

EL “ALEGATO DE OREJA”: INEQUIDAD Y MEDIOCRIDAD* *THE “ALEGATO DE OREJA”: INEQUALITY AND MEDIOCRITY*

Carlos ELIZONDO MAYER-SERRA**

Ana Laura MAGALONI***

RESUMEN: En México es una práctica común dentro de todo el sistema de justicia la posibilidad de que una de las partes de un juicio se reúna en privado con el juez. Esto es conocido como el “alegato de oreja”. Este artículo pretende mostrar cómo funciona, qué papel cumple y qué costos tiene el “alegato de oreja” en México. Ello con el fin de proponer una forma adecuada de regular esta práctica, con lo cual sea posible fortalecer y legitimar al sistema de justicia.

ABSTRACT: *In the Mexican justice system it is a common practice that one part of the trial can have a private meeting with the judge, this is known as the “alegato de oreja”. This article pretends to show how this works, its role and the costs. The aim is to propose an adequate way to regulate this practice in order to strengthen and legitimize the Mexican justice system.*

Palabras clave: “alegato de oreja”, sistema de justicia mexicano, reuniones privadas con el juez, inequidad en el proceso, sistemas de justicia comparados, justicia procedimental.

Keywords: *“alegato de oreja”, Mexican Justice System, Private Meetings with the Judge, Inequality in the Process, Comparative Justice Systems, Procedural Fairness.*

* Artículo recibido el 8 de septiembre de 2014 y aceptado para su publicación el 11 de mayo de 2015.

** Doctor en ciencia política por la Universidad de Oxford, Reino Unido. Profesor del Centro de Investigación y Docencia Económicas y profesor invitado del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, campus Santa Fe.

*** Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesora del Centro de Investigación y Docencia Económicas.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado
nueva serie, año XLVIII, núm. 144,
septiembre-diciembre de 2015, pp. 1005-1034

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Por qué el “alegato de oreja” lastima la legitimidad del juez?* III. *Cómo funciona y para qué sirve el “alegato de oreja” en el proceso*. IV. *Cómo se regula en el mundo el “alegato de oreja”*. V. *Cómo regular en México el “alegato de oreja” y cuáles serán las resistencias a vencer*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Para cualquier abogado o experto en temas de justicia de una democracia consolidada, y de muchos países de menor desarrollo que el nuestro, incluso para un mero observador, le resultará sorprendente que en México, todos los días y a los ojos de todo el mundo, una de las partes de un proceso judicial, sin violar la ley, se reúna en privado con el juez que tiene que resolver su asunto sin que esté presente su contraparte. A esta conducta se le conoce en el mundo de los abogados mexicanos como el “alegato de oreja” o “alegato de oídas”, y sucede en todos los ámbitos jurisdiccionales, desde los juzgados de primera instancia locales hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es una práctica judicial que se ha institucionalizado al punto que muchos ministros tienen un día fijo para recibir visitas. La inmensa mayoría de quienes tienen cita con algún ministro es para expresar su “alegato de oreja”.

“Esto no ocurre en ningún lugar del mundo. Lo habitual es que el juez hable con un letrado en presencia de los representantes de todas las partes que integran la *litis*”.¹ La cita es de una publicación argentina para abogados respecto a lo que sucede en su país. En este caso estaban equivocados respecto a la práctica judicial. En México también existe el “alegato de oreja”. La diferencia es que en Argentina lo prohibieron en 2004,² mientras que en México goza de salud plena, a nadie parece importarle y casi todos quieren que siga existiendo.

Como veremos, la mayoría de los códigos de ética judicial en el mundo proscriben y sancionan el “alegato de oreja”. La principal razón es

¹ Bisbini, Jorge A., “Fin de los «alegatos de oreja»”, *Fojas Cero*, núm. 136, marzo de 2004, disponible en <http://bit.ly/1mwYejN>

² En este año se agregó al segundo párrafo del artículo 72 del reglamento para la Justicia Nacional el texto siguiente: “Cuando los litigantes y profesionales soliciten audiencia con alguno de los jueces del Tribunal, ella tendrá lugar siempre que dichas personas obtengan la presencia de la contraparte o de su letrado en la causa contenciosa de que se trate”. *Idem*.

que atenta contra la equidad en el proceso y la imparcialidad del juez. Sobra decir que ambos son principios torales del debido proceso y de los basamentos de legitimidad del árbitro. Nada de ello parece importar demasiado en México, tratándose de la impartición de justicia.

En contraste, en nuestro país, en muchos otros ámbitos la imparcialidad del árbitro y la equidad del proceso son asuntos de extrema importancia. Ejemplo de ello es el ámbito electoral, en donde los partidos políticos nunca dejan de reclamar cualquier percepción de inequidad en la contienda o de supuesta parcialidad del árbitro, al punto que, casi siempre después de cada proceso electoral, se busca una reforma constitucional y legislativa para paliar, en la siguiente elección, las presuntas inequidades de dicho proceso.³ Hasta la fecha no ha habido forma en que todos se sientan satisfechos con lo ya existente. La lucha por la imparcialidad del árbitro se observa hasta en el fútbol: el director técnico del equipo ampliamente derrotado en la final de invierno del torneo de 2013 se hace expulsar criticando al árbitro de parcial.

En contraste, para la gran mayoría de quienes intervienen en un juicio, no parece ser motivo de crítica a la imparcialidad del juez el hecho de que se reúna a solas con una de las partes del asunto que tiene que resolver. A todos, incluido en general a quien pierde, pareciera les suele ser normal que ello suceda, sin que sepa siquiera qué se dijo o intercambió en ese espacio de privacidad y secrecía.

A los extranjeros sí les suele parecer extraña esta práctica. Según nota periodística, en el marco de la Asamblea Plenaria de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales que tuvo lugar en México en noviembre de 2012, el anfitrión, el Poder Judicial de la Federación mexicano, en voz del ministro Fernando Franco, les explicó a los invitados la existencia del “alegato de oreja”, para asombro de los

³ Este anhelo por tener un juez imparcial en materia electoral para dirimir de forma equitativa la búsqueda del poder entre la élite política, ha llevado a montar un caro aparato. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tuvo en 2010 un presupuesto de 1,909 millones de pesos. En términos comparativos con la región, sólo Brasil tiene un tribunal electoral más caro que México. Véase Román González, Eduardo, “¿Democracia a cualquier precio? El suntuoso Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, en Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Magaloni, Ana Laura, *Uso y abuso de los recursos públicos*, México, CIDE, 2012, pp. 249-282.

invitados. Sophia Akuffo, presidenta de la Corte Africana de Derechos Humanos y juez de la Corte Suprema de Ghana, declaró:

...si está funcionando, ¿quién soy yo para juzgarlo?... Pero para mí, viniendo del sistema legal anglosajón, donde la imparcialidad impide que los jueces hablen directamente con los litigantes, creo que provocaría mucha incomodidad en mi país si un abogado se metiera a mi oficina. Me denunciarían ante el presidente de la Corte por recibir a un litigante.⁴

En casi cualquier sistema de justicia de un país desarrollado (Japón es una parcial excepción que detectamos, como se verá más adelante) y en muchos de menor desarrollo relativo a México, nuestro “alegato de oreja” es una conducta judicial prohibida y sancionada por ley. Si bien en México hay muchos problemas en la impartición de justicia, como la baja calidad de recursos humanos, corrupción extendida sobre todo en la jurisdicción local, una arquitectura procesal barroca que lleva a múltiples instancias y un estilo de argumentar complejo y poco claro, por citar algunos, nos parece que el fortalecimiento de la administración de justicia pasa por legitimarla. Esto requiere una serie de comportamientos éticos. Eliminar el actual “alegato de oreja” es uno de ellos

Este artículo busca mostrar cómo funciona, qué papel cumple y qué costos tiene el “alegato de oreja” en México. Ello con el fin de proponer una forma adecuada de regular esta práctica en México, con lo cual sea posible fortalecer y legitimar al sistema de justicia. Para ello, en la primera parte vamos a analizar los problemas, en términos de legitimidad del juez y del sistema judicial en su conjunto, que tiene el “alegato de oreja”. En la segunda sección, vamos a analizar cómo funciona el “alegato de oreja”, es decir, las reglas informales con las que opera esta práctica. Dado que no existe ningún estudio académico al respecto, la información de esta sección la obtuvimos a través de entrevistar a varios abogados litigantes y jueces destacados. No se trata de una muestra representativa, pero creemos que sirve para los fines de este artículo. En la tercera sección vamos a analizar la forma en que se regula, en otras latitudes del mundo, la interacción del juez con las partes, sobre todo la prohibición de que una de ellas se reúna a solas con el juzgador. En la cuarta sección pondremos

⁴ Fuentes, Víctor, “Asombran jueces con «alegato de oreja»”, *Reforma*, 9 de noviembre de 2012.

la forma en que creemos se tendría que regular el “alegato de oreja” en México y analizaremos los obstáculos que creemos enfrentaría esta regulación. En la quinta y última sección plantaremos brevemente nuestras conclusiones.

II. ¿POR QUÉ EL “ALEGATO DE OREJA” LASTIMA LA LEGITIMIDAD DEL JUEZ?

El “alegato de oreja” no representaría ningún problema si, como pensaba Montesquieu, los jueces no fuesen otra cosa que “la boca que pronuncia las palabras de la ley”.⁵ Es decir, que el poder de juzgar fuese simplemente el de aplicar de manera deductiva el texto de la ley a situaciones particulares. Ello presupone, claro está, que el texto es claro y sin ambigüedades, que la información disponible del caso es completa y no controversial y que, para cada caso a decidir, el legislador ha previsto una regla aplicable y que sólo es una regla la que se puede utilizar.⁶ En este contexto, sería irrelevante que una de las partes se reuniera a solas con el juez, pues este último no tendría margen de actuación: la solución al caso le vendría dada por el legislador y esta solución sería única e incontrovertible.

Si este modelo fuera cierto, en el extremo se podría prescindir del juez y alimentar a una poderosa computadora. Ésta, cargada de un programa que tuviera todas las leyes del país y toda la información del caso, podría resolver el asunto de forma no controversial para ninguna de las partes.

Sin embargo, a diferencia de lo que creían Montesquieu y los positivistas legalistas, el juez tiene mucho más poder y discrecionalidad del que le reconocieron y la resolución de conflictos encierra una complejidad mucho mayor. Para empezar, hoy en día es incontrovertible empíricamente la ambigüedad de la ley. Es decir, la textura abierta e indeterminada de muchos de los preceptos normativos rompe con el paradigma legalista. Los conflictos jurídicos nacen en parte por el desacuerdo que existe entre las partes respecto de lo que las normas prescriben. El juez, al resolver

⁵ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, libro XI, cap. VI, pfo. 48.

⁶ Con estas ideas nace el movimiento de codificación del siglo XIX, el cual tuvo un enorme impacto en la construcción de los sistemas jurídicos contemporáneos de los países de la tradición de *civil law*. La codificación marcó desde la formación de los abogados hasta el diseño de los poderes judiciales y la selección de sus jueces.

un asunto, se enfrenta, por tanto, a varias posibles formas de interpretar y aplicar el derecho. Un mismo precepto legal puede tener varias interpretaciones posibles. Además, en un litigio existen al menos dos posibles soluciones jurídicas opuestas, la que propone el actor y la que propone el demandado. Ambas soluciones provienen o se construyen a partir del mismo sistema normativo, pero son contradictorias. El juez, por tanto, más que ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, es quien evalúa, elige, argumenta y construye la solución que estima más adecuada para el caso concreto. Juzgar, por tanto, es el arte de decidir y argumentar lo que parece justo y razonable dentro de los límites del sistema jurídico y en función de la información disponible respecto al caso en cuestión.

Esta libertad del juez, mayor o menor según el caso, de elegir una de las muchas posibles soluciones jurídicas que tiene el asunto, coloca al juzgador en una posición delicada ante las partes. Los justiciables deben percibir que el juez cumple con un conjunto de atributos y que el proceso tiene un conjunto de características que les garantiza a ambas partes que la decisión del juez sólo va a estar motivada por los méritos jurídicos del caso y no por razones políticas o personales del juez.

Las partes deben estar convencidas de que el juez cumple al menos con dos características: honestidad e imparcialidad. Es decir, que su decisión no va a estar motivada por sesgos producto de la corrupción, de la preferencia afectiva o personal por una de las partes o por los intereses personales o económicos del juzgador. El “alegato de oreja” está prohibido en la mayoría de los países democráticos, entre otras razones porque genera dudas sobre la imparcialidad y honestidad de los jueces.

Además, según lo ha demostrado la amplia literatura académica en torno a lo que se conoce como *procedural fairness* o *procedural justice* (justicia por procedimiento), la percepción de la profesión legal y de los justiciables respecto de la calidad de las decisiones judiciales y el desempeño de los jueces no sólo depende del resultado final o sentido de la sentencia. “[A] los ciudadanos —señala MacCoun— también les importa mucho el proceso a través del cual los conflictos se resuelven y las decisiones judiciales se toman, ello más allá de que el resultado no sea favorable o de que el proceso sea lento o costoso”.⁷ Dicho en otros términos, en la medida en que

⁷ MacCoun, Robert J., “Voice, Control and Belonging: The Double-Edged Sword of Procedural Fairness”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 1, 2005, p. 2.

el proceso se percibe como justo, las sentencias serán mejor aceptadas por las partes, la profesión legal y la ciudadanía.

Una de esas características centrales para que un proceso sea justo tiene que ver con la equidad procesal. Es decir, las partes en conflicto deben tener las mismas oportunidades de exponer el caso ante el juez y de conocer y contrargumentar lo que plantea su adversario. Este principio básico de equidad procesal queda seriamente vulnerado cuando los jueces permiten el “alegato de oreja” y hacen del “derecho de picaporte” una práctica procesal. En este ejercicio no regulado, el juez puede darle cita y escuchar sólo a una de las partes y a la otra no y, además, lo que una de las partes exprese al juez en privado no será conocido ni contrargumentado por la otra.

Por ello, como lo ha puesto José Antonio Rumoroso Rodríguez en su comentario al Código Iberoamericano de Ética Judicial:

El juez bajo ninguna circunstancia debe recibir a una de las partes o sus defensores sin que se encuentren presentes la parte contraria y sus abogados, para que de esa forma se mantenga un equilibrio y la posibilidad de lograr así la imparcialidad y la posibilidad de que tanto los justiciables como los abogados obtengan un trato igual, y no se traduzca en una situación de desconfianza, malos entendidos y de ventaja.⁸

En términos de derecho internacional, el “alegato de oreja” vulnera claramente el derecho de acceso a la justicia de la Carta de Derechos Humanos de la ONU, el cual estipula en su artículo 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

En el mismo sentido está claramente expuesto en la exposición de motivos de la antes mencionada reforma legal de Argentina. Ésta afirma que:

Los alegatos de oreja tienen varias razones para ser prohibidas: proyectan dudas sobre el sistema adversarial que gobierna el proceso judicial, dando

⁸ Rumoroso Rodríguez, José Antonio, “La imparcialidad y el Código Iberoamericano de Ética Judicial”, disponible en <http://bit.ly/1nYqArV>.

la apariencia de favoritismo del juez con una de las partes; viola el “juego limpio” que debe gobernar el proceso privando a la parte ausente de la posibilidad de ser oída; en el peor de los casos, estas comunicaciones son una “invitación” para influencias impropias o actos de corrupción; implica una falta del debido respeto al colega contrario. Y la mayor razón para terminar con esta práctica es que tales conductas erosionan la confianza pública en la administración de justicia.

Es una cuestión aceptada en casi todas las democracias consolidadas y en buena parte de los países en desarrollo que el “alegato de oreja” vulnera los fundamentos de legitimidad de los tribunales. La pregunta a resolver es por qué parece que ello no es relevante en el caso de México.

Una de las pocas críticas públicas al “alegato de oreja” en México fue la expresada por el ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, en la reunión de jueces constitucionales del mundo antes mencionada. En sus palabras: “[El ‘alegato de oreja’] es un factor que fácilmente nos priva de legitimación a los jueces, nos hace susceptibles de sospecha o de acuerdo con algunas de las partes, a pesar de todo es un uso reiterado en nuestra nación, en la Corte lo hemos hecho así por muchísimos años”.⁹

Lamentablemente, narra Ortiz Mayagoitia según la nota periodística, no pudo convencer a sus colegas de que había que cambiar esta práctica. En su carácter de presidente de la Suprema Corte, Ortiz Mayagoitia propuso al Pleno reconsiderar esta práctica y agendar audiencias con ambas partes. No obstante, la idea fue rechazada porque, según los opositores, “no daría tiempo de recibir a todos los involucrados antes de la sesión donde se falla”.¹⁰

Peculiar idea de la justicia. En lugar de que los ministros se abocaran a diseñar un método que permita tratar a todos por igual, para que todos puedan ser oídos en sus argumentos, ya sea recibéndolos a todos o a nadie, los ministros privilegiaron el seguir con un método excluyente que favorece a quienes tienen acceso, recursos o poder.¹¹

⁹ Fuentes, Víctor, “Asombran jueces...”, *cit.*

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Hay casos excepcionales en la Suprema Corte donde los ministros han optado por celebrar una consulta pública para ver los argumentos de las partes, incluidos ciudadanos interesados en el tema, como se ha visto en la controversia en torno a la despenalización del aborto. Sin embargo, esto no implica que quede desterrado el “alegato de oreja” de

El ministro Franco, en la misma reunión de jueces constitucionales ya mencionada, aceptó que había que pensar en cómo suprimir el “alegato de oreja”. Sin embargo, reconoció que “la costumbre está tan arraigada que no genera dudas entre los propios litigantes, sino por el contrario, lo consideran útil porque piensan que sólo hablando personalmente con los jueces pueden hacerles entender sus argumentos”.¹² Estas razones no debilitan el argumento central: el “alegato de oreja” vulnera la legitimidad del juez. Por ello, se debe regular otra manera en que las partes argumenten frente al juez.

III. CÓMO FUNCIONA Y PARA QUÉ SIRVE EL “ALEGATO DE OREJA” EN EL PROCESO

El “alegato de oreja” no ha sido estudiado por la academia mexicana especializada. Prácticamente no existe nada escrito al respecto. Revisando las cuatro revistas de derecho que se publican en México que se encuentran en el índice de Conacyt, es decir, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; *Cuestiones Constitucionales*; *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* e *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, entre 2007 y 2013 no hay un solo artículo dedicado al problema, ni utilizando directamente el término “alegato de oreja” o “alegato de oídas”, ni con temas más generales, como justo, inequidad y audiencia.

Es por ello que para conocer las reglas informales que rigen esta práctica, así como la opinión de abogados y jueces al respecto, decidimos llevar a cabo una serie de entrevistas.¹³ Entrevistamos a 12 profesionistas del derecho de tres ámbitos distintos: público, privado y judicial.

esos mismos casos. Simplemente por lo menos hicieron pública una parte de la relación con las partes.

¹² Fuentes, Víctor, “Asombran jueces...”, *cit.*

¹³ Sólo se encontró una mención, en la reseña de un libro, pero curiosamente es una suerte de defensa del “alegato de oreja”: “Esta falta de una oportunidad razonable para alegar, puede compensarse con la práctica de expresar argumentos verbalmente ante el juzgador, que suele llamarse comúnmente como ‘alegato de oreja’. Es una práctica muy interesante que sin duda puede permitir a los abogados poner de manifiesto los argumentos jurídicos fundamentales y las pruebas más relevantes ante quien debe dictar la sentencia. Sin embargo, es una práctica que queda sujeta al arbitrio del juzgador, quien puede escuchar o negarse a hacerlo a los abogados de las partes, y aún si acepta escuchar los argumentos, también queda a su arbitrio atenderlos o no en la sentencia que deberá

Elaboramos un cuestionario abierto con cuatro temas centrales: 1) cuáles son los costos y los beneficios de esta práctica; 2) cuáles son las reglas informales del “alegato de oreja”; 3) percepción de corrupción y de inequidad por el “alegato de oreja”, y 4) qué pasaría si se regulara como en otras partes del mundo.

1. *Costos y beneficios del “alegato de oreja”*

En nuestras entrevistas se hizo bastante evidente que para una buena parte de la profesión legal en México, el “alegato de oreja” forma parte de nuestra cultura jurídica. Es considerado un mecanismo legítimo para compensar la pesadez de nuestro sistema de argumentación formalista, repetitivo y poco claro. No se usa siempre, pero es muy útil cuando se trata de un tema complejo o se tiene alguna información de que hay algo raro y que las cosas no van a salir como se esperan.

El “alegato de oreja” cumple al menos tres funciones. En primer término, les permite a los litigantes exponer en forma clara y concisa los aspectos más relevantes del caso y sus argumentos jurídicos, con miras a que el juez se forme una opinión del mismo. Ello es de suma importancia pues los litigantes saben que el juez difícilmente va a leer el expediente completo; lo va a hacer el secretario proyectista. Por tanto, el “alegato de oreja” cumple la función de acercar al juez la visión del caso de una de las partes, la cual puede ser distinta o complementaria a la que le presente al juez el secretario proyectista.

En segundo término, el “alegato de oreja” permite que determinados casos que tienen un nivel de complejidad atípico sean atendidos como tales. Los abogados señalan que, si no pudiesen exponer al juez sus argumentos, los secretarios de juzgado seguramente tratarían asuntos complejos como si fuesen de rutina. Según nos explicó una ex abogada del sector público: “yo iba personalmente a ver al magistrado o al juez cuando se trataba de una caso especial que no debía ser tratado con el machote de siempre”. En otras palabras, el “alegato de oreja” permite al juez darse cuenta de los asuntos que tienen mayor nivel de complejidad y/o impacto

dictar”. Véase Ramírez, Alberto Saíd, “Los alegatos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 114, septiembre-diciembre de 2005, disponible en <http://bit.ly/1eM20Eq>.

económico y social para ser atendidos de manera individual y no dentro de los machotes de los casos de rutina.

Finalmente, el “alegato de oreja” permite destacar al juez algunas cuestiones del contexto social o político del caso concreto que son centrales para que el juez pueda dictar una buena sentencia. El formalismo de la argumentación de la demanda utilizado en nuestro país no permite una clara exposición de dicho contexto en el que se inserta el conflicto jurídico.

En suma, el “alegato de oreja” cumple con una función central en cualquier proceso judicial: les da a los litigantes posibilidad de contar su historia y sentirse escuchados por el juez. Según MacCoun, en la amplia literatura académica sobre *procedural justice*, el hecho de que la historia de cada una de las partes sea escuchada de forma respetuosa por el juez ha sido evaluada por actores y por demandados, como la característica más importante que hace a un juicio justo, más importante incluso que ganar o perder el caso.¹⁴

Quizá por ello cuando en las entrevistas les explicamos a los abogados que nuestro objetivo era entender cómo funcionaba y por qué había sobrevivido esta cuestionable práctica, muchos al principio no entendían cuál era el problema y más de uno se sorprendió cuando les comentamos que tal práctica era ilegal en la mayoría de los países. Hubo interés en hablar del problema, pero en general en condición de anonimato. Sin embargo, enfrentamos el que algunos prefirieron no hablar del tema. Uno en particular fue bastante tajante: “ni crean que les voy a dar una cita para ayudarles a erosionar la práctica de la que vivo”.

Rápidamente nos dimos cuenta en nuestras entrevistas de la importancia que le dan los abogados al “alegato de oreja”. En general, lo perciben como una parte crucial de sus posibilidades de ganar o perder un caso, lo que corrobora todo aquello que ha señalado la literatura de *procedural justice*: los juicios requieren que los litigantes expongan de viva voz su historia al juez.

Sin embargo, estamos convencidos que el “alegato de oreja” no es la forma idónea de que ello suceda. Como ya señalamos, vulnera otros aspectos clave del proceso. Sobre cómo darles voz a los litigantes en el proceso volveremos más adelante.

¹⁴ “Voice, Control and Belonging...”, *cit.*, p. 2.

Con respecto a los costos de esta práctica judicial, cabe destacar que los abogados en general, con pocas notables excepciones, no consideran que el “alegato de oreja” viole la equidad procesal. Exponer al juez en privado sus argumentos es de vital relevancia, según su percepción. Las excepciones fueron, por un lado, dos abogados fiscalistas entrevistados que señalaron que el “alegato de oreja” los coloca en desventaja frente a la autoridad hacendaria, la cual tiene más acceso a los ministros y magistrados y, además, es capaz de dar información, no necesariamente verdadera, sobre la situación fiscal de sus clientes o las implicaciones para la hacienda pública de otorgar el amparo por la inconstitucionalidad de ley fiscal. Este sector estaba acostumbrado a ganar amparos por montos muy elevados, cosa que cada vez es menos frecuente.¹⁵ Quizá por ello ahora sí les empieza a parecer poco equitativo no tener oportunidad de contrargumentar lo que las autoridades hacendarias le dicen en privado a los magistrados y a los ministros.

También un abogado que ha litigado temas de regulación contra el gobierno señaló que éste utiliza mecanismos de presión a los impartidores de justicia para lograr sentencias favorables, y que ello sucede, generalmente, durante el “alegato de oreja”. Salvo estos dos casos, el resto de los entrevistados no perciben que el “alegato de oreja” afecte la equidad del proceso.

Desde el ámbito de los jueces, se puede ver distinto el problema. Más de uno está consciente de que los abogados llegan a cobrar a sus clientes por haber obtenido una cita con un ministro y, a veces, inclusive con un magistrado. Tan se percibe como incómodo, que por lo menos un ministro, en temas particularmente complicados, prefiere recibir siempre a las dos partes al mismo tiempo.

En el mismo sentido, en la primera o segunda instancia, para ciertos jueces tener a un abogado de gran peso político pidiéndole una cita es motivo de preocupación. Saben que pueden pagar un costo si la sentencia no es en el sentido que estos abogados esperan.

Ahora bien, según señalaron los entrevistados, los impartidores de justicia pueden reaccionar de manera muy distinta en las audiencias. Hay jueces que se involucran, hacen preguntas y hasta piden información adi-

¹⁵ Véase Elizondo Mayer-Serra, Carlos, “La industria del amparo fiscal”, *Política y Gobierno*, vol. XVI, núm. 2, 2009, pp. 349-383.

cional o un resumen por escrito de algún punto. Otros, en cambio, son, en palabras de los litigantes, “jueces esfinges”. No quieren hacer ver, ni con un gesto, cuál es su posición o qué no tienen claro del caso. Por tanto, no hacen preguntas ni interactúan con los abogados. Al final se despiden diciendo: “voy a resolver conforme a derecho”.

Algunos jueces también comentan que muchos abogados buscan mostrar al cliente la cercanía que tienen con el juez, sobre todo tratándose de los ministros, llevándolos a que escuchen su “alegato de oreja”. Como si ello los hiciese mejores abogados. Asimismo, en algunos casos, los propios clientes, sobre todo en los litigios en donde hay mucho dinero de por medio, están dispuestos a pagar a los abogados (o cabildeadores) por obtener una cita con algún ministro, pues no saben que, en realidad, ellos podrían solicitarla directamente y con seguridad la obtendrían. En pocas palabras, el “alegato de oreja”, en especial en las altas esferas jurisdiccionales, ha generado un mercado de servicios legales que vende a los clientes una expectativa de influentismo o amiguismo con los impartidores de justicia, lo cual afecta de forma importante la legitimidad del sistema de justicia. Valdría la pena intentar medir el costo que ello tiene en la frágil autoridad y confianza que los ciudadanos tienen en sus tribunales.

2. Las reglas informales del “alegato de oreja”

En las entrevistas quedó claro que ministros, magistrados y todos los jueces del país tienen reuniones privadas en sus oficinas, o incluso fuera de ellas, con los quejosos sin que esté presente la contraparte. Este “cabildeo” de los quejosos, si se puede llamar así, no se encuentra debidamente institucionalizado, aunque varios ministros han establecido un día fijo para recibir en sus oficinas a quienes lo solicitan.¹⁶

Los litigantes señalan que cuando solicitan cita con el juez, tarde o temprano se las dan. Ninguno de los entrevistados destacó dificultades para que ello sucediera, aunque uno nos confesó que todo depende de las relaciones que se tengan. No cualquier abogado puede acceder a un ministro.

¹⁶ Para quien quiera ahondar sobre esta práctica *sui generis* de la justicia mexicana, a través de los mecanismos que da la Ley de Transparencia, quizá sea posible saber con quién y a qué horas se reúne en privado cada uno de los ministros.

Hay un claro sesgo, sin embargo, en nuestros litigantes entrevistados. Todos son profesionistas legales de élite. Valdría la pena que futuras investigaciones exploraran si la accesibilidad al juez es igual en otros estratos sociales, aunque algunos abogados refieren que la práctica es así en todos los niveles de justicia y con todos los abogados que lo piden.

Nuestra hipótesis es que, dada la restricción de tiempos, los jueces difícilmente pueden estar disponibles para escuchar en privado a todo el que le solicita verlo. De hecho, como ya señalamos, la razón que han dado algunos ministros para no regular el “alegato de oreja” es precisamente que no tendrían tiempo de atender a todos los que soliciten audiencia, lo cual parece una confesión de que no sucede así hoy.

Aunque el “alegato de oreja” generalmente sucede en la oficina del juez, alguna evidencia periodística indica que también se puede hacer el “cabildeo” fuera de la oficina del juez.¹⁷ Pareciera que también es relativamente común que sea en algún evento social en el que una de las partes se encuentra a un juez. En otras partes del mundo esto también sería muy delicado.

En el caso de la Suprema Corte, el “alegato de oreja” se hace frente al ministro ponente. A los otros sólo se les suele buscar hasta que se ha listado el proyecto; antes de ello, según nuestras entrevistas, es difícil obtener una cita. Sin embargo, una vez listado el proyecto, es poco el tiempo que suele haber para ver a todos los ministros, aunque los abogados, en litigios complejos, casi siempre intentan ver a todos.

¿Qué pasa si un juez se sale de las reglas informales que rigen al “alegato de oreja”? Uno de los litigantes entrevistados comentó que entre sus colegas hay incomodidad si el juez o magistrado cita a ambas partes al mismo tiempo. Nos confesó que ello le sucedió una vez y que fue incómodo. “Primero me asusté”, dijo el litigante. No existe el entrenamiento para dirimir en presencia del otro la posición que se viene a exponer al impartidor de justicia. Además, cuando un abogado prepara su “alegato de oreja”, no está pensando en lo que puede pensar al respecto su adversario.

¹⁷ Hay pocos casos, pero está por ejemplo la reunión que se celebró en casa de la magistrada María del Carmen Alanís Figueroa, el 9 de marzo de 2011, para presuntamente pactar con emisarios del entonces gobernador del Estado de México para que el TEPJF lo exonerara de haber violado la Constitución al promocionar a nivel nacional su V Informe de Labores. Véase Ackerman, John M., “Los conflictos del tribunal electoral”, *La Jornada*, 18 de abril de 2011, disponible en <http://bit.ly/1gWI3qE>.

Un impartidor de justicia decidió no dar citas a ningún abogado porque estima que dicha práctica vulnera la percepción de imparcialidad y honestidad de un juez. No obstante, según nos comentó, cambiar en solitario la práctica del “alegato de oreja” tiene costos y problemas. Por ejemplo, negarle una cita a un alto funcionario gubernamental es visto como falta de cortesía elemental y genera mucho enojo o, en el peor de los casos, lleva a que se piense que ello sólo habla de la parcialidad del juzgador, pues los abogados no saben si el juez le dio cita o no a su adversario. El impartidor de justicia está repensando su política de no recibir a nadie, pero tampoco quiere recibir a todos. No tendría tiempo.

3. *Percepción de corrupción e inequidad por el “alegato de oreja”*

Según los entrevistados, en la justicia federal es mucho menos probable la corrupción que en la local. Sin embargo, alegaron que con o sin “alegato de oreja”, seguirá habiendo corrupción judicial. Es más, según nos mencionaron, cuando hay corrupción casi nunca se hace el pago en el despacho del juez. Ello generalmente ocurre a través de un tercero en un lugar lejano. Dicho en otras palabras, aunque se regule el “alegato de oreja”, ello no va a tener impacto en la corrupción judicial. Y, por lo tanto, los abogados entrevistados tienden a pensar que el “alegato de oreja” tiene más ventajas que desventajas.

Para quienes somos externos al sistema no nos deja de sorprender esta posición. Aun suponiendo que no hay intercambio de favores o alguna otra forma de corrupción en los audiencias privadas entre jueces y litigantes, se presta para creer que algo turbio pasa ahí. Por ello, no deja de sorprendernos que la mayoría de los entrevistados no se sientan incómodos frente a la inequidad intrínseca que tiene esta práctica judicial. Está claro que el “alegato de oreja” impide conocer qué le dijo la contraparte al juez y, por tanto, no se tiene la oportunidad de contrargumentarlo. Ello es claramente contradictorio con la idea intrínseca de litigar, de ganar el argumento, de desarmar al adversario, de debatir, etcétera. Los litigantes entrevistados prefieren no conocer los argumentos de su contraparte a cambio de poder ofrecer los suyos en solitario al juez, sin importarles que desde afuera se vea como un espacio abierto a la corrupción.

Cuando preguntamos a los abogados si el “alegato de oreja” debería desaparecer, la respuesta abrumadoramente mayoritaria fue que no.

La única excepción, como ya se dijo, fue el gremio de los fiscalistas, que piden se regule, para tener un piso más parejo cuando el gobierno es el adversario.

4. ¿Qué pasaría si se regula el “alegato de oreja”?

La primera clara prohibición del “alegato de oreja” vino con la reforma constitucional en materia penal. Es un cambio muy importante, aunque es muy pronto para saber su impacto.

El artículo 20, fracción VI, constitucional, del nuevo proceso penal acusatorio, establece: “ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a procesos con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece la Constitución”. Esta fracción tiene sentido en el tránsito de un proceso inquisitivo a uno adversarial y no podría ser de otra manera. Pero sólo abarca la materia penal.¹⁸

La nueva Ley de Amparo, promulgada por el presidente de la República el 1o. de abril de 2013 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, en concordancia con el texto constitucional, reitera la prohibición al “alegato de oreja” en materia penal. Según el artículo 173, fracción VII, de dicha ley, se establece: “en los juicios de orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento con trascendencia a las defensas del quejoso cuando... VII. El juzgador reciba a una de las partes para tratar el asunto sujeto a proceso sin la presencia de la otra”.

Todo parece indicar que será en el ámbito penal en donde, conforme se vaya implementando la reforma constitucional, va a ir desapareciendo el “alegato de oreja”. Serán, por tanto, los litigantes en esta materia los primeros que tendrán que sentir el rigor de un proceso mucho más competitivo y verdaderamente adversarial. El “alegato de oreja” está prohibido en un juicio oral pues, en principio, la dinámica del juicio tiene que ver con la confrontación oral de argumentos entre el Ministerio Público y la

¹⁸ Un breve pero útil ensayo que aborda la diferencia entre el sistema inquisitivo y el sistema adversarial, así como el contexto en el que se dieron las reformas penales en América Latina, es el de Duce, Mauricio y Pérez Perdomo, Rogelio, “Seguridad ciudadana y reforma a la justicia penal en América Latina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXIV, núm. 102, 2001, pp. 755 y ss.

defensa. Cabe, sin embargo, preguntarnos si este principio se hará extensivo en el amparo ante colegiados o la Suprema Corte.

En la reciente Ley de Competencia Económica publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2014, hay también un cierto esfuerzo por regular la interacción entre los comisionados y las empresas partes de una disputa. De acuerdo nuevo artículo 25, los comisionados podrán tratar asuntos de su competencia con personas “que representen los intereses de los agentes económicos” sólo mediante una entrevista, para la cual, “deberá convocarse a todos los comisionados, pero la entrevista podrá celebrarse con la presencia de uno solo de ellos”. Se tiene que llevar un registro de la misma, con toda la información de quiénes fueron y en qué fecha y hora, la cual deberá publicarse en el portal de Internet de la Comisión. Se aclara que:

Las entrevistas serán grabadas y almacenadas en medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, manteniéndose como información reservada, salvo para las otras partes en el procedimiento en forma de juicio, los demás comisionados, el contralor interno y el Senado de la República en caso de que esté sustanciando un procedimiento de remoción de un comisionado. La grabación de cada entrevista deberá estar a disposición de los demás comisionados.

Algo similar existe en la Ley de Telecomunicaciones.

Así, en el derecho mexicano, en el ámbito de competencia económica y, sobre todo, en los juicios penales las reformas constitucionales y legislativas refuerzan la equidad procesal entre las partes. En el caso penal, además, el recién aprobado Código Nacional de Procedimientos Penales diseña el proceso sobre la base de una importante confianza en la competencia adversarial. Es decir, es un juicio que promueve el enfrentamiento entre las partes, asumiendo que esa confrontación es un mecanismo para mejorar la calidad y cantidad de información sobre el caso. El nuevo juicio penal promueve un entorno de juego parejo entre las partes. Lo que presupone, entre otras cosas, que la “batalla legal” se dé públicamente y frente al juez y no en la oscuridad de la oficina del juez y en privado con sólo una de las partes. Así, el entorno será más exigente para la profesión legal, lo cual es indispensable para mejorar cualquier sistema de justicia.

En el resto de las materias va a ser difícil que cambie la práctica del “alegato de oreja” si no hay actores con peso que deseen cambiar el ac-

tual estado de cosas. Los abogados y jueces en general se sienten cómodos con esta práctica. Es difícil cambiar cuando no parece haber razones para hacerlo.

Creemos que es la comodidad, y quizás hasta la falta de destrezas, lo que sostiene esta práctica judicial. Por un lado, los abogados no tienen que prepararse para un proceso en donde realmente se ponga a prueba los argumentos de las dos partes y donde exista una verdadera confrontación. Por otra parte, el juez no tiene que leer el expediente y los secretarios pueden seguir siendo quienes imparten justicia en la gran mayoría de los casos. Todo ello son zonas de confort y de mediocridad de nuestro sistema de justicia. Vamos a volver sobre esta idea en la quinta sección de este artículo.

IV. CÓMO SE REGULA EN EL MUNDO EL “ALEGATO DE OREJA”

El contraste con la mayoría de los otros países es revelador. Prácticamente en todos los países en donde existen códigos de ética judicial está prohibido que el juez se reúna con alguna de las partes en privado.

En Estados Unidos hay un código de conducta para los jueces, adoptado por la Conferencia Judicial de abril 5 de 1973, denominado “Code of Judicial Conduct for United States Judges...”. Éste, en su canon 3, párrafo 4, establece:

Un juez debe conceder a toda persona que esté legalmente interesada en un proceso, o al abogado de la persona, todo el derecho a ser escuchado de acuerdo con la ley y, salvo cuando lo autorice la ley, no iniciará o considerará comunicaciones *ex parte* [por o para una parte] o procedimientos que afecten los méritos de un procedimiento pendiente o inminente. Un juez puede, sin embargo, obtener el asesoramiento de un experto sin interés pero con conocimiento de la ley aplicable a un procedimiento, si el juez notifica a las partes sobre la persona a consultar, la materia del consejo y ofrece a las partes la posibilidad razonable para responder. Un juez puede, con el consentimiento de las partes, conferir reuniones separadamente con las partes y sus abogados en un esfuerzo por mediar o resolver cuestiones pendientes...¹⁹

¹⁹ “A judge should accord to every person who is legally interested in a proceeding, or the person’s lawyer, full right to be heard according to law, and, except as authorized by law, neither initiate nor consider *ex parte* communications on the merits, or procedures

En claro contraste con nuestro caso, en Estados Unidos y en muchos otros países, la parte del proceso que sí es pública es el alegato oral de los quejosos. Es el único momento, a la vista de todos, donde se pueden ver los quejosos con los *Justices* y que sirve para que éstos conozcan el problema central que está en juego, a juicio de los involucrados.

En Guatemala, las Normas Éticas del Organismo Judicial de la República de Guatemala estipulan en su artículo 22:

El juez deberá rechazar cualquier presión, indicación o solicitud de cualquier tipo, dirigida a influir indebidamente en el tiempo y modo de resolver los casos bajo su conocimiento. En prevención de ello, deberá rechazar invitaciones o reuniones privadas con las partes al margen del ejercicio de sus funciones. Deberá evitar vinculación directa con centros de poder político partidario, sindical o empresarial que puedan condicionar el ejercicio de sus potestades o empañar la imagen de independencia e imparcialidad.

En sus actuaciones deberá evitar actos o actitudes que propicien, de alguna manera, la impresión de que sus relaciones sociales, de negocios, de familia o amistad, influyen en sus decisiones.²⁰

En Honduras, el Código de Ética para Funcionarios y Empleados Judiciales estipula en su artículo segundo:

El magistrado o juez debe ejercer su cargo con integridad, por tanto, debe obrar con honestidad, independencia, imparcialidad y ecuanimidad. A este efecto, deberá: a) Abstenerse de conceder audiencias privadas a cualquier persona que pretenda influir en sus decisiones, afectando su independencia o imparcialidad.²¹

affecting the merits, of a pending or impending proceeding. A judge may, however, obtain the advice of a disinterested expert on the law applicable to a proceeding before the judge if the judge gives notice to the parties of the person consulted and the substance of the advice, and affords the parties reasonable opportunity to respond. A judge may, with consent of the parties, confer separately with the parties and their counsel in an effort to mediate or settle pending matters...". Traducción propia del texto Ricarda Roos, Stefanie & Woischnik, Jan, *Códigos de ética judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Uruguay, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 133.

²⁰ *Ibidem*, p. 162.

²¹ *Ibidem*, p. 229.

El Código Judicial de la Corte Suprema de Panamá en su artículo 14 se estipula: “No debe conceder entrevistas privadas, ni en esa forma oír argumentos o admitir comunicaciones destinadas a influir en su actuación judicial”.²²

Un último ejemplo, los cánones de ética judicial del Tribunal Supremo de Puerto Rico, en su canon XV se estipula:

El juez o la jueza no deben celebrar entrevistas privadas con las partes o sus abogadas o abogados, ni permitir comunicaciones o argumentos de los mismos que pretendan influir su actuación judicial en asuntos de su competencia o bajo su consideración cuando los otros intereses que puedan ser afectados no estén representados ante él o ella, excepto en casos no contenciosos en los que deberá ser muy cauteloso o cautelosa.²³

Reglas similares hay en muchos otros países, como Venezuela,²⁴ Portugal, Cuba, Brasil, Colombia, Uruguay, Chile. Todos estos son miembros de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en cuyo marco decidieron suscribir en forma conjunta el Código Iberoamericano de Ética Judicial, cuyo artículo 15 expresamente proscribire las reuniones privadas entre juez y parte. Éste dice a la letra: “El juez debe procurar no mantener reuniones con una de las partes o sus abogados (en su despacho o, con mayor razón, fuera del mismo) que las contrapartes y sus abogados puedan razonablemente considerar injustificadas”.²⁵ Son las reglas, aunque no sabemos si se respetan. Como veremos más abajo en Brasil hay mecanismos de citas similares a los de México.

México participa en la Cumbre a través de la SCJN y el Consejo de la Judicatura. Así que en principio deberíamos guiarnos por el Código Iberoamericano de Ética Judicial, aunque es meramente un Código Modelo. No es de seguimiento obligatorio. Incluso en septiembre de 2010, a petición del ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Cumbre Judicial Ibe-

²² *Ibidem*, p. 235.

²³ *Ibidem*, p. 245.

²⁴ Código de Ética Profesional del Abogado Venezolano. Artículo 52. Constituye una grave infracción ética sostener comunicaciones privadas con los jueces, fiscales del Ministerio Público u otros funcionarios, en ausencia del abogado de la parte contraria, en relación con un juicio pendiente, o de asunto que se gestione.

²⁵ El Código Iberoamericano de Ética Judicial, disponible en <http://bit.ly/1hnX5Xs>.

roamericana le encargó a México la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (CIEJ). En los reportes de las reuniones organizadas por México no se menciona el tema del “alegato de oreja”.²⁶

Como resultado de esta participación de la SCJN, México creó el Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la SCJN. No han dicho gran cosa sobre el tema. En una de sus publicaciones, titulada *Ética judicial: virtudes del juzgador*, de Javier Saldaña, se analiza Guatemala y se menciona:

Dentro de los principios éticos que se pueden destacar, aparte de los comunes que suelen encontrarse en el resto de los ordenamientos, aparecen como más significativos los siguientes: el rechazo a cualquier tipo de presiones, y para ello deben evitarse invitaciones a reuniones privadas con cualquiera de las partes.²⁷

En la revista que publica el Instituto hay un artículo de Rodolfo Luis Vigo, “Ética judicial e interpretación jurídica”, hay un discusión breve sobre el tema.²⁸

Cómo operan en un número de países seleccionados las audiencias privadas

Con base en un estudio de la firma White & Case, que amablemente nos compartió y sirve de base a esta sección,²⁹ se puede saber cómo opera en un conjunto de países las audiencias privadas dentro de los máximos tribunales. Se trata de los casos de Alemania, Brasil, China, Estados Unidos, España, Francia, Gran Bretaña y Japón.

La investigación parte de un cuestionario de 7 preguntas elaborado por la Asociación Nacional de Colegios de Empresa, Colegio de Abogados, A. C. (ANADE), que se distribuyó en colaboración con las oficinas de

²⁶ La declaración final de la reunión que se hizo en México, disponible en <http://bit.ly/1eM73o8>.

²⁷ Saldaña Serrano, Javier, *Ética judicial: virtudes del juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 68, disponible en <http://bit.ly/1hWYUAX>.

²⁸ Vigo, Rodolfo Luis, “Ética judicial e interpretación jurídica”, *Criterio y Conducta*, núm. 1, enero-junio de 2007, pp. 197-236.

²⁹ Las experiencias internacionales relatadas en este apartado se desprenden del estudio comparativo realizado por White & Case titulado “Sistemas de audiencias privadas ante las cortes supremas”, publicado el 1o. de agosto de 2013.

White & Case en los países a investigar, con preguntas específicas sobre los sistemas de audiencias privadas, como “¿En su país existe la posibilidad de que las partes en un juicio puedan tener una audiencia privada con los jueces (magistrados o ministros) que resuelven en última instancia los juicios respectivos?”, entre otras.

Las experiencias de estos países pueden dividirse en tres categorías: a) los sistemas que las prohíben, b) los países que las permiten, pero de forma muy limitada y claramente reglamentada, y c) los países que las permiten con una reglamentación laxa o inexistente. Dentro de la primera categoría se encuentran Alemania, España y Francia. En la segunda categoría se encuentran Estados Unidos y Gran Bretaña. Finalmente, en la última categoría se encuentran China, Japón y Brasil.

En el sistema alemán existen cinco tribunales superiores divididos por las materias que atienden, pero la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) puede ser considerada la última instancia cuando se trata de temas constitucionales. Las audiencias en estos tribunales se rigen bajo un principio de máxima publicidad y fundamentalmente se realizan de manera oral, aunque pueden no ser así si las dos partes lo acuerdan. El principio de máxima publicidad sólo se limita cuando debe protegerse el interés de alguna de las partes, como en casos familiares, pero la decisión sólo permite excluir al público, no la participación de una de las partes. La decisión de las audiencias a puertas cerradas se debe anunciar públicamente. Así, en ningún momento una de las partes puede reunirse con alguno de los jueces de los tribunales máximos. Sin embargo, fuera de estos tribunales, en particular en los de primera instancia, las reuniones privadas son permitidas, pero sólo en asuntos criminales que involucran la posibilidad de arreglos o acuerdos entre el juez y el defensor, por ejemplo, cuando se trata de asuntos relacionados con las confesiones voluntarias. A pesar de que existe la posibilidad de reuniones unilaterales, el juez está obligado a asentar los resultados de dichas deliberaciones dentro de los protocolos de las audiencias, así que, al final, las reuniones privadas se convierten en públicas.

En España el máximo tribunal para cuestiones de legalidad es el Tribunal Supremo y para cuestiones constitucionales el Tribunal Constitucional. Las reuniones con una de las partes están prohibidas desde el mismo texto constitucional, que señala: “los procedimientos judiciales deben ser públicos”. Al igual que en el caso anterior, sólo se permiten ciertos

procedimientos judiciales a puerta cerrada por causas de moralidad o del orden público, pero ello sólo limita la presencia de público ajeno al juicio.

En el sistema francés, el máximo tribunal es la *Court of Cassation*. Los procedimientos se llevan a cabo, casi en su totalidad, de manera escrita. El sistema francés considera innecesaria la argumentación oral salvo para atender algo completamente nuevo a solicitud del fiscal, pero usualmente no se hace. Se presupone que todo lo que hay que decir está ya de manera escrita y ahí se encuentran todos los argumentos y consideraciones. Bajo esta premisa, en la que todas las partes deben ser extremadamente claras y detalladas en sus posicionamientos, evidencias y argumentos, las audiencias privadas no sólo se encuentran prohibidas, sino que resultan innecesarias. En contraste, la deliberación de los jueces antes de emitir un fallo es completamente privada, por lo que las partes involucradas, los abogados y terceros involucrados no tienen conocimiento de la discusión ni el sentido del voto de los jueces. Al final del procedimiento sólo se realiza una audiencia pública en la que el tribunal entrega su decisión final.

La Constitución de los Estados Unidos, así como su *common law* federal, permiten el acceso del público y de los medios a todos los archivos y procedimientos judiciales. Dentro de la Suprema Corte las reuniones *ex parte* se encuentran prohibidas cuando tienen como objetivo influir en el resultado de los casos. Sin embargo, existen ciertas situaciones particulares en las que una de las partes puede reunirse en privado con los jueces. Por ejemplo, cuando una de las partes se enfrenta a un posible daño irreparable e inminente, puede solicitar una reunión *ex parte* para pedir una orden de restricción. Esta orden se otorga sin notificar a la parte adversaria y busca preservar el *statu quo* hasta la audiencia. Usualmente se requiere proveer una suma monetaria para garantizarla. Estas peticiones se realizan por escrito, salvo cuando se solicitan durante el juicio de manera verbal.

En Gran Bretaña, los jueces de la Corte Suprema pueden reunirse en privado con una de las partes del juicio, pero sólo cuando sea necesario “bajo circunstancias extremas” y en “el interés de la justicia o del interés general”. Para que este requisito se cumpla, en primer lugar el interesado debe formular un escrito en el que explique las razones para considerar necesaria una reunión en privado. Este escrito no sólo se dirige a la Corte, sino que debe ser proporcionado a las partes involucradas. En segundo lugar, la Corte debe decidir si acepta o no la reunión. En caso afirmativo,

debe hacerse un anuncio público sobre su decisión antes de que la reunión se lleve a cabo. Aparte de este mecanismo, durante el transcurso de un juicio la Corte puede decidir excluir momentáneamente a una de las partes si el material que se va a presentar puede dañar el interés público o es sensible bajo su consideración.

En China la autoridad judicial suprema es la Corte Suprema del Pueblo. El Código de Conducta Básico de los Jueces prohíbe que los jueces se reúnan de manera privada con alguna de las partes. Sin embargo, los procedimientos internos de la Corte (que cabe destacar, no son de conocimiento público y por ende no se conoce su nivel de detalle), sí permite este tipo de reuniones, aunque delimitan una serie de requerimientos para que éstas se puedan llevar a cabo. Si una de las partes desea reunirse con uno de los jueces de la Corte, debe solicitarlo formalmente y de manera escrita. Los jueces tienen la decisión de aceptar o rechazar dicha solicitud, pero si aceptan la reunión debe realizarse en uno de los salones de la Corte. Además, en la reunión siempre deben estar presentes, como mínimo, dos jueces, que de manera adicional deben tomar notas sobre la reunión, mismas que, al finalizar, forman parte de los archivos del caso. Ello hace que el contenido de esas reuniones privadas finalmente sea conocido por la contraparte y el público en general.

En Japón, como parte de los procedimientos judiciales existe lo que se conoce con el nombre de “procedimientos preparatorios” al juicio. En éstos, si los jueces lo consideran necesario, están permitidas reuniones unilaterales. Esta decisión está completamente sujeta a la discrecionalidad de los jueces. Aunque usualmente se usa este instrumento para buscar arreglos preliminares con las partes, no hay reglamentación ni certeza sobre su uso o limitaciones. Además, una vez que el procedimiento judicial ha comenzado, los jueces tienen la libertad en cualquier momento de solicitar a una de las partes que abandone la sala para poder discutir en privado con la otra parte. Es importante enfatizar que las reuniones privadas son por iniciativa del juez y no de las partes.

Finalmente, el sistema brasileño permite que los miembros de la Suprema Corte se reúnan con alguna de las partes. Esta práctica es conocida como *despachos*. Legalmente los abogados tienen la prerrogativa de solicitar *despachos* con los jueces, con la finalidad de “elucidar completamente sus reclamos”, pero es discrecionalidad del juez decidir si acepta o no. Estas reuniones no son acciones procedimentales, por lo que no se encuen-

tran sujetas a reglamentación alguna ni es necesario que se publiciten. El único requisito es que la parte interesada agende un día y horario para la reunión. Es decir, el sistema brasileño es muy similar al mexicano.

V. CÓMO REGULAR EN MÉXICO EL “ALEGATO DE OREJA” Y CUÁLES SERÁN LAS RESISTENCIAS A VENCER

Para enfrentar los problemas expuestos hay, a nuestro juicio, dos opciones extremas. La primera, como en Francia, sería sencillamente prohibir todo tipo de alegato fuera del procedimiento e incluso no permitir el alegato oral, salvo cuando esté expresamente permitido, como es ahora en el sistema de justicia penal. Esto resolvería el problema de la equidad en el acceso.

Sin embargo, dada la baja calidad de nuestra argumentación escrita, aunado a la legitimación que da a un proceso el poder expresar los elementos centrales del juicio de forma oral y la arraigada tradición del “alegato de oreja” en México, el modelo francés no parece una buena forma de solucionar el problema.

Parece mejor opción, en nuestra opinión, regular el proceso de audiencia con los impartidores de justicia. Ello significa, en primer término, prohibir las citas con el juez sin que esté presente la otra parte y, en segundo término, reglamentar cómo y cuándo se puede tener una reunión con el juez con la presencia de la otra parte.

Ahora bien, respecto a cómo hacerlo hay dos opciones. Una, al ser una práctica judicial, no una norma legal, quizás bastaría que en el Reglamento Interno de la Corte quedara establecida la prohibición de dicha práctica. Así se hizo en el caso ya citado de Argentina. Sin embargo, ello sólo solucionaría los problemas del “alegato de oreja” en el ámbito de la Suprema Corte y no en el resto de los tribunales federales y locales. Creemos que la reforma idónea es a nivel de ley: las leyes orgánicas tanto del Poder Judicial de la Federación como de los poderes judiciales locales.

Una reforma legal, aunque sólo sea en el ámbito federal, rápidamente generaría la percepción de que el “alegato de oreja” no es una práctica aceptable para un sistema de justicia robusto. Es decir, lo que antes parecía legítimo puede cambiar rápidamente una vez que se expone y se compara con otros países. Una antropóloga estudiosa de una de las pocas consultas públicas de la Corte Suprema de Argentina reporta:

Durante mi trabajo de campo, cuando preguntaba a los empleados de la ley sobre tratar el tema de las audiencias, ellos instintivamente, y a menudo a la defensiva, asumían que mi pregunta estaba orientada a las reuniones privadas que podían tener o habían tenido con los litigantes. Ellos creían que estaba preguntando si permitirían a los litigantes entregar sus “alegatos de oreja”. Tales reacciones de los empleados pueden interpretarse en el contexto de la generalizada mala reputación que tienen dichas reuniones privadas en la Corte.³⁰

Sin embargo, en Argentina se fue construyendo una coalición a favor de la reforma que parece no existir en México. ¿Qué resistencias habría que vencer si se quisiera regular el “alegato de oreja” en nuestro país? Creemos que existen dos importantes obstáculos para mover el *statu quo*.

En primer término, como lo constatamos en muchas de las entrevistas realizadas, el *statu quo* parece acomodar a todas las partes. Gracias al “alegato de oreja”, por ejemplo, el juez no debe preocuparse en leer el expediente y puede delegar aún más a sus secretarios buena parte del trabajo que conlleva elaborar una sentencia. El “alegato de oreja”, señalaron los abogados entrevistados, permite al juez hacerse de información relevante sobre el caso, su contexto y su impacto. Ello permite al juez, con poco esfuerzo, detectar casos relevantes y diferenciarlos de los de rutina.

También los abogados, sobre todo los de la élite, están cómodos con el “alegato de oreja” tal como funciona. Hoy, cualquier abogado puede delegar en pasantes y/o colegas con poca experiencia el trabajo de elaboración de escritos, desde la demanda o la contestación hasta los alegatos o conclusiones. Muchos de esos escritos, además, forman parte de un conjunto de machotes que los despachos elaboran a lo largo de los años. El “alegato de oreja” permite a los abogados contar su historia al juez aunque ésta no esté cabalmente reflejada en el expediente. A falta de buenos escritos, el “alegato de oreja” sirve para suplir las deficiencias.

³⁰ “During my field work when I asked law clerks to address the topic of hearings, they instinctively and often defensively assumed that my query was oriented toward private meetings that they might conduct or have conducted with litigants. They believed that I was inquiring whether they would allow litigants to deliver to them alegatos de oreja. Such reactions from clerks can be interpreted in the context of the generally bad reputation of private hearings at the Court”. Traducción propia del texto Barrera, Leticia, “Performing the Court: Public Hearings and the Politics of Judicial Transparency in Argentina”, *Political and Legal Anthropology Review*, vol. 36, núm. 2, p. 329.

En pocas palabras, pareciera que el “alegato de oreja” genera un entorno de incentivos que facilitan o simplifican el trabajo del juez y de los abogados de élite, aunque ello conlleve a un sistema de justicia mediocre y sin toda la legitimidad y fuerza que se necesita.

Andrés Baylteman y Mauricio Duce sostienen que “el sistema inquisitivo —refiriéndose al sistema penal chileno— es sobrecogedoramente indulgente con la ineptitud, la ignorancia y la falta de destreza de abogados y jueces”.³¹ Según los autores, la escrituración y el secreto con el que opera el sistema es un refugio para esconder tanto la ineptitud del abogado como la del juez. Ello no quiere decir que todos los abogados y jueces sean mediocres, sino que el sistema no fiscaliza o distingue la mediocridad de la excelencia “Probablemente la destreza que más le otorgue competitividad (al abogado) sea desarrollar su habilidad para establecer buenas redes de funcionarios en los tribunales”.³²

Nosotros creemos que ello es aplicable no sólo a la justicia penal sino a la justicia en general. El “alegato de oreja” es uno de los elementos que propicia un entorno de incentivos para que los abogados y los jueces no tengan que desarrollar las destrezas que exigiría un sistema de justicia más competitivo y de mayor calidad.

Supongamos que el “alegato de oreja” fuese sustituido por una audiencia oral en donde existiera una verdadera confrontación entre las partes que permita al juez hacerse de información de más calidad para resolver el caso. Un sistema así es mucho menos indulgente con la falta de preparación del abogado y del juez, quienes no podrían seguir delegando su trabajo en subalternos.

Según Duce y Baylteman, un sistema adversarial:

Promueve un entorno de juego justo, los abogados exploran todas las armas legales disponibles, investigan los hechos, desconfían de la información (y por lo tanto la verifican), detectan todas y cada una de las debilidades del caso de la contraparte (de argumentación y prueba), construyen su propio caso sobre la base de que la contraparte hará lo mismo y, en consecuencia, cada defecto del caso propio implicará un mayor riesgo que perder.³³

³¹ Baylteman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Chile, Universidad Diego Portales, 2004, p. 31.

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

Todo ello nos hace pensar que es posible que el “alegato de oreja”, como hoy funciona en México, tiene que ver o es reflejo de las deficiencias en los estándares de profesionalismo de la abogacía y del sistema de justicia en general: los jueces no suelen leer los expedientes, los secretarios suelen hacer sentencias de machote, los abogados muchas veces utilizan formas estandarizadas y acartonadas en sus escritos. En algún punto la profesión legal (jueces y abogados) en México ha abandonado las pretensiones de excelencia jurídica en la litigación y la impartición de justicia. Estas zonas de confort y mediocridad de la profesión legal generan un *statu quo* que es muy difícil de cambiar, pues exige mucho más esfuerzo por parte de todos los actores relevantes. ¿Por qué cambiar si las cosas funcionan bien, sobre todo para la élite?

El segundo obstáculo para regular el “alegato de oreja” tiene que ver precisamente con la desigualdad jurídica y las formas de reproducirla que tiene nuestro sistema de justicia. Toda la lógica de nuestro sistema judicial parece estar diseñado para privilegiar el acceso a la justicia a quienes tienen más poder o recursos. Por eso se invierte mucho más dinero en el Poder Judicial federal, donde la élite suele litigar sus casos, que en el local.³⁴ Dado que a través del amparo con un buen abogado se puede llevar un caso donde es derrotada la justicia federal, para la élite basta que ésta funcione mejor para tener acceso a la justicia. Los juzgados locales, que idealmente deberían resolver de manera definitiva la mayor cantidad de asuntos, terminan siendo sustituidos por juzgados federales que mediante un amparo terminan resolviendo el asunto. Pocos usuarios del sistema de justicia pueden esperar y pagar tres instancias judiciales, dos locales y el amparo. Esto beneficia a quienes tienen más dinero para litigar.³⁵

³⁴ El gasto en justicia federal y local, como proporción del PIB, en México es de 0.26 y 0.14%, respectivamente. En Brasil es de 0.26 y 0.65%, en Argentina es de 0.25 y 0.66%, en Estados Unidos es de 0.04 y 0.28% y en Canadá es de 0.03 y 0.26%. Véase Magaloni, Ana Laura y Elizondo Mayer-Serra, Carlos, “La justicia de cabeza. La irracionalidad del gasto público en tribunales”, en Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Magaloni, Ana Laura, *Uso y abuso de los recursos públicos*, México, CIDE, 2012, pp. 207-247.

³⁵ Como ha argumentado Francisca Pou Giménez, el extremo formalismo, complejidad y tecnicismo del amparo termina por excluir a quienes no pueden pagar un buen abogado. La complejidad jurídica siempre es regresiva y va tejiendo una red de intereses entre el regulador y el juez y los individuos con más recursos que pueden acceder a abogados sofisticados. Véase *Judicial Review and Rights Protection in Mexico: The Limits of the 2011 Amparo Reform*, en <http://papers.ssrn.com/abstract=2210959>

En nuestra opinión, el “alegato de oreja” es otra manera más en la que el sistema de justicia reproduce la desigualdad jurídica: quien tiene mejores accesos y conexiones en el sistema de justicia, tendrá más probabilidades de exponer su asunto al juez en la secrecía de su despacho. Dicho en otras palabras, el “alegato de oreja” es un instrumento más para los mejores conectados y con más recursos que les permite acceder a la justicia desde su posición de privilegio.

VI. CONCLUSIONES

Como se ha argumentado en este ensayo, en México, el “alegato de oreja” sucede en todos los ámbitos jurisdiccionales y a pocos parece incomodar. Esto es sorprendente dado que es una práctica prohibida en casi todos los países, ya que vulnera la equidad en el proceso y la percepción de imparcialidad de las partes hacia el juez. Además, es posible que abra espacios a la corrupción.

Este artículo describe cómo funciona el alegato de oreja, a partir de entrevistar a destacados abogados y jueces. Futuras investigaciones tendrían que poder ir ahondando en algunos de nuestros hallazgos.

El “alegato de oreja” es una muestra más de la inequidad jurídica que caracteriza a nuestro país. Según se desprende de nuestras entrevistas, los abogados de élite, sean del sector público o privado, son los que mayores accesos y beneficios obtienen de esta práctica. Los jueces, como señalaron en las entrevistas, no tienen tiempo para escuchar a todos los que se lo solicitan.

Para el gobierno, el “alegato de oreja” se ha convertido en un mecanismo muy útil, sobre todo en el ámbito del litigio fiscal. La autonomía que ha ganado el Poder Judicial de la Federación a partir de la reforma de 1994, ha cerrado las puertas a la injerencia abierta del Ejecutivo entre los jueces. El gobierno ha tenido que desarrollar capacidades litigiosas y el “alegato de oreja” es una ruta eficaz para promover sus intereses. El litigio fiscal es claro ejemplo de ello.

Si bien es una práctica inequitativa no hay muchas quejas respecto a ello. Los abogados de élite están acostumbrados a ir con el impartidor de justicia para ser oídos. Dado que el secretario proyectista es quien realmente estudia el expediente y no el juez, los abogados sienten que es central tener una reunión con el juez para que se forme una opinión propia

del caso y no sólo a través de lo que le cuenta el secretario proyectista. En este sentido, no sería conveniente prohibir de tajo el “alegato de oreja”. Por el contrario, hay que buscar una forma de regular esta práctica, de tal manera que los abogados tengan voz en el juicio y, al mismo tiempo, ello no atente contra la equidad en el proceso y la imparcialidad del juzgador. Una buena regulación sería un paso en el sentido correcto de hacer más legítimo nuestro sistema de justicia y existe una amplia experiencia regulatoria de esta práctica en el mundo.

Para lograr una adecuada regulación, hay que vencer dos obstáculos centrales. En primer término, la comodidad del *statu quo*. Como vimos, gracias al “alegato de oreja” el juez se puede permitir no leer el expediente y los litigantes delegar en sus subalternos la construcción del expediente escrito. Ello es cómodo para jueces y abogados, pero propicia mediocridad en el sistema de justicia. El segundo obstáculo para regular el “alegato de oreja” es que éste replica la inequidad con la que está diseñado el sistema de justicia en general. Los beneficiarios —que son los menos— tienen mucho poder para resistir una regulación. La fuerza para mover el *statu quo* sólo puede venir de aquilatar y hacer propios los beneficios sociales que tendría para México un sistema de justicia de mayor calidad y sería más equitativo.