en una investigación tenía acceso al expediente, en 1993 una reforma constitucional expresamente estableció que las constancias e información del procedimiento de averiguación previa serían facilitados al inculcado y que en esta fase procedimental también le asistía al inculcado el derecho a una defensa adecuada (último párrafo del apartado “A” del propio art. 20 constitucional). Así, las actuaciones del procedimiento se realizan con la presencia del inculcado y su defensor y la información y constancias del expediente están a su disposición.

Algunas restricciones al acceso de las partes y, por lo tanto restricciones en el derecho de defensa tienen su fundamento en disposiciones sobre delincuencia organizada que restringe este derecho de los inculcados, en aras del buen éxito de las indagaciones policíacas y la persecución de los delitos. En México el ministerio público puede solicitar a un juez la autorización para realizar intervenciones telefónicas, solicitudes que se realizan como parte de sus investigaciones.

En otras latitudes los tribunales regionales han desarrollado criterios jurisprudenciales que, en los casos planteados a su jurisdicción, dan preeminencia al “interés de la justicia” o a la efectiva represión de los delitos sobre el derecho de defensa. Por ejemplo, Rodríguez Fernández (2000), señala:

“Debe buscarse la solución a este conflicto fuera del ordenamiento jurídico, esencialmente en la doctrina emanada del TEDH sobre la interpretación del

⁴⁹ “Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

“A. Del inculcado: ...

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”

art. 6 del Convenio de Roma. Considera este Tribunal europeo (especialmente con respecto al secreto del sumario y las intervenciones telefónicas, pero que se puede extender a cualquier otra medida de investigación del delito anteriormente citadas) compatible constitucional y legalmente los derechos fundamentales afectados con el secreto del sumario. Se fundamenta esta doctrina jurisprudencial en la primacía del “interés de la justicia” por encima de otros (en concreto del derecho de defensa), aunque éstos tenga el carácter de fundamentales (en el caso, además del derecho de defensa, el derecho al secreto de la correspondencia)”.

En España existe el denominado “secreto interno del sumario”, por el cual, tratándose de delitos públicos el juez de instrucción puede declarar, total o parcialmente, secretas las actuaciones, impidiendo el conocimiento de todos los intervinientes hasta por un mes⁵⁰.

En Chile, la investigación es secreta para los terceros ajenos al procedimiento, pudiendo el imputado e intervinientes revisar irrestrictamente los registros del Fiscal y de la policía sin problemas. Sin embargo, “en función de eficiencia... el fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación y, en tal caso, deberá identificar las piezas, actuaciones respectivas y fijar un plazo no superior a 40 días, durante el cual se mantendrá el secreto o reserva”⁵¹.

En Argentina también existe el principio de publicidad (art. 363 del CPP de la Nación Argentina); sin embargo la etapa preparatoria en la mayoría de los códigos sólo es accesible para las partes, con excepción de la legislación de la Provincia de Buenos Aires en la que “la publicidad total también alcanza a esta etapa”⁵² (art. 280, CPP Buenos Aires). También se ha abierto paso en esta legislación medidas que pueden reservar el conocimiento para las partes de ciertas actuaciones en Córdoba, por ejemplo, hasta por diez días prorrogables, en Buenos Aires, 48 horas ampliables por otras 24.

⁵⁰ El art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española establece: “Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.

“Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, si el delito fuere público, podrá el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario”.

⁵¹ Tavolari (2003), p. 286. El mismo autor señala restricciones a esta facultad: “... no se podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o sobre cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir; ni sobre las actuaciones del tribunal, ni los informes evacuados por peritos.

“Finalmente, cualquier interviniente podrá solicitar al juez de garantía que limite el secreto, en relación al tiempo de duración, a las actuaciones que comprendiere o a las personas que afectare”.

⁵² Bertolino (2003), p. 139.

En el caso de Colombia, el principio de publicidad “... sólo se desarrolla en la fase del juzgamiento, toda vez que en la etapa o fase de la investigación por disposición legal es reservada y sólo conocida por los sujetos procesales, para preservar la imagen y el buen nombre del investigado y para asegurar el éxito de la investigación penal”⁵³. En Brasil también se contempla como excepción al conocimiento de las partes con “el sigilo de las diligencias, grabaciones y transcripciones obtenidas de una intervención telefónica (art. 8, ley 9.296/96)”⁵⁴.

Entre las restricciones de acceso a los intervinientes en un procedimiento de averiguación previa también se encuentran figuras que buscan proteger los derechos de las víctimas. En 2000 se adicionó un apartado “B” al artículo 20 constitucional en el que se establecieron los derechos de las víctimas y ofendidos por el delito. En estas disposiciones se establecen modalidades al derecho del imputado al careo. La fracción quinta de dicho apartado establece: “V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley”.

Otros países tienen restricciones similares, que alcanzan al derecho a la información. Por ejemplo, en España el derecho a la libertad de expresión y derecho a la información (artículo 20 de la Constitución Española) se establecen como restricciones: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título [título primero de la Constitución: de los derechos y deberes fundamentales] , en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia” (art. 20.4, Constitución Española). También el Reino Unido los menores y víctimas tienen protecciones respecto del derecho a la información, a los que haremos referencia en el apartado correspondiente.

b) Participación de terceros al procedimiento (como podría ser asistir a las audiencias)

El principio de publicidad también está previsto y desarrollado en instrumentos internacionales firmados por México. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus

⁵³ Jiménez y Vásquez (2003), p. 228.

⁵⁴ Assis (2003), p. 105.

derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores...

El art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos formula este principio en términos generales:

“Artículo 8. Garantías Judiciales ...

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

En el texto constitucional mexicano este principio se contempla en dos fracciones del conjunto de garantías establecidas en el ya citado artículo 20 constitucional. La fracción tercera refiere que dentro de las 48 horas posteriores a la consignación ante el juez, en audiencia pública se hará del conocimiento del inculcado el nombre de quien le acusa y la causa de la acusación penal y podrá rendir su declaración preparatoria⁵⁵. La fracción sexta del mismo artículo señala el derecho a ser juzgado en audiencia pública⁵⁶.

Este derecho a un proceso a la luz pública en audiencias de libre acceso o publicidad “amplia”, como la denomina García Ramírez⁵⁷, tradicionalmente se ha considerado referido a las etapas procesales propiamente dichas. Como se ha referido, la averiguación previa es considerada por la legislación y la doctrina como una etapa previa al proceso⁵⁸.

⁵⁵ “Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

“A. Del inculcado: ...

“III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria”.

⁵⁶ “Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

“A. Del inculcado: ...

“VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito...”.

⁵⁷ García Ramírez (1989), p. 337.

⁵⁸ Además de los casos citados, también en Brasil se considera el sigilo de las investigaciones en la fase de averiguación policial (art. 20 CPP), *Cfr.* Assis (2003), p. 105. En Francia tanto la investigación (*enquête*) como la instrucción están sujetas al sigilo, art. 11 del CPP. *Cfr.* Otero (1999), p. 69.

La reforma de 1993 estableció que varias de las garantías del inculpado, contempladas en el artículo 20 constitucional (hasta entonces entendidas como únicamente dirigidas al proceso penal) se hacían extensivas a la averiguación previa⁵⁹. El último párrafo del apartado “A” del artículo 20 señala: “Las garantías previstas en las fracciones I [libertad bajo caución], V [amplia oportunidad probatoria], VII [acceso a datos y constancias del proceso] y IX [derecho a la defensa adecuada] también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II [derecho a no declarar, prohibición de incomunicación y tortura y condiciones de la validez de la confesión] no estará sujeto a condición alguna”.

Como se ve las fracciones referentes a la publicidad a terceros del proceso (tercera y sexta) no están consideradas dentro de las garantías procesales durante la averiguación previa. Consistente con esta concepción, la consecuente reforma legal d 1994 estableció en el segundo párrafo del artículo 16 del CFPP:

“A las actuaciones de averiguación previa sólo podrán tener acceso el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, si los hubiere. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obren en la averiguación, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda”.

Comentando esta reforma legislativa, Sergio García Ramírez señala: “Así se ha querido salir al paso de la incorrecta práctica de permitir que otras personas tengan conocimiento directo de las actuaciones, para fines noticiosos, procesales o de otro carácter”⁶⁰.

La sanción penal que se anuncia en el artículo 16 del CFPP, para los servidores públicos que quebranten la reserva, se actualiza en la fracción XXVIII del artículo 225 del Código Penal Federal (en adelante CPF) que contiene los delitos contra la administración de justicia cometidos por servidores públicos. Dicha disposición establece: “XXVIII. Dar a conocer a quien no tenga derecho, documentos, constancias o información que obren en una averiguación previa o en un proceso penal y que por disposición de la ley o resolución de la autoridad judicial, sean confidenciales”. La sanción para dicho delito es prisión de cuatro a diez años y de mil a dos mil días de multa. También, como se ha señalado, los servidores públicos que hagan tales revelaciones pueden incurrir en responsabilidad administrativa.

⁵⁹ Diversos autores, entre ellos Miguel Sarre, han señalado que esta reforma significó el reconocimiento de que muchas de las actuaciones que ocurren dentro de la averiguación previa tienen naturaleza procesal. En lugar de reformar y reducir el alcance de la exorbitada naturaleza y trascendencia jurídicas de la averiguación previa, se optó por llevar las garantías procesales a un espacio que formalmente se sigue considerando meramente “administrativo”.

⁶⁰ García Ramírez (1995), p. 195.

En caso de que la revelación proviniera de los justiciables o sus abogados se podrían actualizar conductas delictivas como la revelación de secretos (arts. 210, 211 y 211-bis del CPF). En otros países los intervinientes tienen el deber de mantener la reserva sobre la información de las etapas previas al proceso penal⁶¹. Así, la legislación española, prevé sanción penal para los funcionarios que revelen información del sumario, en tanto que para las partes establece una sanción correccional:

“Artículo 301. Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley.

“El Abogado o Procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el secreto del sumario, será corregido con multa de 250 a 2.500 pesetas.

“En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta.

“El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo”.

En México es difícil la aplicación de sanciones penales en esta materia, pues es difícil acreditar la identidad del autor de la conducta ilícita, pues la información que es conocida, sobre todo a través de los medios de comunicación, se hace llegar de forma anónima o solicitando a los medios no revelar la fuente del informante. En este sentido el secreto profesional de los periodistas ampara la reserva de “las fuentes de información y los datos obtenidos de ellas ante las empresas, las autoridades y los jueces”⁶².

Incluso esta inhibición para que no se revele lo acontecido en las actuaciones de averiguación previa, parece no alcanzar a otros componentes de la averiguación previa, como por ejemplo la denuncia o querrela, pues el art. 118 del CFPP señala en su tercer párrafo:

“Cuando el denunciante o querellante haga publicar la denuncia o la querrela, están obligados a publicar también a su costa y en la misma forma utilizada para esa publicación, el acuerdo que recaiga al concluir la averiguación previa, si así lo solicita la persona en contra de la cual se hubiesen formulado dichas denuncia o querrela, y sin perjuicio de las responsabilidades en que aquéllos incurran, en su caso, conforme a otras leyes aplicables”.

⁶¹ En Argentina, la legislación de Córdoba (art. 312), obliga a las partes a mantener el secreto. También la legislación francesa establece que toda persona que interviene en el procedimiento de *enquête* y la *instruction* está obligada al secreto so pena de sanción privativa de libertad de hasta dos años y 50 mil francos de multa.

⁶² Loreti (1997), p. 74.

De lo anterior se colige que tanto la denuncia o querrela como la resolución de la averiguación previa son susceptibles de ser difundidos por las partes del procedimiento.

Una breve referencia debe hacerse sobre la discreción con la que se realizan en nuestro país las diligencias de rendición de testimonio y careos. Como ya se señaló, en México las reglas de las actuaciones probatorias son aplicables tanto durante la averiguación previa como durante el proceso. Sobre el desahogo de pruebas testimoniales la legislación establece: “los testigos deben ser examinados separadamente y sólo las partes podrán asistir a la diligencia...” (art. 246, CFPP); y sobre el careo: “... solamente se practicará entre dos personas y no concurrirán a la diligencia sino las que deban ser careadas, las partes, y los intérpretes si fueren necesarios” (art. 266, CFPP). Esto significa una gran restricción al principio de publicidad en el proceso penal, donde las pruebas personales (como el testimonio y el careo), son fundamentales. Esto es una anomalía y contraviene los instrumentos internacionales (como el PIDCP que señala que las pruebas deben ser públicas y la Constitución que refiere al derecho a ser juzgado en audiencia pública).

Este diseño institucional en materia penal, establecido antes del desarrollo del Derecho a la Información en México colisiona con las nuevas tendencias no sólo en materia de transparencia y acceso a la información, sino en las cada vez más frecuentes iniciativas en el sentido de eliminar los rasgos inquisitivos de los procedimientos penales, reestableciendo un sistema penal de corte acusatorio.

El análisis a lo referente al derecho al acceso a la información durante la averiguación previa se desarrollará en el siguiente apartado; por lo que en este punto sólo se referirá brevemente algunas consideraciones sobre el principio de publicidad durante el procedimiento de averiguación previa.

De lo expuesto hasta aquí queda evidenciado que la legislación en materia penal no contempla el principio de publicidad en su acepción amplia, esto es, la participación de terceros al procedimiento como asistentes a las actuaciones. Esta limitación persigue por una parte la protección de la intimidad y buen nombre de las personas involucradas en la investigación; también busca evitar que la investigación se vea obstaculizada; por otra parte, se considera que este sigilo y falta de publicidad (o secreto) no afecta el interés público.

En los sistemas de derecho sajón el acceso del público a etapas preliminares es más amplio. Por ejemplo, en los estados Unidos la publicidad alcanza a fases preliminares (por ejemplo los mismos interrogatorios de posibles jurados para asegurar su imparcialidad⁶³). Entre las excepciones está la audiencia preparatoria que versa sobre exclusión de pruebas. Esta audiencia se realiza sin asistencia de público, con el propósito de evitar que los miembros del jurado y la opinión pública

⁶³ Cassel (2003), p. 177, citando el precedente *Press Enterprise Co. Vs. Superior Court*, 464 U.S. 501 (1984).

se enteren a través de los medios, de las pruebas que fueron excluidas, lo que podría alterar su apreciación del caso⁶⁴.

Por lo que respecta al derecho a la intimidad y buen nombre de los involucrados, además de la presunción de inocencia, se considera que si en esta etapa sólo se realizan las primeras indagaciones y sólo se reúnen indicios sobre la posible comisión de un delito; resultaría indebido que se ventilaran públicamente interrogatorios y declaraciones de las que posiblemente se derive que no existe delito que perseguir, en cuyo caso la reputación de los involucrados habría sufrido con el manejo público de información meramente policíaca y preliminar.

También se considera que de salir a la luz pública el sentido y contenido de las pesquisas pondría en riesgo la efectividad de las investigaciones y la persecución de los delitos. Como se puede constatar en la transcripción de los textos de los instrumentos internacionales, la noción del “interés de la justicia” se considera como una justificación de la restricción de la publicidad. En etapas preliminares la doctrina y la jurisprudencia internacionales y comparadas han extendido este interés al ámbito de la seguridad y la adecuada “represión del delito”. Así se considera que si se conociera información contenida en una averiguación previa se pondría en riesgo el éxito de la investigación, como por ejemplo, si terceros se enteran que alguna declaración o testimonio los involucra en las pesquisas, podrían evadirse de la justicia, o bien si una información reunida en la averiguación previa en la que se determinó que no había participación de los inculpados inicialmente señalados, pero dicha información puede ser utilizada para el esclarecimiento de los hechos para dar con los verdaderos responsables.

Otro argumento para fundar la restricción del principio de publicidad durante la averiguación previa es la noción legal y doctrinal de la averiguación previa como una instancia preprocesal o paraprocesal en la que no se realiza actividad probatoria, sino la únicamente la reunión de indicios que tienen la finalidad de fundar la decisión del ministerio público sobre el ejercicio o no, de la acción penal. Desde esta óptica, la determinación del ministerio público no afecta la esfera de derechos ni determina una situación jurídica, actos que son realizados por el juzgador al analizar el expediente, ya dentro del proceso y ya con plena vigencia del principio de publicidad. De esta forma al no haber afectación acto de imperio o establecimiento de una situación jurídica, no habría interés público en someter tales actos al control del principio de publicidad⁶⁵.

Como se anticipó al analizar la naturaleza jurídica de la averiguación previa, el carácter inocuo de la averiguación previa es muy cuestionable, pues la legislación, la jurisprudencia y la doctrina mexicanas han hecho que muchos actos realizados durante esta etapa procedimental tengan plena eficacia en la determinación de

⁶⁴ *Ibidem*, citando el precedente *Gannett Co. Vs. Depasqule* (1979).

⁶⁵ En este sentido se puede citar la expresión de Emmanuel Kant: “todas las acciones referentes al derecho de otros hombres cuya máxima no puede ser publicada, son injustas”. Citado por García Ramírez (2004), p. 89.

situaciones jurídicas y en la afectación de derechos. En la averiguación previa pueden realizarse actividades similares o propiamente probatorias, que llegan a reiterarse o admitirse durante el proceso con validez plena⁶⁶ y en México el principio de inmediatez, entendido como la mayor validez de las declaraciones u otros elementos reunidos en las etapas previas al juicio, que las propias actuaciones realizadas ante el juez. Esta configuración institucional es el que le da a nuestro sistema penal un claro sesgo inquisitivo, incompatible con las nuevas condiciones y aspiraciones sociales de México.

Sin embargo, establecer el principio de publicidad para terceros al procedimiento durante la averiguación previa, no sería una solución a esta lamentable situación. Como se refirió al definir el principio de publicidad, éste y otros principios como el oralidad son garantías de otras garantías, porque aseguran la eficacia de otras garantías que podrían denominarse “primarias”⁶⁷, como son los principios que rigen la formulación de la acusación y la obtención y carga de la prueba, así como el principio del contradictorio y el derecho de defensa adecuada. Si estos principios y garantías no se reúnen, la oralidad o la publicidad si acaso, significarán ese control político que significa la opinión pública sobre las instituciones sociales, pero no garantizará un debido proceso para los inculpados.

La publicidad de la averiguación previa en el contexto actual significaría una enorme afectación de los intereses y derechos de las personas involucradas en la investigación (derecho a la intimidad y al buen nombre, principalmente) y no implicaría, sin embargo, una garantía para el interés público vinculado con la publicidad. No se necesita llevar más garantías procesales a la averiguación previa; lo urgente es redimensionar el diseño y la trascendencia legal y procesal de la averiguación previa, para que deje de ser un auténtico proceso. Esta transformación implicaría una profunda transformación legal e institucional en el sistema penal mexicano.

5. Derecho a la Información durante la averiguación previa

Como se ha señalado el Derecho a la Información se integra por el derecho a recibir, difundir y buscar información.

Por una parte, está el derecho de todo ciudadano a saber, a recibir información de cuanto ocurre en la sociedad. Este derecho fundamental implica la obligación de acción para el Estado generando las condiciones para que la información esté disponible, creando espacios de información y garantizando a través de la

⁶⁶ De hecho como se refirió páginas arriba, la reforma constitucional de 1993 al artículo 20, extendió a la averiguación previa la garantía de ofrecer pruebas establecido en la fracción quinta de dicho artículo: “V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso”. Es decir, se reconoce –y legaliza- esta actividad probatoria (incipiente o plena) durante la etapa previa al proceso.

⁶⁷ Ferrajoli (1995), p. 616.

normatividad y de mediante políticas específicas flujos mínimos de información. Por referir sólo algunos, la legislación sobre transparencia establece la información que los sujetos obligados por la ley deben tener al alcance de la población. También los registros oficiales suelen ser de acceso público y para el público inversionista, las empresas que pretendan obtener recursos de los mercados de valores están obligadas a dar a conocer sus estados financieros, etc.

También el Derecho a la Información también implica la obligación del Estado de poner al alcance de la población la información pública, no reservada. Algunos países establecen algunos adjetivos a estos derechos como por ejemplo el derecho a una información “veraz”, establecido por la Constitución Española⁶⁸.

Otro derecho fundamental sobre la información es la posibilidad de difundir libremente información, por lo que las constituciones y los instrumentos internacionales, suelen prohibir la censura previa y garantizar la libertad de prensa. El derecho a la información no está sometido a más restricciones que el derecho a la intimidad, la reputación, la seguridad nacional, el interés y el orden públicos.

Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos delinea el contenido y alcance de este régimen del derecho a la información:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

“2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

“a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

“b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

“3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

“4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección

⁶⁸ Art. 20 apartado 1, inciso “d” de la Constitución española: “Art. 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos: ... d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión...”.

moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2...

“Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

“1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

“2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

“3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

En México, el Derecho a la información está previsto en la Constitución y sólo se le limita por el respeto a la vida privada, la moral y la paz pública. El artículo 6° de la norma fundamental contiene el Derecho de la Libertad de Expresión y el Derecho a la Información en los siguientes términos:

“La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

Por su parte el artículo 7° se refiere el derecho a difundir las ideas, particularmente en su configuración clásica de la Libertad de Imprenta:

“Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública”.

El Derecho a la Información se incluyó en 1977 en el texto constitucional dentro de un amplio proceso de reforma política; pero no había sido objeto de un desarrollo legislativo. Finalmente en junio de 2002 entró en vigor la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LAI).

El derecho a la información en el ámbito penal, particularmente en las etapas preliminares, ha desbordado los diseños institucionales clásicos del principio de publicidad. De la misma forma que dicho principio, el Derecho a la Información opera como componente del control público o popular de la justicia, que compele a los participantes a conducirse con probidad; sin embargo, su amplia difusión llega a ser un desafío tanto para los medios que deben comunicar contenidos que suelen ser técnicamente complicados; al mismo tiempo la opinión pública hace de los temas delictivos objeto de la mayor curiosidad, lo que lleva a los medios a

buscar cada vez más información y en ocasiones lleva a buscar opiniones jurídicas que describan y expliquen los acontecimientos a la sociedad y en ocasiones se precipitan evaluaciones y anticipan resultados del proceso constituyendo lo que se denomina “juicios paralelos”, por los que “la prensa ‘impone sentencias sociales, basadas únicamente en investigaciones periodísticas’”⁶⁹. Así mismo se produce lo que la doctrina española suele denominar “pena de banquillo”⁷⁰, esto es, la estigmatización social o sufrimiento de origen íntimo y social que sufre una persona sometida a una investigación o a un proceso, incluso aunque sea eximido de responsabilidad o absuelto.

Michael Foucault ha señalado que una de las características del derecho penal moderno es precisamente: “...la relación entre pena y proceso respecto de la publicidad: mientras en el derecho premoderno los procesos eran secretos y era pública y espectacular la ejecución de la pena...en la Edad Moderna la pena se hace secreta, ocultándose y separándose del mundo externo...y el proceso, al menos en línea de máxima, se hace público y acentúa sus rasgos litúrgicos. El carácter solemne y espectacular del derecho se transfiere del momento punitivo al procesal y la función garantista del proceso tiende a convertirse en una función represiva”⁷¹

De esta forma, el derecho fundamental de recibir, difundir y buscar o acceder a la información, colisiona con otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, a la presunción de inocencia, a un juicio justo e imparcial, al buen nombre. El Derecho de información también colisiona con el interés público en el buen desarrollo de las actividades realizadas por las instituciones encargadas de la persecución del delito y la impartición de justicia.

Por lo que se refiere a los derechos de las personas involucradas en el proceso penal, particularmente el imputado y la víctima, Luigi Ferrajoli critica severamente la “resonancia” y “espectacularidad” del proceso penal, que en su opinión nada tienen que ver con la publicidad. Resultado de esta espectacularidad es lo que denomina “media publicidad” de un proceso:

“público y solemne en la fase del juicio oral, protegido por el secreto, pero abierto a indiscreciones incontroladas, en la vieja fase instructoria y ahora en las investigaciones preliminares. Es claro que esta híbrida unión de secreto y resonancia comporta para el imputado tanto las desventajas del secreto como las de la publicidad. El rumor en torno al proceso, enormemente acrecentado por la ambigua relación instaurada en estos años entre mass media y actividad investigadora, es, en efecto, inversamente proporcional a la efectiva cognoscibilidad de los actos procesales, que la fuga de noticias permite de forma distorsionada durante la instrucción y que la mole creciente de las actuaciones judiciales impide

⁶⁹ García Ramírez (2004), p. 91 citando a Roberto Dromi.

⁷⁰ Armenta (2003), p. 65.

⁷¹ Referido en Ferrajoli (1995), p. 688.

de hecho durante el enjuiciamiento. En este sentido, la media publicidad del proceso mixto acaba siendo una publicidad sólo de las acusaciones –la incriminación, la privación de libertad o quizá las pruebas de cargo-y no también de las defensas, transformándose así su función de garantía frente el arbitrio en instrumento añadido de penalización social preventiva”⁷².

Aquí se ve afectado el buen nombre y la presunción de inocencia, así como el derecho a un juicio justo e imparcial. Sobre este último aspecto, las autoridades investigadores y los juzgadores, podrían verse influidos o presionados por el sentido de los juicios paralelos en los que se pronuncia el perentorio y generalmente infundado veredicto de la opinión pública. Como señala Sergio García Ramírez: “Si alguna vez observó el pueblo, presente en la sala de juicio, las razones y conclusiones de la justicia, hoy día existe el riesgo de que el juzgador, atento a la prensa escrita o electrónica, reciba en las páginas de los diarios o en los informes y comentarios de la radio y la televisión, los datos a los que luego conformará su sentencia”⁷³.

Como ya se ha comentado el “interés de la justicia” también se ha establecido como una restricción legítima a la publicidad y acceso a la información durante los procedimientos (artículo 14.1 del Pacto Internacional y artículo 8.5 de la Convención Americana, citados líneas arriba).

En lo que se refiere a las investigaciones preliminares, la difusión de sus contenidos, además de afectar a quienes participan de los procedimientos, pueden entorpecer o minar la eficacia de las investigaciones, por lo que también existen argumentaciones en este sentido para fundar la reserva de la información de la averiguación previa.

De acuerdo con la regulación en la materia, se considera que “... la Información que forma parte de las averiguaciones previas, es aquella que resulta de la etapa durante la cual el Ministerio Público realiza todas aquellas actuaciones y diligencias necesarias para conocer la verdad histórica de un hecho posiblemente constitutivo de delito, a efecto de ejercitar o no la acción penal”⁷⁴.

Como ya se ha referido una tarea fundamental en esta colisión entre estos derechos e intereses es la ponderación por parte de los órganos de aplicación. A continuación se analizará el alcance del derecho a recibir, difundir y buscar información contenida en averiguaciones previas en México de acuerdo con el marco normativo actual.

⁷² *Idem*, p. 618.

⁷³ García Ramírez (2004), p. 91.

⁷⁴ Lineamiento vigésimo sexto de los Lineamientos Generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, Diario Oficial de la federación, 18 de agosto de 2003, Primera Sección.

El derecho a recibir información contenida en una averiguación previa no tiene restricciones; en tanto que en lo referente a la difusión de dicha información se tiene como límites: el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública, en los términos que ha desarrollado la legislación y la jurisprudencia, sin que exista censura previa, quedando expedita la posibilidad de fincar la responsabilidad civil, administrativa o penal cuando se haya afectado indebidamente la esfera de derechos fundamentales de las personas o revelado algún secreto.

Si se trata de una inserción pagada por un particular (en cuyo caso debe aparecer como responsable de la publicación) se puede incurrir en la ya referida responsabilidad civil, administrativa o penal en caso de que se afecte derechos de terceros o al interés público. Por lo que se refiere a los redactores y columnistas de los medios impresos o bien reporteros y comunicadores en medios electrónicos también están sujetos al mismo régimen de responsabilidad. En la práctica, los casos en los que se finca alguna responsabilidad, generalmente pecuniaria, es como consecuencia de responsabilidad civil y daño moral derivado de referencias injuriosas⁷⁵; así mismo se han presentado casos de indagatorias y procesos sobre calumnias o difamación⁷⁶.

En estos casos hay una tensión entre el alcance del derecho a informar y los derechos personales al buen nombre y al honor. El diseño institucional tradicional es el de no establecer limitaciones previas a las manifestaciones o expresiones, dejando como principal e indirecto límite la responsabilidad civil o penal que se puedan derivar de las expresiones, en caso de que las autoridades judiciales consideren que se encuadran en una figura delictiva.

Sobre esta tensión entre derecho a la información y el derecho al buen nombre, Antonio García-Pablos señala que “no existen límites ‘naturales’ ni indiscutibles de los derechos, sino que la sociedad debe asumir un margen razonable de ‘inseguridad’. Y, recuerda, por último, la subsidiariedad del derecho penal y su función protectora de estas libertades, ya que el derecho penal no está llamado a ser el límite ‘natural’ de estas libertades sino su más eficaz garantía. Es decir, la libertad de expresión y de información han de estar supeditadas a unos principios mínimos como son, por ejemplo, que el ejercicio de la función de informar se lleve a cabo sin incurrir en la comisión de conductas tipificadas como delito en el Código Penal”⁷⁷.

En caso de que los medios de comunicación revelen secretos o información reservada, se puede iniciar una investigación generalmente orientada a descubrir, por la naturaleza de la información, a las personas que proporcionaron

⁷⁵ En un caso que llamó la atención de la opinión pública nacional, un personaje público obtuvo una indemnización millonaria de una columnista que se refirió en términos injuriosos a uno de sus familiares.

⁷⁶ Recientemente, en el ámbito de competencia federal, figuras como las injurias y calumnias han sido descriminalizadas, dejando de considerarse delitos, por lo que la posible responsabilidad por estas conductas se limita al ámbito civil y administrativo.

⁷⁷ Reseñado en Otero (1999), p. 45.

indebidamente la información. Los funcionarios públicos encargados de custodiar dicha información suelen ser objeto de la investigación y en caso de comprobarse su responsabilidad, pueden recibir, incluso, sanciones penales. Los medios de comunicación y sus comunicadores y productores suelen argumentar el derecho a mantener en secreto a sus fuentes, así como a referir que la información llegó a sus instalaciones de forma anónima. Las autoridades de investigación suelen limitarse a solicitar información sobre sus fuentes a los medios; si éstos se reservan dicha información, generalmente las indagaciones se dirigen a escudriñar las posibles fuentes, así como las áreas públicas responsables de la custodia de la información.

En otros ordenamientos existe información sobre indagatorias preliminares, actuaciones preparatorias de un proceso, o bien sobre actos realizados durante la instrucción procesal, cuya difusión está prohibida.

Por ejemplo, “El artículo 13, segundo párrafo, de la Constitución de Guatemala indica: ‘Las autoridades policiales no podrán presentar de oficio, ante los medios de comunicación social, a ninguna persona que previamente no haya sido indagada por el tribunal competente’”⁷⁸. En Paraguay, “...el Código de procedimientos prohíbe a las autoridades presentar al imputado como culpable si no hay sentencia que lo resuelva. ‘La norma va dirigida a funcionarios policiales, a fiscales, jueces, eventualmente defensores y autoridades de establecimientos de reclusión preventiva’”⁷⁹.

En el Reino Unido “los tribunales tienen la facultad de prohibir la publicación en un periódico de fotografías o de cualquier otro tipo de material que pueda identificar a un menor implicado en un proceso. Igualmente, se prohíbe la identificación directa o indirecta de las víctimas de delitos sexuales. Por su parte el Criminal Justice Act. De 1925 protege el derecho a la propia imagen prohibiendo que se hagan fotografías o se realicen retratos o bosquejos en la Sala con la intención de publicarlos, así como la utilización de cámaras fotográficas por cualquier persona que entre o salga de la Sala”⁸⁰. En sistemas de la llamada tradición del Derecho Común (Common law), como Reino Unido y Estados Unidos, el poder judicial tiene atribuciones más amplias por lo que a través de figuras denominadas Contempt of Court, pueden prohibir y sancionar la divulgación de noticias que puedan afectar el buen desempeño de la justicia.

Pero no sólo la legislación y los fallos judiciales deben incidir en el respeto social de ciertos equilibrios en las tensiones entre los derechos bosquejados que friccionan al manejarse información generada durante el desarrollo de las etapas procedimentales previas al proceso penal. También es fundamental la cultura cívica, la cultura jurídica general de la población y, muy importante, en virtud de

⁷⁸ García Ramírez (2004), p. 91.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Otero (1999), p. 48.

que interactúa y enriquece a las anteriores: la capacitación y la ética de los profesionales de la comunicación.

Los medios de comunicación, además de una función informativa, también transmiten cultura legal y valores cívicos a los sujetos de la información, por ello es muy importante el conocimiento elemental sobre los procedimientos legales y los derechos de los inculpados. En otros países se han desarrollado códigos de ética elaborados y asumidos por los propios informadores, para evitar la afectación indebida de derechos de terceros al hacer ejercicio de la labor informativa.

Por ejemplo, el Código Deontológico de la Profesión Periodística, aprobado por la Federación de Asociaciones de Prensa de España en su Asamblea General de noviembre de 1993 en Sevilla establece:

“5. El periodista debe asumir el principio de que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario y evitar al máximo las posibles consecuencias dañosas derivadas del cumplimiento de sus deberes informativos. Tales criterios son especialmente exigibles cuando la información verse sobre temas relacionados con los Tribunales de Justicia.

A. “El periodista deberá evitar nombrar en sus informaciones a los familiares y amigos de personas acusadas o condenadas por un delito, salvo que su mención resulte necesaria para que la información sea completa y equitativa.

B. “Se evitará nombrar a las víctimas de un delito, así como la publicación de material que pueda contribuir a su identificación, actuando con especial diligencia cuando se trate de delitos contra la libertad sexual.

“6. Los criterios indicados en los dos principios anteriores se aplicarán con extremo rigor cuando la información pueda afectar a menores de edad. En particular, el periodista deberá abstenerse de entrevistar, fotografiar o grabar a los menores de edad sobre temas relacionados con actividades delictivas o enmarcables en el ámbito de la privacidad”⁸¹.

6. Acceso a la información de la averiguación previa

Sobre la posibilidad de acceso a la información contenida en una averiguación previa⁸², existe en México un conflicto entre dos normas, por una parte, la disposición ya referida del CFPP, agregada en 1994 en el artículo 16, que limita el acceso de terceros a las actuaciones de averiguación previa

En sentido contrario, la LAI establece en su artículo sexto: “En la interpretación de esta Ley se deberá favorecer el principio de publicidad de la información en posesión de los sujetos obligados”.

⁸¹ Citado en *Idem*, p. 33.

⁸² Las consultas de datos estadísticos, información sobre la naturaleza de los actos investigados, indicadores de gestión, o datos presupuestales, de que se disponga por parte de la autoridad, son generalmente brindados por las propias unidades de enlace de los sujetos obligados por la LAI. De negarse esta información, sin que se justifique la reserva, se encuentran precedentes de resoluciones de recursos de revisión por los que el IFAI ordena el acceso.

Es decir, existe un conflicto entre la restricción general del CFPP, que además tiene una sanción penal para los funcionarios, y el mandato del principio de información pública. En términos generales la disposición de la legislación de transparencia es más reciente y es una disposición especial en materia de acceso a la información. La justificación de la LAI o bien una resolución del IFAI excluirían a los funcionarios de responsabilidad penal porque el acceso a la información dejaría de ser “indebida”, en virtud de que no se daría el supuesto previsto en Código Penal de que las actuaciones respecto de las que se hagan una versión pública “por disposición de la ley o resolución de la autoridad judicial, sean confidenciales” (Art. 225, fr. XXVIII, CPF).

Al comenzar la vigencia de la LAI, cuando se solicitaba información contenida en una averiguación previa, la Procuraduría General de la República solía negar la información fundando su negativa en que las averiguaciones previas se encontraban previstas como información reservada (art. 14, fr. III, LAI)⁸³. En estos casos, a través de la resolución de los recursos de revisión se estableció el criterio de que debía darse la ponderación de las razones esgrimidas por la autoridad para determinar en los términos de la LAI, de su Reglamento⁸⁴ y de los Lineamientos de Clasificación emitidos por el propio IFAI⁸⁵, si se justificaba la clasificación de dicha información como reservada.

En la aplicación de este criterio se ha impulsado el principio de información pública. Los sujetos obligados deben, en caso de que se argumente que se trata de información reservada, probar que se se causaría un grave perjuicio a alguno de los intereses tutelados por la LAI, que en el caso de la averiguación previa pueden ser el interés de la justicia, perjudicar seriamente la persecución de los delitos (art. 13, fr. V, LAI), así como la protección de información de las personas que debe ser confidencial (art. 18, LAI). Implícitamente también se puede considerar que la difusión de información contenida en la averiguación previa puede dañar la intimidad, buen nombre o presunción de inocencia de quienes intervienen en la investigación, como víctimas, inculpados y agentes de la autoridad (arts. 14 y 16 constitucionales y de una posible interpretación sistemática el 13, fr. IV y 18, LAI).

En cada caso deben evaluarse los intereses en conflicto, pues ninguno de los derechos e intereses salvaguardados por la ley son absolutos y optar por la

⁸³ LAI: “Artículo 14. También se considerará como información reservada:...III. Las averiguaciones previas”.

⁸⁴ Entre otras disposiciones, particularmente relevante es el artículo 27 de dicho reglamento que establece: “Al clasificar expedientes y documentos como reservados o confidenciales, los titulares de las unidades administrativas deberán tomar en consideración el daño que causaría su difusión a los intereses tutelados en los artículos 13, 14 y 18 de la Ley”.

⁸⁵ Lineamientos Generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, Diario Oficial de la federación, 18 de agosto de 2003, Primera Sección.

resolución que maximice el derecho a la información y minimice el sacrificio de otros derechos.

En la doctrina y derecho comparados, se ha debatido intensamente sobre si algunos actos, documentos, actuaciones y resoluciones en materia penal, pueden o deben considerarse necesariamente públicos. Se ha sostenido, por ejemplo, que actos como la detención (como parte del control de detención, cómputo de los términos de detención y prohibición de incomunicación) o la acusación oficial deben ser públicos, así como las resoluciones judiciales en la materia.

En nuestro ordenamiento jurídico, se contempla que los detenidos deben ser puestos inmediatamente a disposición de la autoridad judicial o, en casos de urgencia o flagrancia retenido por el ministerio público (art. 16 constitucional), prohibiéndose la incomunicación del detenido, con derecho a ser asistido por su defensor y acceder a las constancias del procedimiento (art. 20 constitucional, apartado A, fr. II, VII y IX , así como el último párrafo del mismo apartado); por lo que la detención no puede quedar en secreto.

Así mismo la constitución establece que una vez que el ministerio público determina ejercer la acción penal ante los juzgados penales, “se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria” (art. 20, apartado A, fr. III), esto es, los términos de la consignación se hacen públicos⁸⁶.

En la operación cotidiana del sistema penal mexicano, la infraestructura de los juzgados no favorecen la realización de audiencias públicas, pues los asistentes no puedan presenciar en condiciones adecuadas las actuaciones (existe una rejilla de prácticas junto al escritorio del secretario o actuario que desahoga la audiencia y no hay espacio suficiente. Los asistentes deben de estar, generalmente de pie y no suele disponerse de equipo de sonido para permitir escuchar las declaraciones de los asistentes). Por otra parte, el sistema de turno, esto es, el que el juzgado reciba varios asuntos durante cierto tiempo (en el ámbito urbano, horas o un par de días), dificulta la programación de las audiencias y la asistencia del público. El abogado debe de estar pendiente, esperando el momento en el que su cliente sea trasladado del interior del reclusorio a la rejilla de prácticas, el público y los medios no siempre pueden conocer con certeza la hora en que se desarrollará la audiencia. Una vez desahogada, el contenido de las constancias de esa audiencia pública no están disponibles para personas ajenas al proceso.

También ya se ha referido en el apartado anterior que la legislación mexicana contempla la posibilidad de que otros documentos contenidos en la averiguación

⁸⁶ Más adelante se hará mención de que la acusación propiamente dicha se considera se daría en caso de que el ministerio público presente conclusiones acusatorias antes de la sentencia del proceso.

previa se hagan del conocimiento público, por ejemplo a través de la difusión de la querrela formulada por el ofendido (art. 118 CFPPP). Es decir, se permite la difusión, aunque dejando a salvo los derechos de terceros y los señalados en esas publicaciones para pretender y actuar legalmente para que jurisdiccionalmente se determine si hubo afectación sobre el derecho al buen nombre de los inconformes, y si, por lo tanto, procede fincar alguna responsabilidad sobre los denunciantes o querellantes.

El principal argumento que la Procuraduría General de Justicia obligados ha esgrimido en los recursos de revisión ante el IFAI, para avalar la negativa de acceso a la información contenida en la averiguación previa, ha sido que el acceso a esta información podría causar un serio perjuicio a las actividades de prevención o persecución del delito (fundado en el ya referido art. 13, fr. V de la LAI); sin embargo, también los derechos fundamentales de los involucrados en la investigación, particularmente el inculpado, como el derecho al buen nombre y la presunción de inocencia deben ser tomados en consideración al ponderar la autorización de acceso a la información.

Estos derechos del individuo que participa en un proceso se pueden separar en dos grupos, por una parte el derecho derivado del principio de inocencia, que implica que debe ser considerado como inocente en tanto no se declare, de manera definitiva, su culpabilidad por una instancia judicial. Cuando este derecho se vulnera se habla de “juicio paralelo”, esto es una sanción preventiva de naturaleza social impuesta indebidamente por la opinión pública o por los medios. Cuando se dan estos juicios paralelos, además de afectar esta presunción de inocencia, se afecta al individuo en la medida que puede incidir negativamente en su derecho a un juicio justo con jueces imparciales, esto en virtud de que los individuos que juzgan están inmersos en una realidad social que no pueden ignorar. De este problema no están exentos los funcionarios de las fiscalías o jueces técnicos (particularmente los primeros cuando son funcionarios electos popularmente –como los fiscales norteamericanos- o dependen de autoridades administrativas –como el ministerio público en México- que los hacen más vulnerables a la opinión pública y al contexto político), pero ha generado mayor análisis y declaraciones jurisprudenciales en casos de justicia por jurados.

El otro conjunto de derechos están relacionados con la reputación, el buen nombre, el derecho a la propia imagen, entre otras modalidades. Estos derechos se ven afectados, independientemente de que su caso sea analizado en la opinión pública o se emita una condena mediática, por el sólo hecho de que se haga público que la persona está sujeta a investigación, fue víctima de un delito o está participando en un procedimiento de naturaleza criminal. A esta afectación la doctrina española le ha denominado “pena de banquillo” refiriéndose a la estigmatización social de las personas involucradas en procedimientos penales independientemente del sentido del fallo judicial y, en ocasiones, independientemente del rol que se juegue en los procedimientos.

Si bien el derecho al buen nombre no ha sido desarrollado expresamente en el ámbito constitucional mexicano como en otros países (como España⁸⁷), se puede considerar que implícitamente podía contenerse en el derecho de intimidad, como parte de la “persona, familia, domicilio, papeles o posesiones” (artículo 16 constitucional) de los individuos. Este derecho y en general los denominados derechos de la personalidad, no han sido desarrollados de forma sistemática en nuestro ordenamiento. Existen dispersos en la legislación penal y civil⁸⁸.

La formulación contemporánea del principio de inocencia se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos la Organización de las Naciones Unidas de 1948 que es considerada por los órganos internacionales como una manifestación del derecho internacional consuetudinario, vinculantes para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas⁸⁹.

Esta Declaración establece en su artículo 11.1: “ Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”⁹⁰. Aquí se puede advertir que no sólo es la condición legal de inocente, sino que además se deja implícita la carga de la prueba del órgano de acusación y se señala que el eventual pronunciamiento de su responsabilidad penal debe ser antecedido por un juicio público que le brinde garantías para su defensa.

El máximo instrumento del sistema interamericano es la Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año de 1948, también contiene el derecho al principio de inocencia, enunciado en su artículo XXVI en los siguientes términos: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”⁹¹. En términos muy similares este derecho se recoge en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹²: Art. “8.2 Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no establezca legalmente su culpabilidad”⁹³.

⁸⁷ En el art. 20 de la Constitución española se establecen el derecho a la libertad de pensamiento, de expresión, creación, cátedra, comunicar y recibir información veraz; el párrafo cuarto de dicho artículo establece como restricciones: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

⁸⁸ Ver por ejemplo, Gutiérrez y González (2004), pp. 880 y ss.

⁸⁹ O'Donnell (2004), p. 56.

⁹⁰ En Rodríguez y Rodríguez (1994), t. 1, p. 21.

⁹¹ Derechos Humanos (2004), p. 26.

⁹² Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado mexicano el 18 de diciembre de 1980; ratificado por México el 24 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

⁹³ Derechos Humanos (2004), p. 31

En términos similares se establece este principio en instrumentos internacionales fundamentales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁴ (PIDCP) y el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión⁹⁵.

Precisamente el Comité de Derechos Humanos establecido por el PIDCP, analizando este instrumento ha desarrollado el siguiente contenido del principio de inocencia: “En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso”⁹⁶.

El derecho a ser considerado inocente hasta que o se reciba una sentencia condenatoria definitiva, implica un derecho subjetivo para el imputado frente a las autoridades, que deben establecer tanto en las leyes como en la operación del sistema las consideraciones y tratamiento del imputado propios de una persona protegida por el principio de inocencia. Esta garantía también debe guiar la regulación de los medios de comunicación, cuyos códigos de ética deberían reflejar esta consideración en el manejo de la información que difunden. También implica un deber cívico para los ciudadanos que deben tener la consideración de que las personas procesadas deben ser consideradas inocentes hasta no quedar definitivamente condenados.

Estos intereses y derechos son particularmente vulnerables en la etapa de averiguación previa, en virtud de que todavía no se formula una determinación por ejercer la acción penal y se cuenta sólo con indicios. Cuando se autoriza la difusión de información de las actuaciones penales preliminares al proceso, como lo es la averiguación previa, suele señalarse que se suprima los datos personales, entre ellos la identidad de los involucrados; sin embargo, esta supresión de datos no suele lograr dejar a salvo los derechos derivados del principio de inocencia, pues en ocasiones cuando se solicita el acceso a determinado expediente, el solicitante conoce algunas de las personas involucradas en la investigación, particularmente al inculcado y precisamente por la relevancia pública o social del asunto o de la persona involucrada se da el interés informativo. En estos casos el

⁹⁴ Parte III, Art. 14.2 Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. Rodríguez y Rodríguez (1994), p. 48. Pacto adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976, ratificado por México el 23 de marzo de 1981, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981, entrando en vigor para México el 23 de junio del propio 1981, *Idem*, p. 42.

⁹⁵ Principio 36.1. Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa, *Idem*, p. 223. Adoptado el 9 de diciembre de 1988, *Idem*, p.215.

⁹⁶ *Observación General 13*, Párr. 7. Citado en Bovino (1998a), p. 132.

manejo de la información y el desarrollo de la opinión pública quedan a disposición del manejo ético de los solicitantes y de la cultura cívica y legal de la población.

En esta tensión entre presunción de inocencia y derecho a un juicio justo e imparcial a finales de los sesenta la Corte Norteamericana, tuvo fallos como los de los casos *Estes vs. Texas* (1965) y *Sheppard vs. Maxwell* (1966) en los que se anularon los procesos en virtud de que el juez “no cumplió con su deber de proteger a Sheppard de la injerencia de una publicidad ilegal y de controlar las influencias perjudiciales en la sala de juicio”, también se debió haber impedido la aparición material que pudo haber influenciado al jurado⁹⁷. En esos casos se destacó el impacto de los aparatos televisivos en la sala de jurados y su efecto en los participantes. A partir de entonces se desarrollaron mecanismos y obligaciones para orientar a los jurados sobre influencias que tenían que ignorar y desechar, así como protegerlos de influencias que sesgaran su imparcialidad. En el Reino Unido, casos como el *Daily Mirror, Channel Four Television* (1981) o el *Attorney General vs. New Group Newspapers Limited* (1987), también concluyeron que la forma en que se manejó la información en un caso *sub iudice* atentaba contra el derecho a un juicio justo⁹⁸.

La jurisprudencia norteamericana fue evolucionando hasta establecer la preeminencia del derecho a la información sobre el derecho del imputado a un juicio justo. En el caso *Chandler vs Florida* (449 US 560, 1981) la Suprema Corte Norteamericana, según reseña Alberto Bovino, determinó que “si bien siempre existe el peligro de que la publicidad afecte el derecho del imputado a un juicio justo, ese peligro no justifica la prohibición genérica de cobertura televisiva de los juicios penales. Se afirmó que la intervención de los medios periodísticos, por sí misma, no interfiere con los procedimientos judiciales”⁹⁹.

Como se ha referido este tema ha sido muy analizado en países con sistema de justicia penal por jurados, en virtud de que se considera a estos juzgadores, no técnicos, como más vulnerable a la información del proceso manejada por la opinión pública y por los medios. Las medidas y procedimientos para preservar su imparcialidad se han desarrollado y los fallos han ido en la tendencia de maximizar el derecho a la información, limitando las restricciones, asimiladas por el gremio de los comunicadores de pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los inculpados¹⁰⁰.

⁹⁷ Resolución analizada en Otero (1999), p. 36.

⁹⁸ En estos casos se puede reponer el procedimiento o, por vía de *Contempt of Court*, que puede traducirse aproximadamente como desacato o daño a la justicia. En este caso se le impone una sanción económica al responsable.

⁹⁹ Bovino (1998), pp. 291-292.

¹⁰⁰ La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado dos conceptos para evaluar esta posible afectación a la justicia: el “principio de previsión” que se refiere a la tentativa deliberada de influir en el acuerdo o en el fallo ejerciendo presión en el público, el juzgador o en una de las partes. Así mismo se refiere el “principio de juicio prematuro” que se configura cuando se publica información “sobre una cuestión sometida a los tribunales o ejercer presiones para que el público juzgue prematuramente”. Cita y análisis tomado de Otero (1999), pp. 59 y ss.

En este sentido, un antecedente muy importante es el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el famoso caso *Sunday Times* (1979) en el que confirmó la negativa de la autoridad judicial del Reino Unido a sancionar al periódico por opinar categóricamente sobre un asunto público sometido a tribunales¹⁰¹. El Attorney General considerando que se trataba de un caso que amenazaba con sesgar el desarrollo equitativo del proceso y de las negociaciones en marcha sobre un arreglo entre las partes, tramitó ante las autoridades judiciales la prohibición de la publicación y la inhibición de nuevos reportajes sobre el asunto. La autoridad judicial consideró que no procedía el recurso en virtud de que se trataba de “un asunto de interés general tratado con cautela”, a pesar de que la Cámara de los Lores opinó lo contrario el Tribunal Europeo dio la razón al periódico dando preeminencia al derecho a la información, dado que mantener la justicia al margen de la injerencia informativa, “... no corresponde a una necesidad social tan imperiosa como para primar el interés público sobre la libertad de expresión”¹⁰².

En la tensión Derecho a la información – Derecho a un juicio justo, siempre supeditado a la ponderación del principio de proporcionalidad: “las restricciones a la libertad de expresión o de prensa han de ser proporcionales a los fines legítimos que se persiguen”¹⁰³, se da prioridad al Derecho a un juicio justo. Sin embargo, los fallos de los tribunales a favor de éste derecho han ido retroalimentando el manejo de la información por parte de los medios, que han podido continuar comunicando la información vinculada con procesos penales, dando un tratamiento prudente y equitativo y evitando hacer aseveraciones sobre la responsabilidad o inocencia de los involucrados, ni generar expectativas sobre el sentido del fallo que deben dar el jurado.

Generalmente, cuando se trata de información que debe ser pública, en la mayoría de los casos¹⁰⁴, el derecho a la información tiene preeminencia sobre el derecho al buen nombre o a la intimidad. Aunque los principales precedentes jurisprudenciales de que se dispone, corresponden ya a la etapa de proceso. El fundamento para dar acceso a la información pública, aun a actuaciones preliminares, es que la publicidad de los actos en materia penal es una garantía del debido proceso y del control social sobre las instancias encargadas de la justicia penal, de mayor peso que la molestia de la intimidad y el buen nombre de los involucrados.

¹⁰¹ El artículo se titulaba “La talidomina y nuestros niños: una vergüenza nacional”, en un caso de una compañía que distribuyó alimentos con esa sustancia que provocó que mujeres embarazadas dieran a luz niños con graves malformaciones. En ese momento la empresa negociaba indemnizaciones con los afectados.

¹⁰² Caso ampliamente analizado en Otero (1999), pp. 59 y ss.

¹⁰³ Criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos comentado en *Idem*, p. 65.

¹⁰⁴ Como se describió en el apartado anterior, existen excepciones como los basados en derechos de protección de menores de edad o de víctimas en casos de delitos graves como en cierto tipo de ilícitos de naturaleza sexual.

Por ejemplo, Jürgen Baumann refiere la sentencia 23, 82 de la Corte Suprema Federal Argentina que señala que “el acusado no puede pretender la exclusión del público para proteger su ámbito privado”¹⁰⁵.

Por lo que se refiere al “interés de la justicia” (usando el término establecido en instrumentos del Derecho Internacional) o bien “causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos ...” en los términos de la fracción V del artículo 13 de la LAI, en la revelación de información contenida en una averiguación previa, uno de los criterios que pueden considerarse es si las averiguaciones previas están en trámite o bien si ya han sido concluidas o determinadas.

Un sector significativo de la doctrina argumenta que las averiguaciones pendientes de determinación¹⁰⁶ podrían contener información reservada, pues el ministerio público todavía no resuelve si ejercerá la acción penal o no; en tanto que en las averiguaciones previas en las que se determinó el no ejercicio de la acción penal por no existir elementos para consignar al juez (no existe cuerpo del delito o probable responsabilidad del inculpado) hay consenso en la doctrina y en los precedentes del IFAI¹⁰⁷, así como en la jurisprudencia comparada de que puede hacerse una versión pública de su contenido omitiendo sólo los datos personales¹⁰⁸, pues en este caso el efecto de tal determinación es trascendental y su naturaleza es cuasijurisdiccional (como se ha referido, la doctrina denomina a la determinación de no ejercicio de la acción penal: “sobreseimiento administrativo”), pues implica “impedir definitivamente el ejercicio de la acción penal respecto de los hechos que la motiven” (art. 139, CFPP). Una vez firme esta determinación (además de revisiones internas, procede el amparo del denunciante inconforme), es poco plausible que se vea afectado el interés de la justicia¹⁰⁹ con la revelación de la información, al mismo tiempo que es apropiado hacer del conocimiento público esta determinación de la autoridad.

¹⁰⁵ Baumann (1989), pp. 110-111.

¹⁰⁶ El ministerio público debe determinar si se ejerce o no la acción penal o no, de acuerdo con si se reúnen o no los elementos para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad

¹⁰⁷ Por ejemplo, resolución de recursos de revisión 2116/05 y 2210/05. Pueden consultarse en www.ifai.org.mx

¹⁰⁸ El artículo tercero, fracción segunda de la LAI define los datos personales como: “La información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad”.

¹⁰⁹ En este caso si la Procuraduría General de la República, considera que podría derivarse un perjuicio para la persecución del delito en una averiguación en la que se determinó el no ejercicio de la acción penal (por ejemplo, la evidencia exculpa al sujeto investigado pero brinda elementos para seguir otra línea de investigación o investigar a otras personas, por lo que divulgar estos elementos puede obstruir la investigación del delito), puede manifestar y acreditar estos elementos al IFAI.

Este acceso a información contenida en averiguaciones previas en las que no se ejerce la acción penal admite algunos matices. En el ordenamiento mexicano no todas las causales para el no ejercicio de la acción penal (art. 137 CFPP) son equivalentes frente al derecho a la información. Por ejemplo, un caso en que la ley admita el perdón de la víctima en casos de algunos delitos entre familiares, podría haber elementos a considerarse antes de ordenarse una versión pública del expediente; así mismo, cuando se archive definitivamente una averiguación por muerte del inculpado (una de las causales para que se extinga la pretensión punitiva con la consecuente determinación de archivo definitivo y de no ejercicio de la acción penal), quizá debería atenderse, si lo acredita el sujeto obligado, que se causaría un perjuicio a la investigación de los mismos hechos con relación a otros posibles cómplices del occiso, cuya averiguación todavía esté en proceso. Se trata de supuestos menos frecuentes, pero es adecuado tenerlos en cuenta. De hecho más adelante nos referiremos a un supuesto muy frecuente: la prescripción.

En los casos de que se determine, por el contrario que debe consignarse (ejercerse acción penal) ante los tribunales, algunas resoluciones del IFAI señalan que debe considerarse el hacer una versión pública de la información contenida en la averiguación¹¹⁰. Aquí surge el debate en la doctrina mexicana sobre si la acusación (una acto eminentemente público) se realiza al momento de ejercer la acción penal o hasta que se verifican las conclusiones acusatorias por parte del ministerio público, antes de que el juez emita su sentencia.

Si, como asienta la mayor parte de la doctrina nacional, la acusación sólo se da cuando el ministerio público presenta sus conclusiones en el sentido de solicitar la sanción de quien en su concepto ha cometido un ilícito, podría argumentarse que al darse la consignación o ejercicio de la acción penal por parte del ministerio público ante el juez, todavía deberían hacerse consideraciones sobre el derecho al buen nombre de la persona señalada y su presunción de inocencia, sobre todo porque una vez que se da esta determinación, en el transcurso de unas horas el poder judicial resuelve (información que de acuerdo con el reglamento del Poder Judicial, es información a la que el público puede acceder) si se dicta orden de aprehensión (si no está el inculpado detenido o a disposición del tribunal) o se da el auto de procesamiento o de libertad (en caso de que el inculpado esté a disposición de la autoridad judicial).

En estas resoluciones se reseñan los argumentos del pliego de consignación y se ponderan los elementos con los que se pretende acreditar los fundamentos de la acción penal. En el caso de la consignación, la averiguación previa cumple con la presunción liberal de que se trata de un procedimiento penal preliminar; en tanto que sólo una resolución judicial puede determinar la situación jurídica del inculpado, y por lo tanto, eventualmente afectar su esfera de derechos (y por lo

¹¹⁰ Ver por ejemplo, resolución del recurso de revisión 2475/05, considerando tercero, particularmente en p. 17. Puede consultarse en www.ifai.org.mx

tanto, dicha resolución, debe ser un acto público). Como se ha señalado una vez iniciado el proceso el principio de publicidad es amplio.

En el mismo sentido, También después de la consignación, si el inculpado está detenido, dentro de las 48 horas siguientes deberá hacerse saber en audiencia pública la naturaleza de la acusación y personas que lo señalan, rindiendo en ese mismo acto su declaración preparatoria ante el juez (art. 20, apartado “A”, fr. III de la Constitución).

La regulación del derecho a la información del Poder Judicial Federal considera información pública las resoluciones que dicten durante el desarrollo de un proceso penal (Considerando décimo cuarto del Reglamento de la suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la Aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental) y su acceso puede ser inmediato (art. 7° del propio reglamento), por lo que esta circunstancia puede tomarse en consideración al ponderar el acceso a la información de una averiguación previa consignada a los tribunales.

El mismo reglamento establece que la información reservada en los expedientes judiciales a que se refiere la fracción IV del artículo 14 de la LAI, “se refiere exclusivamente a las pruebas y constancias que obran en los expedientes” (considerando décimo cuarto del reglamento); no así las resoluciones¹¹¹.

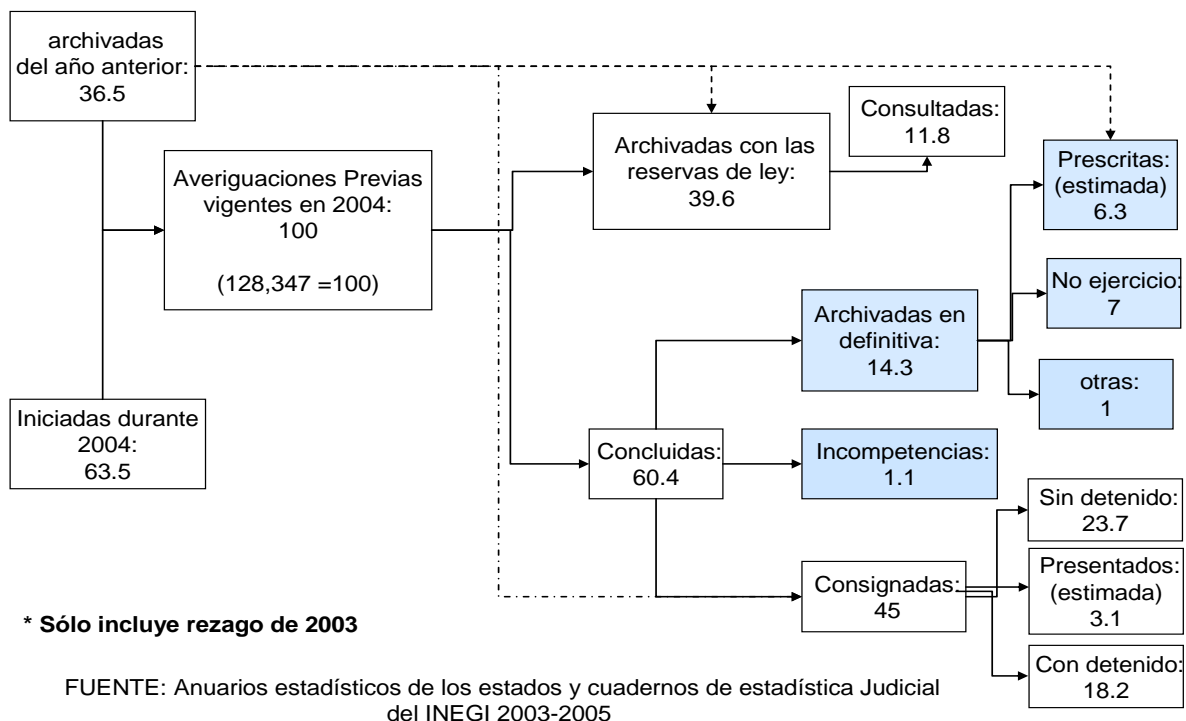
Existe una tercera opción para el ministerio público durante la investigación de los delitos: suspender su decisión, es decir, que no pueda reunir suficiente evidencia para determinar si existe cuerpo del delito y probable responsabilidad, para determinar si ejerce o no la acción penal. Este estos casos se resuelve enviar al archivo de manera provisional o bien archivo con las “reservas” de ley, lo que suspende la averiguación; pero en caso de reunirse nuevas evidencias se reactiva o reabre la investigación. En algunas resoluciones el IFAI ha considerado que se trata de una forma de “determinar” la investigación; sin embargo, en términos legales, la investigación no ha concluido, sino que está suspendida. En este supuesto, la procuraduría podría plantear, demostrando que puede haber un serio perjuicio (presente, probable y específico) a las actividades de persecución de los delitos, la necesidad de reservar la información en tanto no se concluya esa investigación.

¹¹¹ En esto coincide con la doctrina desarrollada por el Tribunal constitucional Español, en el sentido de que “... el secreto sumarial debe entenderse que se extiende solamente –conforme a la TS2ª. S 1020/1995, de 19 de octubre – al contenido de las declaraciones y dictámenes y documentos y no comprende la resoluciones interlocutorias o de fondo que resuelven cuestiones relativas a la situación personal o relacionadas con las responsabilidades civiles (es decir, las relativas a las piezas de situación personal y de responsabilidad civil)” *Cfr*, Rodríguez Fernández (2000), P. 23.

Este es un supuesto muy relevante en virtud de que aproximadamente un 40% de las averiguaciones¹¹² previas en materia federal van al archivo con las reservas de ley. En otros ordenamientos, entre ellos algunos estados del país (como Morelos, Tabasco), se tienen términos de preclusión, esto es un término perentorio¹¹³ (en el que si el ministerio público no ha logrado determinar el ejercicio o no ejercicio de la acción penal, se pone a consideración del procurador, quien en caso de que no existan más diligencias que realizar o nuevas indagaciones que hacer, autorizará su archivo definitivo con las consecuencias de no ejercicio de la acción penal. Esta determinación haría susceptible de permitir el acceso a una versión pública de la averiguación.

Diagrama 3.

Averiguaciones previas federales en México durante 2004



En el ámbito federal no se contempla esta figura de la preclusión. En caso de que la averiguación permanezca en el archivo hasta que transcurra el tiempo previsto por la ley¹¹⁴. Al transcurrir dicho plazo se extingue la pretensión punitiva, manejado

¹¹² En la competencia local, aproximadamente dos de cada tres asuntos van al archivo provisional o “reserva”.

¹¹³ Por ejemplo en Morelos el plazo va desde seis meses (en casos de delitos no intencionales), hasta dos años (para delitos intencionales sancionados con más de cinco años de prisión). Art. 131, CPP.

¹¹⁴ “Artículo 104.- La acción penal prescribe en un año, si el delito sólo mereciere multa...”

“Artículo 105.- La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años”.

por la legislación como prescripción de la acción penal. Al decretarse esta prescripción se envía a archivo definitivo el expediente, por lo que también debe considerarse la posibilidad de que en estos casos se realice una versión pública de la averiguación. En el ámbito federal, 70%¹¹⁵ de los asuntos que van al archivo con las reservas de ley, permanecen en suspenso hasta que se da la prescripción. El 30% restante es consultada o reactivada. No se tiene información desagregada sobre qué porcentaje de éstas se concluye y determina ni la proporción que regresan al archivo.

En el diagrama tres se muestra el flujo de averiguaciones previas vigentes durante 2004 (sólo se incluye el rezago correspondiente a 2003). Se presentan sombreadas las determinaciones que harían susceptibles, si no se acredita un posible perjuicio en contra de la justicia o alguna otra consideración que justifique considerarla como información reservada, de elaborarse una versión pública del expediente.

Por último, existen algunas otras actuaciones que se realizan ante el ministerio público sin que se inicie una averiguación previa. Están principalmente, los casos de “consignaciones de hechos” y las denominadas “actas circunstanciadas” o “expedientillos”. Las “consignaciones de hechos”, son declaraciones que se hacen ante las agencias de ministerio público sobre asuntos que no son delitos, pero que podrían derivar en ilícitos, por lo que al declarante le interesa eximirse de responsabilidad, establecer un antecedente o dar indicios de su buena fe¹¹⁶. Estas declaraciones son más frecuentes en el ámbito de competencia local que en el federal (en el Distrito Federal, por cada 10 denuncias se presenta una consignación de hechos). El acceso a esta información en primera instancia no parece generar ningún perjuicio a los intereses tutelados por las restricciones al Derecho a la Información.

Las actas circunstanciadas o expedientillos, son actuaciones que se han instrumentado en diversos ordenamientos, con los que se busca canalizar algunas denuncias en las que, a criterio de las autoridades ministeriales, no existe delito, o los elementos o evidencias aportados no son suficientes para iniciar una investigación¹¹⁷. Por ejemplo, una persona denuncia el extravío o robo de un documento oficial, entonces la autoridad no abre una averiguación previa y emite sólo una constancia o acta, sabiendo que las posibilidades de esclarecer el delito son escasas y que la principal motivación del denunciante es obtener una constancia oficial de la denuncia para tramitar la reposición del documento o eximirse de la responsabilidad que se pudiese derivar de cualquier mal uso que se

¹¹⁵ 95% en la competencia local.

¹¹⁶ Por ejemplo, el comprador de un vehículo se comprometió a realizar el cambio de propietario; sin embargo, no lo ha hecho, y sigue apareciendo a nombre del vendedor, por lo que éste acude al ministerio público para que en caso de que ese vehículo se llegue a ver involucrado en un ilícito, exista un antecedente legal de que el vendedor había manifestado los hechos ante la autoridad.

¹¹⁷ Existe intenso debate sobre estas figuras, en virtud de que implican un criterio de oportunidad no establecido por la ley, en el que el ministerio público determina, *prima facie*, la inexistencia de un delito o discrimina asuntos sin realizar la investigación respectiva.

pueda hacer del mismo. De esta forma se elimina un pasivo estadístico. En caso de que se llegará a detener a alguna persona vinculada con el posible delito, si el delito no ha prescrito, se podría iniciar una averiguación previa con base en la declaración reunida en el acta circunstanciada.

Estas figuras son muy controvertidas, porque implican que las autoridades ministeriales determinan, *prima facie*, que no existe un delito o que la información aportada es insuficiente para iniciar una investigación, constituyendo *de facto* un criterio de oportunidad, en contra del principio de legalidad vigente en nuestro sistema. En cuanto a su naturaleza jurídica, pueden resultar equivalentes a una determinación de la autoridad ministerial, por lo que, en principio, la información contenida en tales expedientes sería susceptible de ser del conocimiento público (y podría también ser susceptibles de impugnación). En materia federal también son escasos este tipo de actuaciones (en el ámbito de competencia local aproximadamente por cada 10 averiguaciones previas que se abren, se emiten 3 actas circunstanciadas).

7. Conclusiones

1. En la actualidad el ámbito del derecho a la información durante los procedimientos penales es un tema de gran relevancia social. En particular, en el supuesto de difusión contenida en las actuaciones de una averiguación previa, entran en tensión con el principio de publicidad y el derecho a la información, algunos derechos e intereses como el derecho del inculpado a un proceso justo, el derecho social a la seguridad y a la efectiva investigación y persecución de los delitos, así como los derechos de los inculpados a ser presumidos inocentes, así como a la reputación y el buen nombre. Es difícil que la ley, desde su nivel de abstracción pueda establecer reglas de prelación para los casos de estas tensiones. El diseño institucional comparado, muestra que la resolución de controversias concretas debe ser resuelta por la ponderación de los órganos de aplicación de la legislación.
2. La averiguación previa es un procedimiento administrativo, realizado por el ministerio público como autoridad administrativa bajo un régimen de control predominantemente interno ejercido por sus superiores. Este procedimiento, por el diseño constitucional y legal, así como por los criterios jurisprudenciales, tiene gran trascendencia jurídica durante el proceso penal. En ocasiones las actuaciones realizadas durante este procedimiento comparten la misma naturaleza que las realizadas durante la fase procesal de instrucción y algunas resoluciones del ministerio público durante este procedimiento tienen naturaleza cuasijurisdiccional. En la averiguación previa se registran tanto actuaciones de pesquisa policial, como de investigación criminal y de instrucción procesal en sede administrativa.
3. En México, durante la averiguación previa, el denominado derecho de publicidad interna o restringida, esto es, el acceso de los participantes en las actuaciones del expediente (cuya restricción impacta fundamentalmente

el derecho de defensa), es ilimitado, estando garantizado por la Constitución (art. 20, apartado A, fr. VII y último párrafo del propio apartado). Las restricciones como pueden ser las intervenciones telefónicas se dan generalmente durante investigaciones de inteligencia policial o bien cuando todavía no se determina a los probables responsables de un hecho delictuoso. Se hizo referencia a instituciones restrictivas de esta garantía en el derecho comparado como el secreto interno del sumario (España), el secreto en Chile o en la legislación Argentina (como es el caso de la normatividad procesal de la provincia de Córdoba), así como el secreto interno o propio en Italia (art. 329 de la legislación procesal).

4. El principio de publicidad amplio, entendido como el acceso de terceros a las actuaciones de etapas preliminares como lo es la averiguación previa, no está contemplado en México, previéndose sanciones a las revelaciones indebidas. En la mayoría de los países existen restricciones a la publicidad en estas fases preliminares. Se refieren casos excepcionales como en los Estados Unidos, donde hay un amplio acceso del público a las audiencias preparatorias al proceso.
5. Sobre el derecho a la información sobre actuaciones de la averiguación previa, uno de los derechos que puede ser vulnerado por esta información es el derecho un proceso justo, formando parte de esta noción un tribunal imparcial (definido por la doctrina internacional como “sin prejuicios”). El tema de los juicios paralelos ha sido uno de los principales desafíos al respecto. Los criterios dominantes en el derecho comparado, señalan que divulgar información que se refieran a una crónica sobre la existencia de una investigación no constituye un juicio paralelo. Lo que suelen exigir los tribunales es que no se haga, por parte de los particulares o de los medios, un pronunciamiento sobre la culpabilidad o no de la persona (también se vulnera con ello la presunción de inocencia). Un paso fundamental en esta materia sería el mejorar la calidad de la información y no vulnerar derechos de los inculpados, a través de una mayor cultura legal y cívica, así como con el manejo responsable de la información por parte de los comunicadores. Los códigos de ética de los periodistas han sido un instrumento muy valioso en la lucha por maximizar el derecho a la información, minimizando la afectación de derechos de la sociedad y los inculpados y demás participantes en los procedimientos penales. En México no hay prácticamente restricciones a la difusión de información, con excepción de cuando implican obtención ilícita de dicha información o cuando la forma en que se expresan o comunican son declaradas judicialmente como injuriosas o difamatorias.
6. Otro derecho considerado dentro del “interés de la justicia”, es el interés público en la efectiva investigación y represión de los delitos. En las etapas preliminares, existen antecedentes en el derecho comparado que muestran que cuando se logran acreditar los riesgos para la eficacia de la investigación, este argumento puede tener preeminencia sobre el derecho a la información. Esta reserva suele establecerse con limitaciones temporales, y supeditada a que se mantengan las condiciones que acreditaron el riesgo y justificaron la reserva.

7. También deben de considerarse los posibles perjuicios a derechos personales como el derecho al buen nombre y a la reputación. Generalmente, en casos de tensión entre estos derechos y el derecho a la información, se le suele dar preeminencia a éste último, con excepción de sectores particularmente vulnerables como las víctimas del delito, las víctimas de delitos sexuales o delitos entre familiares, así como los menores que se vean involucrados en investigaciones penales. En todo caso debe hacerse una cuidadosa ponderación.
8. Sobre el acceso a información contenida en las averiguaciones previas, además de estas reglas y referencias comparadas, se realizan algunas consideraciones sobre los términos en los que se realiza la ponderación. Por ejemplo, podría accederse a la información (o a una versión pública) contenida en una investigación, que concluya con una determinación ya sea de no ejercicio (que es una función cuasijurisdiccional o jurisdiccional, semejante al sobreseimiento), a no ser que el sujeto obligado acredite que debe reservarse alguna información útil o vinculada con alguna otra investigación en proceso. Así mismo, podría accederse a información de casos con archivo definitivo por prescripción, con la misma salvedad que la anterior.
9. La información contenida en averiguaciones previas concluidas con la determinación de ejercer la acción penal, podría mantenerse en reserva, toda vez, que en el transcurso de unas horas esa información va a ser objeto de una resolución judicial (determinar si se emite o no una orden de aprehensión o auto de término constitucional) que, de acuerdo con la regulación de transparencia del poder judicial, es de conocimiento público, existiendo la posibilidad de que dicha resolución determine que los elementos de la investigación son insuficientes para acreditar la existencia del delito y la probable responsabilidad del inculpado (esta resolución también sería pública).
10. Las averiguaciones que sean archivadas con las reservas de ley no han sido determinadas, sino que están suspendidas, es decir, aún es susceptible de continuar la investigación. Si la autoridad acredita el riesgo sobre el resultado de la investigación penal, podría mantenerse la reserva, hasta que esta se concluyera o prescribiera. En el caso de consignaciones de hechos, actas circunstanciadas o “expedientillos”, en primera instancia parecería que no hay riesgo a la investigación pues en la mayoría de estos casos no se ha dado lugar a una investigación, procediéndose a emitir una resolución administrativa.
11. En general existe una gran demanda informativa sobre los procedimientos de averiguación previa, no sólo por el interés público en los hechos criminales, sino como una forma de apelar al control social de las instituciones de procuración de justicia en virtud de que las averiguaciones previas han devenido fundamentales en el ámbito legal y procesal para el proceso penal; así mismo, suelen prolongarse por largos periodos, además de las características cuasijurisdiccionales que desbordan la noción de procedimiento administrativo preliminar y secreto, pues suelen afectar, en ocasiones irreparablemente, la esfera de derechos de los participantes

(víctimas, inculpados y demás participantes). Desde luego el ámbito de la investigación preliminar no debe ser un espacio que evada el principio de máxima publicidad de las acciones de las entidades públicas; sin embargo, en el problema y desafío estructural de reducir la gran trascendencia legal y procesal de la averiguación previa, el transparentar la averiguación previa no sería una solución de fondo (incluso, la transparencia podría tener el efecto contraproducente de legitimar su alcance exorbitado); en este ámbito se requiere una reforma estructural, legal y orgánica para redimensionar el alcance de la averiguación previa, para que en ella se dejen de realizar funciones propias de la instrucción penal (como el desahogo de pruebas y la emisión de resoluciones del ministerio público similares alas judiciales).

8. Bibliografía citada en este texto

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1985), “Síntesis del Derecho Procesal (Civil, Mercantil y Penal)”, en *Derecho Procesal Mexicano*, Tomo II, Porrúa, México, 1985, pp. 320-619.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1997), “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en *Ciencias penales, revista de la asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 9, N° 13, agosto de 1997. Versión tomada de internet, 18 pp.

ARMENTA DEU, Teresa (2003), “Los Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación”, en *Criminalia*, año LXIX, N° 2, Academia Mexicana de Ciencias Penales y Editorial Porrúa, México, Mayo-Agosto 2003, pp. 29-87.

ASSIS MOURA, Thereza (2003), “Os Sistemas de Persecução Penal e seus Órgãos de Acusação”, en *Criminalia*, año LXIX, N° 2, Academia Mexicana de Ciencias Penales y Editorial Porrúa, México, Mayo-Agosto 2003, pp. 89-123.

BAUMANN, Jürgen (1989), *Derecho Procesal Penal: Conceptos Fundamentales y Principios Procesales*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, 299 pp.

BERTOLINO, Pedro (2003), “Los Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación”, en *Criminalia*, año LXIX, N° 2, Academia Mexicana de Ciencias Penales y Editorial Porrúa, México, Mayo-Agosto 2003, pp. 125-162.

BOVINO, Alberto (1998), “Publicidad del juicio penal: la televisión en la sala de audiencias”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 265-311.

--- (1998a), “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 121-167.

CASTILLO SOBERANES, Miguel Angel (1993), *El monopolio del ejercicio de la acción penal del ministerio público en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, 284 pp.

CASTRO Y CASTRO, Juventino V. (2002), *El ministerio público en México: funciones y disfunciones*, 12ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, 343 pp.

DERECHOS HUMANOS: Instrumentos de protección internacional (2004), Programa de cooperación sobre Derechos Humanos México-Estados Unidos, Secretaría de Relaciones Exteriores de México y Unión Europea, México, 2004, 1035 pp.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio (1991), *Código Federal de Procedimientos Penales Comentado*, 3ª. Ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, 864 pp.

--- (1997), *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, 2 Vols., Editorial Porrúa, México, 1997, 2,669 pp.

FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, 991 pp.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (1982), "Ministerio Público y acción penal", en *Justicia penal*, Editorial Porrúa, México, 1982, pp. 95- 161.

--- (1989) *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, México, 1989, 865 pp.

--- (1995), *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 2ª. edición, Editorial Porrúa, México, 1995, 468 pp.

--- (2004), *Panorama del Proceso Penal*, Editorial Porrúa, México, 2004, 176 pp.

GÓMEZ LARA, Cipriano (1987), *Teoría General del Proceso*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México, 1987, 379 pp.

GUILLÉN LÓPEZ, Raúl (2003), *Las Garantías Individuales en la Etapa de Averiguación Previa*, Editorial Porrúa, México, 2003, 365 pp.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto (2004), *El patrimonio*, Porrúa, México, 1160 pp.

JIMÉNEZ JARAMILLO, José Luis y Juan Carlos Vásquez Rivera (2003), "Algunas Reflexiones sobre el Sistema Procesal Penal en Colombia", en *Criminalia*, año LXIX, Nº 2, Academia Mexicana de Ciencias Penales y Editorial Porrúa, México, Mayo-Agosto 2003, pp. 225-237.

LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, (2000), "El Derecho a la Información como Derecho Fundamental" en *Derecho a la Información y Derechos Humanos*, CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel, Coordinadores, UNAM, 2000, pp. 157-181.

LORETI, Damian M. (1997), *El derecho a la información: relación entre medios, público y periodistas*, Paidós, Estudios de Comunicación, Lanús, Argentina, 1997, 246 pp.

MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto (2000), *Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal*, Editorial Porrúa, 9ª edición, México, 2000, 330 pp.

MERRYMAN, John Henry (1989), *La tradición jurídica Romano- canónica*, Fondo de Cultura Económica, 2ª. Ed., México, 1989, 297 pp.

MORESO, Juan José (2003), "Conflictos entre principios constitucionales", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Edición de Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Trotta, Madrid, 2003, pp.99-121.

O'DONNELL, Daniel (2004), *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, 1064 pp.

OSORIO Y NIETO, César Augusto (1998), *La Averiguación Previa*, Editorial Porrúa, México, 1998, 636 pp.

OTERO GONZÁLEZ, María del Pilar (1999), *Protección Penal del Secreto Sumarial y Juicios Paralelos*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, 395 pp.

ORNELAS NÚÑEZ, Lina (2005), "Acceso a la información en el Poder Ejecutivo Federal", en *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, Hugo concha, Sergio López-Ayllón y Lucy Tacher, coordinadores, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª reimpresión, México, 2005, pp. 95-124.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel (1997), *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, 303 pp.

PEÑAFIEL LÓPEZ, Leticia (2005), "La averiguación previa", versión electrónica obtenida en la página de "Derecho.mx" en la dirección de Internet: <http://www.carreradederecho.tripod.com.mx/carreradederecho/id20.html>, impresión de 39 pp.

RODRIGUEZ FERNANDEZ, Ricardo (1998). "El auto de procesamiento", en *Boletín de la Facultad de Derecho número 13*, segunda época, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1998, pp. 269 a 328.

--- (2000), *La Libertad de Información y El Secreto de la Instrucción*, Editorial Comares, Granada, 2000, 79 pp.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús (1994), *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA*, Tres tomos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1994, 3 tomos, 1157 pp.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2003), "Principios del Sistema Procesal Chileno", en *Criminalia*, año LXIX, N° 2, Academia Mexicana de Ciencias Penales y Editorial Porrúa, México, Mayo-Agosto 2003, pp. 279-296.