

LA GARANTÍA DE DEFENSA ADECUADA. SUS ALCANCES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

BERNARDO ALFREDO SALAZAR SANTANA
MAGISTRADO DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA
DEL ESTADO DE COLIMA

I

LA DEFENSA ADECUADA COMO DERECHO HUMANO

La Corte Interamericana de Derechos humanos, ha definido en opiniones consultivas diversas, que el debido proceso “es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia”, a lo cual contribuyen “el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”¹.

En ese orden de ideas, los mencionados actos “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la *adecuada defensa* de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”², por lo que el debido proceso supone “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”³.

¹ Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Devido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Consultada en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> el día 30 de agosto de 2012.

² Corte IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 28, Consultada en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> el día 30 de agosto de 2012.

³ Corte IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 27,

En las mismas palabras de la Corte Interamericana, específicamente en la Sentencia del *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* en el año de 1988, se señala, respecto de la obligación de las Naciones de garantizar el respeto a los derechos humanos, y por ende, el derecho al debido proceso que garantice una defensa adecuada, que “la segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”⁴

Consultada en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> el día 30 de agosto de 2012.

⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos 166 y 167, Consultada en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> el día 30 de agosto de 2012.

II

LA GARANTÍA DE DEFENSA ADECUADA EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

En lo que respecta a nuestro país, hasta antes de la reforma de 1993 al artículo 20 de la Constitución Mexicana, las garantías de seguridad jurídica consagradas en él, se entendían por la doctrina, la ley y la jurisprudencia, referidas exclusivamente a garantías de orden procedural que debían ser observadas a favor del gobernado cuando tuviera la calidad de indiciado o procesado; esto es, cuando se encontrara por consignación del ministerio público a disposición de un juez o por decisión de éste sujeto a formal procesamiento.

Así, la apreciación de los doctrinistas, de los diferentes códigos adjetivos penales y de las instancias judiciales, era en el sentido de que mientras el gobernado tuviera la calidad de presunto responsable, aun cuando estuviera detenido ante la autoridad ministerial, no gozaba de las garantías consagradas en el texto constitucional y, en consecuencia, no tenía los derechos de solicitar la libertad provisional bajo caución, de conocer el nombre de su acusador y testigos que depusieran en su contra, de ser careado con ellos, de ser asistido por un defensor o persona de su confianza, de ofrecer pruebas en su descargo y, mucho menos, de contar con una defensa adecuada.

De tal suerte, al estar referidas las garantías de seguridad jurídica que consagra el artículo 20 constitucional a favor del gobernado solamente a la etapa propiamente procesal, esto es, a la que va desde el auto de radicación ante la instancia judicial y hasta que ésta dicte sentencia, y no así a la etapa de investigación del delito o averiguación previa, se contribuyó a que en la práctica se desarrollara un verdadero procedimiento inquisitorial que derivó en constantes vejaciones a la dignidad humana por parte de las policías, y en muchos casos de los propios agentes del ministerio público, órganos encargados de realizar la investigación del delito y persecución de los delincuentes.

La reforma de 1993 al artículo 20 de la Constitución Mexicana, en gran medida se dio con el objetivo de hacer de la garantía de seguridad jurídica en él consagrada una efectiva protección del gobernado frente a la autoridad, en especial, de aquellos actos que representan una real amenaza a su libertad e integridad personal, así como a su dignidad, a la cual se sumó recientemente la también reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, de fecha 18 de junio de 2008, en la que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución, entre ellas el citado artículo 20, a propuesta del Ejecutivo Federal, con el propósito de “equilibrar los derechos de los inculpados y los referentes a la protección y restitución de los de la víctima; estableciendo además un régimen de eliminación de etapas procesales ante el reconocimiento expreso por parte del inculpado respecto de su participación en el delito.”⁵, y en la que se estableció expresamente que “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.”⁶.

De tal manera, y respecto a los principios de audiencia y contradicción, los cuales son claves en el efectivo desarrollo de la defensa adecuada, las garantías específicas de no ser obligado a declarar y de permitirse tal declaración cuando sea voluntaria y con la asistencia de su defensor; de conocer los datos existentes en el proceso, de ofrecer pruebas, y de contar con una defensa adecuada⁷, por disposición del propio artículo constitucional, también deben ser observados durante la averiguación previa en el sistema inquisitorio actual, o en las audiencias preliminares al juicio en el nuevo sistema acusatorio adversarial, en los términos, requisitos y límites que establezcan las leyes adjetivas penales de la Federación y de los Estados.

Con tal reforma del año de 1993, entonces, se determinó el alcance de las garantías de seguridad jurídica para que el gobernado se defienda ante la

⁵ *Proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, consultado en la página <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/reformas/IEF18608.pdf> el día 28 de agosto de 2012.

⁶ Primer párrafo del artículo 20, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁷ Fracciones II, III, IV, VI y VIII del apartado B del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

autoridad ministerial como ante el órgano jurisdiccional cuando enfrente la acusación de ser el autor de un ilícito penal, garantía de defensa que, con la próxima entrada en vigor del nuevo sistema acusatorio adversarial, que se instauró con la citada reforma constitucional de 2008, no será necesaria ante las diligencias preliminares de la fiscalía, dado que para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquéllas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio⁸, no así las de la etapa preliminar. Pero aún más, aquella reforma de 1993 introdujo la definición de la garantía específica de defensa adecuada (fracción IX del apartado A, antes del 18 de junio de 2008, ahora apartado B, fracción VIII), cuyo concepto implica dos premisas básicas: 1) la idoneidad de la persona que la tiene a su cargo y, 2) la eficiencia en la actuación del defensor.

III

LA SALVAGUARDA LEGAL DE LA GARANTÍA DE DEFENSA ADECUADA. EL CASO PARTICULAR DEL ESTADO DE COLIMA

A partir de las definiciones conceptuales introducidas en el texto constitucional con la reforma de 1993, se reformaron todos los Códigos de Procedimientos Penales del País, para dar cumplimiento, principalmente, a la garantía de defensa adecuada, de modo que tanto en la etapa de averiguación previa como en el proceso penal propiamente dicho, se hicieran efectivas todas esas prerrogativas y derechos que la constitución garantiza, en materia penal, a favor del gobernado.

⁸ Fracción III del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el caso particular del Estado de Colima, el Código de Procedimientos Penales aprobado mediante Decreto 308 de la Legislatura Local y publicado el 2 de agosto de 1997 en el Periódico Oficial, estableció disposiciones tendientes a asegurar la vigencia de la garantía de defensa adecuada consagrada en la Constitución Mexicana. Específicamente los artículos 1, 3, 4, 26, 27, 296 y 297, consagran ese concepto con la pretensión de definir las reglas para que en la práctica operen los derechos del individuo cuando tenga la calidad de presunto responsable, indiciado o procesado.

Al respecto, tales dispositivos legales textualmente establecen:

Artículo 1o. El imputado gozará de los derechos que le otorgan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución y las leyes penales del Estado de Colima, y podrá ejercerlos en los términos de las disposiciones correspondientes.

Artículo 3o. El derecho de defensa es inviolable en todo grado y estado del procedimiento penal.

El imputado, desde el momento de ser detenido o aprehendido, o al comparecer para declarar con dicho carácter ante la autoridad competente, tendrá derecho a que se le proporcione toda la información que sobre el caso requiera, a la asistencia, hasta la terminación del procedimiento, de un defensor, y a que se le reciban, en los términos de ley, las pruebas que legalmente ofrezca en relación con los hechos que se le imputen.

Artículo 4o. El imputado no podrá ser obligado a declarar por medio alguno. La confesión coaccionada será nula. Igualmente será nula la confesión recibida por autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o por éstos sin la asistencia de su defensor.

Artículo 26. Además de los derechos previstos en el Título Primero de este Código, el indiciado tendrá los siguientes:

I. A nombrar, desde el momento de ser detenido, o al comparecer para declarar con dicho carácter ante el Ministerio Público, persona de su confianza que se encargue de su defensa, a falta de ésta, el Ministerio Público le designará un defensor de oficio, en los términos previstos en el artículo 31, de este Código;

II. A que se le faciliten desde el momento mencionado en la fracción anterior, todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal el expediente relativo.

III. A que su defensor se encuentre presente en todas las diligencias que se practiquen durante la preparación de la acción procesal penal;

IV. A solicitar cuando lo estime procedente, que el Ministerio Público determine el no ejercicio de la acción penal y a ser informado de la resolución correspondiente; y

V. A ser informado, solicitar y obtener, en sus casos, los beneficios de libertad personal procedentes.

Artículo 27. Además de los derechos señalados, el imputado tendrá los siguientes:

I. Desde el instante en que quede a disposición del juez a solicitud, le serán proporcionados, para su defensa, todos los datos que obren en la causa.

II. Igualmente, desde ese momento, y en caso de no haberlo hecho antes, podrá designar defensor.

III. Inmediatamente que lo solicite y cuando proceda, de acuerdo a la fracción I del artículo 20 de la Constitución General de la República, éste Código y su Ley sustantiva y demás leyes aplicables; será puesto en libertad provisional bajo caución.

IV. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación, 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;

V. Desde el inicio de su declaración preparatoria será informado de los derechos que le otorga la Constitución General de la República, muy especialmente del de disponer de una defensa adecuada, para que, si no lo ha hecho antes, asuma su propia defensa o designe abogado o persona de su confianza para que se encargue de ella. Si no obstante éste requerimiento no designa abogado o persona de su confianza para que lo defienda, el juez le nombrará un defensor de oficio. Tendrá derecho también, para que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;

VI. Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra.

VII. 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; y

VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se trata de delitos cuya pena máxima no excede de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excede de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

Artículo 296. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que el inculpado esté a disposición del Juez, éste le hará saber, en audiencia pública, los derechos que le otorga el artículo 20 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, y muy especialmente, el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación y en su caso las modificaciones judiciales a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria. La declaración preparatoria recibida sin la información previa que se menciona, hace nula la diligencia.

Artículo 297. La declaración preparatoria comenzará por las generales del inculpado, en las que se incluirán también los apodos que tenga, y el grupo étnico indígena al que pertenezca o si es extranjero, supuesto en el cual, si no habla o no entiende suficientemente el español, se le deberá designar un traductor para que lo asista en la diligencia. Acto seguido, el Juez le hará saber el derecho que tiene para defenderse, por sí por abogado, o por persona de su confianza, a menos que haya designado defensor con anterioridad y éste se encuentre presente. En caso de no tener quien lo defienda o no querer nombrar defensor después de ser requerido para hacerlo, el Juez le nombrará uno de oficio. La declaración preparatoria recibida sin la presencia del defensor, sin el conocimiento de la calidad de indígena o extranjero que el imputado pueda tener, o la ausencia de traductor que en su caso se requiera, hace nula la diligencia.

Sin embargo, tales preceptos son en todo caso una declaración de los derechos de que goza el imputado o procesado, que en la práctica poca efectividad tienen si de cumplir con el concepto de defensa adecuada se trata, más si se circunscribe tal cumplimiento a la etapa de la averiguación previa y existe un detenido puesto a disposición de la autoridad ministerial.

En efecto, la reforma del año de 1993 al artículo 20 de la Constitución General de la República que tuvo por objeto, entre otros, dar la pauta para acabar con la recurrente práctica de obtener la confesión del inculpado sin importar los medios empleados para ello, no se vio reflejada en la legislación adjetiva penal mediante disposiciones que definieran con claridad qué acciones en específico le estaban prohibidas a la autoridad investigadora y qué medidas debían tomarse para dar cumplimiento a la garantía de defensa adecuada, sobre todo, tratándose de investigaciones donde existe detenido, en contravención a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, en el sentido de que los gobiernos deben de llevar a cabo una conducta que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En esa tesitura, por ejemplo, nunca se explicó en la ley las condiciones en que el imputado podía participar dentro de la averiguación previa ofreciendo pruebas, o bien, qué implicaba la “asistencia” del defensor durante esta etapa, especialmente tratándose de la declaración que “en forma espontánea, voluntariamente y sin mediar coacción o violencia alguna”, deseaba rendir el detenido ante la autoridad ministerial, explicación que ya no será necesaria cuando la nueva etapa preliminar del juicio oral penal sustituya a la averiguación previa actual, ya que la función del Ministerio Público será netamente investigativa, desformalizada y sin matices jurisdiccionales (cuasijurisdicción).

Para la totalidad de los textos legales en la materia adjetiva penal, bastó con declarar los derechos, pero sin establecer los límites y alcances de los mismos como claramente lo condicionaba el propio texto constitucional, de modo que esta tarea quedó, como muchas otras, sujeta a la interpretación que sobre el tema hiciera el Máximo Tribunal del País.

Resulta importante recordar y subrayar, en relación a la ya mencionada reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública de junio de 2008, que las disposiciones adjetivas penales de orden local anteriormente citadas, siguen siendo derecho vigente y positivo en nuestro Estado, aun cuando el Decreto de dicha reforma entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, debido a la excepción que se estipuló en su artículo transitorio segundo respecto de que el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entraría en vigor cuando lo estableciera la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de dicho Decreto, lo que todavía no acontece en nuestra Entidad, dado que no se han expedido y puesto en vigor las modificaciones u ordenamientos legales necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio.

IV

LOS ALCANCES DE LA DEFENSA ADECUADA. SU INTERPRETACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA

Las primeras interpretaciones jurisprudenciales del artículo 20, apartado A, fracciones IX y X de la Constitución Mexicana como se encontraba antes de la reforma de junio de 2008, hechas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se enfocaron a delimitar los alcances de la defensa adecuada en la averiguación previa, partiendo de la premisa de la imposibilidad material, dada la naturaleza administrativa de la fase indagatoria o de preparación de la acción penal, de que todas las pruebas, diligencias y actuaciones, necesariamente deban desahogarse ante la presencia del inculpado y de su defensor. Al respecto, la Primera Sala emitió las siguientes tesis:

“DEFENSA ADECUADA. DIFERENCIAS ENTRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LAS FRACCIONES IX Y X, PÁRRAFO CUARTO, APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.- Una recta interpretación de lo dispuesto en las fracciones IX y X, párrafo cuarto, apartado A, del artículo 20 constitucional, permite deducir la existencia de significativas diferencias entre los alcances y efectos de las garantías de defensa adecuada consagradas en dichas fracciones; esto es así porque jurídica y fácticamente existe imposibilidad para que ambas sean observadas en igualdad de circunstancias, en virtud de que el campo de su aplicación pertenece a fases procedimentales distintas, además de que se rigen por reglamentaciones específicas contenidas en los artículos 128 y 160 del Código Federal de Procedimientos Penales. En efecto, para el ejercicio de esta prerrogativa constitucional en la fase indagatoria de un proceso penal federal, no es factible jurídica ni materialmente que esa garantía pueda ser exigible y existan condicionantes reales para que su otorgamiento puede hacerse antes del desahogo de la diligencia de declaración inicial a cargo de los inculpados y, por tanto, el mandato constitucional que obliga a la designación de abogado o persona de su confianza que los asista durante el desahogo de todas las diligencias ministeriales que al respecto sean practicadas en esta fase previa, debe

ser interpretado en forma sistemática y lógica, no literal, a fin de que tenga la debida consistencia jurídica, pues es inconscio que existe imposibilidad real y objetiva para que esta garantía se observada en aquellas diligencias probatorias que ya hubiesen sido desahogadas con antelación, en razón de que únicamente cuando se llega a ese estado procedural (toma de declaraciones ministeriales), la autoridad persecutora de delitos se encuentra real y jurídicamente en condiciones de saber si los hechos investigados son constitutivos de delito federal y si el o los detenidos se encuentran en calidad de inculpados o de testigos de esos hechos, pues sólo hasta ese momento ministerial, el representación social federal, con base en los resultados que arrojen las diligencias probatorias aludidas, es factible que cronológicamente se encuentre en posibilidad de cumplir y hace cumplir la garantía constitucional aludida, lo que no sucede respecto del derecho de defensa ejercido en las diversas etapas que en términos de lo previsto en el artículo 4º. del Código Federal de Procedimientos Penales, conforman el proceso penal federal (preinstrucción, instrucción, primera instancia y segunda instancia) pues en tales casos, el juzgador federal desde el auto de radicación tiene conocimiento de los hechos consignados y de la calidad de las personas puestas a su disposición, por lo que no existe impedimento alguno para que desde ese momento procesal y hasta la total conclusión del juicio pueda ser ejercida y cumplida la garantía constitucional en cita; luego entonces, los indiciados, procesados y sentenciados tienen la atribución legal debida de exigir y ejercer con eficiencia y eficacia esa garantía desde el momento mismo de su puesta a disposición del órgano jurisdiccional federal, o bien, durante el transcurso de los diversos periodos que comprende el proceso penal federal.”⁹

“DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA, SU EJERCICIO NO ESTÁ SUBORDINADO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA PRESENCIA DEL INICLUPADO O SU DEFENDIDO (INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL).- Del análisis sistemático y teleológico del contenido de la exposición de motivos que dio origen a las reformas al artículo 20 de la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, así como de los dictámenes de las

⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9^a época; Tomo XVII, junio de 2003, 1^a parte, pp. 49 y 50.

comisiones del Congreso de la Unión y de sus debates, se advierte que con la finalidad de regir las necesidades sociales y económicas imperantes en nuestro país y erradicar viejas prácticas vejatorias e infamantes a que se encontraba sujeta una persona en la investigación de los delitos, el Poder Constituyente sentó las bases para que en la fase jurisdiccional el presunto responsable de un delito contara con un defensa adecuada consistente en dar oportunidad a todo inculpado de aportar pruebas, promover los medios de impugnación frente a los actos de autoridad que afecten los intereses legítimos de la defensa, exponer la argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto y utilizar todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa, pero además hizo extensiva las garantías del procesado en esa fase a la etapa de la averiguación previa, con la salvedad de que debe ser “en lo que se adapta a la naturaleza administrativa de la misma”, lo que significa que según lo permita la naturaleza de las actuaciones o diligencias que deban desahogarse en la averiguación previa, podrán observarse cabalmente las garantías que el inculpado tiene en la fase jurisdiccional. Ahora bien, si se toma en consideración, de acuerdo a lo anterior, que dentro de la averiguación previa la garantía de defensa adecuada deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar la persona involucrada en la investigación, siempre y cuando así lo permita la naturaleza de las citadas diligencias, es inconscuso que el debido cumplimiento de tal garantía no está subordinado a que el Ministerio Público forzosamente y de manera ineludible tenga que desahogar todas las diligencias que practique en la mencionada etapa investigatoria con la presencia del inculpado o su defensor y, menos aún, que si no lo hace así sus actuaciones carecerán de valor probatorio. Lo anterior, porque de estimar lo contrario se llegaría al extremo de transgredir el artículo 16 de la Constitución Federal, en el que se considera al Ministerio Público en la averiguación previa como una autoridad con imperio a quien exclusivamente le corresponde resolver si ejerce o no la acción penal en la investigación que practique, así como consignar los hechos ante el juzgado competente de su adscripción, en el perentorio término de 48 horas, si encuentra que se reúnen los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.”¹⁰

¹⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9^a época; Tomo XIX, mayo de 2004; 1^a parte; Pags. 325 y 326

No obstante, de la lectura de las tesis anotadas, claramente se ve que las interpretaciones no adquirían un carácter de generalidad en virtud de que las mismas delimitaban la imposibilidad material al hecho de la celebración de diligencias y actuaciones para recabar pruebas, a la circunstancia anterior una posible declaración del presunto responsable ante la autoridad ministerial, mas, no así, ante la hipótesis de que dicho presunto responsable sea citado a declarar o, más aún, que con motivo de flagrancia o derivado de los datos arrojados por la indagatoria, se encuentre detenido a disposición de la propia autoridad. En esos casos, resultaba claro que en una investigación en que se encuentre detenida una persona, ésta desde el momento mismo de la detención goza de la garantía de defensa adecuada en todos sus alcances y tal garantía debe no solo ser respetada por la autoridad sino, aún más, salvaguardada por ella, esto es, facilitarle todos los medios para que la ejerza sin limitación alguna.

Ahora bien, ¿qué implica la garantía de defensa adecuada y cuál es su alcance? La misma Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado la Tesis de Jurisprudencia 23/2006 por la cual determina los alcances de la garantía de defensa en la averiguación previa, derivados de la interpretación de la fracción II, en relación con las IX y X del artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal antes de la multicitada reforma de junio de 2008, (hoy fracción II, en relación con las VIII y IX del apartado B del artículo 20 Constitucional). En la misma, define una serie de situaciones que la autoridad ministerial está obligada a observar en aras de hacer efectiva tal garantía. Resultan por demás ilustrativas las siguientes consideraciones que se desprenden de dicha tesis:

- a) La garantía de defensa adecuada en la averiguación previa consagrada en las fracciones IX y X del apartado A del artículo 20 constitucional (ahora fracción II, en relación con las VIII y IX del apartado B del mismo artículo), se actualiza desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del ministerio público.
- b) Se trata de una garantía y no un mero requisito formal, y para que pueda hacerse efectiva y permitir su instrumentación se requiere de la parti-

cipación efectiva del imputado desde el momento en que es puesto a disposición del representante social.

- c) En cuanto a la fracción II, el requisito de asistencia del defensor para que la confesión rendida ante el Juez o Ministerio Público tenga valor probatorio, debe entenderse no sólo a la presencia física, sino a que la persona que fue puesta a disposición de la autoridad, cuente con la ayuda efectiva del asesor legal.
- d) En consecuencia, es un derecho del detenido solicitar una entrevista en privado con su defensor, antes de rendir su declaración ante la representación social, y una obligación de esta autoridad permitir la entrevista si así le fue solicitado.

Textualmente, la Tesis de jurisprudencia reza:

“DEFENSA ADECUADA, ALCANCE EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20 APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado, en relación a los alcances de la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Federal, que aquélla se actualiza desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del Ministerio Público. Lo anterior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal pueden ser concebidas como un mero requisito formal, sino que deben hacerse efectivas y permitir su implementación real para una participación efectiva en el proceso por parte del imputado desde que es puesto a disposición del representante social. Por tanto, en lo que se refiere a la fracción II del dispositivo citado, que establece que la confesión rendida ante el Ministerio Público o Juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, esta Primera Sala considera que la “asistencia” no sólo debe estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que la misma debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la ayuda efectiva del asesor legal. En este sentido, el detenido en flagrancia, en caso de que así lo decida, podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo

solicite y antes de rendir su declaración ministerial. En consecuencia, la primera declaración rendida ante el Ministerio Público, estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor.

Amparo directo en revisión 1236/2004. 10 de noviembre de 2004. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles. Amparo directo en revisión 759/2005. 15 de junio de 2005. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosaura Rivera Salcedo. Amparo directo en revisión 1782/2005. 23 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno. Amparo directo en revisión 1908/2005. 30 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Amparo directo en revisión 2151/2005. 22 de febrero de 2006. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Arnoldo Castellanos Morfín. Tesis de jurisprudencia 23/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintinueve de marzo de dos mil seis.”¹¹

Cabe mencionar que este criterio de jurisprudencia en gran medida superó aquel principio procesal de la inmediatez de la declaración, por el cual se le da mayor valor a la rendida por el inculpado o procesado en primer lugar por encima de las declaraciones posteriores, en virtud de estar más cerca de la realización de los hechos y “sin que medie aleccionamiento por parte del defensor”, ya que en esta jurisprudencia, por el contrario, se privilegia la posibilidad de que el detenido en calidad de presunto responsable o el procesado, se ponga de acuerdo con su defensor sobre las estrategias de defensa antes de rendir cualquier declaración. Además resulta no sólo lógico, sino de simple sentido común y sobre todo adecuado, que prevalezca una garantía individual consagrada por la Constitución, por sobre un principio procesal.

En virtud de que tal criterio constituye desde el mes de mayo del 2006 en que se publicó en el medio oficial, jurisprudencia firme por declaración de la Corte, es claro que desde ese entonces uno de los argumentos centrales

¹¹ Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXIII, Mayo de 2006 Tesis: 1a./J. 23/2006 Página: 132 Materia: Constitucional, Penal Jurisprudencia.

de los abogados defensores, privados o de oficio, es en gran medida la inadecuada asistencia del detenido al momento de rendir su declaración ministerial, máxime si consideramos que en la mayoría de los casos la representación social centra su acusación en la declaración rendida por el ofendido y, los juzgadores, le dan relevancia para efectos de determinar la presunta o total responsabilidad penal del individuo, así como para determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en la comisión de los ilícitos penales, relevancia que se verá menguada naturalmente con la ya mencionada relegación del sistema inquisitorio actual y la correspondiente entrada en vigor en nuestro Estado del sistema acusatorio adversarial, en el que se fortalecerá aún más el principio constitucional de contradicción procesal, ya que los elementos convictivos de la fase preliminar no servirán por ellos mismos para el pronunciamiento de la sentencia, tal como ya se apuntó y fundamentó en retrolíneas.

V

LA SALVAGUARDA CONVENCIONAL DE LA GARANTÍA DE DEFENSA ADECUADA

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, tal como lo señala su preámbulo, señala en su artículo octavo un catálogo de “garantías judiciales”, las cuales abonan al objetivo del cumplimiento de la defensa adecuada, el cual textualmente estipula:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada

contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

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

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado un importante acervo jurisprudencial que tiene como objetivo instituir la forma específica en la que se manifiesta el contenido de los derechos consagrados en la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados que puede emplear. De tal forma, dicha Corte ha ido desarrollando una serie de razonamientos “estándares”, desde los cuales se ha definido el resguardo que brinda el debido proceso, y por ende, la defensa adecuada. Los

estándares instauran un paradigma interpretativo ineludible para la obediencia efectiva de las obligaciones internacionales y un mecanismo de enriquecimiento indisoluble que los tribunales internacionales aportan al contenido básico de los derechos humanos.

Por lo que, respecto a la asistencia al indiciado por parte de un defensor de manera anterior a la rendición de la declaración ministerial, resulta relevante el derecho establecido en el artículo 8.2.b de la Convención Interamericana de Derechos Humanos ya citado, el cual señala que la persona debe recibir una comunicación, de modo *previo y detallado*, de la acusación que recae en su contra, lo que trata de asegurar que dicha persona conozca la situación materia del procedimiento y, en consecuencia, pueda tomar acciones encaminadas a asegurar sus derechos en el desarrollo del mismo. La Corte Interamericana ha considerado que la puntual observancia de este artículo 8.2.b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa. En esta disposición podemos identificar dos elementos esenciales para su acatamiento: primeramente que la comunicación se dé de modo *previo*, elemento relacionado con la oportunidad, y *detallado*, lo que refiere al aspecto cualitativo de dicha comunicación.

En ese sentido, en lo relativo al primer elemento, la Corte Interamericana ha estimado relevante para la guarda de esta obligación que la notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad del orden público, tal como se resolvió en la sentencia del caso *Tibi vs. Ecuador*, de septiembre de 2004, en el que señaló: “Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Sin esta garantía, se vería conculado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa.”¹².

Y en lo concerniente al segundo elemento, esto es, el relativo a la calidad de la comunicación de la acusación, resulta relevante el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, del mes de noviembre de 2009, en el cual la Corte señaló que: “Para

¹² Corte IDH, *Caso Tibi Vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Párrafo 187, Consultada en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> el día 30 de agosto de 2012.

satisfacer el artículo 8.2.b convencional el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos.”¹³.

Con relación al derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, la Corte Interamericana ha sido clara en señalar que el ejercicio de la defensa jurídica del inculpado comprende desde que se señala a una persona como posible responsable de un hecho punible hasta que culmina el proceso, y determinantemente en la multicitada diligencia en la que se recibe su primera declaración. Y al respecto, en la ya aludida sentencia del caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, de noviembre de 2009, la Corte Interamericana señaló: “Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona [...], el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.”¹⁴, por lo que la Corte anotó que imposibilitar que la persona ejercite su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que involucran afectación de derechos, es fortalecer los poderes investigativos del Estado en menoscabo de los derechos fundamentales de la persona bajo investigación, lo que provoca

¹³ Corte IDH, *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Párrafo 28, Consultada en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> el día 30 de agosto de 2012.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Párrafo 62, Consultada en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> el día 30 de agosto de 2012.

desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.

Abundando respecto a lo anterior, y en relación a lo citado en supralíneas sobre la definición de la garantía específica de defensa adecuada (fracción VIII del apartado B del artículo 20 Constitucional), que implica la idoneidad de la persona que la tiene a su cargo y la eficiencia en la actuación del defensor, la Corte Interamericana no ha diferido en dichos elementos, los cuales buscan el debido cumplimiento del principio de contradicción procesal, ya que ha determinado que no basta con que la persona sea asistida por un abogado legalmente autorizado para el ejercicio de la profesión, sino que debe permitírsele ejercer efectivamente la defensa del imputado, por lo que el hecho de no permitir el acceso de la víctima y su defensor a las actuaciones del sumario se califica como una afectación al citado artículo 8.2.d de la Convención.

VI

CONCLUSIONES

En sentido amplio, la garantía de defensa adecuada comprende la efectiva aplicación de los principios de audiencia y contradicción en el procedimiento penal, esto es, que se le den los elementos necesarios al imputado para que esté en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto de autoridad, y por ende desarrollar una defensa exculpatoria efectiva, y que esto último se le permita de manera libre y verdadera en la secuela del proceso, lo que implica básicamente que al momento de la primera declaración o su detención, esté prohibida toda incomunicación, intimidación o tortura, y que en dicho primer momento se le hagan saber los motivos de la misma, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, sobre todo el de declarar o guardar silencio, y el de elegir libremente desde ese momento un abogado o que se le asigne uno por el Estado, para de

esta forma asegurar que dicho defensor y el imputado ejerzan plena y oportunamente ante la Fiscalía y los Tribunales judiciales el derecho de que les sean facilitados todos los datos que soliciten para su defensa y que consten en el proceso, y se les reciban los testigos y demás pruebas pertinentes que se ofrezcan, procurándose su cabal y oportuno desahogo, careciendo de todo valor probatorio la confesión sin la asistencia de dicho defensor, así como cualquier prueba que se obtenga con violación de derechos fundamentales. La garantía de defensa adecuada en sentido estricto, implica que el mencionado defensor público o privado que asista al imputado en el desarrollo del procedimiento penal sea idóneo para el cargo, es decir, facultado por la Ley para ejercer la abogacía y que cuente con los conocimientos suficientes en materia de derecho penal; y que la actuación de dicho defensor sea eficiente, esto es, que lleve a cabo las acciones procedimentales legales y necesarias para el correcto esclarecimiento de los hechos, con base en las herramientas que proporcionan las garantías judiciales mencionadas en el párrafo anterior, y por ende se logre un enjuiciamiento apegado a derecho. Todas estas garantías judiciales encaminadas a la materialización de la defensa adecuada en el procedimiento penal, están debidamente legisladas tanto en la Constitución General de la República, en su artículo 20, apartados A y B, como en diversas disposiciones de las Leyes secundarias adjetivas penales a nivel federal y local, por lo que su incumplimiento puede ser debidamente impugnado por medio de los correspondientes recursos de control constitucional y legal, garantías cuyos alcances han sido interpretados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la jurisprudencia. La defensa adecuada se trata de un verdadero derecho humano, ya que el objetivo del conjunto de actos que conforman el derecho fundamental de debido proceso legal, es precisamente el aseguramiento de la *adecuada defensa* de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial, por lo que la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo octavo, establece las garantías judiciales que deben ser observadas para el cumplimiento del citado derecho de debido proceso legal y, por ende, el aseguramiento del disfrute del imputado de una defensa adecuada, artículo convencional que igualmente ha sido objeto de múltiples interpretaciones

por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales no difieren en esencia de las realizadas por nuestro máximo Tribunal nacional, dada la correspondencia entre ambos ordenamientos jurisdiccionales bajo interpretación.