

Cicerón denunciando a Catilina - Cesare Maccari

El papel de la defensa en el sistema penal acusatorio

Los nuevos estándares de exigencia para la Defensoría Pública en el sistema procesal acusatorio y oral

Héctor Arturo Hermoso Larragoiti

Las nuevas herramientas del abogado litigante en un sistema de corte acusatorio con visión de Derecho Garantista

Rafael Martínez Treviño

La defensa de indígenas en el nuevo sistema de justicia penal mexicano

Mario Alberto Torres López

¿Qué significa ser defensor público en el sistema de Justicia para Adolescentes?

Dulce Pamela Martínez Contreras

La justicia terapéutica desde la perspectiva de la defensa pública

Fabián Darío Acosta Cisneros

La teoría del caso alternativa o positiva del defensor en el sistema de justicia penal acusatorio y oral

Gonzalo Francisco Reyes Salas

Nova Iustitia

Revista digital de la Reforma Penal

Año II, No. 7, Mayo 2014



Nova Iustitia

Revista digital de la Reforma Penal

Director Fundador

Israel Alvarado Martínez

Director General

Marco Antonio Velasco Arredondo

Directora Editorial

Paola Arízaga Castro

Comité Editorial

Dra. Beatriz Eugenia Ramírez Saavedra
Mtro. Gabriel Calvillo Díaz
Dr. Gerardo García Silva
Dr. Germán Guillén López
Dr. Israel Alvarado Martínez
Dr. Raúl Guillén López
Mtro. Ricardo López Ruiz

Director de Diseño

David Meneses Monroy

Corrección

David Meneses Monroy
Paola Arízaga Castro

Colaboradores

Héctor Arturo Hermoso Larragoiti
Rafael Martínez Treviño
Héctor García Aguirre
Guadalupe Ruiz Velázquez
Mirta Sagrario Aguirre Gómez
Pedro Pérez Sosa
Mario Alberto Torres López
Dulce Pamela Martínez Contreras
Fabián Darío Acosta Cisneros
Gonzalo Francisco Reyes Salas
Miguel Ángel Hernández de Alba
Luis Alfonso Madrigal Pereyra

Derechos Reservados a favor de *Nova Iustitia* revista digital de la Reforma Penal del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, Año II, No. 7, Mayo 2014, es una publicación trimestral editada por el Tribunal Superior de Justicia y el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, Niños Héroes No. 132, colonia Doctores, delegación Cuauhtémoc, C.P. 06720, Tel. (55)5134 1100 ext. 4922, http://www.poderjudicialdf.gob.mx/es/PJDF/Revista_electronica_Nova_Iustitia,unesirp.revista@gmail.com, Editor responsable: Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, actualmente representado por el consejero Marco Antonio Velasco Arredondo, ISSN: En trámite, Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2013-121712284100-102, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, Certificado de Licitud de Título y Contenido: En trámite. Responsable de la última actualización de este número, Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal, Lic. Paola Arízaga Castro, Avenida Juárez No. 8, piso 16 colonia Centro, delegación Cuauhtémoc, C.P. 06010, fecha de última modificación, mayo de 2014.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación, ni del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.

CONTENIDO

Editorial.....	6
Los nuevos estándares de exigencia para la Defensoría Pública en el sistema procesal acusatorio y oral.....	8
Héctor Arturo Hermoso Larragoiti	
Las nuevas herramientas del abogado litigante en un sistema de corte acusatorio con visión de Derecho Garantista.....	42
Rafael Martínez Treviño	
El rol del defensor público en el nuevo sistema de justicia penal en el estado de Chihuahua.....	67
Héctor García Aguirre	
El Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México en el nuevo sistema de justicia penal. Retos, implicaciones y expectativas.....	87
Guadalupe Ruiz Velázquez	
La defensa en el sistema de justicia penal acusatorio: Cambio de paradigmas, el caso del estado de Morelos.....	102
Mirta Sagrario Aguirre Gómez	
La labor del defensor de oficio en el nuevo sistema acusatorio en Oaxaca.....	114
Pedro Pérez Sosa	
La defensa de indígenas en el nuevo sistema de justicia penal mexicano.....	125
Mario Alberto Torres López	
¿Qué significa ser defensor público en el sistema de Justicia para Adolescentes? (Ensayo).....	141
Dulce Pamela Martínez Contreras	

La justicia terapéutica desde la perspectiva de la defensa pública.....	159
Fabián Darío Acosta Cisneros	
La teoría del caso alternativa o positiva del defensor en el sistema de justicia penal acusatorio y oral.....	171
Gonzalo Francisco Reyes Salas	
La transparencia en la defensa dentro de los juicios orales.....	187
Miguel Ángel Hernández de Alba	
Retos del nuevo sistema de justicia penal (Ensayo).....	217
Luis Alfonso Madrigal Pereyra	

EDITORIAL

Me es grato saludarles de nueva cuenta y, en esta ocasión, para presentar el nuevo ejemplar de la revista *Nova Iustitia*, cuyo tema está dedicado a la defensa como operador del sistema penal acusatorio adversarial, pilar que al igual que los demás operadores, resulta fundamental en la estructura operacional en este nuevo modelo de justicia.

El defensor, privado o público, tiene una responsabilidad significativa para que el nuevo sistema de justicia tenga éxito y sobre todo, cumpla con las altas expectativas que se han creado en torno a él, expectativas sobre justicia de calidad, pronta y expedita. Esto es así, porque el defensor, al igual que los demás operadores, tiene la obligación de capacitarse y actualizarse constantemente para que no sea rebasado en la práctica y, en consecuencia, su función pueda ser evaluada como “defensa técnica”, de tal suerte que la improvisación será seriamente cuestionada, no tendrá lugar en este modelo y será exhibida.

Así mismo, como operador de este modelo de justicia, el defensor tiene la obligación de coadyuvar para transmitir y explicar a sus defendidos o clientes la esencia de dicho modelo, las nuevas circunstancias que imperarán, para fomentar en la sociedad una nueva cultura en el ámbito de justicia penal y, en consecuencia, la comprensión del modelo.

En las últimas décadas, la sociedad ha cuestionado severamente la calidad ética y profesional de los abogados, sobre todo, de aquellos que patrocinan o defienden intereses en litigios judiciales, en muchos casos ha sido ganada esa reputación y en muchos otros ha sido injusta, producto de la inercia de los primeros. Por ello es que este nuevo modelo de justicia, debe ser aprovechado por el gremio jurídico para reivindicarse, ya que es una oportunidad que no se puede desaprovechar. El perfil del defensor que este modelo de justicia exige, es otro, este modelo hará las veces de filtro

para que aquellos que no reúnan los requisitos que los nuevos perfiles requieren, sean canalizados a otras áreas productivas, jurídicas o no.

Un defensor capacitado, tendrá las herramientas necesarias para evidenciar errores u omisiones del ministerio público en el planteamiento de sus pretensiones punitivas, tendrá las herramientas necesarias para transmitir correctamente sus argumentos, claros, precisos y fundados, de tal manera que estos sean asimilados por el juzgador y valorados al momento de resolver.

Así pues, el papel del defensor en este nuevo modelo de justicia es fundamental, y por ello en el numero que hoy presentamos, destacamos contribuciones de juristas públicos y privados que desde sus perspectivas nos ayudan a entender no solo lo que se espera de los defensores para este nuevo sistema de justicia, sino más bien, qué es lo que el sistema acusatorio adversarial espera de los defensores.

Agradecemos la participación de todos nuestros colaboradores, sus opiniones y comentarios son de gran importancia para nuestros lectores y para nosotros.

Este espacio está comprometido con el sistema de justicia acusatorio adversarial y por ello, está abierto a todas las formas de pensamiento sobre la materia, a todos los operadores, a todos los juristas y a todos aquellos que deseen intercambiar experiencias que enriquezcan las prácticas de los que aún estamos transitando hacia este nuevo sistema.

Marco Antonio Velasco Arredondo
Mayo de 2014.

LOS NUEVOS ESTÁNDARES DE EXIGENCIA PARA LA DEFENSORÍA PÚBLICA EN EL SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO Y ORAL

Héctor Arturo HERMOSO LARRAGOITI*

SUMARIO: Introducción; I. Transición democrática y reforma penal en México; II. La Defensa Pública en México; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Resumen

La reforma constitucional al sistema de justicia penal del 18 de junio de 2008, es una fase del proceso de transición democrática que vive el país desde mediados de los años setenta, que exige nuevos estándares para el servicio constitucional de defensa pública que en la materia penal presta el Estado. Si bien, para lograrlo, resulta básica la capacitación de los operadores del sistema, también es de suma importancia la transformación en la visión, estructura, organización y gestión de las instituciones que prestan este servicio, para lo que resulta conveniente aprovechar las experiencias regionales, en busca de alcanzar los niveles de calidad que ahora exige la Constitución y la normatividad internacional en esta materia.

Introducción

De acuerdo al artículo cuarenta de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México es una República representativa, democrática y federal, que se conforma por treinta y un Estados libres y soberanos respecto de su régimen interior y un Distrito Federal.

* Doctor en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); realizó el Programa Argentino de Capacitación para la Reforma Procesal Penal del Centro de Justicia de las Américas (CEJA), y el Curso de Formación de Capacitadores Nivel I y II, del INECIP, ambos en Argentina; el Taller de Técnicas de Litigio de la *Emory Law School* y los diplomados sobre el sistema acusatorio en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Universidad Panamericana, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Taller de Juicios Orales del INACIPE. Es docente certificado por la Secretaría Técnica para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC). Actualmente, se desempeña como Dictaminador de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Atento a la autonomía de cada uno de los Estados y de la determinación de sus constituyentes y legislaturas internas, el servicio de defensoría pública en la materia penal lo prestan órganos que pueden estar adscritos a cualquiera de los tres poderes del Estado; por lo que las condiciones de apoyo, financiamiento, organización, capacitación, etcétera, son muy variables en el concierto nacional, ya que el otorgamiento de estos servicios depende de la voluntad política de las autoridades estatales.

“el servicio de defensoría pública en la materia penal lo prestan órganos que pueden estar adscritos a cualquiera de los tres poderes del Estado; por lo que las condiciones de apoyo, financiamiento, organización, capacitación, etcétera, son muy variables en el concierto nacional, ya que el otorgamiento de estos servicios depende de la voluntad política de las autoridades estatales”

En el presente trabajo, trataremos de abordar lo relacionado con la función de la defensoría pública en general dentro de las nuevas reglas del sistema procesal penal acusatorio y oral, al cual deberán ajustarse las estructuras, dinámicas y metodologías de trabajo de las instituciones que brindan este servicio constitucional en la Federación, en el Distrito Federal y en los diferentes estados de la república, con independencia del nivel de desarrollo que presenten cada una de ellas.

I. Transición democrática y reforma penal en México

Si bien los expertos en el tema ubican a la segunda mitad de la década de los setenta como la fecha en que da inicio el periodo de la transición democrática en el país, cuando se oficializaron diversos partidos políticos que operaban de manera clandestina y se establecieron las reglas básicas para la lucha democrática electoral, no fue sino hasta el año dos mil, luego de 70 años de gobierno de un solo partido político, en el que, a partir de elecciones organizadas por instituciones ciudadanas y tras la validación de un Tribunal Electoral independiente, adscrito al Poder Judicial de la Federación, el candidato de un partido de oposición obtuvo el triunfo para ocupar el cargo de Presidente de la República; así mismo, en dicho proceso electoral, el

Congreso Federal presentó un equilibrio singular con la representación de los tres partidos predominantes en el escenario político. Este hecho representa un gran avance, en la vía del fortalecimiento democrático del país, al dar paso a procesos pacíficos de alternancia de partidos en el poder, lo que proporciona la estabilidad necesaria para extender los programas de democratización a todos los ámbitos de la actividad estatal.

En esta línea democratizadora, respondiendo a las duras críticas de los organismos internacionales de derechos humanos respecto de la falta de respeto a los mismos y la evidente contradicción de estas prácticas con los tratados internacionales que sobre la materia había signado el país a partir de la segunda mitad del siglo XX, el gobierno hizo diversas invitaciones a los representantes de dichos organismos para realizar una evaluación sobre la situación de los derechos humanos en México, con el fin de generar una política pública que diera satisfacción a los reclamos nacionales e internacionales en la materia.

Los estudios obtenidos evidenciaron serias deficiencias en el tema; la situación de los derechos humanos en México se identificó como muy precaria, especialmente en lo que tocaba al sistema de justicia penal, por lo que se hicieron una serie

de recomendaciones tendientes a abandonar el sistema procesal vigente con tradición inquisitorial y arropar uno de carácter acusatorio y oral basado en la metodología de audiencias¹.

Ante esto, el 24 de marzo de 2004, el Presidente de la República envió al Congreso Federal una iniciativa de reforma penal que incluía la modificación a diversos textos de la Constitución y de más de diez leyes relacionadas con la materia en las que se destacaba la inclusión del sistema acusatorio y oral a través del sistema de audiencias².

¹ Cfr. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*, Mundiprensa México, S.A de C.V, México 2003, pp. 11-14.

² En México la inclusión de un proceso público y oral en su modalidad de Jurado Popular, se discutió en la Constitución liberal de 1857, quedando autorizado para materias de delitos de imprenta y delitos cometidos por funcionarios públicos, quedando solo a 2 votos de ser incluido como obligatorio para la materia común; sin embargo, al ser México una Federación y atendiendo a la autonomía de los Estados y del Distrito Federal, la férrea voluntad republicana materializó este juicio oral y público, por medio del jurado popular, a partir del 5 de junio de 1869, con la Ley de Jurados en materia Criminal para el Distrito Federal, cuya práctica, para los

delitos del orden común, fue por más de 60 años bajo el modelo mixto francés, con una investigación secreta y un juicio oral y público, dirigidos por el Poder Judicial. En la Constitución de 1917 (vigente actualmente) se contempló y perfeccionó la institución del jurado en su texto, y esta figura se adoptó en el texto de todos los códigos procesales penales del país; sin embargo, por razones de una interpretación a la Constitución de la Suprema Corte de la época posrevolucionaria, esta institución perdió vigencia material, quedando en su lugar, a partir de 1932, órganos de justicia profesionales colegiados primero, y luego unitarios, con facultades para la resolución del proceso y la emisión de la sentencia respectiva, en los que la poca oralidad y publicidad que contenían las leyes procesales paulatinamente se fue diluyendo en la práctica burocrática; por otro lado, se encargó al Ministerio Público (elevado a nivel constitucional), la facultad del ejercicio monopolizado de la acción penal y la investigación y persecución de los delitos y delincuentes; institución que en la legislación secundaria heredó textualmente las facultades de los jueces de la instrucción del modelo francés, en la etapa liberal y republicana del siglo XIX; pero ahora dependiente del Poder Ejecutivo y no del Judicial. Con algunas modificaciones leves, que no impactaron la tradición inquisitiva del sistema, el texto constitucional continuó vigente hasta la reforma penal de 18 de junio de 2008, en donde se diseña un sistema penal acusatorio y oral, basado en la metodología de audiencias.

Este proyecto, si bien no fue aprobado por el Congreso, generó un gran debate nacional sobre la efectividad del sistema de justicia penal existente y la manera en que responde a las necesidades de la sociedad, así como la conveniencia de la inclusión de un nuevo sistema acusatorio y oral, aprovechando la experiencia de los países de la región.

El debate adquirió mayor nivel e intensidad, hasta que un grupo de organizaciones civiles propusieron a los líderes de los partidos políticos representados en el Congreso una serie de reformas a la Constitución para transformar el sistema de justicia penal en el país; iniciativa que fue analizada con otras diecisiete provenientes de diversos sectores y partidos, así como con otra más del Presidente de la República en materia de crimen organizado. Por otro lado, aprovechando su autonomía interna, los estados de Chihuahua, Nuevo León, Oaxaca y el Estado de México, habían iniciado desde el 2006, su transición al nuevo sistema. Este proceso fue respaldado por la Primera Sala de la Suprema Corte, cuando se comenzó a cuestionar la constitucionalidad de instituciones del nuevo sistema, como la audiencia de vinculación a proceso³, la

³ AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA NO VIOLA EL NUMERAL 19 DE LA CONSTITUCIÓN

resolución de vinculación a proceso⁴ y la figura del Juez de Garantías⁵ en el estado de Chihuahua.

POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El artículo 282 citado no viola el numeral 19 de la Constitución General de la República al prever el auto de vinculación a proceso para justificar una detención mayor a las setenta y dos horas, pues aunque no se le denomine auto de formal prisión o de sujeción a proceso, al igual que estos cumple con la garantía del imputado relativa a que la autoridad judicial que conozca de los hechos que se le atribuyen determine cuál es su situación jurídica frente al proceso penal que se seguirá en su contra; esto es, que de no dictársele un auto de libertad se le comunique fehacientemente que habrá de enfrentar un proceso penal por la imputación de hechos eventualmente constitutivos de delito. Además, conforme a la exposición de motivos que originó dicho precepto legal se advierte que la razón fundamental del cambio de término obedece a que el concepto "formal prisión" es de cuño inquisitorio, pero como ahora las reglas del proceso penal responden a un sistema acusatorio, aquél resultaba inapropiado. Tesis: 1a. CXXIV/2009, Novena Época, Primera Sala, Materia: Penal, Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 436, septiembre de 2009, Tomo XXX, del SJF y su Gaceta, el número de registro 166,495.

⁴ AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL ARTÍCULO 283 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA NO CONTRAVIENE EL NUMERAL 19 DE LA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El artículo 283 citado no contraviene el numeral 19 de la Constitución General de la República en tanto que respeta la garantía de audiencia previa al dictado del acto de molestia, consistente en el auto de vinculación a proceso, ya que prevé cómo debe llevarse a cabo el desahogo de la audiencia de vinculación a proceso al señalar que iniciará con el desahogo de los medios de prueba que el imputado hubiese ofrecido, siguiendo en lo conducente las reglas previstas para el desahogo de pruebas en la audiencia de debate de juicio oral; que desahogada la prueba, si la hubo, se le concederá la palabra en primer término al Ministerio Público y luego al imputado, y una vez agotado el debate el juez resolverá sobre la vinculación o no del imputado a proceso; de ahí que no se le deje en estado de indefensión. Tesis: 1a. CXXIV/2009, Novena Época, Primera Sala, Materia: Penal, Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 436, septiembre de 2009, Tomo XXX, del SJF y su Gaceta, el número de registro 166,495.

⁵ JUEZ DE GARANTÍA. EL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, QUE REGULA ESTA FIGURA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 103 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El citado precepto constitucional establece que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia suscitada por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; por leyes o actos

Finalmente, luego de un difícil y presionado proceso legislativo, provocado por las diferentes posturas de garantismo penal y un derecho penal de excepción dirigido al crimen

de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera competencial del Distrito Federal, y por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal. Así, el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al prever el término "Juez de Garantía", no viola el artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que el hecho de disponer que el imputado detenido se pondrá a disposición del Juez de Garantía, no significa que se le estén otorgando facultades reservadas únicamente para los Tribunales de la Federación. Lo anterior, porque si bien es cierto que la claridad de las leyes constituye un imperativo para evitar su ambigüedad, confusión y contradicción, también lo es que del análisis integral de la Ley Suprema se advierte que ninguno de sus artículos impone al legislador ordinario la obligación de definir los vocablos o locuciones utilizados en cada uno de los ordenamientos secundarios -entre los que se encuentra el Código indicado-; de ahí que no es dable suponer que el legislador debió definir el término "Juez de Garantía". Tesis 1^a. 38/2009, Novena Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 427, febrero de 2009, Tomo XXIX, del SJF y su gaceta, el número de registro 167907.

organizado, emanado de los acuerdos de la Declaración de Palermo⁶, el 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma de 10 artículos de la Constitución en los que se diseña en ese nivel normativo, un proceso acusatorio y oral basado en el sistema de audiencias. En los transitorios de esta reforma se concedió un periodo de *vacatio legis* de ocho años para implementar en todo el territorio nacional el nuevo sistema penal.

La propuesta que generó esta reforma constitucional para la justicia penal, fue fortalecida y enriquecida con dos nuevas modificaciones que experimentó la Carta Fundamental, el 6 de junio de 2011 con la reforma en materia de Amparo, así como la de 10 de junio de ese año, respecto de los Derechos Humanos; que si bien su impacto es de carácter multidireccional, en la materia penal, ratifican la voluntad del Constituyente de generar el marco constitucional y legislativo idóneo por el que se pueda transitar de manera armónica hacia el perfeccionamiento de un Estado democrático, constitucional y de derecho, que racionalice y legitime el ejercicio del *ius puniendi*.

⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus protocolos, celebrada en Palermo (Italia), del 12 al 15 de diciembre de 2000.

A. La reforma constitucional de junio de 2008

El poder reformador de la Constitución buscó hacer una transformación de carácter integral a todo el sistema de justicia y de seguridad pública para su modernización, su adecuación a las necesidades actuales de enfrentar a la delincuencia organizada y para adoptar un sistema procesal que garantice el respeto a los derechos humanos de los imputados por un delito.

Uno de los puntos característicos de esta reforma radica en que el Constituyente Permanente diseñó claramente, en ocasiones llegando hasta el detalle, el procedimiento, las garantías, los roles de las partes, las instituciones, etcétera, de un nuevo proceso penal, cuyo desarrollo se modela a través de una metodología de audiencias y que por tanto, se le identifica como “acusatorio y oral”, a diferencia del *sistema tradicional* cuya base para la toma de decisiones judiciales se funda en la integración del expediente.

Con esta estrategia, el Poder Reformador de la Constitución, buscó que tanto el Congreso General, como los Congresos locales sujetaran la normatividad que habrían de emitir, al modelo Constitucional y de este modo, reducir interpretaciones erróneas que pudiesen variar la naturaleza, el sentido y los fines que se buscan con estas instituciones

novedosas, tratando de evitar lo que podría interpretarse como una “resistencia al cambio” por parte de los legisladores locales, al diseñar las nuevas instituciones con contenidos y prácticas de la *tradición inquisitorial*⁷.

B. La Comisión para la Implementación de la Reforma y su Secretaría Técnica

En el articulado transitorio de la reforma Constitucional de junio de 2008, se creó una Comisión para la Implementación de la Reforma Penal integrada por representantes de los tres poderes del orden federal y representantes de los poderes del

⁷ Tradición Inquisitorial: conjunto de factores que condicionan fuertemente la actuación de esos actores (operadores jurídicos que actúan bajo un sistema de justicia, basado en una concepción mixta o inquisitorial del proceso penal). Estos factores son tanto prácticas internas como externas que finalmente constituyen la estructura del campo como la subjetividad de los actores, en una relación que no se puede explicar bajo la lógica de lo interno o lo externo, lo objetivo o lo subjetivo. No es un escenario donde los actores actúan bajo cierta “mentalidad” sino de una imbricación mucho más compleja de prácticas, unidad inescindible de “objetividades” y “subjetividades”. BINDER, M. Alberto, *La Implementación de la Nueva Justicia Penal Adversarial, La fuerza de la Inquisición y la Debilidad de la República*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2012, p.26.

orden local, así como instituciones académicas y de la sociedad civil, para apoyar y dar seguimiento al proceso de sustitución del *sistema tradicional*.

También se creó una Secretaría Técnica que comenzó a operar a fines del año 2009 y que por medio de su estructura administrativa apoya, asesora y financia a los Estados de la República en su proceso de implementación, a partir de la elaboración de documentos generales, lineamientos, apoyo técnico, operativo, arquitectónico y de difusión entre otros medios, buscando lograr que la meta establecida en la Constitución se actualice en todo el país.

C. Avances y retos de la reforma

a. Situación actual del proceso de implementación

Si bien es cierto, previo a la reforma de junio de 2008, cuatro Estados ya habían iniciado su transformación normativa e institucional al sistema acusatorio y oral⁸, a partir de la creación de la Comisión para la Implementación, a fines de diciembre de 2009, hasta enero de 2014, 16 de los 31 Estados de la República⁹ se encuentran en el proceso de implementación material del sistema, en algunos de manera completa en

⁸ Chihuahua, Estado de México, Nuevo León y Oaxaca.

⁹ Chihuahua, Estado de México y Morelos.

todo su territorio¹⁰ y en otros, la implementación es de carácter gradual, abarcando de forma paulatina diversos espacios territoriales del Estado; también existen 10 Estados¹¹ cuyo Congreso ha emitido un nuevo código procesal ajustándose a los estándares del sistema acusatorio y oral que ha delineado la Constitución, y que se encuentran en *vacatio legis* para los ajustes de infraestructura y capacitación correspondientes antes del inicio de su vigencia.

b. Código Nacional de Procedimientos Penales

Tras la experiencia recabada a partir de los procesos de reforma legislativa e implementación en los diversos Estados de la República y al revalorar la conveniencia, promovida por diversos sectores académicos desde hacia varias décadas, por contar con una legislación homogénea en materia de procesos penales en todo el país, el Poder Reformador de la Constitución, en una modificación al artículo 73 fracción XXI, publicada en

¹⁰ En los de Baja California, Chiapas, Coahuila, Durango, Guanajuato, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y Zacatecas, la reforma es parcial, pues no cubre la totalidad del territorio estatal.

¹¹ Aguascalientes, Baja California Sur, Hidalgo, Michoacán, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, y Tlaxcala.

el Diario Oficial de la Federación el 8 de octubre de 2013, facultó al Congreso de la Unión para expedir: "La legislación única en materia procedural penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común"; tarea realizada parcialmente por el legislador secundario, con la aprobación del Código Nacional de Procedimientos Penales del 5 de febrero de 2014.

Queda pendiente aún lo relativo a los medios de solución de controversias y ejecución de penas que regirán también en toda la República. Con la emisión de este Código se garantiza que en todo el territorio nacional las reglas del procedimiento penal sean las mismas, facilitando su interpretación por los tribunales constitucionales, cuyos criterios serán también vinculantes en los órganos jurisdiccionales penales de todo el país. Con lo anterior, en un menor tiempo, la voluntad del Constituyente quedará cumplida, con un aumento considerable en la seguridad jurídica del justiciable, protegida de interpretaciones regionales que pudiesen desvirtuar la naturaleza y sentido del nuevo proceso. La adopción de las reglas de este Código queda sujeta a la declaración de incorporación de la entidad federativa que emita la

legislatura correspondiente, lo que no podrá ser posterior a junio de 2016.

c. Principales retos identificados

En el aspecto normativo el panorama parece alentador, en tanto que la gran mayoría de los estados del país se encuentran en vías de la transformación, lo que se estandarizará con la adopción del Código Nacional de Procedimientos Penales antes del mes de junio del año 2016; sin embargo, no es posible asumir una posición triunfalista, pues la experiencia en la región nos advierte que si bien el cambio legislativo resulta imprescindible para la sustitución del sistema, la barrera más difícil de vencer es en definitiva la *tradición inquisitorial*, que aún se enseñorea en la práctica penal. Es por ello, que no podemos dejarnos llevar por lo que Alberto BINDER denomina como *fetichismo legislativo*¹²; es decir, no podemos confiar en la ilusión de que por el simple cambio de la ley, la realidad se transformará de manera mágica a este nuevo orden, impuesto por la Constitución.

Frente a la necesidad democrática de adoptar un sistema de justicia transparente, equilibrado y justo, en el que el Estado cuente con diversos mecanismos para resolver los conflictos penales, para abandonar al proceso penal y la violencia estatal como únicas opciones para ello y se garantice además, el respeto a los

¹² BINDER, Alberto, *Op. cit.*, p.175.

derechos humanos, emergen una serie de retos que habrán de vencerse paulatinamente, de modo planificado y bajo una clara supervisión y evaluación, apoyado con planes permanentes de mejora continua para lograr que la voluntad del pueblo mexicano, representado por el Poder Reformador de la Constitución, se cumpla en sus términos, debiendo vencer a las fuerzas opositoras que buscarán la contrarreforma, el rechazo directo o la aceptación simulada del nuevo sistema y desviar con ello, en la práctica institucional y foral, la actualización de dichos objetivos y con ello conservar y proteger sus intereses y estatus, generados a partir de la dinámica establecida en el sistema procesal de la *tradición inquisitorial*.

Si bien, al identificar a la reforma penal como un cambio cultural que pretende dejar atrás una tradición en la que actualmente todos los operadores del sistema han sido formados y que será sustituida por otras prácticas diferentes acordes a las estructuras y orientaciones del nuevo modelo, lo más común es pensar en que la clave mágica del cambio lo será la capacitación de los actuales operadores y de aquellos que, en el transcurso de la implementación del nuevo sistema, pretendan sumarse a la operación del mismo.

Sin embargo, el poner toda la expectativa del éxito de la reforma en este aspecto resulta riesgoso, en tanto que en ocasiones, los esfuerzos de las

instituciones se centran en el tema de la capacitación conceptualizada de manera tradicional y se produce el fenómeno que Inés MARENTE identifica como *optimismo pedagógico*¹³, que consiste en pensar que el éxito o fracaso de una reforma será atribuible a precisamente a esa capacitación. Si bien, no es posible dejar de reconocer la importancia de este tema en el éxito de una reforma como la penal, tampoco es posible responsabilizarla por completo de su resultado; es decir, al hacer de la capacitación del operador primario el foco de atención del esfuerzo institucional, otros factores de suma importancia que poco tocan a las habilidades de los operadores directos y que tienen que ver con el funcionamiento de las instituciones a las que estos están adscritos se vuelven invisibles, y por tanto, a los ojos de la institución, que la reforma sea exitosa o no, es responsabilidad de la buena o mala capacitación que haya recibido el operador y de su potencialidad para asimilarla, por lo que la institución como tal, se deslinda de cualquier fracaso en el resultado del proceso.

Debemos recordar que un presupuesto básico para la operación eficaz del sistema acusatorio y oral,

¹³ MARENTE, Inés, *Un enfoque pedagógico para la Capacitación Judicial en América Latina*, disponible en: [\[http://www.sistemasjudiciales.org/conten/jud/archivos/notaarchivo/568.pdf\]](http://www.sistemasjudiciales.org/conten/jud/archivos/notaarchivo/568.pdf), consultado en 2014-04-02.

será la modificación de los modelos de organización y gestión de las instituciones que actuarán dentro de las nuevas reglas, ya que de lo contrario, los esfuerzos y habilidades individuales del operador se toparán con las incapacidades y debilidades institucionales para facilitar y promover el adecuado cumplimiento de su función.

La forma de organización y gestión de una institución está ligada sustancialmente a la manera en que se concibe el servicio que presta, por lo que, cuando se presenta un cambio de paradigma que transforma el sentido del servicio, los modelos y dinámicas de gestión no pueden permanecer estáticos, sino que deben evolucionar y adaptarse a las nuevas exigencias.

“Dentro las instituciones que deben adecuarse al nuevo sistema procesal, se encuentran las que proporcionan el servicio de defensa pública en todo el país, ya que ello resulta imprescindible para el respeto del debido proceso y para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales y legales del imputado en el proceso penal”

Dentro las instituciones que deben adecuarse al nuevo sistema procesal, se encuentran las que proporcionan el servicio de defensa pública en todo el país, ya que ello resulta imprescindible para el respeto del debido proceso y para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales y legales del imputado en el proceso penal.

II. La defensa pública en México

A. Antecedentes y evolución constitucional

La defensoría pública en México tiene su más remoto antecedente como institución en la “Defensoría del Pueblo”, en el estado de San Luis Potosí en 1847, cuando el Congreso estatal aceptó la propuesta de don Ponciano Arriaga para su creación; posteriormente, este tipo de instituciones fueron generalizándose durante el siglo XIX en el resto de los Estados de la República.

La defensa pública, como una garantía para el acusado de un delito, aparece en la Constitución de 1857, que la contempló en su artículo 20¹⁴, y la forma en que se presta dicho servicio no sufrió muchas modificaciones en la Constitución de

¹⁴ «Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan.»

1917¹⁵; fue hasta la reforma de 1993 en la que se introduce la “defensa adecuada por abogado”¹⁶; y en la de 2008, que diseña al nuevo sistema acusatorio y oral, al existir nuevos estándares más elevados para el servicio de defensa, se elimina la figura de persona de confianza y se exige que la defensa se proporcione por un profesional del derecho¹⁷.

¹⁵ «Se le oirá en defensa, por sí o por persona de su confianza, o por ambos según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el o los que le convengan. Si el acusado no quisiese nombrar defensores, después de que se le requiere para ello, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que este se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite.»

¹⁶ «Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera»;

¹⁷ «Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá

En esta misma reforma, en el texto del artículo 17 se estableció: «el servicio de defensoría pública de calidad.»¹⁸

De este modo, en el nuevo diseño constitucional de proceso penal, la función de la defensa pública establece principios y elementos que deben ser respetados por el Estado en cualquiera de sus tres niveles de gobierno:

- a. La defensa adecuada deberá ser proporcionada por un abogado, por lo que la defensa pública debe tener el mismo estándar profesional;
 - b. La defensa pública debe ser de calidad;
 - c. Debe establecerse un servicio civil de carrera para los defensores;
-

libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera» y,

¹⁸ «La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.»

d. Las percepciones del defensor no pueden ser menores a las del ministerio público.

Por otro lado con la reforma al artículo primero constitucional de junio de 2011, debemos tomar también en cuenta a los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha signado el país, que contemplan el derecho de defensa como un derecho humano, cuyos estándares deben ser también contemplados en ámbito penal.

Como se observa con la simple lectura de los artículos constitucionales reformados en junio de 2008, y la norma internacional, que se refieren al servicio de defensa penal, la nueva visión y capacidades que demandan los actuales estándares constitucionales se elevan en gran medida, en relación a la expectativa sobre esta función en el *sistema tradicional*, por lo que la adecuación de las instituciones de defensoría y de los defensores en lo particular, deberá transformarse para alcanzar estos niveles de calidad.

Para tratar de explicar lo antes expuesto, nos permitiremos hacer algunas breves observaciones sobre las exigencias de la defensa en el *sistema tradicional* y en el nuevo sistema acusatorio y oral.

B. La defensa pública en el sistema mixto inquisitivo.

a. El sistema mixto inquisitivo

El Constituyente Permanente en la reforma de junio de 2008, estableció también que en la federación y las entidades federativas en que no se hubiera implementado el sistema acusatorio, o los casos a juzgar se hubieran iniciado con la legislación anterior, serían juzgados con esta misma legislación hasta concluirlos; es decir, se continuará con el modelo procesal penal mixto-inquisitivo, que fue diseñado e implementado en nuestro país en la tercera década del siglo XX.

“a partir del mes de junio de 2016 se establecerá un periodo de transición en el que operarán, de manera simultánea, dos sistemas procesales penales diferentes, el sistema acusatorio y oral diseñado por el Constituyente en la reforma del 18 de junio de 2008, reglamentado en el Código Nacional de Procedimientos Penales y el sistema tradicional, regulado por los Códigos procesales penales, de las entidades federativas, el Distrito Federal y la Federación”

Con lo anterior, a partir del mes de junio de 2016 se establecerá un periodo de transición en el que operarán, de manera simultánea, dos sistemas procesales penales diferentes, el sistema acusatorio y oral diseñado por el Constituyente en la reforma del 18 de junio de 2008, reglamentado en el Código Nacional de Procedimientos Penales y el *sistema tradicional*, regulado por los Códigos procesales penales, de las entidades federativas, el Distrito Federal y la Federación.

Si bien, el Constituyente de 1916, bajo las diversas iniciativas presentadas por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, con una fuerte inspiración republicana buscó por segunda ocasión¹⁹ hacer del proceso penal un proceso acusatorio, público y con fuertes tintes de oralidad, a través del juicio por medio del jurado popular, como lo establecía el artículo 20 fracción VI de la Constitución²⁰, a

¹⁹ Recordemos que el primer intento de hacer un sistema procesal penal republicano, acusatorio y oral para las causas penales comunes se dio sin éxito en la discusión de la Constitución de 1857, aun cuando en 1869, se hubiese instalado, vía legislación secundaria, el Jurado Popular en diversas entidades del país. (Ver referencia 2)

²⁰ VI.- Será juzgado en audiencia pública por juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que este pueda ser

partir de una interpretación parcial de dicho texto constitucional se estructuró un proceso penal mixto inquisitivo con instituciones fuertemente autoritarias, características de aquella época y que actualmente nos rige y al que, sumándonos a las opiniones de diversos autores hemos llamado *tradicional*.

El *sistema tradicional*, que terminó de sepultar al jurado popular debilitado en la dictadura porfirista, fue diseñado por el Poder Ejecutivo de la época bajo la autorización del Congreso General, que le había concedido facultades extraordinarias, para publicar los Códigos Procesales Penales del Distrito Federal y el de la Federación, es decir, el diseño, modelaje e implementación de este sistema procesal penal, no fue discutido por el Congreso²¹.

Si bien, la tendencia en el diseño legislativo de las normas penales que debían regir en los gobiernos

castigado con pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

²¹ Decretos que facultan al ejecutivo Federal para expedir los Códigos Penal y de Procedimientos Penales, las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público, y sus conexas, federales y del Distrito Federal, de 22 de enero de 1931 y de 27 de diciembre de 1933, respectivamente.

emanados de la Revolución estaban marcados fuertemente por la Escuela Positivista Italiana, tras el fracaso de los códigos punitivos de 1929²², los códigos de 1931 y 1934²³, asumieron una posición ecléctica respecto del modo de juzgar los delitos, es decir, se adoptaron, en términos generales, las instituciones procesales contempladas en el Código Procesal porfirista de 1894²⁴ y se incorporaron otras instituciones y modalidades de carácter positivista.

Quizá la modificación más representativa fue que las facultades de investigación del delito que en el Código porfirista de 1894 se encontraban asignadas al Juez de Instrucción, en la nueva legislación, se concedieron de manera exclusiva al Ministerio Público adscrito al Poder Ejecutivo (con lo que formalmente se cumple con el principio de acusatorio), y se elimina, de esta etapa procedural, toda intervención o control por parte del Poder Judicial, y para ello, se reproducen en la nueva legislación, para la representación social, todas las facultades que el

Código de 1894 asignaba al Poder Judicial.

b. Diseño formal del sistema procesal tradicional

Con algunas variaciones terminológicas, de acuerdo con las diferentes formas en que los Códigos Procesales de la República tratan el tema, los procedimientos penales de manera general, se componen de las etapas de: Investigación o Averiguación Previa, Preinstrucción, Instrucción, Primera Instancia o Juicio, Segunda Instancia y Ejecución. Para los efectos de este trabajo haremos una descripción muy simplificada de las primeras cuatro.

La etapa de *Investigación* o de *Averiguación Previa*, inicia con el conocimiento del hecho delictivo, hasta la consignación del expediente a la autoridad jurisdiccional; en esta etapa, la persecución del delito es responsabilidad del Ministerio Público, la acción penal está monopolizada por esta autoridad administrativa que cuenta con el auxilio de la policía judicial o ministerial, según sea el caso, para la investigación; en la hipótesis de delito flagrante, cuenta con la posibilidad de retener al imputado para investigación en la sede ministerial por un término de 48 horas (o 96 en el caso de delincuencia organizada), para la integración de los elementos del delito (cuerpo del delito) y aquellos que puedan presumir la

²² Conocido como Código Almaraz.

²³ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Código Federal de Procedimientos Penales, respectivamente.

²⁴ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios, del 6 de julio de 1894.

responsabilidad del imputado, para luego, consignarlo a la autoridad judicial, que llevará el caso desde su radicación hasta la emisión de la sentencia; es decir, se trata de un solo juez, quien a lo largo de todo el proceso se encargará de recibir declaraciones del imputado, analizar las pruebas aportadas por el Ministerio Público en la etapa de investigación, dictar el auto constitucional, recabar pruebas de manera espontánea o admitir y desahogar las propuestas por las partes, valorarlas y a partir de ellas, emitir la sentencia respectiva.

La *Preinstrucción* abarca desde el auto de radicación del expediente, hasta el dictado del auto de término constitucional, que puede ser de formal prisión, sujeción a proceso o libertad por falta de elementos para procesar, se incluyen en este periodo, la ratificación de la detención, la toma de declaración preparatoria del imputado, en su caso, la presentación y desahogo de pruebas de la defensa, y la solicitud al juzgador de la libertad caucional, en las hipótesis previstas en la ley.

La *Instrucción*, que abarca desde el dictado del auto de término constitucional hasta el auto de cierre de instrucción; en esta etapa las partes proponen pruebas para acreditar sus pretensiones y el tribunal tiene la facultad de investigar sobre la comisión del delito, las particularidades del imputado y su responsabilidad; por otro lado, para

controlar la actuación de las partes en los interrogatorios y contrainterrogatorios a partir de aprobar o desechar de forma unilateral y espontánea las preguntas que estos formulen y redactar en actas, las respuestas que los testigos y peritos proporcionen.

Primera Instancia o Juicio, que inicia con la presentación de las conclusiones acusatorias del Ministerio Público, la conclusiones de la defensa, la valoración de pruebas por parte del tribunal y el dictado de la sentencia.

c. Características prácticas

Si bien hemos esbozado de manera simple las etapas del proceso penal tradicional como lo señala la ley y la doctrina, la actividad de las partes dentro de este diseño, sus relaciones y capacidades, se encuentran matizadas con ciertos principios legales y jurisprudenciales que determinan enérgicamente la amplitud de actuación y el alcance real de esta actividad en la práctica cotidiana, que al final nos permite descubrir, con independencia de las clasificaciones doctrinales, la verdadera cara de nuestro proceso penal. Se trata de un entramado de relaciones interinstitucionales e interpersonales que son las que marcan la fisonomía real de este sistema de justicia; y se encuentra delineado por los usos y costumbres procesales que en ocasiones carecen de suficiente soporte legal, pero que adquieren

gran fuerza en la práctica cotidiana forense, en tanto que representan para el agente del Estado, un modo de conservar funciones o facultades que facilitan sus labores, como el caso de la *inmediatez procesal* de la que hablaremos más adelante.

En la etapa de Investigación, el Ministerio Público cuenta con fe pública respecto de las pruebas que desahoga ante sí y sin control alguno, ni de la contraparte ni de la autoridad judicial; es decir, se convierten en prueba plena, actualizándose el principio de *permanencia de la prueba*, en el que la prueba recabada en esta etapa tendrá la misma categoría durante todo el proceso (en la primera, la segunda instancia y en el juicio de amparo).

Para esta tarea de recolección probatoria se parte de la presunción legal de que la actividad de la autoridad ha sido realizada con apego a derecho, por lo que cualquier señalamiento de ilicitud que pretenda anular el valor de una prueba recabada en esta etapa, debe ser acreditado plenamente por quien lo reclama, con lo que el principio de contradicción en el proceso penal, pierde sentido.

Por otro lado, las declaraciones autoincriminatorias del imputado y las de los testigos en esta etapa, también tienen valor probatorio preponderante, por lo que la retractación posterior de estas en la sede judicial, en principio, carecen de

cualquier valor jurídico, con base en el principio jurisprudencial de *inmediatez procesal*, en el que se presume que la primera declaración resulta ser más verídica que la realizada ante el juez, por haber sido rendida con mayor cercanía a los hechos, y a que, la retractación puede estar viciada para ocultar la verdad y favorecer al imputado²⁵.

En la etapa de Instrucción, la actividad tanto del Ministerio Público, que ahora ya no actúa como autoridad, sino como parte y la de la defensa, se basan casi exclusivamente en el material probatorio recabado por el Ministerio Público en la etapa de investigación, ya que como presupuesto básico para el dictado de

²⁵ RETRACTACIÓN INEFICIENTE. En presencia de la retractación judicial del imputado respecto de lo confesado ante el Ministerio Público, el juzgador no puede pronunciar un fallo absolutorio con apoyo en tal retractación, pues en ese caso debe prevalecer el principio procesal de que el juzgador debe estar a la primera de las manifestaciones del imputado, por encontrarse próxima a la realización del evento y tener mayor probabilidad de que sea cierta, sincera y verdadera y no a la posterior, en la que, alterando los hechos, modifica su relato para exculparse o atenuar su responsabilidad penal. Jurisprudencia V. 2º. J/25, de la Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 454 de octubre de 1996, Tomo IV, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 201062.

un auto de formal prisión, la representación social debió haber acreditado plenamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado ante el juzgador. De este modo, la función de la acusadora en esta etapa será acreditar, con los elementos que ya obran en el expediente, la plena responsabilidad del imputado respecto del delito; por esta razón es que tradicionalmente se solicitan ampliaciones de declaraciones de testigos o peritos que depusieron en la etapa de investigación; en el caso de la acusación, para que ratifiquen ante el juzgador su dicho y en el de la defensa, para tratar de demostrar incongruencias en las declaraciones. Como se mencionó líneas arriba, esta etapa se encuentra marcada por los principios de presunción de licitud de la actividad ministerial y policial; de inmediatez procesal y de la dirección del proceso por parte del funcionario judicial, quien califica la idoneidad de las preguntas de la defensa.

En la etapa de Juicio o Primera instancia, el juzgador está obligado a analizar y valorar las pruebas que obran en el expediente como se lo ordena el legislador en la ley, bajo el sistema de valores que ha establecido en el Código correspondiente, por lo que su función se ve seriamente limitada, a grado tal que, en caso de separarse del criterio de valoración dado por el legislador, puede ser sujeto de sanciones administrativas y penales.

Con lo anterior, es posible identificar que lo que sucede en la etapa de investigación, determina de manera casi absoluta, el resultado del proceso ante el tribunal correspondiente, ya que tomando en cuenta que la prueba tiene un valor predeterminado en el propio Código, se sujeta al juzgador a la valoración que ha establecido la ley, reduciendo de manera dramática su arbitrio en la apreciación de la misma para resolver el caso.

Lo antes comentado hace parecer al proceso penal *tradicional* como un trámite burocrático basado en un expediente, en el que el Ministerio Público materializa su pretensión punitiva, legitimándola, con apoyo de un tribunal, para cumplir con el requisito constitucional de que la imposición de las penas solo corresponde al Poder Judicial.

“A partir de diversas reformas constitucionales iniciadas en los años noventa, el proceso penal ha ido transformándose con algunas modificaciones que han incrementado las garantías para los imputados, limitando un poco el arbitrio de la autoridad investigadora”

A partir de diversas reformas constitucionales iniciadas en los años noventa, el proceso penal ha ido transformándose con algunas modificaciones que han incrementado las garantías para los imputados, limitando un poco el arbitrio de la autoridad investigadora en estas funciones, como por ejemplo: eliminar el valor probatorio de la confesión del imputado hecha ante la policía o cualquier otra autoridad sin la presencia de su defensor (1993), incorporar la defensa adecuada (1993), la fijación de un plazo determinado para la retención ministerial (1993), incorporar diversas garantías de defensa que rigen en el proceso a la etapa de averiguación previa (1996), la posibilidad de ampliar el plazo constitucional para ofrecer y desahogar pruebas (1999) entre otras; sin embargo, la esencia, la estructura y la lógica del sistema no había variado, sino hasta la reforma de junio de 2008.

d. El papel del defensor en el proceso tradicional

Dentro de la dinámica y juego de relaciones que implican el diseño del *sistema tradicional*, la función del defensor, puede identificarse a partir de las etapas en las que se divide el propio proceso penal y en las que la Constitución y la legislación secundaria establecen ciertos derechos fundamentales y procesales que el imputado puede hacer valer,

que pretenden con poco éxito, equilibrar la asimetría de armas y poderes entre el órgano del Estado que le imputa la comisión de un delito y las limitaciones en su defensa bajo este modelo.

A partir de una vista superficial de algunas leyes relativas al servicio de defensoría de oficio o pública²⁶ tenemos que el defensor deberá tener la siguiente intervención en la etapa de:

• Averiguación previa

- a. Entrevistarse con su representado para informarle sobre su situación jurídica y los derechos constitucionales que le asisten; así como para conocer su versión personal de los hechos, elementos y pruebas que puedan ofrecer y hacerse valer en el proceso.
- b. Asistirlo jurídicamente al momento de rendir su declaración ministerial, así como en cualquier otra diligencia en la que intervenga, estando presente en ellas.
- c. Establecer contacto permanente con el imputado y su familia para informar sobre el desarrollo del

²⁶ Ley Federal de Defensoría Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998 y Ley de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 1997.

- proceso y las consecuencias del mismo.
- d. Analizar las constancias del expediente para fortalecer la defensa.
 - e. Solicitar al ministerio público la libertad caucional, o el no ejercicio de la acción penal cuando estas procedan.
 - f. En caso de consignación, contactar con el defensor adscrito al juzgado para dar continuidad y uniformidad a los criterios de la defensa.
- **Ante Juzgados o Tribunales de Primera Instancia**
 - a. Hacer saber sus derechos al imputado y estar presente en la toma de declaración preparatoria.
 - b. Solicitar la libertad caucional del imputado si procediera.
 - c. Ofrecer pruebas y hacer valer los medios que desvirtúen el tipo penal o la probable responsabilidad del defendido, en cualquier etapa del proceso, promoviendo los incidentes, recursos, alegatos y demás diligencias necesarias.
 - d. Estar presente en todas las audiencias de ley e interrogar a quienes depongan a favor o en contra del defendido.
 - e. Formular las conclusiones legales con oportunidad.
 - f. Interponer los recursos legales procedentes.
 - g. Solicitar el otorgamiento de los beneficios que establezca el Código Penal respectivo.
- **Ante Tribunales de Segunda Instancia**
 - a. Informar a su representado y familiares sobre el desarrollo de la segunda instancia e informarse de los elementos que pudiesen ser útiles para la formulación de los agravios correspondientes.
 - b. Analizar las constancias del expediente para formulación y preparación de la audiencia respectiva y asistir a ella.

Con lo hasta aquí reseñado sobre las características del sistema y de las funciones asignadas legislativamente a la defensa, podemos hacer algunas breves observaciones que pudieran resultar orientadoras sobre este servicio, bajo la lógica y metodología del *sistema tradicional*, es decir, basado en el expediente.

En primer lugar, es preciso destacar que todas las actuaciones de las partes y de la autoridad jurisdiccional deben constar por escrito para sumarse al expediente, que deberá estar debidamente cosido, foliado y autorizado con las firmas y sellos que exige la ley; es decir, todas las peticiones, declaraciones, ampliaciones de declaración, notificaciones, peritajes, argumentaciones, autos, resoluciones, etcétera, deben quedar por escrito y

agregadas al expediente con las formalidades correspondientes para contar con el valor probatorio que establece la legislación y poder ser tomadas en cuenta al momento del dictado de la sentencia; es por ello que, pese a que existen actuaciones que se realizan de manera oral en el tribunal, en realidad lo que cuenta al momento de dictar la decisión final, es lo que quedó registrado en el acta correspondiente y no necesariamente lo que sucedió en la audiencia. “Lo que no existe en el expediente, no existe en el mundo”.

De igual modo, se identifica que la actividad de la defensa en las diferentes etapas procesales, está condicionada por la actividad probatoria que integró el Ministerio Público en la Averiguación Previa y por las posibles actividades independientes de investigación del tribunal. Con esto, se reduce significativamente el margen de la defensa para probar hipótesis diferentes a las planteadas por estas autoridades, desde la etapa de investigación, es decir, solo se cuenta como opción, intentar fracturar la congruencia del material probatorio del Ministerio Público, recabado en la investigación del delito.

Por otro lado, la actividad probatoria de la defensa se ve limitada en tanto que, las pruebas que presente en el periodo de instrucción estarán sospechadas de parciales puesto que se presume que estas

propenden a favorecer al imputado, por lo que su valor es menor que el material presentado por el ministerio público²⁷.

En dicha actividad la defensa cuenta además, como ya se indicó, con otras presunciones y principios que restringen dramáticamente su labor, como el caso de la fe ministerial, la permanencia de la prueba, la inmediatez procesal, la presunción de licitud en la actuación ministerial, el control del tribunal sobre el interrogatorio y la obligación del juzgador de sujetarse al valor tasado de la prueba, entre otras.

Estas limitaciones a la defensa emanadas de la práctica y el diseño legislativo del *sistema tradicional*, nos permite pensar que más que un servicio de defensa efectiva, lo que se presta, es un servicio de acompañamiento procesal al imputado dentro de un trámite burocrático, denominado proceso penal, en el cual, al concluir, tendrá como resultado la imposición de una pena.

Otra observación que surge de estas limitaciones, es el identificar que la defensa pública, dentro del *modelo procesal tradicional* representa para el Estado, solo un requisito de legitimación que establece la

²⁷ TESTIGOS, PRINCIPIO DE INMEDIATEZ APLICADOS A LOS, Tesis, Sexta Época, Primera Sala, Materia Penal, visible en la página 108, Volumen XLIV, Segunda Parte, SJF, Registro: 261118.

Constitución para cubrir un debido proceso de estándares muy bajos, y aplicar con cierta libertad, la violencia institucional.

Bajo esta dinámica, la responsabilidad de la defensa recaerá completamente en la persona del defensor, de su conocimiento jurídico y sus habilidades personales para cuestionar la congruencia de la prueba de la acusadora o argumentar a favor de su defendido; con lo que el indicador que marcará su buen desempeño se reduce al resultado de su función, es decir, a partir del número de sentencias absueltas o sentencias con penas reducidas.

Desde esta perspectiva, la labor de la institución, defensoría pública o defensoría de oficio, se limitará a controlar y supervisar el trabajo del defensor con base en sus resultados.

De igual manera, la estructura de la organización se planea a partir de la estructura de la autoridad ministerial y jurisdiccional, es decir, a manera de espejo; en la que la defensoría, tendrá presencia con uno o más defensores de acuerdo con la carga de trabajo en las agencias investigadoras para la etapa de averiguación previa, en los juzgados de primera instancia y en los tribunales o salas de segunda instancia.

De hecho, en diversas defensorías existen asignados de modo permanente defensores que realizan su tarea en las agencias de investigación, otro grupo se encuentra

adscrito a juzgados de primera instancia y otro grupo a los juzgados de segunda instancia y el único nexo de comunicación que existe entre defensores en un proceso que recorre estas fases, es el propio expediente.

La superficial revisión del *sistema tradicional* en México que hemos realizado, nos permitirá dimensionar los nuevos estándares de defensa que exige el sistema acusatorio y oral contemplado en la Constitución y los Tratados Internacionales; para ello, haremos un brevísimos resumen del diseño formal de este modelo procesal para luego tratar de descubrir tanto los nuevos retos personales, como institucionales para la nueva defensa pública.

C. El proceso acusatorio y oral basado en audiencias

El proceso penal acusatorio y oral, basado en el sistema de audiencias diseñado por el Constituyente en la reforma penal de junio de 2008 y reglamentado por el Código Nacional de Procedimientos Penales contempla una estructura básica que resulta similar a la de los Códigos procesales penales estatales que se han publicado hasta la actualidad y que también son congruentes con la representación legislativa del Sistema Acusatorio Latinoamericano.

En el Código Nacional de Procedimientos Penales podemos identificar las siguientes etapas: Investigación, Inicial, Intermedia, de Juicio y Recursiva.

Si bien se distinguen momentos procesales que son comunes a cualquier tipo de proceso penal, con independencia de la naturaleza y características que la doctrina les otorgue, una de las diferencias básicas es en el sentido de que, en los sistemas de corte inquisitivo como el *tradicional*, la toma de decisiones se realiza a partir de la información que se contiene en el expediente del caso; es decir, la sumatoria de constancias escritas que contienen información relevante producida con muy poco control de las partes y de la propia autoridad jurisdiccional; mientras que en el caso de los sistemas acusatorios basados en audiencias, como el diseñado por el Constituyente de 2008, las decisiones judiciales se toman a partir de la información producida en las audiencias, con el control de las partes y del juez que resolverá la petición en concreto.

La etapa de Investigación se encuentra a cargo del Ministerio Público y de las policías, bajo la conducción jurídica del primero; inicia con la noticia criminal y la realización de actuaciones de la autoridad ministerial y policiaca que en ciertos casos implican actos de molestia o privación para el imputado, por lo que requieren de autorización judicial, como el caso del cateo, toma de muestras corporales, inspecciones, intervención de comunicaciones, algunos peritajes, entre otros. Las autoridades

ministeriales y policiacas carecen de fe pública; se elimina el principio de *permanencia de la prueba*, y el valor tasado de la misma, ya que lo recabado por las autoridades en esta etapa, se concibe como indicio o dato de prueba, y lo que se considera propiamente prueba es aquella información que se produce en la audiencia de juicio oral.

“en los sistemas de corte inquisitivo como el tradicional, la toma de decisiones se realiza a partir de la información que se contiene en el expediente del caso; es decir, la sumatoria de constancias escritas que contienen información relevante producida con muy poco control de las partes y de la propia autoridad jurisdiccional; mientras que en el caso de los sistemas acusatorios basados en audiencias, como el diseñado por el Constituyente de 2008, las decisiones judiciales se toman a partir de la información producida en las audiencias, con el control de las partes y del juez que resolverá la petición en concreto”

La etapa de Audiencia Inicial se desarrolla en sede judicial ante la presencia de un Juez de Control, y en ella, se informará al imputado sus derechos constitucionales y legales, si no se le hubiese informado de los mismos con anterioridad, se realizará una audiencia en el que se debatirá la legalidad de la detención si corresponda, el ministerio público formulará la imputación, se dará la oportunidad de declarar al imputado; también en audiencia se solicitará y resolverá sobre la vinculación a proceso, así como sobre las medidas cautelares que propongan las partes; de igual manera se definirá el plazo para el cierre de la investigación complementaria²⁸.

Todos estos actos procesales se realizan en la audiencia inicial, que se integra por diversas audiencias en los que cada uno de los puntos mencionados, se proponen, debaten y resuelven.

La Etapa Intermedia que también se desarrolla ante un Juez de Control y tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio, a través de los acuerdos probatorios; se compone de dos fases, una escrita y otra oral: la primera, inicia con el escrito de acusación que

formule el ministerio público y comprende todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia y la segunda fase dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio²⁹.

Desde el dictado del auto de vinculación a proceso hasta el del auto de apertura de juicio oral, las partes pueden optar por solicitar, si lo autoriza la ley, la resolución del conflicto penal a través de las soluciones alternativas y las formas de terminación anticipada, como los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado, que siempre supondrán acuerdos entre las partes para establecer soluciones evitando llegar a la etapa de juicio oral.

La Etapa de Juicio Oral es en la que, un tribunal integrado por jueces que no participaron en ninguna de las fases previas al juicio, por lo que desconocen los antecedentes del caso, decidirá el fondo del proceso a partir de la información que produzcan los medios de prueba propuestos y aceptados en la audiencia intermedia. En esta audiencia cada una de las partes intentará convencer al tribunal de su teoría del caso; es decir, por una parte, el ministerio público intentará convencer al tribunal que el delito

²⁸ Artículo 307 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

²⁹ Artículo 334 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

que se le atribuye al imputado se ha cometido, colmando las exigencias del tipo penal y las posibles calificativas de que se trate, así como que el imputado fue la persona que lo ejecutó o participó en su ejecución; y por otra parte, la defensa, tratará de convencer al tribunal en el sentido de que opera en favor de su representado, alguna hipótesis excluyente del delito o alguna otra hipótesis jurídica que le favorezca, o simplemente que la representación social no alcanzó a acreditar plenamente los extremos del tipo o de la participación y que por tanto, debe prevalecer el principio de presunción de inocencia del imputado.

“la defensa, tratará de convencer al tribunal en el sentido de que opera en favor de su representado, alguna hipótesis excluyente del delito o alguna otra hipótesis jurídica que le favorezca, o simplemente que la representación social no alcanzó a acreditar plenamente los extremos del tipo o de la participación y que por tanto, debe prevalecer el principio de presunción de inocencia del imputado”

Esta etapa inicia con la lectura del auto de apertura de juicio oral, por parte del tribunal y concluye con la sentencia; en la audiencia se desarrollarán los alegatos de apertura, la producción de información a través de medios de prueba testimoniales, periciales, documentales y materiales, entre otros; los alegatos de clausura de las partes, la deliberación, el fallo y la emisión de la sentencia.

En esta etapa, al igual que las anteriores, la decisión final se toma en una audiencia en la que deberán cumplirse todos los principios de publicidad, inmediación, contradicción, concentración, continuidad y en la que la información que se produzca debe ser controlada por la parte contraria, para evitar que emerjan datos que violen los principios establecidos para la prueba, con lo que se depura y mejora la calidad de dicha información para que el tribunal tome su decisión final.

A partir de un simple vistazo podemos identificar que existen prácticas diferentes en la dinámica de este diseño procesal, en donde ninguna decisión judicial está predeterminada por un acervo probatorio elaborado previamente con valor jurídico pre establecido en la ley, sino que cada una de estas decisiones judiciales, debe tomarse a partir de lo solicitado y argumentado por las partes con el control de la otra, en una audiencia oral y pública.

a. Papel de la defensa en el sistema acusatorio y oral

Al hacer una revisión superficial de ambos modelos procesales no resulta difícil adivinar que la actividad y las formas de participación e intervención de las partes en el proceso acusatorio y oral deben modificarse radicalmente para cumplir con los nuevos objetivos y estándares que el modelo implica.

En principio recordemos un punto que nos permitirá dimensionar el nivel de evolución que requiere la actual defensa pública para alcanzar los estándares exigidos.

A diferencia del sistema tradicional, en el que juez toma las decisiones correspondientes a partir de la información contenida en el expediente, que él conoce desde el inicio y en el que ha participado activamente en la construcción de las constancias que lo integran; en el sistema acusatorio y oral, la decisión judicial será tomada por un juez o tribunal que desconoce completamente los antecedentes del caso, a partir de la información producida y controlada por las partes, en una audiencia que deberá respetar los principios de inmediación, publicidad, concentración, continuidad y contradicción, por medio de la oralidad.

Es decir, en el nuevo modelo ya no corresponde al juez estudiar las constancias que han sido incorporadas al expediente para que a partir de lo que obre en el mismo,

verifique si los elementos del tipo penal (objetivos, normativos y subjetivos) se encuentran plenamente acreditados, así como la plena responsabilidad del imputado, u opera alguna excluyente que lo libere de la pena, aun cuando le sirvan como guía las conclusiones que elaboraron las partes. Con el nuevo sistema, toca a las partes en la audiencia y no al tribunal, producir la información necesaria para acreditar con plenitud los extremos de sus pretensiones en conflicto, para que el juzgador pueda tomar esa decisión.

Este simple cambio en la forma de tomar las decisiones judiciales, implica una transformación radical en la dinámica del proceso penal y en la intervención de las partes, especialmente de la defensa, ya que ahora deberá evolucionar para abandonar una posición pasiva de reacción ante la actuación ministerial, y adoptar una actividad proactiva de demostración de su teoría del caso, en una audiencia pública, frente a un tribunal que desconoce los antecedentes del mismo, en la que todas aquellas limitaciones y presunciones que restringían su actuación y la dejaban en una posición de franca desventaja frente al Ministerio Público en el *proceso tradicional*, han sido eliminadas y ahora se encuentra en igualdad de condiciones y de armas frente a su adversario.

b. Retos a los que habrá de enfrentarse la defensa frente a las exigencias del nuevo proceso penal acusatorio y oral

Por las características propias del sistema acusatorio y oral con metodología de audiencias, se requiere desarrollar entonces ciertas habilidades de las partes, especialmente las del defensor; por lo que su trabajo debe evolucionar de manera radical, debiendo elevarse los estándares profesionales para cumplir dignamente su función, bajo el régimen procesal acusatorio y oral, como:

a. Investigación del caso: Tomando en cuenta la decisión informada del imputado sobre el futuro del juicio, de acuerdo a los datos con los que se cuenta y la asesoría técnica de su abogado defensor, este último debe realizar labores de investigación para el fortalecimiento de su estrategia, considerando la teoría del caso que habrá de presentarse ante los tribunales, a diferencia de lo que ocurre en el sistema tradicional, en donde la defensa se sustenta sobre la contradicción de las pruebas aportadas por la investigadora;

b. Relación con el Ministerio Público y la Policía: A diferencia del *sistema tradicional*, en el proceso acusatorio y oral las declaraciones rendidas ante el ministerio público no adquieren desde ese momento valor probatorio alguno; sin embargo, estos

elementos de prueba pueden ser vitales para el desarrollo posterior del juicio, por lo que la asesoría del abogado respecto de su defendido ante esta instancia y en la investigación judicializada, resulta crucial para el futuro del proceso y la comprobación de su teoría del caso o la destrucción de la del ministerio público;

c. Negociación: En el sistema acusatorio, a través de los mecanismos alternos de solución de controversias, la negociación que se realizaba dentro del *sistema tradicional* de manera oculta, se abre y se transparenta, al darle amplios espacios de visibilidad por la legalidad y el control que sobre de ella se debe ejercer; en este sentido, el defensor público debe contar con habilidades para asesorar y representar a su defendido, para que cuando la autoridad ministerial presente opciones para negociar, esta responda de mejor manera a los intereses del imputado, al tomar en cuenta las presiones institucionales y procesales a las que se encontraría sometido;

d. Litigio en la investigación y en el juicio: Debido a la centralidad de la audiencia en el sistema acusatorio y oral, el defensor debe anticipar su estrategia y debate en ella, para que a partir de esta imagen todas sus actividades de investigación y procesales, se alineen a los fines de la

estrategia previstos; por el contrario de lo que ocurre en el *sistema tradicional*, en el que el expediente se estudia en las etapas finales del proceso, para ver lo que se puede hacer con el material probatorio que consta en el mismo.

“Debido a la centralidad de la audiencia en el sistema acusatorio y oral, el defensor debe anticipar su estrategia y debate en ella, para que a partir de esta imagen todas sus actividades de investigación y procesales, se alineen a los fines de la estrategia previstos”

Por lo anterior, bajo este modelo el defensor debe ser capaz de:

- a) Trasmitir los intereses y condiciones personales relevantes del imputado al juez o tribunal;
- b) Preocuparse de que la estrategia definida con su defendido pueda materializarse en el sentido de preparar testigos, preocuparse de que la prueba esté disponible en el juicio y sacarle el máximo provecho en la audiencia y
- c) Ser capaz de anticipar y contrarrestar las

estrategias y acciones del Ministerio Público³⁰;

por esta razón se recomienda que dentro de la capacitación que se proporcione a los defensores, el desarrollo de destrezas de litigación, debe ser una de las materias más importantes.

c. La Defensoría como Institución

La experiencia recogida en los procesos de reforma penal iniciada hace dos décadas en los países de América Latina, específicamente por lo que hace a la defensa pública, permitieron al Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), elaborar un manual en esta materia para la región, que de acuerdo con las exigencias del debido proceso derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos, establece algunos indicadores básicos para determinar la calidad de este servicio en un sistema acusatorio y oral.

Estos indicadores resultan atendibles en tanto nos permitirían dimensionar el estado actual de la defensa pública en México y sus posibles retos para alcanzar los

³⁰ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA), PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Manual de Defensa Pública para América Latina*, Santiago de Chile 2005, p. 41.

estándares internacionales, así como las exigencias Constitucionales para el nuevo sistema acusatorio.

En dicho manual se considera que para cumplir con estos estándares y hacer un servicio de defensa sustentable y digno es necesario focalizar los siguientes puntos:

a. Soporte financiero suficiente y permanente para cumplir con los gastos inherentes del servicio;

b. Equilibrio entre recursos del Ministerio Público para la investigación y la defensoría para la defensa, que garantice la igualdad de armas durante todo el proceso y en el juicio oral, especialmente cuando la reorientación de la política criminal afecte a los sectores más vulnerables;

c. Un marco institucional en el que se garantice el respeto de los intereses del defendido y la estabilidad laboral de defensor;

d. Una organización y distribución del trabajo que garantice calidad y eficiencia en el servicio;

e. Que el medio garantice el respeto al trabajo del defensor público, conforme a la dignidad del mismo;

f. Que se garantice por igual el servicio de defensa a quien lo solicite sin demérito de la calidad a los menos favorecidos.

Dentro del proceso de planeación, el manual propone generar herramientas que nos ayuden a construir un buen sistema de defensa, por lo que es necesario:

diagnosticar la demanda del sistema³¹, la organización actual y el contexto institucional. También es importante mejorar el diseño y la gestión organizacional, por lo que debemos contar con herramientas para: evaluar el sistema, a través de:

a. Fijar los estándares de la carga de trabajo³²;

b. Establecer las rutas para el desarrollo institucional, a nivel de gobierno, a nivel gerencial³³ y nivel operativo³⁴;

c. Financiar el sistema;

d. Establecer mecanismos de evaluación y control, a partir de medios para el control de la gestión

³¹ Por medio de conocer el número de causas que ingresan y egresan del sistema, así como la cantidad de usuarios; la oferta, a partir de conocer el grado de recursos estatales públicos, no estatales y privados.

³² Capacidades reales, tras conocer en número casos por año que puede recibir un defensor, el tiempo para su resolución, la cantidad de casos simultáneos que puede manejar o el número de fiscales que puede atender.

³³ Planificación institucional, estándares internos de prestación del servicio, estudios, políticas y prácticas para la administración de recursos humanos, recursos materiales y financieros, política comunicacional.

³⁴ Distribución de trabajo, organización de trabajo, labores de investigación.

global³⁵, supervisión de estándares y evaluación integrada para operar adecuadamente en el sistema adversarial.

Si bien algunas defensorías del país pudieran argumentar que muchas de estas áreas se encuentran satisfechas en su organización actual, lo cierto es que las mismas, se encuentran alineadas a los objetivos y condiciones del servicio en el *sistema tradicional*, por lo que en la adaptación al sistema acusatorio y oral, dichos niveles de satisfacción deben conservarse o mejorarse, según sea el caso.

d. Prácticas adversas y desafíos comunes en la transición

En el proceso de transición al sistema acusatorio, también se detectaron ciertas prácticas comunes adversas a los estándares del nuevo modelo de defensa pública y fueron identificados como *defectos tradicionales*, dentro de los cuales se particularizan:

a. Ejercicio formal de la defensa³⁶;

³⁵ Sistemas de registro y consulta de datos, módulo de manejo y administración de causas, módulo de intercambio de información forense, módulo de generación de estadística, módulo de administración interna.

³⁶ Lo que implica que el defensor, ya por el diseño del sistema o por ausencia de incentivos cumple con los trámites y ritos del proceso en los que se le exige participar, sin preocuparse realmente por el caso que tiene a su

b. Que el ejercicio de la defensa está subordinado a los intereses de la justicia³⁷;

c. Descuido en la preparación del caso³⁸;

d. Ausencia de estándares comunes de organización para el cuerpo de defensores³⁹.

cargo; en ocasiones no conocen a su defendido o lo entrevistan minutos antes de la audiencia.

³⁷ Es decir, en los modelos inquisitoriales se genera la convicción de que las lealtades del defensor están con la verdad y la justicia y no con los del defendido; el defensor se concibe como un funcionario público, auxiliar de la justicia, cuyo compromiso está con el estado que paga su salario y no como un litigante que se debe a los intereses de su cliente.

³⁸ Lo que significa que el defensor se abstiene de tomar la iniciativa de la preparación del caso; no existe estrategia de defensa y esta se reduce a tratar de desacreditar las pruebas y argumentos de la acusadora. No ofrece nuevas pruebas, sus interrogatorios y contrainterrogatorios son débiles, al igual que sus alegatos y conclusiones; es débil o inexistente la participación de la investigación y se adaptan solo a la prueba ofrecida.

³⁹ Lo que se refleja en estilos y ritmos diferentes de trabajo determinados por el conocimiento y experiencia del defensor y en los que se carece de mecanismos grupales de intercambio de información y de cooperación.

Estos inconvenientes que resultan naturales en los procesos de cambio, deberán ser previstos para su gestión y superación en el proceso de transformación del sistema de defensa penal México.

De igual modo, se identificaron algunos *desafíos comunes*, atento a las exigencias de los sistemas adversariales respecto de la *tradición inquisitorial*, que lo representan:

“El rescate del imputado como sujeto de derechos, nos enfrenta al reto de modificar la concepción de la tradición, en el sentido de que la defensa debe colaborar con la verdad y la justicia, antes que con los intereses individuales de su representado; es decir, en el nuevo sistema, debemos asegurarnos que el servicio público de defensa pública, aun cuando sea sufragado por el Estado, solo debe satisfacer los intereses del imputado y no los de cualquier otra institución u órgano jurisdiccional”

a. *Orientación del servicio a los intereses del defendido:* El rescate del imputado como sujeto de derechos, nos enfrenta al reto de modificar la concepción de la tradición, en el sentido de que la defensa debe colaborar con la verdad y la justicia, antes que con los intereses individuales de su representado; es decir, en el nuevo sistema, debemos asegurarnos que el servicio público de defensa pública, aun cuando sea sufragado por el Estado, solo debe satisfacer los intereses del imputado y no los de cualquier otra institución u órgano jurisdiccional;

b. *Calidad en la prestación del servicio:* La transición del sistema inquisitivo escrito al acusatorio y oral, bajo la metodología de audiencias, exige conocimiento, capacidades y habilidades distintas para el servicio de defensa, ya que al requerirse la presencia y desarrollo del defensor en la audiencia pública, la deficiencia en los argumentos y actuaciones que quedaban ahogadas en la secrecía del expediente, ahora serán evidentes, ya que en el nuevo sistema, la audiencia pública pone de manifiesto la calidad del servicio prestado;

c. *Desafíos de gestión:* El sistema procesal basado en la metodología de audiencia, requiere mayor concentración y participación protagónica del defensor, que impide que pueda delegar actividades básicas en el ejercicio de la función, como sucede actualmente en el inquisitivo;

por ello, se requiere de «un diseño que permita administrar la defensa, en términos de proveer defensores a los imputados de forma oportuna, distribuir el trabajo equitativamente, coordinar las relaciones institucionales, evaluar la calidad del servicio, etc.,⁴⁰»;

d. *No discriminación*: El servicio de defensa centrado en los intereses del defendido, no puede quedar sujeto o condicionado a los intereses institucionales o personales del defensor en particular, ya que no es dable discriminar el servicio por razones morales, políticas, sociales, religiosas, raciales, de preferencia sexual, o de cualquiera otra índole, pues tales prejuicios son irrelevantes para el proceso.

Así, el análisis de la experiencia latinoamericana refleja una serie de puntos de vital importancia que deben ser tomados en cuenta en un proceso de transición hacia el sistema procesal acusatorio y oral, con el objeto de alcanzar los estándares de defensa que actualmente exige nuestra Constitución y que resultan concordantes con los establecidos a nivel internacional.

Conclusiones

1. La reforma Constitucional de 18 de junio de 2008 implica un paso

importante en el proceso de democratización del país que busca el perfeccionamiento de un Estado Democrático de Derecho que racionalice y legitime el ejercicio del *ius puniendi*.

2. El sistema acusatorio y oral que establece la Constitución demanda actividades procesales del defensor muy diferentes a las que se esperaban dentro del *sistema tradicional*, por lo que se establecen nuevos estándares de calidad en este servicio.

3. La capacitación del defensor público representa, sin duda, un punto básico para el éxito de la reforma; sin embargo, esta debe estar acompañada de importantes transformaciones en las instituciones para facilitar el trabajo de los defensores, por lo que no puede responsabilizarse solo a la capacitación del éxito de la reforma.

4. La capacitación en los defensores, debe dirigirse a desarrollar las habilidades de investigación, negociación y litigio que demandan las nuevas funciones del servicio, para evitar que las prácticas de la *tradición inquisitorial* terminen absorbiendo y aniquilando las aspiraciones del Constituyente de junio de 2008.

5. Para las reformas que debe experimentar la defensoría en el aspecto institucional, respecto de: la visión del servicio, la estructura, la dinámica y la organización para responder al nuevo paradigma constitucional e internacional, sería

⁴⁰ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Op. cit.*, p. 34.

conveniente aprovechar las experiencias internacionales sobre la materia, con el objeto de avanzar de modo acelerado en la implementación de estas transformaciones para alcanzar los estándares exigidos.

Fuentes consultadas

Bibliografía.

BINDER, M. Alberto, *La Implementación de la Nueva Justicia Penal Adversarial, La fuerza de la Inquisición y la Debilidad de la República*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2012.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA), PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Manual de Defensa Pública para América Latina*, Santiago de Chile 2005.

MARENTE, Inés, *Un enfoque pedagógico para la Capacitación Judicial en América Latina*, disponible en: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/568.pdf>, consultado en 2014-04-02.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*, Mundi-Prensa México, S.A de C.V, México 2003.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014.

Ley Federal de Defensoría Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998.

Ley de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 1997.

Normatividad

Jurisprudencia V. 2º. J/25, de la Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 454 de octubre de 1996, Tomo IV, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 201062.

Tesis 1ª. 38/2009, Novena Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 427, febrero de 2009, Tomo XXIX, del SJF y su gaceta, el número de registro 167907.

Tesis: 1a. CXXIII/2009, Novena Época, Primera Sala, Materia: Penal, Constitucional, Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 437, septiembre de 2009, Tomo XXX, del SJF y su Gaceta, el número de registro 166,494.

Tesis: 1a. CXXIV/2009, Novena Época, Primera Sala, Materia: Penal, Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 436, septiembre de 2009, Tomo XXX, del SJF y su Gaceta, el número de registro 166,495.

TESTIGOS, PRINCIPIO DE INMEDIATEZ APPLICADOS A LOS, Tesis, Sexta Época, Primera Sala, Materia Penal, visible en la página 108, Volumen XLIV, Segunda Parte, SJF, Registro: 261118.

LAS NUEVAS HERRAMIENTAS DEL ABOGADO LITIGANTE EN UN SISTEMA DE CORTE ACUSATORIO CON VISIÓN DE DERECHO GARANTISTA

Rafael MARTÍNEZ TREVIÑO*

SUMARIO: Introducción; I. El abogado penalista en el sistema penal acusatorio; II. Los derechos humanos; III. Derechos fundamentales; III.1 Presunción de inocencia; III.2 Defensa técnica adecuada; III.3 La oralidad; III.4 El derecho a saber de que se le acusa (formulación de imputación); III.5 El derecho a ser oído (derecho a declarar o guardar silencio); III.6 Cadena de custodia; IV. Actos de investigación que requieren autorización previa del juez de control; IV.1 Justicia restaurativa; IV.2 Medios alternativos de solución de controversias; IV.3 Prueba ilícita; V. Procedimiento abreviado; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Resumen

El papel de la defensa en el sistema penal acusatorio, de acuerdo a la reforma constitucional del 8 de junio de 2008 y 10 de junio de 2011, se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y el juicio se desarrollará de forma oral y pública ante la inexcusable presencia del juez, siendo la base o piedra angular la presunción de inocencia del imputado, el debido proceso, los derechos humanos y los Tratados Internacionales, de los que el Estado Mexicano sea parte, del cual gozarán todas las personas, lo que para quienes nos dedicamos a la defensa en el sistema penal acusatorio, permitirá llevar un sistema de justicia transparente para el bien de los gobernados.

* Licenciado en *Derecho* por la Universidad Autónoma de México (UAM); Diplomado sobre el nuevo sistema de justicia penal en México certificado por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y por la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C. Se ha desempeñado como agente investigador del Ministerio Público, agente del Ministerio Público adscrito a juzgados penales con comisión en las Islas Marías, y como Director General de Control de Procesos en la Procuraduría General de Justicia del estado de Guerrero. Actualmente se desempeña como abogado postulante en materia penal. bufetemartineztrevino@hotmail.com

Introducción

Dos reformas trascendentales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos constituyen en la época moderna un replanteamiento en la forma de pensar, decir y hacer en el derecho procesal penal, y en el pensar, decir y hacer de los abogados penalistas.

La primera, de 18 de junio de 2008, a los artículos 16 párrafos segundo y decimotercero; 17 párrafos tercero, cuarto y sexto; 18 en todos sus párrafos con excepción al segundo; 19; 20 y 21 párrafo séptimo, y acorde a su artículo transitorio segundo el sistema penal acusatorio previsto en dichos artículos, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de 8 años, a partir del día siguiente de la publicación del decreto mediante el cual se reformaron y adicionaron los preceptos legales invocados, siendo que la Federación, los estados y el Distrito Federal en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones y ordenamientos legales necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio, el transitorio tercero, refiere que el sistema procesal penal acusatorio previsto en los numerales referidos entrará en vigor al día siguiente de su publicación del decreto de 18 de junio de 2008, en las entidades federativas

que ya lo hubieren incorporado en sus ordenamientos legales vigentes¹.

Independientemente a lo que se refiere en cuanto al nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, que dice que entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder del plazo de tres años contados a partir del día siguiente de la publicación del decreto en comento, siendo que en el caso de la normatividad del Órgano administrativo desconcentrado Prevención y Readaptación Social (Sistema Penitenciario Federal), dicho plazo de forma lamentable ha vencido y tal normatividad aún obsoleta sigue vigente, y que incluso el autor del presente artículo, ha elaborado la Propuesta de Reformas a la Normatividad referida, sin que esto haya sido escuchado hasta este momento.

Tal reforma constitucional reviste de manera importante el procedimiento penal acusatorio oral, el que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, esto es, el juicio se desarrollará de forma oral y pública

¹ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

ante la inexcusable presencia personalísima del juez, lo que para quienes nos dedicamos a la defensa en el sistema penal acusatorio, permitirá llevar un sistema de justicia transparente para el bien de los gobernados.

“Tal reforma constitucional reviste de manera importante el procedimiento penal acusatorio oral, el que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, esto es, el juicio se desarrollará de forma oral y pública ante la inexcusable presencia personalísima del juez, lo que para quienes nos dedicamos a la defensa en el sistema penal acusatorio, permitirá llevar un sistema de justicia transparente para el bien de los gobernados”

En dicho sistema penal acusatorio y oral, la base o piedra angular es la presunción de inocencia, en el que se suprime la figura de la persona de confianza y respecto al artículo 20 apartado B fracción VIII, en el capítulo relativo a los derechos de toda persona imputada y que “tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado...” (sic), considero que es una situación irregular y equívoca ya que el título profesional de abogado no existe, pues somos licenciados en Derecho, por lo que deberá reformarse tal concepto erróneo. Ahora bien, de la reforma del artículo 16 ya no se refiere a delito flagrante, siendo que ahora nos ocupa “el momento en que se está cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido” (sic), y aun cuando de manera lamentable subsiste la figura del arraigo de las personas, este no puede exceder de 40 días, mismo que únicamente podrá solicitar el Ministerio Público a la Autoridad Judicial, tratándose de delitos de delincuencia organizada. Es lamentable que en la vida práctica del abogado defensor ocurra tal situación y cuando se llega al ejercicio de la acción penal, por la autoridad ministerial ya no se ejercita la acción penal por tal conducta y sin embargo el imputado ya estuvo bajo arraigo por el plazo máximo referido. A su vez en el artículo 19 se suprime el concepto de cuerpo del delito por

hecho delictivo, esto es, datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la Ley señale como delito y que exista la probabilidad de su comisión, término que considero es más sencillo de entendimiento para el abogado penalista y los ciudadanos, justificándose ahora el plazo de 72 horas con un auto de vinculación a proceso.

La segunda de las reformas constitucionales, de fecha 10 de junio de 2011, en lo que respecta al artículo 1º, se introduce el tema de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales, del cual gozarán todas las personas; así como de las garantías para su protección que se interpretarán de conformidad con esos instrumentos legales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, dando lugar, como obligación del Estado, al principio de tutela efectiva. Todas las autoridades, deben promover, respetar y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, a fin de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los Derechos Humanos.

Esta postura filosófica que se incluye en esta reforma es un sistema y una visión de *derecho garantista*, y ya no podemos ahora hablar de Carta Magna al referirnos a la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues ahora esta se encuentra al mismo nivel de los Tratados Internacionales, favoreciendo en todo tiempo de la protección más amplia a las personas, obligándose de tal forma a las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos con principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, siendo que ahora el estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la Ley.

Otra de las premisas fundamentales es la unificación de la legislación adjetiva penal de la materia, con el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, que busca que los criterios político-criminales que habrán de observarse en el Procedimiento Penal, se unifiquen en todos sus aspectos para evitar que haya distintas formas de procurar y administrar justicia, con principios y garantías previstos en la Constitución, característicos del sistema procesal acusatorio con límites del poder penal y garantía proteccionista de los derechos humanos de los actores en el juicio penal, brindando a la sociedad un sistema penal protector de bienes jurídicos frente al delito.

En el tema de la reforma procesal penal, armonizada con la reforma de tutela de los Derechos

Humanos, ambas encuentran su fundamento en la Constitución y en los Tratados Internacionales en que el Estado Mexicano es parte, para conformar en el sistema judicial, específicamente en el derecho de acceso a la justicia penal, el bloque de constitucionalidad.

Esto es, por lo tanto un gran avance para los defensores en el sistema penal acusatorio y también para todos los gobernados, ya que partiendo de la presunción de inocencia, llegaremos a juicios orales justos en presencia personalísima del juzgador, en los que no se violenten los derechos humanos ni el debido proceso, para que no ocurran injustas libertades de delincuentes que a todas luces son plenamente responsables de las conductas ilícitas cometidas y que ahora se encuentran libres e incluso en sus países de origen.

Así, el propósito de este breve documento es destacar las herramientas con las que cuenta el abogado penalista en esta reforma penal en un sistema acusatorio con visión de derecho garantista.

I. El abogado penalista en el sistema penal acusatorio

El 18 de junio de 2008 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del

artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que consiste en implementación de un sistema de corte acusatorio adversarial con una visión de derecho garantista². Han surgido en el foro de los abogados litigantes penalistas, posturas críticas por sus altas exigencias técnicas, otras a favor por el avance que representa en la capacidad técnica de los operadores del sistema y búsqueda de la justicia, dudas respecto de su eficacia en nuestra cultura jurídica, algunas desinformaciones y hasta desatinos y ocurrencias, sobre el nuevo rol del abogado penalista en el sistema penal acusatorio, estas dudas se han generado por la desinformación y comentarios de pasillo mal encausados, por lo que el propósito de este artículo es dar una visión objetiva y clara del nuevo rol del abogado penalista, pero también y sobre todo, de las nuevas herramientas con las que contamos los abogados litigantes penalistas para enfrentar esta nueva realidad de un sistema rico en posibilidades y rico en herramientas en la búsqueda de la justicia.

Para desarrollar el presente artículo, debemos establecer que en la reforma Constitucional de 2008, no solo se modificaron las reglas de un procedimiento, con la inclusión de un

² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 2004, p. 851.

sistema acusatorio, se introdujeron tres posturas filosóficas, la primera de ellas estableció un sistema procesal penal acusatorio y oral, bajo los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, sobre la base o piedra angular del principio de presunción de inocencia; pero no es lo único que se incluyó en nuestro sistema constitucional en esa reforma, pues en caso de verlo así, solo se observa una tercera parte de la referida reforma; la segunda postura filosófica que se incluye en esta reforma es en este sistema una visión de derecho garantista, concepto elaborado por Luigi FERRAJOLI, el jurista y profesor italiano, quien en su visión filosófica de derecho realiza una profunda crítica al estado de derecho en Italia y en países donde predominan lo que él llama "democracias avanzadas", caracterizadas por la anomia, por leyes inadecuadas, obsoletas, relativas o limitadas para el control social, la falta de efectividad de técnicas de garantía y por la tendencia a la concentración del poder político en pocas manos sin límites jurídicos de ningún tipo. Según este autor, esa situación ha desembocado en un estado de ilegalidad que promueve la corrupción, el arbitrio y muchas otras conductas desviadas que la sociedad no ha podido frenar.

FERRAJOLI arguye que el garantismo es un modelo ideal del

estado de derecho que se entiende como estado liberal protector de los derechos de la libertad, y también como estado social, llamado a proteger también los derechos sociales; no obstante acepta que como modelo, es altamente susceptible a las críticas en tanto modelo idealista, complejo y a veces hasta paradójico. Es por ello que FERRAJOLI desarrolla en su obra todos los elementos constitutivos de la teoría garantista, en particular, el tema de la comprobación jurisdiccional de los delitos o garantías procesales y la defiende como el mejor mecanismo para velar por los derechos fundamentales y para dar sentido y forma a la democracia.

Así, la estricta legalidad que defiende el modelo garantista se convierte en un rasgo esencial de la jurisdicción penal que disminuye el riesgo de verdades sustanciales arbitrarias. Este modelo garantista exige una teoría de la verdad, de la verificabilidad y de la verificación procesal que FERRAJOLI desarrolla en esta obra. Sobre la verdad procesal, dice que existen dos verdades a identificar: la verdad fáctica que se comprueba a través de las pruebas de un hecho (se resuelve por vía inductiva); y la verdad jurídica, que se refiere a la comprobación de un hecho a través de la interpretación de la ley que califica como delito a un hecho determinado (se resuelve por vía deductiva). Ahora bien, la verdad

objetiva, absoluta y definitiva no existe, solo podemos encontrar verdades contingentes, aproximadas y relativas, limitadas al conocimiento que tenemos de la realidad.

La tercera postura filosófica tiene que ver con un derecho penal de excepción, propuesto por el tratadista alemán Günther JAKOBS³, quien lo denomina derecho penal del enemigo, y que en síntesis lo que propone es la considerable restricción de garantías y derechos procesales del imputado, la exigencia de la veracidad en el procedimiento, la reducción de las exigencias de la licitud y admisibilidad de la prueba, medidas de intervención de comunicaciones privadas, de investigación clandestina, de incomunicación, de ampliar los plazos de detención con "fines investigadores" y el uso de la tortura, que ponen en entredicho la presunción de inocencia⁴.

La segunda de las reformas a la que me referí al inicio de este documento es la de 10 de junio de 2011, al artículo 1º, en el que se introduce el tema de los derechos

humanos reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales, del cual gozarán todas las personas; así como de las garantías para su protección que se interpretarán de conformidad con esos instrumentos legales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, dando lugar, como obligación del Estado, al principio de tutela efectiva en cuanto al ámbito de la competencia de todas las autoridades. Deben promover, respetar y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, a fin de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos.

En el tema de la reforma procesal penal, armonizada con la reforma de tutela de los derechos humanos, ambas encuentran su fundamento en la Constitución y en los Tratados Internacionales en que el Estado mexicano es parte, para conformar en el sistema judicial, específicamente, en el derecho de acceso a la justicia penal, el bloque de constitucionalidad.

Dos instrumentos internacionales resultan importantes: *el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y *la Convención Americana de Derechos Humanos*, que en sus artículos 14 y 8, respectivamente, establecen como derechos vinculados al derecho penal

³ JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid 2006, pp. 68-69.

⁴ Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, «Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "derecho penal del enemigo" en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, Vol. I, Edisofer, Buenos Aires 2006, p. 1058.

y garantías judiciales a favor del imputado: ser oído públicamente por un tribunal competente; autonomía, independencia e imparcialidad judicial; presunción de inocencia; plena igualdad en reconocer la naturaleza y causa de la que entre otros objetivos, se establece un sistema integral de garantías, tanto de la víctima como del imputado, así como una serie de principios generales que deberán regir todo proceso penal⁵.

Al poner esta realidad en perspectiva comparada con los alcances que se quiere tener de la nueva reforma de la justicia penal, es evidente que existirá en el plano de los operadores del sistema una resistencia al cambio por lo que supone girar 180 grados a un ejercicio que durante décadas ha "funcionado"⁶; implica cambiar paradigmas, superar barreras, modificar la forma de litigar (principio de lealtad), desarrollar nuevas destrezas (principio de contradicción), adquirir nuevas habilidades (oralidad-

argumentación), imponerse al estudio técnico de cada caso (elaboración de teoría del caso y dogmática penal para su demostración) y conocer las nuevas herramientas de un sistema novedoso (derechos humanos, derechos fundamentales, presunción de inocencia, defensa técnica adecuada, no auto incriminación, cadena de custodia, actos de investigación que requieren autorización previa del juez de control, prueba anticipada, prueba ilícita, justicia restaurativa, medios alternativos de solución de controversias, asesor jurídico abogado coadyuvante, reglas del debido proceso, tutela judicial efectiva, procedimiento abreviado), por lo que para conocer el nuevo rol del abogado litigante, me haré cargo de describir brevemente el contenido de cada una de estas nuevas herramientas y su forma de implementación en el sistema acusatorio adversarial, para la formación de esa nueva cultura de la legalidad y las reglas de un debido proceso.

"es evidente que existirá en el plano de los operadores del sistema una resistencia al cambio por lo que supone girar 180 grados a un ejercicio que durante décadas ha funcionado. Implica cambiar paradigmas, superar barreras, modificar la forma de litigar, adquirir nuevas habilidades", imponerse al estudio técnico de cada caso, y conocer las nuevas herramientas de un sistema novedoso"

⁵ BINDER, Alberto, «La cultura jurídica entre la tradición y la innovación», en PÁSARA, Luis (ed.), *Los actores de la justicia latinoamericana*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2007, p. 22.

⁶ BINDER, Alberto. «¿Qué significa cambiar la justicia penal?», *Revista del Instituto de Ciencia Procesal Penal*, 1^a ed., junio, Lima 2006, p.3.

II. Los derechos humanos

El concepto derechos humanos, se convierte en la primera y mejor herramienta del abogado penalista en el sistema penal acusatorio para hacer valer a lo largo del proceso penal los derechos del imputado, estos podemos entenderlos como el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada, que solo serían equiparados con la dignidad de la propia persona. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes sustantivas y adjetivas, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado. Todos estamos obligados a respetar los derechos humanos de las demás personas, sin embargo, según el mandato constitucional, quienes tienen mayor responsabilidad en este sentido, son las autoridades gubernamentales, es decir, los hombres y mujeres que ejercen la función de servidores públicos, pues en ellos la Constitución de nuestro país deposita el ejercicio de los actos de autoridad, que se traducen en actos de molestia.

Antes de las reformas constitucionales del 10 de junio de 2011, las voces "derechos humanos y sus garantías", eran términos que solían confundirse, ambigüedad que posiblemente derivaba de la anterior

denominación del capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, titulado "De las garantías individuales".

Sin embargo, es conveniente aclarar que el poder reformador de la Constitución, con las citadas reformas, elevó a rango constitucional su distinción, como deriva de las siguientes menciones:

- í) El capítulo I cambió su denominación a "De los derechos humanos y sus garantías";
- ii) En el artículo 1o. se especificó que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales "así como de las garantías para su protección", y
- iii) En el numeral 103, fracción I, se especificó que los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por infracción a los derechos humanos y las "garantías otorgadas para su protección".

Así, para el constituyente permanente los derechos y sus garantías no son lo mismo, ya que estas se otorgan para proteger los derechos humanos; y constituyen, según FERRAJOLI, los «deberes consistentes en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión, según que los derechos garantizados sean derechos positivos o derechos negativos», es decir, son

los requisitos, restricciones, exigencias u obligaciones previstas en la Constitución y en los tratados, destinadas e impuestas principalmente a las autoridades, que tienen por objeto proteger los derechos humanos; de ahí que exista una relación de subordinación entre ambos conceptos, pues las garantías solo existen en función de los derechos que protegen; de tal suerte que pueden existir derechos sin garantías pero no garantías sin derechos.

Así, a manera de ejemplo, puede decirse que el derecho humano a la propiedad tiene, entre otras garantías, la de audiencia y legalidad, pues prohíbe a la autoridad molestar a un particular sin mandamiento escrito en el que funde y motive la causa legal del procedimiento, y que los gobernados sean privados de la propiedad sin previa audiencia.

III. Derechos fundamentales

Con frecuencia se confunden los derechos humanos con los derechos fundamentales, pero existe una diferencia técnica que resulta conveniente precisar, efectivamente los derechos fundamentales son derechos humanos “positivizados” en un ordenamiento jurídico concreto, es decir, son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto, pero que a diferencia de los humanos, los fundamentales sí se pueden limitar,

en los casos y las condiciones que la propia Constitución establece. Cabe destacar que a los derechos fundamentales no los crea el poder político, ni la Constitución, los derechos fundamentales se imponen al Estado⁷. La Constitución o el poder constituyente se limitan a reconocer los derechos fundamentales, pero no los crea, de tal manera que lo que haremos objeto del debate en los juicios orales, será la forma correcta en que las autoridades y servidores públicos hayan ejercitado los actos de molestia o dicho de otra forma, limitado los derechos fundamentales.

El derecho fundamental jurídicamente tiene la estructura normativa basada en la capacidad que le permite a la persona efectuar determinados actos, es decir, que los derechos fundamentales son instituciones jurídicas que tienen la forma del derecho subjetivo, y la estructura del derecho subjetivo tiene tres elementos:

- I. Titular del derecho subjetivo;
- II. El contenido del derecho subjetivo en el que vamos a distinguir las facultades, por otra parte el objeto del derecho, y
- III. El destinatario o sujeto pasivo, aquel que está obligado a hacer o no hacer.

⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil*, Colex, Madrid 1996, p. 350.

No debemos olvidar que el 10 de junio de 2011 se promulgaron reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, de las que sobresale la reforma de su artículo 1o. que establece la obligación de toda autoridad de promover, respetar y garantizar los derechos humanos, favoreciendo la protección más amplia posible a favor de la persona, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En virtud de estos, la valoración de los derechos fundamentales queda vinculada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias (universalidad); además, tales derechos han de apreciarse como relacionados, de forma que no sería posible distinguirlos en orden de importancia o como prerrogativas independientes, prescindibles o excluyentes unas ante otras, sino que todos deben cumplirse en la mayor medida posible, así sea en diferente grado por la presencia de otro derecho fundamental que también deba respetarse y que resulte eventualmente preferible, por asegurar un beneficio mayor al individuo, sin que el derecho fundamental que ceda se entienda

excluido definitivamente (indivisibilidad e interdependencia).

De esta guisa, los referidos principios representan criterios de optimización interpretativa de los derechos fundamentales, porque conducen a su realización y observancia plena e inmejorable a favor del individuo, al orientar el proceder de toda autoridad en el cumplimiento del mandato de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de la materia, lo cual se refleja al ejercer el control constitucional, en el sentido de que el respeto y restauración de los indicados derechos son una tarea no solo de la jurisdicción federal, sino también de la ordinaria en el conocimiento de los asuntos de su competencia.

Para la materialización de estas herramientas hoy nuestro sistema Constitucional, prevé que todo imputado en el proceso penal deberá contar con una defensa, pero además agrega la ley procesal que esta deberá ser técnica y adecuada, de la vida profesional práctica en el sistema penal acusatorio, me he percatado de que el juzgador hace del conocimiento al imputado cuando su defensor carece de conocimiento y técnica, por lo que le invita a revocarlo para que sea representado en ese momento por un defensor público y no se violenten sus

garantías. Al respecto podemos mencionar las siguientes:

III.1 Presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un principio fundamental del Derecho Procesal Penal que informa la actividad jurisdiccional como regla probatoria y como elemento fundamental del derecho a un juicio justo. La presunción de inocencia tiene como consecuencia que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente. Se trata en verdad de un punto de partida político que asume —o debe asumir— la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho Democrático-Garantista, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde el extremo contrario.

El principio no afirma que el imputado sea en verdad inocente, sino que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo⁸.

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario. Pero no la prueba obtenida de cualquier forma, o de cualquier fuente,

necesariamente tendrán que ser lícitas, y en estricto respeto a los derechos fundamentales previstos en nuestro sistema procesal, lo cual se traduce en que toda prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales deberá ser considerada como violatoria a las reglas del debido proceso.

“hoy nuestro sistema Constitucional, prevé que todo imputado en el proceso penal deberá contar con una defensa, pero además agrega la ley procesal que esta deberá ser técnica y adecuada, el juez hace del conocimiento al imputado cuando su defensor carece de conocimiento y técnica, por lo que le invita a revocarlo para que sea representado en ese momento por un defensor público y no se violenten sus garantías”

⁸ Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires 1996, p. 495., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, et al., *Op. cit.*, p. 250.

De este modo, un juez no puede condenar cuando la culpabilidad no ha sido verificada más allá de toda duda razonable; esto es, “cuando los órganos de persecución penal no han podido destruir la situación de inocencia, construida de antemano por la ley”.

La razón de ser del Estado, la nueva razón de ser del poder político en el Estado moderno, es proteger a los individuos: garantizarles la vigencia de sus derechos. Estamos sustentando la seguridad y justicia, los liberales le dan tal importancia a este aspecto que, incluso, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establece: «Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene constitución»⁹.

Por eso, el origen de la presunción de inocencia no debe devenir de un texto legal, sino de todo un sistema jurídico acorde con principios ideológicos de igualdad, justicia, honestidad, imparcialidad, entre otros. Pero tampoco es menor prever en un marco legal este principio fundamental para todo Estado democrático de derecho, esto es: la presunción de inocencia.

El principio de presunción de inocencia, como derecho fundamental está ahora expresamente reconocido

⁹ Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

en la Constitución de nuestro país y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que expresamente lo consagran como garantía. Como se ha reiterado, se plasma en el artículo 11 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, según el cual: «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa»¹⁰.

Inspirada en la Declaración Universal, a su vez en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (OEA) se establece en el artículo 8, que: «Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad»¹¹.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU) menciona en su artículo 14.2 que: «Toda persona acusada de un delito

¹⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

¹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley»¹².

Si bien el Estado mexicano ratificó estos instrumentos internacionales y se obligó a respetar dichos pactos y a implementar reformas en nuestro país para adecuarlos en su contenido y alcances, fue hasta la Reforma Constitucional en materia de Seguridad y Justicia de junio de 2008, que hoy se desarrolla en este artículo como derecho fundamental. En este tenor, actualmente el artículo 20 enumera entre los derechos de toda persona imputada el de “que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

III.2 Defensa técnica adecuada

Por derecho de defensa técnica adecuada, puede entenderse el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente a cualquier diligencia en la carpeta de investigación y a lo largo de todo el proceso penal, a fin de poder

¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés) adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. En vigor a partir del 23 de marzo de 1976.

contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente.

“Por derecho de defensa técnica adecuada, puede entenderse el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente a cualquier diligencia en la carpeta de investigación y a lo largo de todo el proceso penal, a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente”

La vigencia de este derecho fundamental supone, como lo señala MORENO CATENA, el reconocimiento del ordenamiento jurídico a un derecho de signo contrario, el derecho que tiene el imputado o procesado de hacer uso de una adecuada defensa.

De tal manera que la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. También confluyen en la defensa otras formalidades como reglas de debido proceso y derechos, que solo para efectos de ejemplo podemos describir como el derecho que tiene todo imputado a ser considerado y tratado como inocente hasta que se demuestre su responsabilidad; a comunicarse con un familiar y con su defensor cuando sea detenido, debiendo brindarle el ministerio público todas las facilidades para lograrlo; a declarar o a guardar silencio, en el entendido que su silencio no podrá ser utilizado en su perjuicio; a estar asistido de su defensor al momento de rendir su declaración, así como en cualquier otra actuación y a entrevistarse en privado previamente con él antes de rendir cualquier declaración; a que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el ministerio público o el juez de control, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, así como, en su caso, el motivo de la privación de su libertad y el servidor público que la ordenó,

exhibiéndosele, según corresponda, la orden emitida en su contra; a no ser sometido en ningún momento del procedimiento a técnicas ni métodos de maltrato que atenten contra su dignidad, induzcan o alteren su libre voluntad; a solicitar ante la autoridad judicial la modificación de la medida cautelar que se le haya impuesto; a tener acceso él y su defensa a los registros de la investigación, así como a obtener copia gratuita de los mismos; a que se le reciban los medios pertinentes de prueba que ofrezca, concediéndosele el tiempo necesario para tal efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite; a ser juzgado en audiencia por un Tribunal de enjuiciamiento, antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no excede de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa; a tener una defensa adecuada por abogado (*sic*) al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención y, a falta de este, por el defensor público que le corresponda, así como a reunirse o entrevistarse con él en estricta confidencialidad; a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete en el caso de que no comprenda o hable el idioma español; a no ser expuesto a los medios de comunicación; a solicitar desde el

momento de su detención, asistencia social para los menores de edad o personas con discapacidad cuyo cuidado personal tenga a su cargo; a obtener su libertad en el caso de que haya sido detenido, cuando no se ordene la prisión preventiva, u otra medida cautelar restrictiva de su libertad; a que se informe a la embajada o consulado que corresponda cuando sea detenido, y se le proporcione asistencia migratoria cuando tenga nacionalidad extranjera. (Artículo 20, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos y 110, 112, 113, 114, del Código Nacional de Procedimientos Penales).

Cada uno de estos derechos fundamentales se traducen en su conjunto en las reglas del debido proceso a que tiene todo imputado, mismos que podemos encontrar reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos que expresa, junto al derecho a la presunción de inocencia, el derecho de toda persona acusada de delito a un juicio público en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

En términos semejantes se reitera este derecho en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), resaltándose la comunicación libre y privada con el defensor y la irrenunciabilidad del derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado.

III.3 La oralidad

La oralidad es el medio por excelencia para poner en marcha los principios rectores del sistema acusatorio. Esto es, el proceso penal estará presidido por la idea de debate, de controversia, de contradicción, de lucha de contrarios y será la síntesis dialéctica de la actividad de las partes, encaminada a velar por los intereses que representan.

El proceso será un diálogo abierto en el que se exijan el cumplimiento de reglas y formalidades entre los diversos actores que confrontarán por el predominio de lo que consideran es la verdad procesal, en este sistema la trascendencia de la labor de los jueces tendrá una preeminencia sin precedentes en México, pues se convierten en los garantes de los derechos humanos, derechos fundamentales y garantizan con cada una de sus actuaciones las ya mencionadas reglas del debido proceso.

El cambio de paradigma, cada vez más cercano en el horizonte de un sistema mixto-inquisitivo a otro acusatorio, es revolucionario y equivalente al que se dio en la ciencia, al transitar de las férreas y monológicas leyes de la física clásica a los principios, más dialógicos interactivos y tolerantes de la física cuántica, es pues, un cambio trascendental en el sistema tradicional de Derecho Penal.

III.4 El derecho a saber de qué se le acusa (Formulación de imputación)

Es obvio que nadie puede defenderse de algo que no conoce, resulta ahora un principio básico que se traduce en una regla básica del debido proceso, la obligación que tiene el agente del Ministerio Público de comunicar al imputado que existe una investigación en su contra¹³, la que de manera concreta es la comunicación que el Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del juez de control, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito.

En el caso de detenidos al momento de la comisión del delito o inmediatamente después de haberlo cometido o caso urgente, después que el juez de control haya calificado de legal la detención, el ministerio público deberá formular la imputación, acto seguido podrá solicitar la vinculación del imputado a proceso sin perjuicio del plazo constitucional que pueda invocar el imputado o su defensor.

Cabe destacar que el imputado no podrá negarse a proporcionar su completa identidad, debiendo responder las preguntas que se le dirijan con respecto a esta y se le exhortará para que se conduzca con la verdad. También se traduce en un derecho su deseo a proporcionar sus

datos en voz alta o si prefiere que estos sean anotados por separado y preservados en reserva.

III.5 El derecho a ser oído (derecho a declarar o guardar silencio)

La base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, agregando incluso todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible, o inhibir la persecución penal. Este derecho fundamental permite que el órgano jurisdiccional de manera directa y sin intermediario escuche la versión del acusado sobre los hechos que se le imputen.

El derecho a la no incriminación busca equilibrar el interés del Estado en ejercer el *ius puniendi* y el derecho del individuo a no ser condenado por sus propias declaraciones, y también es partida de nacimiento de un derecho instrumental protector.

Así, el derecho a la no autoincriminación protege de ser obligado a declarar contra sí mismo, y el derecho de guardar silencio protege de ser obligado a responder (contra uno mismo o contra otro), pero ambos, protegen al imputado de sufrir consecuencias negativas para quien los ejercita.

De esta forma el imputado tiene derecho a declarar o callar, de la manera que prefiera, pues es él quien controla la oportunidad y contenido

¹³ Art. 309 Código Nacional de Procedimientos Penales.

de la información que desea incorporar al proceso. Asimismo, creemos que puede negar la pretensión punitiva, pero guardar silencio sobre los hechos que sustentan dicha pretensión, también podría hablar sobre su coartada o propia teoría del caso, pero guardar silencio sobre los hechos que sustentan la teoría del caso del ministerio público o fiscal u otra parte procesal.

Si el imputado decidiera declarar en relación a los hechos que se le imputan, se le informarán sus derechos procesales relacionados con este acto y que lo que declare puede ser utilizado en su contra, se le cuestionará si ha sido asesorado por su defensor y si su decisión es libre. Si el imputado decide libremente declarar, el ministerio público, el asesor jurídico de la víctima u ofendido, el acusador privado —en su caso— y la defensa, podrán dirigirle preguntas sobre lo que declaró, pero no estará obligado a responder las que puedan ser en su contra.

No parece razonable sostener que los datos de identificación personal, antecedentes sobre el lugar y fecha de nacimiento, ocupación, o consultas sobre el estado físico y emocional, puedan ser eludidos por el derecho a guardar silencio; por ello, podemos precisar que el derecho a guardar silencio esta coligado con la imputación fáctica de la pretensión

punitiva que sirve de sustento de la teoría del caso del ministerio público.

III.6 Cadena de custodia

En este nuevo sistema los especialistas (peritos, criminalistas, médicos, ingenieros, fotógrafos, etc.), serán los únicos encargados de procesar la escena del delito mediante una estricta técnica de protección y preservación de datos, escena a la que no deberá asistir el ministerio público porque a partir de ese momento, esta serie concatenada de actos para preservar los indicios de la escena del delito se conoce como cadena de custodia, la cual se puede definir como el procedimiento controlado que se aplica a los indicios materiales relacionados con el delito, desde su localización hasta su valoración por los encargados de su análisis y que tiene como fin no viciar el manejo que de ellos se haga y así evitar alteraciones, sustituciones, contaminaciones o destrucciones¹⁴.

Desde la ubicación, fijación, recolección, embalaje y traslado de la evidencia en la escena del siniestro, hasta la presentación al debate, la cadena de custodia debe garantizar que el procedimiento empleado ha sido exitoso, y que la evidencia que se

¹⁴ Ponencia de la Q.F.I Sara Mónica Medina Alegría, sobre la Importancia de la Cadena de Custodia en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).

recolectó en la escena, es la misma que se está presentando ante el tribunal, o el analizado en el respectivo dictamen pericial.

El abogado defensor deberá verificar el estricto cumplimiento de cada uno de los pasos del protocolo pues ello se traducirá en el valor que va a tener en el proceso y en caso de haberse vulnerado deberá impugnarse, por lo vicios que presente.

“El abogado defensor deberá verificar el estricto cumplimiento de cada uno de los pasos del protocolo pues ello se traducirá en el valor que va a tener en el proceso y en caso de haberse vulnerado deberá impugnarse, por lo vicios que presente”

IV. Actos de investigación que requieren autorización previa del juez de control

Forma parte de nuestra nueva cultura jurídica la necesidad de que el agente del Ministerio Público deba contar con la autorización de un juez de control para efectuar actos de

molestia sobre la persona del imputado, sobre sus cosas, posesiones o derecho, esto es que, requieren de autorización previa del juez de control todos los actos de investigación que impliquen afectación a derechos fundamentales, establecidos en la Constitución, como son:

- I. La exhumación de cadáveres;
- II. Las órdenes de cateo;
- III. La intervención de comunicaciones privadas y correspondencia;
- IV. La toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma, y
- V. El reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquélla se niegue a ser examinada.

De esta forma en la visión de un estado de derecho democrático, garantista, que se traduce en que en el proceso judicial existe un tipo de subjetividad, basada en valoraciones o sospechas subjetivas y no en demostraciones empíricas, que acentúa la arbitrariedad y degenera en lo que se llama “juicio sin verdad”, situación que se pretende corregir. Cuando en el derecho penal se busca una verdad sustancial carente de límites legales, se producen juicios de valor y juicios penales potestativos

que son característicos del autoritarismo, y en los modelos autoritarios encontramos aspectos políticos y valoraciones subjetivas que predeterminan las decisiones a través de una alta discrecionalidad, lo cual desemboca en arbitrariedad descontrolada, abusos y limitaciones a la libertad.

Por el contrario, la verdad formal se apoya en la indagación procesal y la búsqueda de pruebas, es una verdad parcial solamente probable y opinable, pero que se fundamenta en la presunción de no culpabilidad ante la duda o a falta de pruebas.

IV.1 Justicia restaurativa

La justicia restaurativa se presenta como una nueva forma de justicia, diferente de la justicia retributiva (ojito por ojo, diente por diente) a la que estamos acostumbrados. La justicia ordinaria se basa en la acción policial y en el proceso judicial.

La justicia restaurativa utiliza métodos de diálogo que ponen en contacto a la víctima con el infractor, en presencia de la comunidad en la que se da el conflicto. El objetivo de este encuentro es que todos los que se han visto afectados por el delito se reúnan y puedan dialogar, tomar conciencia de lo sucedido, sus causas y sus consecuencias, así como proponer medidas que reparen el daño causado y reintegren al infractor en la comunidad.

Pero, la justicia restaurativa es un proceso de colaboración que involucra a las "partes interesadas primarias", es decir, a las personas afectadas de forma más directa por un delito, en la determinación de la mejor manera de reparar el daño causado por el delito. Pero, ¿quiénes son las partes interesadas primarias en la justicia restaurativa y cómo deben participar en la búsqueda de la justicia? y la respuesta a la interrogante anterior como se ha venido diciendo, son las víctimas afectadas directamente y los imputados, entre los que podrán formar parte de esa cultura los abogados penalistas.

Por ello, la cultura del abogado litigante, será la de propiciar el reconocimiento de la responsabilidad por los actos efectuados, sin pensar necesariamente en la cárcel como consecuencia.

IV.2 Medios alternativos de solución de controversias

La justicia restaurativa constituye una excepcional oportunidad para que el sistema de justicia mexicano democratice la práctica del valor de justicia, y para que se operen programas que sean instrumentados en el lugar y tiempo donde los conflictos se susciten, es decir, para facilitar la sanación de heridas emocionales de los protagonistas del conflicto y mantener, en consecuencia, sano el tejido social,

desactivando conflictos cuya detonación produce consecuencias tan graves como la violación del bien de mayor jerarquía de nuestra especie como lo es la vida.

El cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución, establece que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial, estas figuras son:

Conciliación.- Esos medios constituyen una propuesta que supera la concepción rígida del sistema jurisdiccional e implican un enfoque distinto del derecho procesal, al avanzar en la construcción de posibles soluciones, con la participación de los mismos afectados; lo que resulta en una menor carga litigiosa para el Estado, haciendo énfasis en la corresponsabilidad social.

Mediación.- Esos medios constituyen una propuesta que supera la concepción rígida del sistema jurisdiccional e implican un enfoque distinto del derecho procesal, al avanzar en la construcción de posibles soluciones, con la participación de los mismos afectados; lo que resulta en una menor carga litigiosa para el Estado, haciendo énfasis en la corresponsabilidad social.

IV.3 Prueba ilícita

Por mucho tiempo ha sido una tarea indispensable en el litigio del abogado penalista, lograr depurar los procesos penales de pruebas ilícitas, (cateo, declaraciones sin abogados presentes, tomas de fluidos sin autorización, declaraciones coaccionadas, intervenciones telefónicas sin orden, manipulación o alteración de evidencias, robo de evidencias, solo por nombrar algunas) este reto hoy tiene un referente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código Nacional de Procesos Penales, y que se incluye en nuestro nuevo lenguaje jurídico: la prueba ilícita.

Pero partamos de la siguiente regla, la licitud de la obtención de la fuente de prueba por parte del ministerio público, es un requisito intrínseco de la actividad probatoria, consistente en que solo son admisibles como medios de prueba aquellos cuya obtención se haya producido conforme a las reglas de la legislación constitucional, procesal y de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, por lo que comprende tanto las formalidades esenciales del procedimiento para la obtención de evidencias o fuentes de pruebas como las diligencias de cateo, intervenciones de comunicaciones privadas, arraigos, cuya falta o quebrantamiento de la formalidad en su obtención permite declarar la

prueba obtenida; en tanto, que el aspecto material del principio de licitud exige que esta no se haya obtenido por medio del engaño, coacción, tortura física o psicológica, ni por medios hipnóticos o por efectos de narcóticos; al constituirse como una barrera que han construido las sociedades democráticas para frenar el poder punitivo del Estado como exigencia básica para los funcionarios encargados de la persecución penal¹⁵.

El ejercicio del *ius puniendi* que detenta el estado tiene límites, que obligan a que la verdad se obtenga dentro de cánones del debido proceso; es prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de derechos fundamentales (como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de comunicaciones: por ejemplo, el acta de cateo practicada sin consentimiento del titular o mediante resolución judicial de un juez de garantías, o la intervención de comunicaciones practicadas de la misma manera); o lesionando derechos constitucionales (como el derecho a la defensa; así, como el imputado sin haber sido informado de sus derechos; o a través de medios que la Constitución prohíbe (por ejemplo, la confesión arrancada mediante tortura, que vulnera el derecho a la integridad física o la

coacción para obtener declaraciones sobre “ideología, religión o creencia”, proscripta por el derecho a la libertad ideológica y de conciencia).

Por lo demás, aunque la ilicitud probatoria tiene lugar normalmente en la fase preliminar o de la investigación, puede producirse también en el juicio oral; así, sucede cuando el testigo no es advertido de que tiene derecho a no declarar por razones de parentesco.

La exclusión de la prueba ilícita supone la imposibilidad de admitirla y valorarla, esto es, su inutilización en el proceso, o si se quiere, su nulidad. Pero la prueba ilícita es solo un supuesto particular de la prueba nula, porque nula puede ser también la prueba obtenida vulnerando otras reglas legales de formación y adquisición de la prueba. En todo caso es evidente que esta importante regla de exclusión merma las posibilidades de averiguación de esclarecimiento de los hechos objeto del proceso acusatorio.

Es por lo tanto, el abogado defensor en el sistema penal acusatorio, quien de acuerdo a su conocimiento, argumentación, la oralidad, su teoría del caso, presunción de inocencia del imputado, el debido proceso, el respeto a los derechos humanos y los tratados internacionales de que el Estado Mexicano sea parte, lo que originará resoluciones favorables en beneficio de nuestros defendidos.

¹⁵ PÁSARA, Luis, *La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto en la administración de justicia*, Ministerio de Justicia, Perú 2004, p. 9.

V. Procedimiento abreviado

En esta figura jurídica novedosa, existe renuncia expresa del imputado al juicio oral y aceptar el hecho que se le imputa, valorando el beneficio que la ley le otorga por ello, el juez de control podrá otorgar valor probatorio a los antecedentes del caso obtenidos por el ministerio público en la investigación realizada, sin que deban desahogarse y depurarse por medio de la contradicción en audiencia pública, cumpliendo los demás requisitos establecidos para tales efectos, ya que debemos suponer que las partes reconocen el valor probatorio que dichas constancias poseen, de lo cual se deduce que no existirá contienda futura, situación a la que el juez no puede oponerse.

“el abogado defensor en el sistema penal acusatorio, quien de acuerdo a su conocimiento, argumentación, la oralidad, su teoría del caso, presunción de inocencia del imputado, el debido proceso, el respeto a los derechos humanos y los tratados internacionales de que el Estado Mexicano sea parte, lo que originará resoluciones favorables en beneficio de nuestros defendidos”

La Constitución Federal, establece en su artículo 20, Aparatado A, fracción VII que:

Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del imputado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito...

El ministerio público podrá solicitar la apertura del procedimiento abreviado después de que se dicte auto de vinculación a proceso y existan medios de convicción suficientes para sustentar la acusación y hasta antes de que se dicte auto de apertura a juicio oral.

Si no se hubiere formulado aún acusación, el ministerio público la formulará verbalmente en la audiencia que el juzgado convoque para resolver la solicitud de procedimiento abreviado, a la que deberá citar a todas las partes.

Si dicha solicitud se plantea en la misma audiencia donde se determine la vinculación a proceso del imputado, la acusación podrá ser formulada verbalmente o por escrito en dicha audiencia, para lo cual únicamente deberán hacerse saber los hechos por los cuales se acusa al imputado, así como la clasificación jurídica del delito que se imputa y se

procederá en lo demás conforme a las reglas de este capítulo. Si ya se hubiere formulado acusación, el ministerio público podrá ampliarla o, en su caso, modificarla verbalmente en la audiencia intermedia y solicitar una pena distinta, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este capítulo.

Conclusiones

Primera. En la reforma Constitucional de 2008, no solo se modificaron las reglas de un procedimiento, con la inclusión de un sistema acusatorio, se introdujeron tres posturas filosóficas, la primera de ellas estableció un sistema procesal penal acusatorio y oral, bajo los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, sobre la base o piedra angular del principio de presunción de inocencia; la segunda postura filosófica es una visión de derecho garantista, creada por Luigi FERRAJOLI, quien precisa que el garantismo es un modelo ideal del estado de derecho que se entiende como estado liberal protector de los derechos de la libertad, y también como estado social, llamado a proteger también los derechos sociales y la estricta legalidad; la tercera postura filosófica tiene que ver con un derecho penal de excepción, propuesto por el tratadista alemán Günther JAKOBS, quien lo denomina derecho penal del enemigo, que

propone la considerable restricción de garantías y derechos procesales del imputado.

Segunda. Con la adopción del sistema procesal acusatorio y una visión de corte garantista, la estructura del proceso penal, tanto el Ministerio Público, como los abogados litigantes y los órganos jurisdiccionales implica cambiar paradigmas, superar barreras, modificar la forma de litigar, pues deberán asumir plenamente las nuevas competencias y habilidades que exige este nuevo procedimiento, así como el uso de las nuevas herramientas, desarrollar nuevas destrezas que implican en nuevo rol, adquirir nuevas habilidades, imponerse al estudio técnico de cada caso y conocer las nuevas herramientas de un sistema novedoso, tales como derechos humanos, derechos fundamentales, presunción de inocencia, defensa técnica adecuada, no auto incriminación, cadena de custodia.

Tercera. En la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, se incluye en nuestro sistema constitucional el concepto Derechos Humanos, y los Tratados Internacionales.

Fuentes consultadas

Bibliografía

BINDER, Alberto, «La cultura jurídica entre la tradición y la innovación», en PÁSARA, Luis

- (ed.), *Los actores de la justicia latinoamericana*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2007.
- BINDER, Alberto. «¿Qué significa cambiar la justicia penal?», *Revista del Instituto de Ciencia Procesal Penal*, 1^a ed., junio, Lima 2006.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil*, Colex, Madrid 1996.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 2004.
- GRACIA MARTÍN, Luis, «Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "derecho penal del enemigo" en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, Vol. I, Edisofer, Buenos Aires 2006.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid 2006.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*. I. Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires 1996.
- PÁSARA, Luis, *La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto en la administración de justicia*, Ministerio de Justicia, Perú 2004.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Legislación Internacional

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

EL ROL DEL DEFENSOR PÚBLICO EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA

Héctor GARCÍA AGUIRRE*

SUMARIO: Introducción; I. Antecedentes históricos; II. Los grandes juicios de la historia: una bien razonada defensa material que convence comunidades, pero no a los tribunales; III. La defensa en su relación con los demás operadores del NSJP: el antes y después; IV. La inequidad en la representación de los protagonistas en el NSJP; V. El debido proceso en la defensa del imputado; VI. La defensa y el acopio de pruebas periciales; VII. Un día cualquiera en la vida laboral de un Defensor Público; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Resumen

En este artículo se incluyen tópicos sobre la defensa material que desplegaron personajes de nuestra historia universal que marcaron un hito en la filosofía, la religión y la ciencia; me refiero a Sócrates, el hijo pródigo de Atenas; Jesús de Nazareth, fundador de una de las religiones más populares del mundo y Galileo Galilei, científico italiano que retó a esa otrora inexpugnable fortaleza como lo fue la iglesia católica del renacimiento. Se tocan algunos temas controversiales como lo son: la desigualdad de armas para la víctima e imputado al exigirse mayores requisitos constitucionales y procesales al representante del imputado que al de la víctima; el dilema del defensor público a quien en ocasiones se le coloca entre el derecho y la justicia; la defensa del principio de legalidad en la persona del justiciable.

* Licenciado en *Derecho* por la Universidad Autónoma de Veracruz; Maestro en *Do Penal* por la Universidad Autónoma de Chihuahua donde cursa actualmente el programa de doctorado en *Derecho*. Cuenta con un diplomado teórico-práctico en Justicia Constitucional y Actualización Jurisprudencial y otro en temas de derecho penal impartido por la Escuela Judicial del Supremo Tribunal de Justicia del estado de Chihuahua. Es capacitador certificado por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC).

En el servicio público en el estado de Chihuahua ha sido Juez de Primera Instancia Penal, agente del Ministerio Público, Subprocurador de Justicia, Delegado de la Procuraduría General de la República y actualmente Defensor Penal Público por oposición del Nuevo Sistema de Justicia Penal.

Introducción

El año 2007 marcó un parteaguas decisivo y trascendental en la historia judicial del estado de Chihuahua, la anacrónica forma de administrar el derecho, que en las pasadas décadas daba sus últimos estertores, dio paso a un nuevo estilo de intervención del Derecho Penal en los conflictos sociales; así, la reforma penal publicada en 2006 convirtió a nuestra entidad en pionera nacional en la instauración del sistema penal acusatorio¹ en los tiempos modernos.

“El rol del defensor –público o particular– se vio redimensionado al dársele un papel más activo en todos los actos del proceso, presencia sin la cual carece de validez cualesquiera de ellos y si consideramos que la actividad defensiva es por excelencia oral – excepcionalmente escrita– habremos de comprender el insustituible papel que juega el defensor en el NSJP”

¹ De aquí en adelante le denominaré NSJP (Nuevo Sistema de Justicia Penal).

La reforma fue producto de todo un movimiento legislativo apoyado unánimemente por todas las fuerzas políticas del Estado; tan necesario resultaba el cambio, que no hubo oposición al mismo; el consenso tuvo como fuente real o antecedente inmediato el anhelo social de contar con instituciones que se condujeran con transparencia y celeridad en la procuración y administración de justicia, atributos directos e inmediatos sobre los cuales se cernía la crítica social y mediática.

El rol del defensor –público o particular– se vio redimensionado al dársele un papel más activo en todos los actos del proceso, presencia sin la cual carece de validez cualesquiera de ellos y si consideramos que la actividad defensiva es por excelencia oral –excepcionalmente escrita– habremos de comprender el insustituible papel que juega el defensor en el NSJP, así lo marca el artículo 7 del Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua²:

Toda persona, desde el momento de su detención o comparecencia y a partir de la realización de cualquier diligencia ante el Ministerio Público o autoridad judicial, con el carácter de posible autor o partícipe de un hecho punible, y hasta el fin de la

² Art. 7 del Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua.

ejecución de la sentencia que imponga una pena o medida de seguridad, tendrá derecho a una defensa adecuada...;

contra lo que comúnmente se acostumbraba en el sistema inquisitivo en el que, una vez que se acumulaba un buen número de expedientes con diligencias recién engrosadas, se le llamaba al defensor para que pasara a firmar sin siquiera haber presenciado el acto.

I. Antecedentes históricos

La indignación ante el abuso de poder ha sido siempre un atributo inmanente al hombre social, seguramente en los albores de la prehistoria, algún miembro de la tribu alzó la voz o el mazo más de una vez en contra del arbitrario.

Escasos registros existen en la literatura jurídica universal sobre la figura del defensor, ya sea porque algunas sociedades organizadas en la historia del hombre impartían de tal forma la justicia, que no había necesidad de cuestionar el resultado del proceder y fallo del juzgador; pero también es probable, en otras, que ante el poder omnímodo y temible de la autoridad militar, eclesiástica o civil, ninguna persona en su sano juicio, se atrevería a refutar el proceso ni las decisiones, ejemplo de ello lo tenemos en las ordalías o

“Juicios de Dios”³, en donde nadie se hubiera atrevido a controvertir el método para determinar la culpabilidad del acusado debido al origen divino que se atribuía al resultado y quien lo hubiera hecho, estaba prácticamente desafiando el poder de Dios que en la edad media era poco más que un suicidio; tan irracionales eran las pruebas, la del fuego o la del agua, como fatal el resultado y no había quien se atreviera a enfrentar el régimen de ignorancia y superstición imperante en esa época so pena, para quien lo intentara, de perder su libertad, su salud e incluso la vida.

En España incluso, de donde depende buena parte de nuestra tradición jurídica, la llegada de la figura del defensor del acusado fue tardía, no hubo en los creadores de la Constitución Política de la Monarquía Española, conocida como Constitución de Cádiz de 1812, quien elevara su voz para proteger los derechos del acusado, no obstante que entre los diputados a la asamblea había liberales de gran capacidad intelectual como abogados, sacerdotes y escritores; no fue sino hasta la publicación del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 en que se consideró la figura de la defensa, cuando, en las disposiciones comunes respecto a

³ *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Cárdenas editor y distribuidor, México 1991, pp. 1068-1069.

todos los que ejercen jurisdicción ordinaria, se estableció, en el artículo 2 que:

Deberán, bajo la más estrecha responsabilidad, cada uno en cuanto le pertenezca, administrar y hacer que se administre, gratuitamente cumplida justicia a los que según las leyes estén en la clase de pobres, lo mismo que a los que paguen derechos; cuidando también de que en sus pleitos y causas los defiendan y ayuden de balde, como deben, los abogados y curiales⁴.

En el México independiente, el antecedente más sólido que se tiene acerca del papel del defensor lo tenemos en el artículo 20 fracción V de la Constitución de 1857, el cual disponía que «En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías: Que se le oiga en defensa por sí ó por persona de su confianza, ó por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que, ó los que le convengan.»; sin embargo carecía este ordenamiento de alguna exigencia académica o profesional

⁴ Art.2 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1935, disponible en: http://rodas.us.es/file/8abe5820-b17b-3eac-46c2-a98782f54d46/3/reglamento_provisional_admon_justicia_SCORM.zip/page_01.htm, consultado en 2014-02-09.

para desempeñarse como defensor; omisión que se repitió en la Constitución de 1917 dado que en su Artículo 20 se matizó únicamente la presencia del defensor en todos los actos del juicio, que en términos de protección de los derechos del imputado, esto resultó ya un gran avance; no es sino hasta la reforma de 1993 en la cual se estableció la calidad profesional del defensor, que debía ser, abogado; por su parte el Código de Procedimientos Penales de Chihuahua amplió considerablemente las garantías del imputado al establecer en los artículos 7 y 140 la calidad específica del defensor, esto es, un licenciado en Derecho con cédula debidamente registrada; así que, cuando se publicó la reforma constitucional de 2008, ya nuestra entidad estaba un paso adelante en este y otros tópicos los cuales inspiraron al legislador federal en la reforma constitucional de 2008.

II. Los grandes juicios de la historia: una bien razonada defensa material que convence comunidades, pero no a los tribunales

Una insoportable imputación condujo al más grande filósofo de la historia a un juicio aberrante del cual derivó una de las sentencias más viscerales de la historia antigua. La principal acusación llevada ante los jueces, según Platón fue, entre otras, la siguiente:

Sócrates es un impío; por una curiosidad criminal quiere penetrar lo que pasa en los cielos y en la tierra, convierte en buena una mala causa y enseña a los demás sus doctrinas...Sócrates es culpable, porque corrompe a los jóvenes, porque no cree en los dioses del Estado y porque, en lugar de éstos, pone divinidades nuevas bajo el nombre de demonios⁵.

Frente a la abrumadora cantidad argumentos del filósofo ateniense, Anito, su principal acusador guardó silencio y cuando habló solo fue para confirmar que aquel gran pensador tenía razón, la apología de Sócrates llevada ante los 556 jueces (según Platón), hubiera sido suficiente para satisfacerlo en sus pretensiones: «Si en justicia es preciso adjudicarme una recompensa digna de mí, ésta es la que merezco: el ser alimentado en el Pritaneo»; sin embargo fue sentenciado a muerte en una segunda votación; la cicuta terminaría con su vida, inmortalizando su nombre, a través de sus discípulos Platón y Jenofonte, entre otros.

No hubo defensa técnica; si bien es cierto, los argumentos del maestro resultaban incontrovertibles, no menos evidente es que cierta parte de su discurso lo condenó; él hizo uso de su derecho a expresarse, porque así lo quiso, de nada se arrepentía, parece

ser que Lisias uno de los grandes oradores áticos estaba presente y no aceptó su ayuda como defensor, pues como narra Platón en sus Diálogos, Sócrates con toda dignidad dijo: «...quiero más morir después de haberme defendido como me he defendido que vivir por haberme arrastrado ante vosotros»⁶.

En otro lugar de la tierra a 680 millas náuticas de Atenas y 430 años después, otro crimen de Estado se cernía sobre uno de los hombres más influyentes del mundo occidental. Nacido según la Biblia, en Nazareth, pasó su juventud predicando entre los de su raza: los judíos, sin hacer mal a nadie. Una serie de intrigas tramadas en su contra lo llevaron ante el sumo sacerdote, posteriormente a Pilatos y de vuelta a casa de Caifás en donde, como de todos es conocido, fue sentenciado a muerte en un juicio sumarísimo, sin garantía judicial alguna, con violación total de sus derechos humanos, sobre todo, sin defensor que le asistiera y aunque Nicodemo pudo haber hecho un buen papel, el librarlo de la muerte hubiera cambiado el rumbo de la historia que en nada convenía a los designios divinos según el dogma cristiano. El doctor Ignacio BURGOA ORIHUELA en su libro *El proceso de Jesucristo* recoge de una manera magistral la serie de violaciones procesales cometidas en ese remedo de juicio. Alguien pudo haberle advertido al nazareno, desde

⁵ PLATÓN, *Diálogos*, Editorial Porrúa, Vigésimoséptima edición, México 2001, pp. 3 y 7.

⁶ *Ibidem.*, p. 22.

el punto de vista de la defensa técnica que: «todo lo que diga será usado en su contra» y como atinadamente lo complementa nuestro maestro Octavio RODRÍGUEZ GAYTÁN⁷: «...pero también en su beneficio si así lo demuestra», sin embargo parece ser que en la respuesta que Jesús diera al sumo sacerdote, estuvo su condena: «...Te ordeno en el nombre del Dios viviente que nos digas si eres el Cristo, el Hijo de Dios. —Tú lo has dicho —respondió Jesús—»⁸; por un lado fue suficiente para que se le condenara por blasfemia, sin embargo, desde el punto de vista estricto del derecho procesal, lo que Cristo hizo fue una declaración más no una confesión, porque quien blasfemó en todo caso fue Caifás, recibiendo por respuesta un «tú lo has dicho» frase que fue tergiversada por el sumo sacerdote y usada en su contra y aunque en la Ley mosaica se castigaba con lapidación el delito de blasfemia —no en la cruz propia de los romanos—, hasta en este aspecto fue el juicio hecho a modo para llevar al sentenciado a la crucifixión; por otra parte era muy complicado para el acusado, en su defensa material, probar su teoría del caso: que su reino no era de este mundo y que había venido al mundo para dar testimonio de la verdad, según lo narra Marcos

en su evangelio; no tenía el imputado en ese momento forma de probar sus afirmaciones porque el dogma se interponía entre su dicho y la aplicación del derecho.

La ciencia, en la persona de Galileo Galilei, no se vio exenta de los avatares de la ignorancia; a la teoría geocéntrica de la iglesia católica, el eminente científico opuso su teoría heliocéntrica; durante el juicio, celebrado en Roma en 1633 el mismo Galileo asumió su defensa, expuso con meridiana claridad el por qué de sus afirmaciones; el principal impulsor del método científico probó que alrededor del sol giraban los planetas, de ahí el heliocentrismo de su hipótesis; probó que la tierra se movía, que en la luna había montañas, que la tierra tenía un movimiento diario, etc., argumentos sólidos en defensa de su teoría los cuales no pudo controvertir la Inquisición ni redargüirlos de falsedad; pero era una lucha desigual del poder de la iglesia cuyo sustento era la fe en la Biblia contra todo lo racional que pudiera haber en los alegatos del acusado, porque en aquél tiempo lo preeminente para el Tribunal de la Inquisición era el dogma no la razón.

La sentencia condenatoria fue dictada el 22 de junio de 1633 imponiéndosele una pena consistente en:

...abandonar para siempre la opinión falsa que sostiene que el

⁷ Juez de Garantía del Distrito Judicial Morelos, estado de Chihuahua.

⁸ BIBLIA CRISTIANA, Evangelio según Mateo.

Sol es el centro e inmóvil, siendo prohibido el mantener, defender o enseñar de ningún modo dicha falsa doctrina... yo abjuro, maldigo y detesto los errores y herejías mencionados, y en general, todo error y sectarismo contrario a la Sagrada Iglesia;....⁹.

Para un científico de la talla de Galileo, esta «confesión» era una verdadera afrenta: años de observaciones, planteamiento de problemas, hipótesis, objetivos, pruebas, argumentos, todo echado por la borda (por lo pronto) para salvar su vida, que a despecho de sus detractores, todavía vivió nueve años más desplegando una actividad científica de gran valía para la humanidad en las matemáticas, y la astronomía.

III. La defensa en su relación con los demás operadores del NSJP: el antes y después

El primer día de enero de 2007 marcó el inicio de una nueva época para la procuración y administración del derecho penal en Chihuahua, atrás quedaba la simulación, la improvisación, el farragoso expediente que hasta entonces tenía un solo dueño: el Tribunal; la víctima no sería ya más un simple delator; ya no más peritajes ratificados con una

⁹ Documento disponible en: [\[http://abrisqueta.blogspot.mx/2011/10/juicio-galileo-galilei.html\]](http://abrisqueta.blogspot.mx/2011/10/juicio-galileo-galilei.html), consultado en 2014-02-10.

firma para su validez; nunca más el agente captor reiterando en el papel su parte informativo; no más la disyuntiva entre las dos únicas medidas cautelares personales: caución o prisión preventiva; a la zaga quedaría la perniciosa costumbre de las partes del proceso simulando su presencia en la sala de diligencias: el juez leyendo o firmando expedientes en su oficina mientras, con un sorprendente don de la ubicuidad, también aparecía presente en la declaración del acusado, por otra parte el agente del Ministerio Público o el defensor recorrían el tribunal de escritorio en escritorio estampando sus firmas en actos procesales en los que, según ellos, estuvieron presentes. No más escribientes tomando la declaración de peritos, testigos, víctimas y acusados en nombre del juez; pero nunca más, sobre todo, el imputado rindiendo declaración, a modo, ante los agentes captores o del Ministerio Público sin la presencia del defensor, nunca más un órgano de prueba sino un medio de defensa.

Mutar paradigmas siempre ha sido un reto de la humanidad, dar paso a nuevas formas de vida parece que nos hace dejar, con cierta o mucha dificultad, la comodidad de la rutina; nada hay mejor para el conformista que continuar así, aunque sea insuficiente la actividad cotidiana para alcanzar mejores resultados. El gran conferencista norteamericano, ya desaparecido.

Stephen COVEY, decía en sus discursos: «Solo podemos lograr una mejora considerable en nuestras vidas cuando dejamos de cortar las hojas de la actitud y la conducta y trabajamos sobre la raíz, sobre los paradigmas de los que fluyen la actitud y la conducta».

El viejo sistema en Chihuahua no resistió más y ante el embate de una nueva generación de estudiosos del Derecho, sobrevino el cambio, surgieron nuevos modelos que marcarían para el Estado un nuevo derrotero en pos de la justicia; ahora, ante la inocultable imagen de los protagonistas se recrean sus intervenciones, argumentos, alegatos, examen y contraexamen; el juez está ahí, frente a todos, de carne y hueso, los ve, los escucha, advierte sus gestos, analiza y resuelve en su presencia; los partes informativos, aseguramientos, cualquier manifestación y cadenas de custodia de agentes captores e investigadores, son sometidos al inflexible análisis de los litigantes, ahí evidenciará el defensor la mendacidad o verosimilitud de sus actuaciones; el perito está frente al imputado para conocer de viva voz su pericia, su defensor puede ahora contrainterrogarlo, ahora puede el imputado, a través de los auxiliares técnicos de su patrocinador, sondar en lo más profundo de su conciencia y conocimiento para extraer la verdad o falsedad de su dictamen; los testigos

dejan de ser “de oficio” para convertirse en auténticos conductos para conocer la verdad histórica; todos los que de alguna forma u otra acudieron a las diferentes audiencias, pero primordialmente a la de debate de juicio oral, se verán inmersos en un profundo debate entre defensores y acusadores, sus respuestas y manifestaciones no pueden escapar al rígido control del contrainterrogatorio; la víctima participa activamente en todas las etapas del proceso ya sea por propio derecho o a través del acusador coadyuvante; no está más al alcance de su victimario en el Tribunal, el eficaz entramado de las TIC’s (Tecnologías de la información y las comunicaciones) está a su servicio para protegerla a través de cámaras remotas y en presencia únicamente del Tribunal para evitar su revictimización, pero no solo el agraviado por el injusto se siente seguro en este sistema, también todas aquellas personas con un alto grado de vulnerabilidad como los menores de edad, adultos mayores o testigos protegidos. Por otra parte, la amplia gama de medidas cautelares permiten al complejo tejido social adecuarlas a las circunstancias de imputados, víctimas y ofendidos «... para contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas, en un marco de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas» al decir del artículo 2 del

Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; su imposición no es producto del arbitrario criterio del juez, es ahora resultado de un debate debidamente fundado y motivado entre fiscal y defensor, el Tribunal decidirá finalmente sobre la idoneidad de la medida cautelar que debe aplicar, privilegiando siempre la excepcionalidad, proporcionalidad y los fines de su imposición.

IV. La inequidad en la representación de los protagonistas en el NSJP

La reforma penal de 2006 nos dio a los chihuahuenses la oportunidad de ver el proceso penal desde una perspectiva diferente, la equidad entre las partes sería un signo distintivo que quedó plasmado en diversas hipótesis normativas del Código de Procedimientos Penales, básicamente en los artículos 3, 12 y 13, en los que se privilegia la igualdad ante la ley, entre las partes e igualdad procesal, esto es, todos los sujetos procesales: policías, peritos, testigos, agentes del Ministerio Público, jueces (*lato sensu*), defensores, autoridades administrativas, pero sobre todo imputados y víctimas u ofendidos, tuvieron cabida en ese atributo fundamental; sin embargo, de las diversas disposiciones procesales de nuestro Código, e incluso constitucionales, puede advertirse que la balanza, en términos de una representación profesional de las partes en conflicto –imputado y

victima–, no está del todo equilibrada, trataré de probar esta hipótesis con los argumentos jurídicos que a continuación se exponen.

El artículo 20 apartado B fracción VIII de la Constitución Federal establece como derecho fundamental del imputado tener «....derecho a una defensa adecuada por abogado...»¹⁰.

“La reforma penal de 2006 nos dio a los chihuahuenses la oportunidad de ver el proceso penal desde una perspectiva diferente, la equidad entre las partes sería un signo distintivo que quedó plasmado en diversas hipótesis normativas del Código de Procedimientos Penales”

La defensa técnica del imputado, en términos del artículo 7 del Código de Procedimientos Penales inicia: «...desde el momento

¹⁰ Art. 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

de su detención o comparecencia y a partir de la realización de cualquier diligencia ante el Ministerio Público o autoridad judicial, con el carácter de posible autor o partícipe de un hecho punible...»¹¹ y culmina con: «...la ejecución de la sentencia que imponga una pena o medida de seguridad...»¹², puntualizándose en dicho precepto la calidad profesional del defensor, el cual deberá ser: «....licenciado en derecho con cédula profesional debidamente registrada»¹³.

Pero no solo habrá de asignársele al imputado un defensor que técnicamente conozca el Derecho Penal de corte acusatorio, el alcance de la garantía llega al entorno sociocultural del acusado en los siguientes términos: «Se procurará que los miembros de pueblos o comunidades indígenas, a quienes se impute la comisión de un delito, cuenten, además, con un defensor que posea conocimiento de su lengua y cultura»¹⁴, aspecto que se retomará en capítulo aparte.

No conforme el legislador con exigir determinada calidad profesional al defensor en el artículo 7º del Código Procesal Penal, lo reitera en el diverso 140 al señalar

¹¹ Art. 7 del Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua.

¹² *Ídem.*

¹³ *Ídem.*

¹⁴ *Ídem.*

que: «Solo podrán ser defensores los licenciados en Derecho con cédula profesional debidamente registrada para ejercer la profesión»¹⁵, pero el cuerpo de normas procesales no solo exige cierta calidad académica, también establece, en el artículo 143, quienes no pueden ejercer la defensa: testigos del evento, coimputados y los condenados por el mismo hecho, esto es, nos queda suficientemente claro que no cualquier persona puede fungir como defensor.

Antes de concluir el análisis de la personalidad de quien debe ejercer la defensa, es pertinente traer a colación la figura del defensor público regulada por el artículo 11 la Ley de la Defensoría Pública del estado de Chihuahua, el cual dispone, una vez más, que debe ser licenciado en Derecho.

Finalmente, cuando un postulante se presenta como defensor particular ante el Tribunal de Garantía, el encargado de sala le cuestiona sobre su calidad profesional, si es abogado, si cuenta con cédula profesional y si esta se encuentra registrada ante el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, una vez que se satisfacen todos y cada uno de los requisitos, el defensor particular puede hacerse cargo de la defensa del imputado; pero eso no es todo, una vez que empieza a ejercer,

¹⁵ Art. 140 del Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua.

si el juez advierte el desconocimiento del sistema penal acusatorio, puede declarar desierta la defensa y solicitar a la defensoría pública un defensor que sustituya al particular; así es el rigor de la defensa de los derechos del imputado.

Ahora bien, por cuanto hace a la calidad profesional del representante de la víctima en la persona de un agente del Ministerio Público, la Constitución nada dice al respecto, así, mientras el artículo 20 apartado B fracción VIII Constitucional establece la calidad profesional del defensor, en el apartado C del mismo precepto no hay una exigencia de tal naturaleza para quien representa a la víctima.

Es importante recordar que el día que entraron en vigor los artículos 7º y 140 del Código de Procedimientos Penales, incluso con sus reformas de 2009 y 2008 respectivamente, que exigían determinada calidad profesional al defensor, empataba con ellos el numeral 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en la cual se preveían las ausencias del representante de la víctima, estableciendo que en los lugares en los que no hubiera agente del Ministerio Público «...éstos serán suplidos por el Recaudador de Rentas de la localidad o quien haga sus veces»¹⁶; esta inequidad se prolongó

hasta el 2 de octubre de 2010, fecha en la cual entró en vigor el artículo 26 fracción IV de la Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado, en la que se anticipa que la mencionada ausencia sería suplida «...por quien designe su superior...»¹⁷, previsión que sigue vigente sin que para ese designio se haya estipulado qué calidad profesional debe tener. En un lapso de cuatro años –2007 a 2010–, un recaudador de rentas o quien hiciera sus veces podía representar a la víctima cuando al representante del imputado se le exigía, invariablemente, ser licenciado en Derecho.

Con los antecedentes planteados podemos asegurar que formalmente no existe equidad entre la persona que representa al imputado y la que representa a la víctima, ya que al final de cuentas quien debe tener un título de licenciado en Derecho y su cédula profesional registrada ante el órgano jurisdiccional deberá ser el defensor, sin que tal exigencia recaiga en las personas que representan al Ministerio Público; no omitiendo en este punto considerar que el artículo 21 fracción IV de la vigente Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado establece que quien aspire a tener tal calidad debe ser: «...Licenciado en Derecho, con autorización para el ejercicio de su

¹⁶ Art. 26 de la Ley Orgánica del Ministerio Público del estado de Chihuahua.

¹⁷ Art. 26 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General del estado de Chihuahua.

profesión»¹⁸, cualidad que no es corroborada por el órgano jurisdiccional, como sí lo es la del defensor; pudiéndose dar el caso que se presente a una audiencia ante los tribunales alguna persona que se ostente como agente del Ministerio Público sin que posea el reconocimiento necesario para ejercer el cargo y nadie se va a enterar que, en el mejor de los casos, se trataba de un pasante de derecho.

A manera de corolario diré que la víctima, como el imputado, debe ser representada con profesionalismo ante los tribunales, debe considerarse, que para alcanzar tal objetivo, todas las autoridades y ordenamientos legales e incluso la Constitución, deben exigir los mismos requisitos que para representar al imputado, así, y solo así, podremos hablar de la igualdad ante la ley, entre las partes e igualdad procesal.

V. El debido proceso en la defensa del imputado

Ejercer la defensa no es procurar a ultranza buscar la inocencia del imputado, es en el mejor de los casos, procurar que el proceso se siga conforme a los cánones establecidos con anterioridad al hecho, esto es, que se imponga el debido proceso y si con ello logramos que sus derechos le sean respetados puntualmente,

¹⁸ Art. 21 de la Ley Orgánica de la Fiscalía General del estado de Chihuahua.

entonces se habrá justificado la antigua acepción de la justicia atribuida a Domicio UMPIANO¹⁹.

“Ejercer la defensa no es procurar a ultranza buscar la inocencia del imputado, es en el mejor de los casos, procurar que el proceso se siga conforme a los cánones establecidos con anterioridad al hecho, esto es, que se imponga el debido proceso”

Ingrato resulta en ocasiones el papel del defensor; el natural y justificado clamor social se vuelca en contra del acusado y todo lo que le rodea –su defensor por supuesto– pero ahí está nuestro lugar, a su lado, aunque para unos sea el ser más despreciable, para el defensor será su razón de ser, se debe a él como el

¹⁹ MARGADANT S., FLORIS, Guillermo., *Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, Derecho Romano, Editorial Esfinge, Vigésimo tercera edición, México 1998, p. 99.

Ministerio Público a su víctima, el sacerdote a sus fieles o el médico a sus pacientes. El poeta del derecho Francisco CARNELUTTI pinta así, en parte, esta incomprendida profesión:

La esencia, la dificultad, la nobleza de la abogacía es esta: situarse en el último peldaño de la escala, junto al imputado. La gente no comprende aquello que, por lo demás, tampoco los juristas comprenden; y ríe, y se burla, y escarnece. No es un oficio que goce de los favores del público, el del Cirineo²⁰.

Enfrentar a la víctima u ofendidos o a la opinión pública no es cosa fácil, pudiéramos tener argumentos para enfrentar en buena lid a nuestra contraparte y vencerlo, o carecer de ellos y caer vencido en el terreno jurídico; pero enfrentar el reclamo de la víctima, de la sociedad o de los medios por el patrocinio de un imputado es, en ocasiones, una batalla perdida; el abogado particular puede bien cambiar de domicilio, de oficina y dar la cara al terminar la audiencia y posiblemente no la vuelva a dar jamás, pero el defensor de oficio está ahí, en la palestra, bajo el escrutinio público; su lugar de trabajo es uno, público, conocido, al alcance de todos; pues bien, eso obliga a la prudencia, a decir la verdad, a encarar nuestra

responsabilidad y decir las cosas como son; debemos entender al ánimo y dolor de las víctimas u ofendidos, cuando su patrimonio, su salud y hasta la vida de sus seres queridos, esto es, el bien jurídico tutelado por la norma ha sido violentado por quien ahora patrocinamos. Pero no solo de la víctima solemos ser blanco de reproches, cuando la resolución no resulta favorable al interés que representamos, también somos objeto de reclamo de nuestro propio representado y de su familia. Solo el defensor puede entender el argot jurídico con el que ha sido definida la suerte del acusado, su función será entonces, traducir en términos coloquiales la resolución, hacerlo con claridad y exactitud, sin rodeos y sin falsas expectativas.

VI. La defensa y el acopio de pruebas periciales

Mucho se ha discutido en diversos foros sobre la necesidad de la autonomía de los servicios periciales prestados por el Estado; el argumento es que, al ser un organismo público, no puede estar al servicio únicamente de la parte acusadora y si bien es cierto que, en nuestro caso, el artículo 109 del Código de Procedimientos Penales constriñe al Ministerio Público en el sentido de que: «...su investigación debe ser objetiva y referirse tanto a los elementos de

²⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Editorial Temis, Segunda edición, Colombia 2010, p.21.

cargo como de descargo...»²¹; también que el artículo del Reglamento de la Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado faculta a los servicios periciales para atender solicitudes de la “autoridad competente”; la praxis es diferente, ya que la carpeta de investigación contiene, generalmente, aquellos elementos de cargo que han sido recabados por los servicios periciales e incorporados a la investigación como pruebas de la acusación; en tal sentido no podemos hablar de un organismo público que favorezca a ambas partes. También resulta ilusorio pensar que una misma institución –en caso de requerirse algún estudio pericial por parte de la defensa– emita un dictamen en sentido diverso que el emitido para el Ministerio Público, luego entonces es de sentido común comprender que no se está en igualdad de armas a la hora de recabar pruebas, pues mientras los servicios periciales estén bajo la estructura de autoridad del ente acusador, poco o nada se puede esperar para ayudar al imputado, salvo que este tenga los recursos económicos suficientes para enfrentar al poder del Estado cuando de peritos se trata. Si realmente se quiere empatar la teoría con la práctica, resulta inaplazable que los servicios periciales de todos los Estados y de la

federación adquieran autonomía plena, que sea un servicio público para cualquier institución de gobierno que los requiera, particularmente la Defensoría Pública, para que, con la misma celeridad con la que ahora se atienden las peticiones del representante social, se atiendan las de los defensores; hasta entonces y solo así, estaremos concretando el principio *pro homine* contenido en el artículo primero de la Constitución Federal; pero no solo eso, habrá de dotárseles de autonomía plena a cada uno de los peritos en las diversas ramas de la ciencia para que, en plenitud de su libre albedrío, saber y entender, emitan el dictamen que corresponda, con el rigor científico que requiere su encargo.

VII. Un día cualquiera en la vida laboral de un Defensor Público

Las actividades durante el día son diversas, temprano por la mañana: revisar agenda, consultar la página del Tribunal para verificar diligencias no programadas en nuestra agenda, examinar el buzón electrónico –esta acción es inmediata y a toda hora, puesto que las notificaciones de los tribunales las podemos consultar en nuestros dispositivos móviles– y programar audiencias, verificando además si existe más de una audiencia a la misma hora para procurar con tiempo que algún compañero defensor nos sustituya; una vez que queda todo

²¹ Art. 109 del Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua.

calendarizado y en orden, podemos empezar por revisar la carpeta de investigación objeto de la próxima audiencia, para lo cual esbozamos, con los principales datos, un proyecto de trabajo para el debate correspondiente; de no ser el caso, revisamos la agenda diaria de la cual se pueden derivar promociones a los tribunales, las más comunes: cierres de investigación, cumplimiento de acuerdos reparatorios y suspensiones del proceso a prueba, proposición de salidas alternas, incluido el procedimiento abreviado como garantía constitucional, entre otras.

Pero daré algunos pormenores de la función que consideramos “la cereza del pastel” entre los defensores, esto es, la asistencia de los imputados en audiencia, así; daré detalles de las más recurrentes. Si de un control de detención se trata, previo a la audiencia es importante destacar que al imputado se le cuestiona si conoce sus derechos, si le quedaron claros, si tiene alguna duda; de no conocerlos, se le informa de ellos en la forma más clara posible; si desea que nos comuniquemos con algún familiar o persona de su confianza, inclusive, desde nuestros teléfonos celulares es común que hagamos llamadas para comunicarlos con sus familiares o informarles a estos sobre la situación jurídica que guarda en ese momento el imputado. A continuación examinamos las diligencias que servirán al fiscal de argumento para solicitar la legalidad

de la detención, ya sea por flagrancia o caso urgente; en este punto debemos ser muy cuidadosos de verificar si la detención se dio en los términos previstos por el artículo 16 constitucional y exigencias procesales secundarias, básicamente si se encuentra el material probatorio suficiente para acreditar que se cometió un hecho que la ley señala como delito, y de que exista la presunción de que la persona detenida se encuentra involucrada en el hecho. Son cuatro momentos claves que debemos tomar en cuenta para debatir, en caso necesario, el control de detención y retención del imputado, esto es, la fecha y hora exacta de: los hechos, la detención, la puesta a disposición ante el Ministerio Público y la puesta a disposición del Tribunal; las dos primeras tienen que ver con la flagrancia y las segundas con la retención; si la detención se da fuera del término legal de la flagrancia no hay discusión, debe dejarse en libertad al imputado, sobre el tópico de la retención existe diversidad de criterios en los tribunales, considerando algunos que, dándose la legalidad de la detención, la retención por más del tiempo constitucionalmente establecido, no da lugar a la liberación inmediata del imputado. La detención no puede darse, obviamente violentando derechos fundamentales de las personas, existen límites establecidos por la Constitución, por ejemplo, no

puede detenerse a una persona en el interior del domicilio si no existe orden de cateo, salvo que concurra algún requisito de los establecidos por el artículo 244 del Código de Procedimientos Penales del Estado y muy pronto, el diverso 290 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Otra audiencia de lo más común es la formulación de imputación, aquí en resumen el Ministerio Público comunica al imputado que se sigue una investigación en su contra, lo hace de una manera sencilla –casi coloquial– para que el acusado tenga claro el hecho que se le imputa; la particularidad de esta comunicación es que contiene las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la comisión del evento; es importante tomar nota de ello porque no podrá el Ministerio Público variar esas circunstancias durante la audiencia de vinculación a proceso, constituyendo esta información el objeto de la defensa y sobre la cual habrá de preparar las pruebas pertinentes en caso de no renunciar al plazo constitucional. Contestar el cargo o no hacerlo es un derecho del imputado, pero depende de la adecuada asesoría que reciba de nuestra parte: si consideramos que declarar le va a deparar un perjuicio, el consejo es que no declare; si advertimos que su declaración, adminiculada con otros medios de prueba, nos va a dar la pauta para una teoría del caso tal que pueda

resultar en una no vinculación a proceso, entonces habremos de recomendarle que ejerza su derecho a declarar como un medio de defensa, sobre todo en aquellos casos en los que el justiciable niega participación en el hecho y que además, lo que dice, lo puede probar. Fuera de estas circunstancias dejamos a la conciencia del imputado el ejercer esa facultad como un derecho personalísimo, siempre advertido de que todo lo que pueda declarar pudiera ser usado en su contra. Muy en secreto el imputado suele preguntar: ¿usted qué me recomienda? y generalmente les contesto: lo que tu conciencia te diga, después de esta respuesta son pocos los que deciden declarar.

El debate sobre las medidas cautelares siempre suele traer consigo nuevas enseñanzas y aunque es un tema cotidiano, no por ello deja de ser interesante, y es que la amplia gama de condiciones para la imposición, las siempre cambiantes circunstancias de los imputados, así como la variedad de las medidas a imponer, presentan a las partes un panorama de interpretación bastante sugestivo, de ahí que el agente del Ministerio Público considere la imposición de una o varias medidas, la defensa controvierte su pretensión con argumentos que derivan de esa gran variedad de circunstancias que rodean el tema y finalmente el tribunal, ejerciendo su facultad de resolutor de la controversia, puede

variar o aprobar las solicitadas por el Ministerio Público e incluso acceder, de acuerdo al argumento de la defensa, a no imponer medida cautelar alguna.

Otra tarea cotidiana es la audiencia en la que se habrá de resolver la situación jurídica del imputado, de la cual daré un punto de vista muy personal, que si bien es cierto resulta intrascendente para fines prácticos, sí es de tomarse en cuenta porque tiene que ver con el principio *pro homine* tan en boga en estos tiempos de igualdad, preconizado por la Constitución Política Federal; mi crítica es esta: El nombre que debiera llevar la referida audiencia es “audiencia de término constitucional”, sin embargo, con cierta tendencia inquisitiva es denominada *audiencia de vinculación a proceso*; mis razones tengo para sostener esta hipótesis: El Artículo 19 Constitucional establece que: «... Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso...»²²; como se advierte, ni en esta parte normativa ni en ninguna otra del Pacto Federal se hace alusión a alguna *audiencia de vinculación a proceso*; en cambio nuestro Código de Procedimientos

Penales lo menciona, por lo menos, en cinco numerales: 132, 277, 282, 283 y 284 y el Código Nacional de Procedimientos Penales en sus artículos 313 y 320; ahora bien, ¿por qué considero tendencioso el nombre?, porque no sabemos si en la audiencia se va a vincular o NO a proceso al imputado, porque si no se le vincula, entonces fue una audiencia de NO vinculación a proceso y si se le vincula, entonces sí y solo así llevaría el nombre que todos conocemos de esta figura procesal. El citar a una *audiencia de vinculación a proceso* así prevista por el Código Adjetivo Penal, significa –en una interpretación meramente gramatical– que al imputado lo van a vincular a proceso; por eso sostengo, que tal diligencia debería llevar el nombre de *audiencia de término constitucional*, como dicen los niños en el juego de las canicas –ni para ti, ni para mí–; así, lo que puede resultar de esa audiencia será, ya sea un *auto de vinculación a proceso* o un *auto de no vinculación a proceso*; con el nombre propuesto no se cita ni para uno ni para otro.

La mecánica de la audiencia de término constitucional es relativamente sencilla, si se renuncia al término, aquella inicia con la exposición de antecedentes por parte del Ministerio Público, actuación que ha sido cuestionada en diversos foros porque se dice no cumplir con el principio de oralidad, ya que el Fiscal prácticamente le está dictando al juez los antecedentes; para evitar que el

²² Art. 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

juez escriba, nada impide que, una vez expuesto oralmente y para que el juzgador no escriba todo, simplemente, con acuerdo de la defensa, se le puede hacer entrega de una copia de todos los antecedentes expuestos y esta acción traería como consecuencia favorable que en sus resoluciones los tribunales no incurran en alguna imprecisión, no se pierda tiempo en pedir que se les repita determinada información y que el juez esté del todo atento a lo que se expone oralmente; no hay impedimento legal para se haga de esta forma; la interpretación lógica sí permite al juez analizar parte de la carpeta de investigación si esa parte ya le ha sido expuesta, y si, como en el caso que nos ocupa, el juez conoció de viva voz –principio de oralidad– nada impide que lo tenga por escrito.

Con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales se limitará el arbitrio del Ministerio Público en la tramitación de algunas audiencias que descongestionaban el sistema, pues hasta ahora, ha ido en constante retroceso el NSJP por las trabas impuestas a algunas salidas alternas. De un tiempo a la fecha fue una consigna el oponerse prácticamente a toda solicitud de suspensión del proceso a prueba, pues el artículo 201 del Código Procesal Penal de Chihuahua admite su procedencia siempre y cuando «...no exista oposición del Ministerio Público u

oposición fundada de la víctima, ofendido o acusador coadyuvante...»²³; obviamente hubo un desliz legislativo, puesto que se le impone la obligación a la víctima de fundar y motivar su negativa y al Ministerio Público, que es un órgano técnico se le libera de tal obligación; amparándose en ese yerro legislativo, se han cancelado cualquier número de audiencias con la sola oposición de la Fiscalía y sin que algunos jueces de garantía permitan el debate, simplemente advierten que hay oposición del Ministerio Público, levantan constancia y no hay tal salida alterna, situación que no ha sido bien vista por algunos magistrados y en recurso de apelación han obligado al inferior que cite nuevamente a audiencia y que se obligue al representante social a fundar y motivar su oposición, de no ser así –contra una consigna es difícil encontrar algún argumento– se procede a suspender el procedimiento. Con el Código Nacional no tendremos ese obstáculo, ya que estará en la víctima o el acusador coadyuvante –perito en Derecho– quien exponga al juez el por qué de su negativa a tal salida alterna.

Otro obstáculo para el avance el NSJP lo ha sido durante mucho tiempo la aceptación del procedimiento abreviado, pues hay jueces que no permiten el debate,

²³ Art. 201 del Código Procesal Penal del estado de Chihuahua.

otros, ante el solo intento de debatir, anulan toda posibilidad de autorizar esa terminación anticipada del proceso, el argumento en audiencia o fuera de ella es que las partes ya llegaron con una salida alterna “negociada”; soslayando algunos juzgadores del contenido del artículo 387 del Código de Procedimientos Penales en el sentido de que dicha terminación anticipada se da en el caso de «...que el imputado admita el hecho y sus circunstancias, que le atribuyera aquél en su escrito de acusación, consienta en la aplicación de este procedimiento...»²⁴; este artículo dice claramente que el imputado acepta los hechos y sus circunstancias –tiempo, modo y lugar–, de ninguna manera habla de que la pena o la reparación del daño se puedan negociar, esa es facultad del juzgador una vez que se le han expuesto los antecedentes con los cuales habrá de establecer si son suficientes –no obstante la aceptación del imputado– para declararlo penalmente responsable de algún delito derivado de esos hechos y de que esos antecedentes constituyen prueba suficiente para considerar que existe una reparación del daño que cubrir²⁵. Un punto de vista más

²⁴ Art. 387 del Código Procesal Penal del estado de Chihuahua.

²⁵ Un punto de vista más extenso se puede consultar en el número 44 de la revista *Veredicto* en el artículo de mi autoría denominado: *El procedimiento*

extenso se puede consultar en el número 44 de la revista *Veredicto* en el artículo de mi autoría denominado: *El procedimiento abreviado en el estado de Chihuahua: “El canto de las sirenas”*, correspondiente al mes de marzo de 2013.

Conclusiones

El defensor penal público del nuevo sistema de justicia penal juega ahora un rol totalmente diferente al que cumplía en el sistema inquisitivo, su participación no es ya solamente un requisito formal, ahora es una intervención activa, un dique al torrente –en ocasiones arbitrario– de la actuación del Ministerio Público y en otras, de la iniquidad de algunos jueces ante determinadas interpretaciones en la aplicación del derecho; obviamente es plausible la inminente entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales pues viene a contener la desbordante ola de reformas circunstanciales a nuestro Código local y nos abrirá una posibilidad más amplia de estandarizar los procedimientos y los criterios a nivel nacional; por otra parte las reformas al procedimiento, viniendo de un órgano federal, no se verán tan a pelo como ahora las vemos y únicamente aquellas que realmente respondan a una realidad nacional tendrán cabida

abreviado en el estado de Chihuahua: “El canto de las sirenas”, correspondiente al mes de marzo de 2013.

y no las que coyunturalmente se vayan dando a nivel local y que no siempre remedian la situación de inseguridad y violencia.

Ley Orgánica de la Fiscalía General del estado de Chihuahua.

Ley Orgánica del Ministerio Público del estado de Chihuahua.
(abrogada)

Fuentes consultadas

Bibliografía

BIBLIA CRISTIANA, Evangelio según Mateo.

CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Editorial Temis, Segunda edición, Colombia 2010.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Cárdenas editor y distribuidor, México 1991.

MARGADANT S., FLORIS, Guillermo., *Constans et perpetua voluntas ius suum cuique trbuendi*, Derecho Romano, Editorial Esfinge, Vigésimo tercera edición, México 1998.

PLATÓN, *Diálogos*, Editorial Porrúa, Vigesimoséptima edición, México 2001.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua.

Ley de la Defensoría Pública del estado de Chihuahua.

EL INSTITUTO DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ESTADO DE MÉXICO EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL. RETOS, IMPLICACIONES Y EXPECTATIVAS

Guadalupe RUIZ VELÁZQUEZ*

SUMARIO: Introducción; I. El sistema de justicia penal previo a la reforma constitucional del 18 de junio de 2008; I.1 Sistema inquisitivo; I. 2 La reforma constitucional; II. Sistema penal acusatorio, adversarial y oral; II. 1 Marco Teórico; II.2 Implementación en el Estado de México; III. La participación del Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México; III.1 Marco Normativo; III.2 Capacitación y operación en el nuevo sistema de justicia penal; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Resumen

El presente artículo hace referencia a la importancia de la reforma a la Constitución Política Federal del 18 de junio de 2008, debido a que se considera un parteaguas en la forma de impartir justicia en México ya que modifica un sistema penal inquisitivo por uno de carácter adversarial y oral. Sin embargo se debe tomar en consideración el arduo proceso de implementación a lo largo de la república para poder establecer este nuevo modelo antes de junio de 2016. Finalmente es importante resaltar la labor realizada en el Estado de México así como por parte del Instituto de la Defensoría Pública, ya que esta entidad es considerada pionera a nivel nacional en virtud de que hoy en día se encuentra operando dicho sistema en todos los distritos judiciales y con todo el catálogo de delitos previstos en el Código sustantivo vigente.

* Licenciada en *Derecho* por la Universidad Isidro Fabela de Toluca, S.C., cuenta con estudios de especialidad en *Derecho Constitucional* y *Administrativo* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Se ha desempeñado como Secretario Proyectista en la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México y en el Tribunal Electoral de la misma entidad, Secretario de Acuerdos de los Magistrados Supernumerarios del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México, Coordinador Analista en el Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México. Actualmente ocupa el cargo de Directora General del Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México.

Conceptos clave: Sistema penal acusatorio adversarial y oral; Decreto de reforma del 18 de junio de 2008; Sistema de justicia penal inquisitivo; Capacitación del Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México; Implementación en el Estado de México.

“la reforma constitucional fue la fuente obligacional para la implementación del nuevo sistema, sin embargo, en el Estado de México implicó además un acuerdo de voluntades de los diferentes operadores, realizando las adecuaciones necesarias para su debido cumplimiento, publicándose en fecha 9 de febrero de 2009 el Decreto número 266 donde se expide el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México”

Introducción

El presente artículo versa sobre la participación del Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México en la implementación del sistema de justicia penal, de corte acusatorio, adversarial y oral, con motivo del decreto de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicado el 18 de junio del 2008 en el Diario Oficial de la Federación.

Se alude en un primer momento al sistema de justicia penal de corte inquisitivo señalándose de manera sucinta sus principales características. En contraparte, se menciona que la reforma constitucional modificó diversos preceptos jurídicos como primer paso para la implementación del nuevo sistema tendiente a equilibrar el derecho de las partes, garantizar el respeto a los derechos fundamentales del imputado partiendo del principio de presunción de inocencia, así como los derechos de la víctima u ofendido, buscando una impartición de justicia pronta y expedita.

Se hace notar que la reforma constitucional fue la fuente obligacional para la implementación del nuevo sistema, sin embargo, en el Estado de México implicó además un acuerdo de voluntades de los diferentes operadores, realizando las adecuaciones necesarias para su debido cumplimiento, publicándose en fecha 9 de febrero de 2009 el

Decreto número 266 donde se expide el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, precisándose la forma gradual en la que entraría en vigor el sistema acusatorio de justicia penal en los 18 distritos judiciales de la entidad e instalándose la Comisión Interinstitucional para garantizar el cumplimiento de los nuevos principio procesales. Por ello, el sistema acusatorio de justicia penal en el Estado de México se encuentra operando con todo el catálogo de delitos previstos en el Código Penal de la Entidad, siendo uno de los pioneros a nivel nacional.

Finalmente, se aborda la participación del Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México en la operación y funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal, destacando su importancia y resultados, señalando con amplitud el marco normativo que rige su actuación y el proceso inicial de capacitación realizado en conjunto con los restantes operadores del sistema.

I. El sistema de justicia penal previo a la reforma constitucional del 18 de junio de 2008

I. 1 Sistema inquisitivo

Este sistema era el único que se encontraba vigente anterior a la reforma constitucional del 2008 y consiste en un procedimiento escrito en su totalidad, burocrático,

formalista que se inicia con la denuncia o querella de quien se considera víctima u ofendido de un delito o en su caso de oficio y en el cual dentro de sus características se encuentra la concentración de las funciones de investigar, acusar y juzgar en una misma autoridad, en virtud de que el Ministerio Público funge como un órgano investigador y acusador, ya que la víctima regularmente no participa durante la investigación, ni durante el desarrollo del proceso sino que es representado por esta autoridad que a su vez tiene como facultad el ejercicio de la acción penal cuando se considere que existen elementos suficientes que lo amerite, debiendo aportar dichas pruebas a los Tribunales competentes.

Por lo que respecta al juez, cabe resaltar que dentro de sus funciones se encuentra el esclarecimiento de los hechos utilizando cualquier medio tendiente a la averiguación de la verdad y trata de descubrir, frente a la verdad formal que le presentan las partes, la verdad real que le permita dictar una sentencia justa.

La administración de justicia en este sistema es confidencial ya que no da lugar a la oralidad ni a la publicidad y por lo tanto la víctima y el acusado no tienen la oportunidad de confrontar la veracidad de las pruebas en audiencia pública ante la presencia del juez.

Asimismo la detención opera como regla general para todos los

delitos, la prisión preventiva es una medida cautelar común. Las pruebas que presenta el estado poseen mayor valor probatorio respecto de las aportadas por el acusado por lo que su declaración no constituye un medio de defensa sino un medio de prueba cuyo silencio o inactividad puede generar una presunción de culpabilidad.

Por lo tanto, se puede apreciar que el objeto de este sistema consiste en imponer una pena a quien sea declarado culpable de un delito pero no se centra en resarcir el daño que sufrió la víctima, motivo por el cual se implementó el nuevo sistema de justicia penal con finalidad de dar celeridad, transparencia y certeza jurídica a las partes.

“el objeto de este sistema consiste en imponer una pena a quien sea declarado culpable de un delito pero no se centra en resarcir el daño que sufrió la víctima, motivo por el cual se implementó el nuevo sistema de justicia penal con finalidad de dar celeridad, transparencia y certeza jurídica a las partes”

I. 2 La reforma constitucional

El 18 de junio del 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante la cual se modificaban diversos preceptos jurídicos de la Carta Magna como primer paso para la implementación de un nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio, adversarial y oral, por lo que es importante resaltar los principales cambios que se realizaron:

Artículo 16: Con relación a la orden de aprehensión, a la detención por flagrancia, al arraigo, a la delincuencia organizada, al cateo, a las comunicaciones privadas y a la figura del juez de control.

Artículo 17: Con respecto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, a las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales y al funcionamiento de la defensoría pública.

Artículo 18: En cuanto al sistema penitenciario, a los convenios de extinción de pena en establecimientos penitenciarios en jurisdicción diversa, a la reinserción social y al cumplimiento de la pena en los casos de delincuencia organizada.

Artículo 19: Con relación al auto de vinculación a proceso y a la prisión preventiva.

Artículo 20: Por lo que respecta a los principios generales del proceso penal, a los derechos del imputado y

a los derechos de la víctima u ofendido.

Artículo 21: En cuanto a la investigación de los delitos, al ejercicio de la acción penal, a la competencia judicial para la imposición, modificación y duración de las penas y a los criterios de oportunidad.

Artículo 22: Con relación a la proporcionalidad de la pena, a la confiscación y a la acción de extinción de dominio.

Artículo 73: Amplía las facultades del congreso para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal.

Artículo 115: Delimita la forma de actuación de la policía preventiva al estar al mando del Presidente Municipal o por decisión del Gobernador del Estado.

Artículo 123: Contempla la separación del cargo de agente del Ministerio Público.

De manera general se muestran los puntos relevantes de cada precepto normativo sin ahondar en sus implicaciones en el ámbito procesal debido al análisis tan detallado que implicaría. No obstante, cabe destacar que entre los principales cambios que se introdujeron con motivo de esta reforma y a las adiciones a nuestra Carta Magna, se encuentra el derecho a una defensa técnica y adecuada, así como la figura del debido proceso.

Resaltando también la diferencia que existe entre una defensa técnica y una material, en donde la primera consiste en el derecho de ser asistido o defendido por un licenciado en derecho o abogado desde la primera actuación del procedimiento en que intervenga. Lo anterior es una derivación del derecho de defensa material que surge como consecuencia necesaria del proceso moderno, de su carácter eminentemente técnico-legal y de los intereses en juego. Su fundamento radica en la necesidad de garantizar en la medida de lo posible la igualdad de posiciones en el proceso penal, así mismo, una defensa técnica permite al imputado contar con la asistencia necesaria cuando no posee conocimientos jurídicos suficientes o cuando, poseyéndolos, no puede aplicarlos de forma idónea o adecuada; mientras que la defensa material en el nuevo proceso penal impone el derecho del imputado a formular las alegaciones que considere oportunas, así como, a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento.

Así mismo, establece deberes e impone ciertos límites a las actividades de los órganos que intervienen en la persecución penal y el enjuiciamiento penal, a fin de garantizar el derecho de defensa del imputado, a su dignidad y autonomía personal. Todo ello significó, desde

luego, el rompimiento de paradigmas en la procuración y administración de justicia en México y el inicio de nuevos derroteros.

“una defensa técnica permite al imputado contar con la asistencia necesaria cuando no posee conocimientos jurídicos suficientes o cuando, poseyéndolos, no puede aplicarlos de forma idónea o adecuada; mientras que la defensa material en el nuevo proceso penal impone el derecho del imputado a formular las alegaciones que considere oportunas, así como, a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento”

II. Sistema penal acusatorio, adversarial y oral

II. 1 Marco teórico

El nuevo sistema de justicia penal da un giro total en las Instituciones, en el procedimiento y por consiguiente en la forma de impartir justicia, teniendo como finalidad que esta última sea pronta y expedita mediante la implementación de cinco principios rectores en el procedimiento, «publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación»¹, los cuales establecen de manera clara el marco de actuación en el juicio.

Dentro del nuevo juicio podemos contemplar cinco etapas, la de investigación, la intermedia, la de juicio oral, la impugnación y la de ejecución de sentencia, por lo que se abordará cada una de estas de manera breve.

La etapa de investigación es la primera fase procesal consistente en indagar en torno a la existencia de un hecho denunciado como delito, los datos de identidad de los involucrados, de la víctima u ofendido, así como recolectar aquellos indicios que coadyuven al esclarecimiento de los hechos materia de investigación. Los sujetos sometidos a una investigación penal cuentan con derechos y garantías procesales como la presunción de

¹ Art. 4 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

inocencia, el debido proceso y el derecho a una defensa adecuada.

Esta etapa se inicia con la interposición de una denuncia o querella o bien en la detención de una persona, posteriormente se realiza una serie de actos de investigación por parte del ministerio público que permitan tomar una decisión en torno a la situación jurídica del indiciado. Si el ministerio público decide ejercer acción penal entonces se generará una audiencia pública, conducida por el juez de control en donde asistirán de forma obligatoria el ministerio público, el indiciado y su abogado defensor.

En la audiencia de formulación de imputación se verificará la legalidad de la detención, se realizará la formulación de la imputación, la solicitud de auto de vinculación a proceso y la solicitud de alguna medida cautelar en su caso.

La etapa intermedia se inicia cuando el Ministerio Público emite un pronunciamiento como formular acusación, solicitar el sobreseimiento o la suspensión del proceso, en esta audiencia el juez de control decidirá qué medios de prueba ofrecidos por las partes serán admitidos a proceso y cuáles serán los hechos materia de la audiencia de juicio oral.

Finalmente esta etapa concluye cuando el juez de control emite el respectivo auto de apertura a juicio oral en el cual se señalan los hechos materia de acusación mismos que se

harán del conocimiento del tribunal de juicio oral, así como los acuerdos reparatorios al que las partes hubiesen llegado.

Por lo que respecta a la tercera etapa procesal, en esta se resuelven cuestiones esenciales del proceso como la declaratoria de culpabilidad del imputado, la permanencia de su estado de inocencia, el desahogo de los medios de prueba ofrecidos por las partes y admitidos al proceso, se exponen los alegatos de apertura y de clausura, y el Presidente del tribunal declarará cerrado el debate oral con la finalidad de realizar la deliberación respectiva.

Dentro de la etapa de impugnación se contemplan los recursos que la legislación adjetiva establece para poder inconformarse con la sentencia que hubiese sido dictada, lo anterior mediante el recurso de revocación, de apelación o la revisión extraordinaria, tomando en cuenta las características y formalidades de cada uno de estos.

Finalmente en la etapa de ejecución de sentencias el órgano jurisdiccional a través del juez de ejecución de sentencias procederá a ejecutar la sanción impuesta al condenado, respetando el tipo y monto de pena señalado en la sentencia.

En dicha etapa se procederá a la sustitución de la ejecución de la pena por aplicación de algún mecanismo sustitutivo de la pena o bien por la

procedencia de algún beneficio de prelibertad.

II. 2 Implementación en el Estado de México

De acuerdo con el decreto de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 18 de junio de 2008, dentro de su segundo transitorio refiere que el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos constitucionales 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto, es decir, el término constitucional para implementar los juicios orales en México es hasta junio del 2016.

Sin embargo, de acuerdo con datos proporcionados por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC) el estatus actual que guardan los estados de la república respecto de la implementación del nuevo sistema de Justicia Penal es el siguiente:

En la Etapa *Inicial* se encuentra una entidad: Nayarit. En la Etapa de *Planeación* están 15 entidades: Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Querétaro,

Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Veracruz y el Distrito Federal.

En la Etapa de *Entrada en Vigencia* se ubican cinco entidades: Michoacán, Puebla, Tabasco, Tamaulipas Tlaxcala.

Finalmente, en la etapa de *Operación* existen 2 categorías. *Operación Parcial*, en que están 8 entidades: Baja California, Chiapas, Durango, Guanajuato, Nuevo León, Oaxaca, Yucatán y Zacatecas. La segunda categoría es *Operación Total* donde se encuentran 3 entidades: Chihuahua, Estado de México y Morelos.

De lo anterior cabe resaltar que el Estado de México a través del acuerdo de voluntades de los Poderes Legislativo, Judicial, la Procuraduría General de Justicia y el Instituto de la Defensoría Pública, realizaron las acciones necesarias para llevar a cabo las adecuaciones legislativas y operativas para la debida implementación y funcionamiento de dicho sistema de impartición de justicia.

Es por ello que en fecha 9 de febrero de 2009 se publicó en el periódico oficial *Gaceta de Gobierno* el Decreto número 266 donde se expide el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, y dentro del cual se precisa la forma en la que entraría en vigor el sistema acusatorio de justicia penal en los 18 distritos judiciales del Estado de México, lo

anterior tomando en consideración lo establecido por el artículo 6 transitorio de dicho cuerpo normativo que a la letra establece:

Artículo 6: El nuevo sistema de justicia penal entrará en vigor el día 1 de octubre del año dos mil nueve en los Distritos Judiciales de Toluca, Lerma, Tenancingo y Tenango del Valle.

El día uno de abril del año dos mil diez entrará en vigor en los Distritos Judiciales de Chalco, Otumba y Texcoco.

El día uno de octubre del año dos mil diez entrará en vigor en los Distritos Judiciales de Nezahualcóyotl, El Oro, Ixtlahuaca, Sultepec y Temascaltepec.

El día uno de abril del año dos mil once entrará en vigor en los Distritos Judiciales de Tlalnepantla, Cuautitlán y Zumpango.

El día uno de octubre del año dos mil once entrará en vigor en los Distritos Judiciales de Ecatepec de Morelos, Jiutepec y Valle de Bravo².

Es importante mencionar que en fecha 23 de febrero de 2009 se conforma mediante acta de instalación la Comisión Interinstitucional para la Implementación del Sistema Acusatorio de Justicia Penal en el

Estado de México³, misma que tiene por objeto cumplir los preceptos constitucionales y permitir a los sujetos procesales garantizar el cumplimiento de los nuevos principios procesales.

De acuerdo a lo referido se puede observar que a la fecha el sistema acusatorio de justicia penal en el Estado de México se encuentra totalmente implementado en los 18 Distritos Judiciales y con todo el catálogo de delitos previstos en el Código Penal de la Entidad, siendo uno de los pioneros a nivel nacional, reconociendo que la labor no ha sido fácil, ya que si bien esta entidad se ha caracterizado por estar a la vanguardia en los cambios jurídicos es importante resaltar que al ser uno de los primeros en asumir la reforma constitucional constituyó un gran reto al enfrentarse a un proceso totalmente desconocido en el que jueces, ministerios públicos y defensores públicos y privados se capacitaron y aprendieron de manera conjunta, con ánimo de adaptarse al cambio.

III. La participación del Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México

³ SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC), Normatividad, Creación de órganos Implementadores de las Entidades Federativas, Acta de Instalación.

² Art. Sexto Transitorio del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

III.1 Marco Normativo

Derivado de la reforma constitucional las diversas legislaciones tuvieron que adecuar los cuerpos jurídicos a las necesidades que presentaba la implementación y funcionamiento del nuevo sistema, en el caso específico del Instituto de la Defensoría Pública cuenta con la obligación expresa de brindar una defensa adecuada y técnica al posible autor en la comisión de un delito, lo anterior tomando en consideración lo contemplado por nuestra Carta Magna en su artículo 20, apartado B, fracción VIII:

Artículo 20: El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

“Derivado de la reforma constitucional las diversas legislaciones tuvieron que adecuar los cuerpos jurídicos a las necesidades que presentaba la implementación y funcionamiento del nuevo sistema, en el caso específico del Instituto de la Defensoría Pública cuenta con la obligación expresa de brindar una defensa adecuada y técnica al posible autor en la comisión de un delito”

B. De los derechos de toda persona imputada:

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera⁴.

Además del precepto constitucional mencionado, el Código de Procedimientos Penales del Estado de México en sus artículos 8, segundo párrafo y 153, fracción VIII, establece:

Defensa técnica

Artículo 8: (...).

Para tales efectos, podrá elegir a un defensor particular debidamente titulado; de no hacerlo, se le asignará un defensor público.

Derechos del imputado

Artículo 153: El imputado, de manera enunciativa más no limitativa, tiene los siguientes derechos:

VIII. A una defensa adecuada por abogado que cuente con cédula profesional de licenciado en derecho, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su

⁴ Art. 20, apartado B, fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

detención. Si no quiere o no puede nombrarlo, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera. Tendrá derecho a reunirse con su defensor en estricta confidencialidad⁵.

Es por lo anterior que el Instituto de la Defensoría Pública no fue la excepción, ya que al estar directamente inmerso en el desarrollo de los procesos penales en virtud de representar los intereses y derechos de los imputados, la *Ley de la Defensoría Pública del Estado de México* en sus artículos 4 fracción I, 13 fracción II y 17 fracciones I y III, señala:

Artículo 4: El Instituto tiene por objeto:

I. Proporcionar obligatoria y gratuitamente defensa en materia penal en cualquier actuación policial, ministerial o judicial, a las personas que lo soliciten, señaladas como posibles autores o partícipes de un hecho punible y cuando haya designación del Ministerio Público o

del órgano jurisdiccional competente⁶.

Capítulo III

Atribuciones específicas del Instituto

Artículo 13: Serán atribuciones específicas del Instituto las siguientes:

II. Atender la defensa pública en términos de ley desde el momento en que el imputado tiene contacto con la autoridad investigadora, ya sea que se trate de adolescentes o adultos siempre que éstos, no cuenten con abogado particular⁷.

Artículo 17.- Serán atribuciones y obligaciones de los defensores públicos, además de las que se señalen en otras disposiciones aplicables, las siguientes:

I. Asumir la defensa en materia penal del imputado en cualquier actuación policial, ministerial o judicial, cuando éste lo solicite o cuando sea designado por el Ministerio Público o el órgano jurisdiccional;

III. Procurar en todo momento el derecho de defensa, velando porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que establecen las Constituciones

⁵ Art. 8, segundo párrafo y Art. 153, fracción VIII del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

⁶ Art. 4, fracción I de la Ley de Defensoría Pública del Estado de México.

⁷ Art. 13, fracción II de la Ley de Defensoría Pública del Estado de México.

Federal y Local, así como las leyes que de ellas emanen⁸.

Con este panorama se puede observar que la Defensoría Pública cuenta con un marco de actuación que permite brindar la atención necesaria de forma oportuna y de calidad a las personas que cuenten con la calidad de imputado o posibles autores de la comisión de un hecho delictuoso, cumpliendo siempre con una responsabilidad profesional y ciudadana.

“la Defensoría Pública cuenta con un marco de actuación que permite brindar la atención necesaria de forma oportuna y de calidad a las personas que cuenten con la calidad de imputado o posibles autores de la comisión de un hecho delictuoso, cumpliendo siempre con una responsabilidad profesional y ciudadana”

⁸ Artículo 17, fracciones I y III de la Ley de Defensoría Pública del Estado de México.

III. 2 Capacitación y operación en el nuevo sistema de justicia penal

Por lo que hace a la capacitación proporcionada a los defensores del Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México, se llevó a cabo en forma conjunta con jueces y ministerios públicos, quienes fueron separados temporalmente de sus adscripciones para dedicarse de tiempo completo a su capacitación en el nuevo sistema acusatorio, impariéndose a quince servidores públicos de cada institución en las instalaciones de la Escuela Judicial del Estado de México, a través de un diplomado implementado por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC), en donde se realizaron las evaluaciones correspondientes y se remitieron al titular de la dependencia los resultados de cada servidor público interviniente en la capacitación, permitiendo de esta forma determinar los perfiles adecuados para realizar las designaciones de las respectivas adscripciones.

Concluida la primera etapa de capacitación de los operadores del sistema, en fecha 1 de octubre de 2009, entró en vigor el sistema de justicia penal en los distritos judiciales de Toluca, Lerma, Tenango y Tenancingo, y por lo que respecta al Distrito Judicial de Toluca, inició el sistema acusatorio en el edificio que

ocupan a la fecha los Juzgados de Control y Juicios Orales con sede en Almoloya de Juárez, contando en ese entonces con seis salas de audiencias e igual número de jueces y defensores públicos adscritos. Por lo que hace al agente del Ministerio Público, este permanece en las instalaciones de la Procuraduría General de Justicia iniciando las carpetas de investigación correspondientes y dando continuidad después del ejercicio de la acción penal, compareciendo ante el órgano jurisdiccional a la audiencia correspondiente.

A partir de ese momento la intervención del Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México en la operación y funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal ha sido consistente, tomando en consideración que supera considerablemente las intervenciones de los defensores privados. En este sentido, se observa que de octubre de 2009 a la fecha, el Instituto ha participado en 39,561 audiencias en los Juzgados de Control y Juicios Orales; actualmente, se interviene en un promedio de 2,000 actuaciones mensuales, sobresaliendo los Distritos Judiciales de Tlalnepantla, Toluca, Ecatepec, Chalco y Nezahualcóyotl.

El Instituto actúa con 111 defensores públicos adscritos a los Juzgados de Control y Juicios Orales, 15 en Salas Penales y 66 en las Agencias del Ministerio Público,

dando un total de 192 defensores públicos que intervienen en el nuevo sistema de justicia penal.

“de octubre de 2009 a la fecha, el Instituto ha participado en 39,561 audiencias en los Juzgados de Control y Juicios Orales; actualmente, se interviene en un promedio de 2,000 actuaciones mensuales, sobresaliendo los Distritos Judiciales de Tlalnepantla, Toluca, Ecatepec, Chalco y Nezahualcóyotl. El Instituto actúa con 111 defensores públicos adscritos a los Juzgados de Control y Juicios Orales, 15 en Salas Penales y 66 en las Agencias del Ministerio Público, dando un total de 192 defensores públicos que intervienen en el nuevo sistema de justicia penal”

Finalmente, estimo conveniente precisar que si bien en el Estado de México se ha logrado la implementación total del sistema acusatorio penal, también lo es que es acción prioritaria continuar con el fortalecimiento del mismo, en el cual es parte esencial la capacitación y profesionalización continua de los diversos operadores del sistema.

Por lo que hace a la Defensoría Pública, la capacitación continua de los defensores públicos implica el aleccionamiento hacia una defensa activa y sobre todo estratégica, ya que nuestra participación en el nuevo sistema de justicia penal, es en un sistema de audiencias, lo que obliga a que intervengan defensores con cualidades estratégicas lógico-jurídicas y con conocimientos de retórica y argumentación, cumpliendo así con el mandato constitucional de proporcionar una defensa técnica y adecuada a toda persona imputada y efectiva de los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales en los cuales el Estado Mexicano es parte.

Conclusiones

El decreto de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicado el 18 de junio del 2008 en el Diario Oficial de la Federación, en efecto modificó diversos preceptos constitucionales como primer paso para la

implementación de un nuevo sistema de justicia penal en México, rompiendo paradigmas en la procuración y administración de justicia.

Este cambio evolutivo trajo consigo que actualmente en el Estado de México se encuentre en total operación el sistema de justicia penal, de corte acusatorio, adversarial y oral, cuya implementación implicó un acuerdo de voluntades de los diferentes operadores y desde luego, un esfuerzo institucional, convirtiendo a la entidad federativa como precursora a nivel nacional.

“En cuanto a la participación del Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México en la operación y funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal, se destaca su consistencia y resultados con la participación de alrededor de 192 defensores públicos intervenientes, cuyo reto es su capacitación y profesionalización continua hacia una defensa activa y sobre todo estratégica, para cumplir con el mandato constitucional de proporcionar una defensa técnica y adecuada a toda persona imputada, que en esencia es su razón de ser”

En cuanto a la participación del Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México en la operación y funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal, se destaca su consistencia y resultados con la participación de alrededor de 192 defensores públicos intervenientes, cuyo reto es su capacitación y profesionalización continua hacia una defensa activa y sobre todo estratégica, para cumplir con el mandato constitucional de proporcionar una defensa técnica y adecuada a toda persona imputada, que en esencia es su razón de ser.

Fuentes consultadas

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

Ley de la Defensoría Pública del Estado de México.

Acta de fecha 23 de febrero de 2009, Secretaría de Gobernación, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC), Normatividad, Creación de órganos Implementadores de las Entidades Federativas.

LA DEFENSA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO: CAMBIO DE PARADIGMAS, EL CASO DEL ESTADO DE MORELOS

Mirta Sagrario AGUIRRE GÓMEZ*

SUMARIO: Introducción; I. La defensa técnica: Supera a la persona de confianza; II. Servicio de defensa penal: Los retos; III. Experiencia en el estado de Morelos; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Introducción

La importancia de la defensa en el sistema de justicia penal siempre ha sido la misma, en virtud de que su función primordial es la de garantizar el respeto de los derechos humanos y el debido proceso a favor de sus representados. No obstante, a diferencia del sistema inquisitivo que aún predomina en la mayoría de los estados de la República Mexicana, donde la defensa pública se encuentra carente de credibilidad social. El sistema penal de corte acusatorio brinda la oportunidad de reivindicar la imagen del defensor público así como la calidad de su servicio, fenómeno que no solo se ha dado en Morelos sino prácticamente en todos los estados de la República Mexicana donde se ha implementado total o parcialmente dicho sistema de justicia.

Lo anterior deviene como consecuencia necesaria de algunos de los principios que rigen el sistema de justicia penal de corte acusatorio, tales como el de contradicción, inmediación, igualdad de partes, presunción de inocencia y publicidad, este último el primordial que genera no solo la obligación del Poder Judicial a adaptar las salas con las condiciones necesarias para recibir al público y medios de comunicación, sino que al tratarse de audiencias públicas se permite a la sociedad y a los familiares de imputados observar y evaluar el desempeño de su

* Licenciatura en *Derecho*; Maestría en *Derecho Procesal Penal*. Ha tomado cursos de profesionalización impartidos por PRODERECHO, U.S. Agency for International Development USAID, MSI, CAFSA, por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), entre otros. Ha participado como conferenciente en diversas instituciones de Morelos y otros estados. Se ha desempeñado en diversos cargos públicos en México, principalmente en los ámbitos de Gobierno municipal y estatal como Delegada Municipal de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, Defensor de oficio, Director de Control de Juicios Orales de la Defensoría Pública Estatal. Actualmente es Directora General del Instituto de la Defensoría Pública del estado de Morelos.

respectivo defensor, lo que implica que dicho operador genere más compromiso en su labor y desempeño, puesto que está de por medio su credibilidad ante la sociedad, más aún cuando siempre estará presente y vigente la posibilidad de que se declare abandonada la defensa por el juez que presida la audiencia, cuando este advierta que la defensa es deficiente por falta de conocimientos y estrategia de litigación, lo que implicará que se dé un receso y se solicite el cambio del defensor de forma inmediata con el único objetivo de garantizar y privilegiar el derecho del imputado a una defensa técnica adecuada.

Por otra parte, por cuanto hace al principio de igualdad de partes, debe ser aplicado de manera literal, en virtud de que se deberá dotar a las instituciones encargadas de brindar el servicio de defensa pública de personal capacitado que funja como auxiliar de la defensa, tales como, notificadores, investigadores, peritos que incluso puedan intervenir como auxiliares técnicos apoyando al defensor al momento de interrogar y contrainterrogar peritos y testigos expertos de la Fiscalía en audiencia pública. Es decir, se deberá proporcionar la igualdad de armas que permita contradecir científica y técnicamente la postura del órgano acusador, para que entonces sí y solo sí haya una defensa técnica adecuada

y en consecuencia el respeto irrestricto al debido proceso y la presunción de inocencia del imputado.

“se deberá proporcionar la igualdad de armas que permita contradecir científica y técnicamente la postura del órgano acusador, para que entonces sí y solo sí haya una defensa técnica adecuada y en consecuencia el respeto irrestricto al debido proceso y la presunción de inocencia del imputado”

I. La defensa técnica: Supera a la persona de confianza

Siempre debe tenerse presente el deber y la obligación del Estado a garantizar no solo una defensa técnica, entendida esta como el cumplimiento del requisito de ser Licenciado en Derecho con título y

cédula profesional, sino además que esta debe ser adecuada, y lo adecuado se desprenderá precisamente de una capacitación de calidad, tanto teórica como práctica, constante y continua que con el tiempo genere, si es que en su caso no existe, el servicio civil de carrera del defensor público, debiendo incluso proporcionar a las instituciones encargadas de prestar el servicio de defensa estatal una autonomía financiera, jurídica, técnica y de gestión, así como un fortalecimiento institucional y la homologación de sueldo de los defensores con los agentes del Ministerio Público.

Acotando esta situación, en virtud de que actualmente algunas defensorías públicas forman parte administrativamente y dependen de manera directa de los Tribunales Superiores de Justicia, Poder al cual pertenecen a su vez los jueces de control, tribunal oral y ejecución de sanciones, lo cual coloca al defensor público en una línea jerárquica que impactará en sentido negativo respecto de la percepción ciudadana e incluso podría influir en que el defensor sea visto como un inferior jerárquico supeditado al juez al cual esté adscrito como en muchas ocasiones acontece en el sistema de justicia tradicional (inquisitivo - mixto). Superándose entonces lo que establecía la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 20 que citaba:

En todo proceso de orden penal, el imputado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del imputado:

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

El sistema de justicia inquisitivo permitía que cualquier persona, aun sin conocimientos ni experiencia jurídica, pudiera intervenir en defensa y representación de un procesado, lo cual obviamente generaba conflictos ya que el impacto era perjudicial puesto que se dejaba en estado de indefensión al procesado, lo que con el tiempo y la presentación de recursos generaba en la mayoría de los casos la reposición del procedimiento, prolongándose con ello la prisión preventiva. Violentándose por consiguiente el debido proceso y una adecuada defensa.

No obstante, con la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, se estableció claramente en el artículo

20 apartado B, fracción VIII., no solo los principios rectores del sistema penal acusatorio sino la obligatoriedad de la defensa técnica adecuada como a continuación se transcribe:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación....

B. De los derechos de toda persona imputada:

Fracción VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera...

*“Tendrá derecho
a una defensa
adecuada por
abogado, al cual
elegirá libremente
incluso desde el
momento de su
detención”*

Lo que en definitiva implica la obligatoriedad del perfil mínimo de Licenciado en Derecho titulado, pero además, que conozca las reglas de operación y estrategias de litigación del sistema acusatorio, para hacer efectiva materialmente en audiencias la defensa técnica “adecuada”.

*“Lo que en
definitiva implica
la obligatoriedad
del perfil mínimo
de Licenciado en
Derecho titulado,
pero además, que
conozca las reglas
de operación y
estrategias de
litigación del
sistema
acusatorio, para
hacer efectiva
materialmente en
audiencias la
defensa técnica
“adecuada””*

Más aún que la defensa, sea pública o particular, no podrá ser apoyada en su caso, o ser suplida en sus deficiencias por el juez que presida la audiencia., pues a diferencia del sistema inquisitivo,

donde el juez de oficio podía y ordenaba generalmente la práctica y desahogo de pruebas para “mejor proveer” fuera a favor o en perjuicio del procesado, ahora imputado; actualmente el juez por ningún motivo deberá tener acceso a la carpeta de investigación y mucho menos ordenar de oficio la práctica de diligencias tendientes a generar información, puesto que en el caso en concreto, debe ser la defensa la que origine una estrategia o teoría del caso, realice junto con sus auxiliares labores de investigación, promueva en su caso, salidas alternas o mecanismos de terminación anticipada y tenga claro el rumbo que seguirá con el único objeto de garantizar el debido proceso y el resultado que más favorezca los intereses de su cliente.

II. Servicio de defensa penal: Los retos

A nivel nacional cabe mencionar que la mayoría de las instituciones encargadas de prestar el servicio de defensa en los estados tiene carencias de presupuesto y de personal, lo cual impacta, se quiera o no, en la calidad de la atención, del servicio y desempeño del defensor público, donde probablemente se tenga la necesidad de contratar nuevos defensores públicos, lo cual deberá hacerse a través de convocatorias abiertas por concurso de oposición o en su caso, a través de concursos de

simulación de audiencias de estudiantes universitarios, que permitan descubrir el talento y la actitud de servicio para renovar las instituciones y fortalecerlas a través de procesos de evaluación que generen confiabilidad y transparencia, ya que en algunos casos, es más difícil cambiar la perspectiva de un defensor del sistema de justicia tradicional, a la de crear y formar defensores que no comparen los sistemas tradicional y acusatorio, sino que únicamente aprendan y operen un sistema acusatorio sin tener resistencia al cambio, ya que no estarían cambiando nada sino operando el sistema con base en los principios y a las nuevas estrategias de litigación.

Debiéndose tomar en cuenta que el inicio de la implementación del sistema acusatorio, por lo general es de manera paulatina, lo que implica que se inicie con una carga “cero” de trabajo, razón por la cual se podrá iniciar con un grupo minoritario de defensores, que con el transcurso del tiempo deberá irse aumentando en correspondencia al aumento de cargas de trabajo.

Sin embargo, la experiencia también permite compartir la reflexión de que la capacitación de los abogados penalistas particulares o privados no debe por ningún motivo dejarse de lado, al contrario, deberá proporcionarse a la par con los demás operadores, puesto que si no se hace,

implica un rezago de aprendizaje y práctica, donde incluso deberá evaluarse la posibilidad de implementar la defensa pública licitada, que generará las mismas oportunidades de capacitación y profesionalización tanto de los abogados públicos como particulares en beneficio de los imputados, que por lo general son personas de escasos recursos ávidos de justicia y de un respaldo y protección jurídica de calidad.

Operativamente y en la práctica el defensor deberá adquirir conocimientos teórico-prácticos a través de capacitaciones especializadas por etapas procesales, necesariamente con talleres de simulación de audiencias con casos prácticos. Asimismo, deberá conocer, dominar y aplicar la Constitución y los Tratados Internacionales que favorezcan el respeto a la presunción de inocencia y la aplicación restrictiva de la prisión preventiva, así como elaborar recursos y amparos técnicos con contenido de calidad en la formulación de agravios y, de igual manera, capacitarse en el tema de ejecución de sentencias, ya que si bien es cierto que desde el inicio de la investigación hasta el juicio la carga de la prueba le corresponde al ministerio público, debe tomarse en cuenta que en ejecución de sanciones se revierte esa carga para la defensa con el fin de promover beneficios pre-

liberacionales en favor de los sentenciados.

Cabe mencionar que en algunos estados donde ya se encuentra vigente el sistema acusatorio se procura que el defensor público que recibe una carpeta para audiencia inicial continúe con la representación del asunto hasta su total conclusión, bien con la tramitación del amparo directo que tenga como consecuencia una resolución absolutoria, o bien hasta que compurgue la pena impuesta y obtenga su libertad (etapa de ejecución).

“la experiencia también permite compartir la reflexión de que la capacitación de los abogados penalistas particulares o privados no debe por ningún motivo dejarse de lado, al contrario, deberá proporcionarse a la par con los demás operadores, puesto que si no se hace, implica un rezago de aprendizaje y práctica, donde incluso deberá evaluarse la posibilidad de implementar la defensa pública licitada, que generará las mismas oportunidades de capacitación y profesionalización tanto de los abogados públicos como particulares en beneficio de los imputados, que por lo general son personas de escasos recursos ávidos de justicia y de un respaldo y protección jurídica de calidad”

No obstante, en otros estados, la tendencia es ir cambiando de defensor por etapa procesal, es decir, un defensor conoce de las audiencias preliminares (etapa inicial), otro de la intermedia y juicio oral, y uno diverso le da seguimiento en la etapa de ejecución, lo que implica la creación de procesos de delegación de casos para evitar que la estrategia de defensa (teoría del caso) no varíe y no se vaya a dejar en estado de indefensión al imputado-acusado-sentenciado (de acuerdo a la etapa procesal en que se encuentre), esto último con el argumento de la especialización de los defensores por etapas procesales.

“Cabe destacar que el Código Nacional de Procedimientos Penales permitirá homologar criterios de defensa a nivel nacional, tanto operativa como de capacitación, lo cual impactará sin duda en la especialización y profesionalización del servicio de defensa que se brinda en el fuero común”

Cabe destacar que el Código Nacional de Procedimientos Penales permitirá homologar criterios de defensa a nivel nacional, tanto operativa como de capacitación, lo cual impactará sin duda en la especialización y profesionalización del servicio de defensa que se brinda en el fuero común.

III. Experiencia en el estado de Morelos

Para comentar la experiencia del estado de Morelos, estado pionero de la implementación de la reforma procesal penal junto con Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas, es importante establecer que el Poder Judicial redistribuyó los distritos judiciales existentes y de siete Distritos en materia penal cuyas cabeceras eran Cuernavaca, Tetecala, Puente de Ixtla, Jojutla, Yautepec, Cuautla y Jonacatepec, se limitó solo a tres regiones o distritos judiciales, quedando solo Cuernavaca, Jojutla y Cuautla, iniciando la aplicación del sistema acusatorio el 30 de Octubre del año 2008 en el Primer Distrito Judicial con sede en Cuernavaca, Morelos, de aplicación a todos los delitos existentes en el Código Penal; con 15 defensores públicos especializados en el tema, y en años posteriores en la región de Cuautla y finalmente Jojutla.

Ahora bien, por cuanto hace a la Defensa Pública un hecho innegable y evidente lo fueron las dudas y

cuestionamientos que habían surgido de prácticamente ocho meses continuos y constantes de capacitación para la selección de los defensores públicos que cumplieran con el perfil y las habilidades para llevar a buen puerto el sistema a implementarse, entre ellas las siguientes:

¿El Ministerio Público aportaría los antecedentes de investigación que beneficiarán al imputado?, ¿acaso la policía no realizaría actos crueles o de tortura al detenido?, ¿era en serio que en 2008 el denominado Juez de Garantías actualmente Juez de Control no tendría acceso a los antecedentes de la carpeta de investigación y más aún, no intentaría si es que hubiera necesidad, suplir las deficiencias del Ministerio Público?, ¿la prisión preventiva no iba a ser la medida cautelar de mayor aplicación? Y ¿en caso de llegar a Juicio Oral, realmente los peritos de la Fiscalía serían imparciales o intentarían en todo momento apoyar la teoría del caso del agente del Ministerio Público?

Tanta era la incertidumbre y tantas preguntas pendientes de contestar, que encontraron las respuestas en la primera audiencia de control de detención del estado de Morelos, en la cual el imputado fue representado por la Defensa Pública, y donde se dictó una detención ilegal, no por tortura ni actos crueles de los agentes aprehensores sino porque la

hipótesis de flagrancia no se actualizaba y como consecuencia legal se otorgó la libertad con reservas de ley al imputado en esa misma audiencia, quedando citado para que posteriormente en fecha diversa compareciera para que se le formulara imputación y se continuara el proceso, gracias a que realmente el Juez de Garantía privilegió la presunción de inocencia y el debido proceso y a que el Ministerio Público e incluso los agentes aprehensores no ocultaron ni modificaron los antecedentes de investigación, que en su caso beneficiaban al imputado, fue ese el primer resultado. Esta vez, la defensa había sido escuchada y eso permitía que a partir de ese momento se le reconociera su loable labor, la cual no es siempre conseguir sentencias absueltas, sino sentencias justas, siempre de la mano del respeto al debido proceso y de los derechos humanos de toda persona imputada.

“Esta vez, la defensa había sido escuchada y eso permitía que a partir de ese momento se le reconociera su loable labor, la cual no es siempre conseguir sentencias absueltas, sino sentencias justas, siempre de la mano del respeto al debido proceso y de los derechos humanos de toda persona imputada”

Política y socialmente se ha trabajado arduamente por parte del Poder Ejecutivo en la sensibilización de medios de comunicación y de la sociedad en general para que no se considere al Defensor Público como un individuo que ayuda a "delincuentes", puesto que se debe de partir de la idea de que aún y cuando el imputado permanezca en prisión preventiva durante el plazo de investigación, eso no significa que sea culpable, al contrario, se debe de seguir considerando y tratando como inocente, más aún cuando la medida cautelar de prisión preventiva debe aplicarse de manera excepcional, esto cuando otra cautelar o cautelares diversas no sean suficientes para garantizar la presencia del imputado durante el proceso, o bien, pueda obstruir la investigación y, nunca, considerarse como una pena anticipada antes de dictarse y agotarse los recursos jurídicos procedentes.

Hoy en Morelos, a partir de la presentación de la Ley Preferente realizada por el C. Gobernador Constitucional del estado de Morelos, Licenciado Graco Luis Ramírez Garrido Abreu y publicada el pasado 4 de Abril del año 2013 y con la instalación de la Junta de Gobierno el 14 de Mayo de ese mismo año, se dotó de autonomía a la Defensoría Pública a través de la creación del Instituto de la Defensoría Pública del estado de Morelos (IDEPEM).

Actualmente, se cuenta con Defensores Públicos certificados por la Secretaría Técnica para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC) como docentes certificados, que tanto como en el estado de Morelos como fuera de este son formadores de defensores especializados en el sistema procesal penal de corte acusatorio. El sueldo del defensor público se encuentra homologado con el del agente del Ministerio Público Estatal, se cuenta con un grupo de peritos que apoyan el servicio de defensa, se está gestionando la edificación del nuevo inmueble que cuente con salas de simulación de audiencias, cámara de *Gesell*, salas de entrevista para testigos o peritos propios o de la contraparte con sistema de videograbación, módulos privados para cada defensor; pero sobre todo, se tiene gran credibilidad social no solo por el tema de la gratuidad del servicio, sino también por la calidad del mismo, lo que impacta en que entre el 95% y 98 % del total de causas penales sean patrocinadas por los defensores públicos del Estado.

La clave que establece la diferencia de cada Institución de Defensa, es su capacidad de ser creativa y de soñar, el anhelo del poder ayudar a quien está siendo investigado e incluso en la mayoría de los casos privado de su libertad; un reto pendiente en Morelos es la existencia del catálogo de delitos

graves que trae como consecuencia la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, lo que evidentemente se contrapone con el principio de contradicción, y que en ningún estado de la República Mexicana, el defensor debe consentir sin debatir el tema, claro ejemplo es que en Morelos, aun y cuando es de aplicación oficiosa, se ha logrado que en algunos casos el juez de control realice el control difuso de la Constitución, y aplicando Tratados Internacionales bajo el principio *pro homine*, a raíz del debate que origina la defensa, se conceda medida cautelar de libertad, procesos que han concluido exitosamente no solo para el imputado sino dependiendo de la naturaleza del hecho delictivo incluso para la víctima.

“un reto pendiente en Morelos es la existencia del catálogo de delitos graves que trae como consecuencia la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, lo que evidentemente se contrapone con el principio de contradicción, y que en ningún estado de la República Mexicana, el defensor debe consentir sin debatir el tema”

Pareciera fácil transformar una Institución que durante años estuvo abandonada, y es cuestionable siempre pensar en el tema financiero y presupuestal, sin embargo, quienes realmente cambian y mejoran a las instituciones son las personas, los servidores públicos que en ella laboran, la calidad de la atención y del servicio, siendo necesarios crear los indicadores mínimos que midan el desempeño del servicio proporcionado por cada defensor, para partir de ahí con el servicio civil de carrera que permita depurar a los malos elementos y reconocer a los que cabalmente cumplen con su deber no solo jurídico sino moral.

Conclusiones

Es necesario para mejorar el servicio de Defensa Penal Estatal, en primer término dotar de autonomía plena a las Instituciones de Defensa Pública, debiendo estar sectorizadas en su caso, al Poder Ejecutivo, pero no así al Judicial o incluso como sucede en países como Argentina a la propia Fiscalía; ya que de suceder eso no existiría la libertad de defensa y la credibilidad por parte del usuario y de la propia sociedad.

Se debe aprovechar al máximo el apoyo y recurso de la Federación para la mejora inmediata de capacitación, equipamiento, infraestructura y normatividad, que permita que el fenómeno favorable de la recuperación y dignificación de la

figura del defensor público y del servicio de defensa continúe presentándose en los estados que estén pendientes por implementar la reforma penal.

“Es necesario para mejorar el servicio de Defensa Penal Estatal, en primer término dotar de autonomía plena a las Instituciones de Defensa Pública, debiendo estar sectorizadas en su caso, al Poder Ejecutivo, pero no así al Judicial o incluso como sucede en países como Argentina a la propia Fiscalía; ya que de suceder eso no existiría la libertad de defensa y la credibilidad por parte del usuario y de la propia sociedad”

El trabajo en equipo y el compartir experiencias interinstitucionales entre todas las Defensorías Públicas de México permitiría aprovechar los aciertos y

superar los desaciertos vividos por quienes ya han implementado e incluso están en la etapa de consolidación del sistema procesal penal de corte acusatorio, sobre todo en temas de capacitación y de aprovechamiento de recursos financieros, materiales y humanos de cada dependencia.

Establecer modelos de gestión, así como la creación de indicadores tendientes a establecer los estándares mínimos del servicio de Defensa Penal, para medir el desempeño del operador y la percepción del usuario.

La creación o en su caso, el fortalecimiento de áreas de servicios periciales de la defensa, así como la existencia de investigadores y notificadores que auxilien al defensor público a realizar su labor, puesto que esto permite una real y tangible igualdad de armas entre la defensa y el ministerio público, permitiendo que no se cuestione en ningún caso el verdadero cumplimiento al debido proceso.

Hoy México brinda una gran oportunidad de crecimiento para la defensa, profesionalmente una enorme opción de reivindicar la figura del defensor público y de la profesión de la abogacía, pero lo más importante es que gracias a la reforma procesal penal existe la posibilidad de garantizar investigaciones, procesos y juicios justos para cualquier persona investigada por su posible participación en un hecho delictivo, lo

que genera certeza jurídica para ellos, confianza para la sociedad y justicia para las víctimas, porque lo que nunca se debe olvidar es que la defensa no genera impunidad sino únicamente garantiza el cumplimiento del debido proceso, o como lo estable más claramente la institución de Defensa Pública de nuestro país hermano Chile: «Sin defensa no hay justicia».

Fuentes consultadas

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Penales del estado de Morelos.

Ley de la Defensoría Pública del estado de Morelos.

LA LABOR DEL DEFENSOR DE OFICIO EN EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO EN OAXACA

Pedro PÉREZ SOSA*

SUMARIO: Introducción; I. Marco legal; II. Entrada en vigor del sistema acusatorio en Oaxaca. III. Fortalezas de la Defensa; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Introducción

El derecho de la defensa es de suma importancia en todo proceso, máxime en las cuestiones penales, ya que el mayor bien jurídico que tiene toda persona es la vida, después su libertad, dando cumplimiento a este mandato constitucional, impone que se cuente con un defensor ya sea privado o de oficio, precisamente con ello se da legalidad y certeza jurídica a los gobernados, culminando con ello un debido proceso, mediante un juicio expedito, gratuito y transparente, ya que con la tutela de ese derecho se trata de recuperar la confianza que se está perdiendo en el sistema tradicional el cual la mayoría de las veces se encontraba plagado de vicios de diversa índole, desde el que se le permitía patrocinar una causa a la “persona de confianza” hasta los actos de demora en las sentencias, posibles corruptelas entre otros, causando severos daños al procesado.

El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, ha erradicado en gran medida estos vicios, en virtud de que la Defensa Técnica constituye un pilar fundamental en el nuevo andamiaje jurídico. Lo anterior con base que exige que todo litigante que sea defensor ó asesor debe tener una gama de conocimientos jurídicos y experticia, pero principalmente, contar con el título de licenciado en Derecho con su respectiva cedula profesional, esto no solo opera para el imputado, sino también para quién pretende “asesorar a la víctima”, dando vida a la igualdad procesal.

En el estado de Oaxaca se cuenta con una gama de pueblos y comunidades indígenas, haciendo un total de 570 Municipios distribuidos en sus ocho Regiones. Como consecuencia de ello, se tiene un gran número de imputados que hablan su lengua materna, motivo por el cual la labor del defensor debe tener una característica adicional, procurar conocer la lengua y cultura del procesado, como se desprende de la Constitución Estatal en su artículo 16:

* Licenciado en *Derecho y Ciencias Sociales* por la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca; Especialista en *Derecho Penal, Juicios Orales y en Justicia para Adolescentes*; Cuenta con diplomados en: Etapa Preliminar y en Etapa Intermedia impartidos por ASILEGAL. Desde el año 2007 se desempeña como defensor del sistema penal acusatorio. Actualmente ocupa el cargo de Jefe del Departamento de Control de Defensores Públicos en la Procuraduría de la Defensa del Indígena y Grupos Vulnerables del estado de Oaxaca.

“En el estado de Oaxaca se cuenta con una gama de pueblos y comunidades indígenas, haciendo un total de 570 Municipios distribuidos en sus ocho Regiones. Como consecuencia de ello, se tiene un gran número de imputados que hablan su lengua materna, motivo por el cual la labor del defensor debe tener una característica adicional, procurar conocer la lengua y cultura del procesado”

El Estado de Oaxaca tiene una composición étnica plural, sustentada en la presencia y diversidad de los pueblos y comunidades que lo integran. El derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas se expresa como autonomía, en tanto partes integrantes del Estado de Oaxaca, en el marco del orden jurídico vigente; por tanto dichos pueblos y comunidades tienen personalidad

jurídica de derecho público y gozan de derechos sociales (...).

Los pueblos indígenas del Estado de Oaxaca son: Amuzgos, Cuicatecos, Chatinos, Chinantecos, Chocholtecos, Chontales, Huaves, Ixcatecos, Mazatecos, Mixes, Mixtecos, Nahuas, Triquis, Zapotecos y Zoques. El Estado reconoce a las comunidades indígenas que los conforman, a sus reagrupamientos étnicos, lingüísticos o culturales. La ley reglamentaria protegerá a las comunidades afromexicanas y a los indígenas pertenecientes a cualquier otro pueblo procedente de otros Estados de la República y que por cualquier circunstancia, residan dentro del territorio del Estado de Oaxaca (...)¹.

Cabe resaltar que el sistema acusatorio adversarial únicamente tiene presencia en cuatro de las ocho regiones.



Juzgado de Garantía del H. Tribunal Superior de Justicia del estado de Oaxaca.

¹ Art. 16 de la Constitución Política del estado libre y soberano de Oaxaca.

I. Marco legal

En primer lugar, analizaremos dónde tiene su origen la figura del defensor de oficio del fuero común en el estado de Oaxaca que garantice una defensa técnica y adecuada. Se encuentra plasmado tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tratados Internacionales, Constitución local del estado de Oaxaca, y en el Código Procesal Penal vigente en las regiones, Istmo, Mixteca, Costa Oaxaqueña y Cuenca del Papaloapan.

El artículo 20 Constitucional apartado B, fracción VIII, respecto de los derechos de toda persona imputada dice lo siguiente:

Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera².

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Artículo 8, referente a las Garantías Judiciales, dispone lo siguiente:

² Art.20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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 carácter³.

Y, el apartado D plasma lo siguiente: «derecho del imputado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor»⁴.

En ese orden de ideas la Constitución Política del estado Libre y Soberano de Oaxaca, en su artículo 8, dice que: «El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.»⁵.

Asimismo, el apartado B, fracción VIII sobre los derechos de toda persona imputada dice:

Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, el cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un

³ Art.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴ *Ídem*.

⁵ Art. 8 de la Constitución Política del estado libre y soberano de Oaxaca.

abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera⁶.

Por su parte, el Código Procesal Penal vigente en las regiones antes mencionadas, en el artículo 6, sobre la Inviolabilidad de la Defensa recoge el derecho a la defensa técnica que deberá tener todo imputado y dice: «La defensa es un derecho inviolable en toda etapa del proceso...»⁷.

Y, el artículo 7 sobre la Defensa Técnica señala que: «Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia el imputado deberá ser asistido y defendido por un licenciado en derecho, con independencia, en caso de que quiera defenderse por sí mismo.»⁸, reforzando esta disposición legal en su artículo 130 sobre los Derechos del Imputado:

La policía, el Ministerio Público y los Jueces, según corresponda, harán saber al imputado, de manera inmediata y comprensible, en el primer acto en que participe,

⁶ *Ídem*.

⁷ Art. 6 del Código Procesal Penal para el estado de Oaxaca.

⁸ Art. 7 del Código Procesal Penal para el estado de Oaxaca.

que tiene los siguientes derechos (...):

III.- Ser asistido, desde el primer acto del proceso, por el defensor que designe él, sus parientes o la agrupación a la que se le comunicó su captura y, en defecto de éste, por un defensor público...⁹.

En términos muy similares se encuentra redactado el artículo 144 del mismo Código privilegiando en todo momento el derecho de elección por parte del imputado.

II. Entrada en vigor del sistema acusatorio en Oaxaca

En el Estado, el sistema acusatorio adversarial se implementó en primer lugar en la región del Istmo de Tehuantepec, el día 9 de septiembre del año 2007, abarcando los Distritos Judiciales de Matías Romero de Avendaño, Juchitán de Zaragoza, Santo Domingo Tehuantepec y Salina Cruz, Oaxaca. No omito precisar que el Tribunal de Juicio Oral o debate propiamente dicho se localiza en la Ciudad y Puerto de Salina Cruz, Oaxaca.

El 9 de septiembre del 2008, se implementó la siguiente fase en la región Mixteca, con presencia en los Distritos de: Asunción Nochixtlán, Tlaxiaco, Huajuapan de León y Villa Putla de Guerrero.

⁹ Art. 130 del Código Procesal Penal para el estado de Oaxaca.

El 9 de mayo del año 2012, el sistema penal acusatorio entró en vigor en la Región de la Costa, en los Distritos de San Pedro Pochutla, Puerto Escondido y Pinotepa Nacional.

Para el 27 de septiembre del año 2013, se implementó en la región Cuenca del Papaloapan, en los Distritos de San Juan Bautista Tuxtepec y Cosolapa.

Por otra parte, el 1° de enero del año 2007, entró en vigor la *Ley de Justicia para Adolescentes*, la cual se aplica de manera supletoria con el Nuevo Código Procesal Penal. Dicha Ley aplica solo para los adolescentes que se encuentran en el rango de edades mayores de 12 años y menores de 18.

En estos casos los defensores, obligatoriamente deben ser especializados en Justicia para Adolescentes, para poder fungir como defensa de los imputados menores de edad, sistema que permea en todo el estado de Oaxaca. Es decir que comprende las ocho Regiones, y la sede del Juzgado Especializado en Justicia para Adolescentes, se encuentra en la Ciudad de Oaxaca de Juárez.

Como ya se contaba con la experiencia adquirida en la región Istmeña, la primer región implementada, se llevó a cabo el mecanismo de preparación de Defensores Públicos a la par de los agentes del Ministerio Público, es

decir, que se capacitó a una gama de Defensores de Oficio, los cuales contaban con un perfil adecuado para asumir la responsabilidad de fungir como defensa en el nuevo sistema de justicia penal. La gran mayoría fueron defensores de oficio adscritos a los juzgados penales tradicionales del estado de Oaxaca, aprovechando que contaban con el conocimiento y experiencia en materia penal, más no en el nuevo sistema.

“Como ya se contaba con la experiencia adquirida en la región Istmeña, la primer región implementada, se llevó a cabo el mecanismo de preparación de Defensores Públicos a la par de los agentes del Ministerio Público, es decir, que se capacitó a una gama de Defensores de Oficio, los cuales contaban con un perfil adecuado para asumir la responsabilidad de fungir como defensa en el nuevo sistema de justicia penal”

Por lo que hace a la Defensoría Pública, ésta es asistida por la Procuraduría de la Defensa del Indígena y Grupos Vulnerables, misma que emana de la Constitución local en su artículo 8 Fracción VIII, mandato local que da origen a la creación de la *Ley Orgánica de la Procuraduría para la Defensa del Indígena*, Institución de Defensa que cuenta con una gama de profesionistas de diversos perfiles en las diferentes materias como son Civil, Familiar, Laboral, Agrario, Amparos, etc.

Cabe mencionar que para facilitar el trabajo y cubrir las exigencias de esta nueva forma de impartir justicia penal, se cuenta con Ingenieros en Informática, cuyo trabajo consiste en recabar toda la información de cada una de las causas, elaborando con ello una base de datos y estadística. Al día de hoy se cuenta con uno por cada Defensoría.

El sistema acusatorio en Oaxaca, a diferencia de otras entidades del país, se inició con todo el catálogo de delitos penales que señala el Código Penal sustantivo.

III. Fortalezas de la Defensa

La Defensoría Pública es la institución que se encarga de velar por los intereses principalmente de los indígenas y grupos vulnerables, cuya misión es preparar de manera adecuada a cada uno de los

Defensores Públicos, para cumplir con el mandato constitucional de la defensa técnica. La visión de la Defensoría es brindar un servicio de calidad a la ciudadanía y que el hecho de no tener las posibilidades económicas para pagar un abogado particular, no sea obstáculo para que no sean defendidos adecuadamente, ya que el patrocinio de los imputados por parte de los defensores es completamente gratuito.

“La figura del defensor público, trata de reivindicarse a través de los óptimos resultados que van dando los defensores, ya que en la actualidad, sin duda alguna, quienes llevan el mayor número de defensas en el sistema oral son estos últimos por el desinterés y poca preparación de los abogados particulares”

La figura del defensor público, trata de reivindicarse a través de los óptimos resultados que van dando los

defensores, ya que en la actualidad, sin duda alguna, quienes llevan el mayor número de defensas en el sistema oral son estos últimos por el desinterés y poca preparación de los abogados particulares.

Debemos destacar que el que asume la defensa técnica debe ser necesariamente un licenciado en Derecho, que a su vez cuente con los conocimientos en la materia y su respectiva cédula profesional, debidamente validada por la Secretaría de Educación Pública, No un abogado en Derecho, entendiendo como tal, que sea una persona que se ha hecho a través del tiempo y en los juzgados, cuyos conocimientos son netamente empíricos y no científicos.

Hay que tomar en cuenta que en este nuevo sistema ya no hay lugar a una defensa temerosa o que desconozca la función que juega en este nuevo modelo, ya que la calidad del debate en gran medida es determinada por la defensa técnica siendo este quién representa al protagonista más importante del drama penal.

El Código Procesal establece que para tales efectos, el imputado podrá elegir a un defensor particular debidamente titulado; de no hacerlo, se le asignará un defensor público.

El derecho a la defensa, también lo integra, el derecho del imputado a comunicarse libre y privadamente con su defensor y a disponer del tiempo y de los medios adecuados

para preparar su defensa. Es decir, para construir la teoría del caso. Las comunicaciones entre el imputado y su defensor son inviolables, y no podrá alegarse, para restringir este derecho, la seguridad de los centros penitenciarios, el orden público o cualquier otro motivo.

Los derechos y facultades del imputado podrán ser ejercidos Directamente por el defensor, salvo aquellos de carácter personal, o cuando exista una limitación a la representación legal o prohibición en la ley.

Cuando se impute la comisión de un delito a miembros de pueblos o comunidades indígenas se procurará que el defensor tenga conocimiento de su lengua y cultura¹⁰.

Igualmente cabe mencionar que la Institución se preocupa por que en cada uno de los Distritos Judiciales de las regiones se cuenten con defensores que no solo tengan el conocimiento en la materia penal y procesal penal, sino también que conozcan la lengua y cultura del justiciable.

Esto es así, porque en algunos casos tanto el imputado como la víctima pertenecen a una comunidad indígena y no obstante que el asunto se tramita ante los tribunales de justicia oral, solicitan que el caso sea

¹⁰ Al respecto ver el artículo 6, 7, 127 y 414 del Nuevo Código de Procedimientos Penales del estado de Oaxaca.

resuelto con base en sus sistemas normativos internos de usos y costumbres. Lo anterior es perfectamente válido en aquellos casos donde el catálogo de delitos lo permita, ya que la Carta Magna del país así lo prevé en su artículo 2º, en relación con el artículo 414 del Código de Procedimientos Penales del Estado.

Ahora bien, de lo anterior debemos de entender que la defensa técnica la ejerza un licenciado en Derecho, aunado a ello que este profesionista cuente con la cedula profesional que respalde sus estudios académicos adquiridos en las aulas de la facultad en la que haya estudiado. Lo anterior en consideración a que en el momento de la audiencia este tendrá que exhibir su cedula en original para que el juez verifique la autenticidad de la misma y pase ante la fe del mismo, ya que en este nuevo sistema la fe la tiene el ciudadano juez y, que quede registro de la misma en la audiencia, en audio y en video, no como en el sistema escrito que es diligencia, las cuales generalmente son escritas. Además, debemos considerar que este concepto de defensa también conlleva que el licenciado en Derecho cuente con la capacitación y experticia en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio adversarial.

Ya que el mismo artículo es claro, ya no tendrán cabida en este nuevo proceso aquellos abogados que

pretendan patrocinar las causas de los imputados, aun cuando el mismo imputado los designare, ya que el requisito exigido por el Código es que cuenten con la cedula profesional de la licenciatura en Derecho.

También, puede darse el caso de que en las audiencias que tienen el carácter de públicas, ingrese un abogado que el mismo imputado ha designado y, si este no acreditó ser licenciado en Derecho, puede fungir como “asistente de la defensa técnica, si este último así lo permite”¹¹. Haciendo la observación que en la audiencia solo podrá realizar tareas accesorias más no podrá tener el uso de la palabra, obligando con ello al titular que acepta el patrocinio del imputado a estar presente en todo momento procesal, por lo que no puede dicho profesionista delegar la función en otra persona.

Ahora bien, quien realice la defensa técnica debe ser obligatoriamente licenciado en Derecho con su respectiva cedula profesional debidamente validada por la Secretaria de Educación Pública. Igualmente, deberá contar con los conocimientos en la materia tanto del nuevo proceso penal como de Derecho Sustantivo, “no podrá ser un abogado en Derecho” entendiendo como tal, que sea una persona que se

¹¹ Al respecto, ver el artículo 157 del Nuevo Código Procesal Penal del estado de Oaxaca.

ha hecho a través del tiempo en los juzgados y cuyos conocimientos son netamente empíricos y no científicos, como está estipulado en el artículo 145 del Código Procesal Penal de Oaxaca.

Debemos de tomar en cuenta que en este nuevo sistema ya no hay lugar a una defensa temerosa o que desconozca el nuevo rol que juega en este nuevo proceso, lo anterior lo recoge el artículo 156 del Código Procesal antes mencionado el cual reza: «Todos los licenciados en Derecho que intervengan como asesores o representante de las partes en el proceso, deberán consignar, al inicio del mismo, su número de cédula profesional.

Las gestiones no se entenderán mientras no se cumpla con ese requisito.»

Tomemos en cuenta que el sistema acusatorio adversarial prepondera la igualdad entre el ministerio público y la defensa, más aun, este vigila el cabal cumplimiento de los Derechos Fundamentales del imputado. Así pues, si el Juez de Control de Garantías o los Jueces que integran el Tribunal de debate, se percatan de que la defensa técnica no posee los conocimientos en la materia, de manera oficiosa el juez tiene la facultad de apartar de la defensa al profesionista que está siendo temeroso y que evidentemente no tiene la experticia para patrocinar al imputado durante el juicio. De no

hacerlo, el juez estará vulnerando de manera grave el derecho que tiene el imputado a una adecuada defensa técnica.

“el sistema acusatorio adversarial prepondera la igualdad entre el ministerio público y la defensa, más aun, este vigila el cabal cumplimiento de los Derechos Fundamentales del imputado”

Conclusiones

La defensa se puede centrar en tres vertientes, de acuerdo a la *teoría del caso*:

1. Que el imputado admita el hecho que se le atribuye de manera parcial, es decir que niegue en parte los hechos constitutivos del delito, ya que el investigado manifieste: que si sucedieron los hechos, pero no de la manera como los hace ver el ministerio público, por ejemplo: Juan en su carácter de imputado, comete el delito de robo, pero este robo es simple, más no robo calificado, como lo manifiesta el representante social. Lo anterior con base en la pena que

pudiera llegar a imponerse al imputado ya que será más grave que de la del robo simple.

Entonces, el trabajo de la defensa técnica es demostrar que los hechos que revisten el carácter de delito han sucedido como lo afirma su defendido y no como lo manifiesta el Ministerio Público en la comunicación de imputación.

2. Que el imputado admita el hecho de manera lisa y llana, es decir, que acepta que ha cometido un hecho que reviste el carácter de delito, tal y como lo manifiestan la víctima y el ministerio público. Lo anterior para estar en posibilidades de que en el momento oportuno el ministerio público le pueda ofrecer un juicio especial, como el procedimiento abreviado, en el que la pena puede reducirse hasta en un tercio de la mínima que establece el tipo penal.

La labor de la defensa en gran medida consistirá en una negociación legal con el ministerio público a cambio de la aceptación de hechos por parte de su defendido y que a este se le disminuya la pena¹².

3. Que el imputado no admita los hechos, es decir que asegure no haber tenido participación alguna en el hecho que le imputa el ministerio público. En ese sentido, la defensa técnica y el imputado (a través de la

¹² Ver Art. 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, apartado A) fracción VII.

defensa material, que es la que ejerce el investigado por él mismo) tendrán que aportar y desahogar todos aquellos datos de prueba o pruebas, que le permitan esclarecer o demostrar la inocencia del imputado. Con ello se hace patente el principio de “no auto incriminación”. Que en muchas ocasiones se traduce en el derecho a guardar silencio.

Algunos doctrinarios hablan de un cuarto supuesto que puede asumir la defensa técnica, este se refiere a que no obstante que el imputado sí cometió el delito, el ministerio público y la víctima no realizaron bien su investigación y hay deficiencias en la misma, en este sentido el imputado y la defensa optarán por una defensa pasiva-activa, esto es que los argumentos de defensa estarán basadas en las debilidades de la investigación del ministerio público, haciendo patente el derecho de contradicción¹³.

Anexo

Datos Estadísticos del Patrocinio de la Defensa Pública en el Estado de Oaxaca

- Una Procuradora, un Subprocurador, Jefe de Departamento de Defensores y

¹³ Ver Art. 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Apartado A, en relación al artículo 3 del Código de Procedimientos Penales del estado de Oaxaca.

Jefe de Departamento de Recursos Derivados del Sistema.

Defensores que operan el Sistema:

41 Defensores para adultos distribuidos de la siguiente manera:

- 12 en la región Istmo;
- 13 en la región Mixteca;
- 9 en la región de la Costa;
- 6 en la región de la Cuenca;
- 1 defensor para la segunda instancia.
- 4 Defensores para adolescentes ubicados en el Centro.
- Total de defensores: 45, de los cuales 41 atienden asuntos de adultos y 4 para adolescentes.

Los Defensores Pùblicos proporcionaron asistencia jurídica a 10,109 indígenas en el sistema acusatorio adversarial, atendidos de la siguiente manera:

- 745 atendidos en la región de la Costa, en el periodo comprendido del 9 mayo de 2012 al 28 de febrero de 2014;
- 4,013 atendidos en la región del Istmo, en el periodo comprendido del 9 de septiembre de 2007 al 28 de febrero de 2014;
- 4,091 atendidos en la región de la Mixteca, en el periodo comprendido del 9 de septiembre de 2008 al 28 de febrero de 2014;
- 371 atendidos en la región de la Cuenca del Papaloapan, en el periodo comprendido del 27 de

octubre de 2013 al 28 de febrero de 2014, y

- 889 indígenas atendidos en la región del Centro en el periodo correspondiente del comprendido del 1 enero del 2013 al 28 de febrero del 2014.

Fuentes consultadas

Legislación local

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política del estado Libre y Soberano de Oaxaca.

Código Procesal Penal para el estado de Oaxaca.

Legislación internacional

Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

LA DEFENSA DE INDÍGENAS EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO

Mario Alberto TORRES LÓPEZ*

SUMARIO: Introducción; I. Los pueblos y comunidades indígenas; II. Los derechos y prerrogativas de los indígenas en materia penal; III. La defensa adecuada de imputados indígenas; Reflexión final; Fuentes consultadas.

Introducción

La reforma de agosto de 2001 a la Constitución Política planteó nuevos esquemas y retos a la procuración y a la administración de justicia tanto en el ámbito federal como en el local.

El artículo 2 estableció varias cuestiones, todas ellas relacionadas con la materia indígena: pueblos y comunidades, miembros, lenguas, usos y costumbres, y elección de representantes, entre otras cosas.

Así, en el apartado A, fracción VIII, se reconoció y garantizó el acceso pleno a la jurisdicción del Estado; se estableció que en los juicios y procedimientos en que los pueblos y comunidades indígenas fueren parte, de manera individual o colectiva, deberían tomarse en cuenta las costumbres y especificidades que no fueren contrarias a la Constitución. En lo individual, se asentó que los indígenas deben ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y de su cultura.

La “asistencia” garantizada constitucionalmente ha sido vislumbrada, en un principio, en lo que a procedimientos penales se refiere; sin embargo, no se agota en esa materia sino que ha de otorgarse en todas las ramas propias de la jurisdicción del Estado y en todos los ámbitos.

* Licenciado en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Maestro en *Ciencias Penales* por el Instituto Nacional de Ciencias Penales; Profesor titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la UNAM. En el ámbito profesional se ha desempeñado como Agente Investigador del Ministerio Público del Distrito Federal, Abogado de la Procuraduría Fiscal de la Federación, Jefe de la Unidad Jurídica de la Procuraduría Fiscal de la Federación, Titular de la ahora Unidad de Defensa Penal y Evaluación del Servicio en el Instituto Federal de Defensoría Pública del Consejo de la Judicatura Federal, así como Director General de Asuntos Jurídicos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Actualmente, ocupa el cargo de Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública, Órgano Auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal.

“se estableció que en los juicios y procedimientos en que los pueblos y comunidades indígenas fueren parte, de manera individual o colectiva, deberían tomarse en cuenta las costumbres y especificidades que no fueren contrarias a la Constitución”

Hemos de abordar en lo que a este ensayo se refiere, lo concerniente a la jurisdicción en materia penal, los problemas que actualmente se enfrentan y la forma en que se hace o debe hacerse frente a ellos.

I. Los pueblos y comunidades indígenas

El Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI) ha informado que en el país existen 11 familias lingüísticas, 68 lenguas (por el nombre) y 364 variantes lingüísticas.

Así, considerando el criterio estrictamente lingüístico, podemos darnos una idea acerca del número de pueblos y comunidades indígenas que existen en el país. Quienes a ellos pertenezcan son sujetos de un número de derechos y prerrogativas a que hace alusión el artículo 2º.

Constitucional, así como otras disposiciones legales.

II. Los derechos y prerrogativas de los indígenas en materia penal

El carácter de indígena que tenga un imputado en un procedimiento penal tiene diversas implicaciones.

La primera de ellas la podemos vislumbrar a la luz del derecho penal sustantivo, en lo tocante a los usos y costumbres de algún miembro de un pueblo o comunidad indígena. En efecto, los usos y costumbres propios de ese pueblo o comunidad pueden tener su efecto directo en alguno o algunos de los elementos del delito pero como se dice, única y exclusivamente, para sus miembros.

Se presentó el caso de un indígena mixteco que fue capturado y puesto a disposición del Ministerio Público de la Federación por haber capturado y dado muerte a cinco ejemplares de una especie de iguana con *status protegido*. La persona fue consignada a un Juez de Distrito bajo el cargo de haber cometido uno de los delitos que están previstos en el artículo 420 del Código Penal Federal¹.

¹ Artículo 420.- Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, a quien ilícitamente:

I. Capture, dañe o prive de la vida a algún ejemplar de tortuga o mamífero marino, o recolecte o almacene de cualquier forma sus productos o subproductos;

II. Capture, transforme, acopie, transporte o dañe ejemplares de especies acuáticas declaradas en veda;

II Bis.- De manera dolosa capture, transforme, acopie, transporte, destruya o comercie con las especies acuáticas denominadas abulón y langosta, dentro o fuera de los periodos de veda, sin contar con la autorización que corresponda, en cantidad que exceda 10 kilogramos de peso y cuando las conductas a que se refiere la presente fracción se cometan por una asociación delictuosa, en los términos del artículo 164 de este Código, se estará a lo dispuesto en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

III. Realice actividades de caza, pesca o captura con un medio no permitido, de algún ejemplar de una especie de fauna silvestre, o ponga en riesgo la viabilidad biológica de una población o especie silvestres;

IV. Realice cualquier actividad con fines de tráfico, o capture, posea, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga del mismo, algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, sujeta a protección especial, o regulada por algún tratado internacional del que México sea parte, o

V. Dañe algún ejemplar de las especies de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas señaladas en la fracción anterior.

Se aplicará una pena adicional hasta de tres años más de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las

Tanto en declaración ministerial como en preparatoria el imputado expresó pertenecer a una comunidad indígena, que vivía en un pequeño poblado dentro del bosque, que su familia constaba de ocho personas incluyéndolo a él, y que había capturado y matado a las iguanas con la finalidad de alimentar durante tres días a sus familiares. Durante el proceso, el imputado estuvo asistido por un defensor público federal bilingüe en mixteco, quien durante la instrucción ofreció como medios de prueba las siguientes: documental pública consistente en una constancia expedida por autoridad municipal que lo acreditaba como miembro de la comunidad indígena; el testimonio de dos ancianos venerables de la comunidad, quienes declararon que desde sus recuerdos más lejanos les daban de comer iguana; actas de nacimiento de cinco hijos menores de edad, una de matrimonio y una identificación de la suegra, con la finalidad de acreditar a quienes integraban su familia; estudio socioeconómico para dar prueba de las condiciones de pobreza en que vivía la familia; y, libros de cocina mixteca en los que se habla desde cómo destazar a una iguana hasta las formas de cocinarla.

conductas descritas en el presente artículo se realicen en o afecten un área natural protegida, o cuando se realicen con fines comerciales.

Al concluir el procedimiento — tiempo en el cual estuvo en libertad provisional — se dictó sentencia absolutoria. El juzgador estimó que se había presentado la causa de licitud de la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal, consistente en el ejercicio de un derecho; ese derecho era oriundo de los usos y costumbres propias de la comunidad indígena a la que el imputado pertenecía: los vinculados a la alimentación.

Bajo el mismo aspecto fueron absueltos miembros de una comunidad indígena de Chihuahua, acusados de tala ilegal con motivo de que derribaron un árbol para construir una letrina, a raíz de la sugerencia que a tal efecto les hiciera una trabajadora del sector salud. En este caso se planteó el ejercicio del derecho de la comunidad para utilizar los recursos naturales de su entorno.

Indirectamente y por tratarse de un sector vulnerable de la sociedad dadas las condiciones de marginación en que se encuentran, se han dado numerosos casos en que ha operado el error de prohibición directo del artículo 15, fracción VIII, inciso b), del Código Penal Federal. Así, se han presentado casos de posesión de explosivos, de armas y de narcóticos en los que se absolvió por haber operado el citado error.

En el ámbito procesal el Código Nacional de Procedimientos Penales contempla en el artículo 420 el

procedimiento especial de “Pueblos y Comunidades Indígenas”².

III. La defensa adecuada de imputados indígenas

Con la reforma de 3 de septiembre de 1993 se introdujo el concepto *defensa adecuada* en la fracción IX del artículo 20 de la Constitución, concepto que subsistió de manera enfática con la reforma del 18 de junio de 2008 en el

² Artículo 420. Pueblos y comunidades indígenas.

Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima, o en su caso sus familiares, acepten el modo en el que la comunidad, conforme a sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos proponga resolver el conflicto, se declarará la extinción de la acción penal, salvo en los casos en que la solución no considere la perspectiva de género, afecte la dignidad de las personas, el interés superior de los niños y las niñas o del derecho a una vida libre de violencia hacia la mujer.

En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el Juez competente.

Se excluyen de lo anterior, los delitos previstos para prisión preventiva oficiosa en este Código y en la legislación aplicable.

apartado B, fracción VIII, del citado artículo 20³.

La defensa adecuada es una mención constante por parte de académicos y de personas que están relacionadas con la procuración y la impartición de justicia. Sin embargo, la realidad es que no existe un concepto de ella —al menos aproximado y de aceptación unánime—, y cada quien la entiende a su peculiar parecer.

El adjetivo “adecuado” implica lo que es más conveniente a un objeto, caso o situación determinados según las circunstancias particulares que existan en el entorno. Tradicionalmente se ha incurrido en el error de equiparar la defensa adecuada a hacer valer la inocencia del imputado, cuando la vida nos presenta innumerables casos en que el acusado confiesa plenamente y con todo tipo de formalidades la comisión del ilícito, existiendo además datos y elementos probatorios para emitir una sentencia condenatoria.

³ Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

La teoría *del caso* ahora tan mencionada con el nuevo sistema acusatorio oral o adversarial, plantea cómo debe ser el patrocinio legal de un imputado según las circunstancias del caso; hacer valer la inocencia por alguna excluyente del delito, invocar ausencia de formalidades procesales y su efecto, argumentar la prescripción de la acción penal, la retroactividad en beneficio, etc. y, por qué no, la mínima culpabilidad del agente, la pena más baja o la menos grave. Pese a que una persona haya sido condenada, la defensa continúa en ejecución.

La defensa adecuada es un mecanismo para hacer valer todos y cada uno de los derechos y prerrogativas que tiene el imputado dentro de un procedimiento penal y de acuerdo a las circunstancias del caso.

Entre esos derechos que tiene todo imputado encontramos el de *elegir libremente al abogado o licenciado en derecho que tendrá a su cargo su defensa o, en su caso, serle designado el defensor público del Estado que corresponda*. En efecto, la fracción VIII del apartado B del artículo 20 constitucional dispone: «Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, el cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar a un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el

juez le designará un defensor público».

Conforme a lo anterior tenemos que el indígena que es imputado tiene el derecho de designar libremente al abogado que desea lleve su defensa; desde luego, esa elección está condicionada a que el abogado particular elegido acepte dicha defensa. La designación de un defensor público es subsidiaria, es decir, procede en los casos en que el imputado no tiene defensor particular.

“el indígena que es imputado tiene el derecho de designar libremente al abogado que desea lleve su defensa; desde luego, esa elección está condicionada a que el abogado particular elegido acepte dicha defensa. La designación de un defensor público es subsidiaria, es decir, procede en los casos en que el imputado no tiene defensor particular”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, vigente para México a partir del 24 de marzo de 1981, dispone en el Artículo 8 de Garantías Judiciales, punto 2, inciso d), lo siguiente: «Derecho del inculpado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección...»; y el inciso e) establece: «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»⁴.

Incorrecto resulta el actuar de juzgadores que creen que la libertad de elección del defensor alcanza al defensor público y, bajo el rubro de convencionalidad, pretenden fundar su criterio en el Pacto de San José; anacrónico resulta que, incluso, lleguen a solicitar la “lista de defensores de oficio” como prevé la primigenia versión del artículo 20 constitucional.

⁴ Aquí podemos observar un caso en que la aplicación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos es en la medida en que la legislación nacional no contemple mayor tutela. La Constitución mexicana ya no prevé la defensa por el propio imputado, sino la asistencia obligada de un letrado en leyes.

La defensa adecuada se soporta en aspectos humanos y materiales: en efecto, desde el primer aspecto es claro que no puede existir si no hay una persona que cuente con conocimientos técnico jurídicos de la materia constitucional, penal, procesal penal, derechos humanos, juicio de amparo y derecho de víctimas, entre otras. De ahí que, también, la figura del "defensor o persona de confianza" haya sido superada en el nuevo artículo 20 constitucional. He ahí que la Constitución refiera la defensa adecuada a cargo de un "abogado" que no es otra cosa que un licenciado en derecho para los efectos constitucionales. La exigencia constitucional toma en consideración que: (i) por lo general los imputados carecen de conocimientos en materia jurídico penal, y (ii) dado el sistema acusatorio y contradictorio, debe existir una parte letrada que haga contrapeso al agente del ministerio público o al fiscal que, desde luego, cuentan con esos conocimientos.

Pero, también, la defensa adecuada debe partir de la igualdad de recursos entre parte acusadora y parte acusada. El medio jurídico mexicano nos plantea un desequilibrio en este aspecto porque el ministerio público o la fiscalía cuentan con agentes de policía y con servicio periciales en diversidad de materias; mientras que las defensorías públicas no tienen esos elementos, los

cuales le servirían para indagar, obtener datos y elementos que apoyen la teoría del caso que presenten.

"la defensa adecuada debe partir de la igualdad de recursos entre parte acusadora y parte acusada. El medio jurídico mexicano nos plantea un desequilibrio en este aspecto porque el ministerio público o la fiscalía cuentan con agentes de policía y con servicio periciales en diversidad de materias; mientras que las defensorías públicas no tienen esos elementos, los cuales le servirían para indagar, obtener datos y elementos que apoyen la teoría del caso que presenten"

Pasemos ahora al Código Nacional de Procedimientos Penales para analizar las disposiciones que contiene respecto de personas indígenas imputadas. El artículo 46 en sus dos últimos párrafos señala:

En el caso de los miembros de pueblos o comunidades indígenas, se les nombrará intérprete que tenga conocimiento de su lengua y cultura, aun cuando hablen el español, si así lo solicitan. El Órgano jurisdiccional garantizará el acceso a traductores e intérpretes que coadyuvarán en el proceso según se requiera.

Por principio, el precepto alude a “traductores” e “intérpretes”; el traductor es la persona que conoce una lengua y simple y sencillamente indica que quiere decir una oración o una expresión; el intérprete, además, considera el contexto en que se vierte un vocablo, una expresión o una oración, de ahí que se exija que tenga conocimiento de su cultura.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en el artículo 12 señala en lo conducente: «Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario, intérpretes u otros medios.»

El citado artículo 46 además señala la intervención del intérprete si así lo solicita el indígena. Esta disposición solo puede entenderse con relación a indígenas que son bilingües, esto es, que hablan su lengua indígena y además el español, y prescindir del intérprete deviene en un derecho para el imputado indígena. Sobre el particular, a pesar de ser anterior a la promulgación del Código Nacional, tenemos la Jurisprudencia 61/2013 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Época: Décima Época

Registro: 2005031

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I

Materia(s): Constitucional, Penal

Tesis: 1a./J. 61/2013 (10a.)

Página: 285

PERSONAS INDÍGENAS. MODALIDADES PARA EJERCER EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA ADECUADA CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 20., APARTADO A, FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

“el defensor junto con el intérprete con conocimientos de su lengua y cultura son quienes acercan al órgano jurisdiccional con la especificidad cultural del indígena; de ahí que deben señalarse las modalidades para ejercer dicho derecho fundamental”

Las figuras del intérprete con conocimiento de una determinada lengua y cultura, así como del defensor, constituyen parte del derecho fundamental a la defensa adecuada de las personas indígenas, en términos del artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que el Poder Reformador plasmó para tutelar sus derechos, eliminar las barreras lingüísticas existentes y dar certeza al contenido de la interpretación. Así, el defensor junto con el intérprete con conocimientos de su lengua y cultura son quienes acercan al órgano jurisdiccional con la especificidad cultural del indígena; de ahí que deben señalarse las modalidades para ejercer dicho derecho fundamental. En cuanto al intérprete: 1) La asistencia por intérprete es disponible, pero únicamente por el imputado, lo que le permitiría rechazarla; sin embargo, solo sería aceptable el rechazo cuando la autoridad ministerial o judicial advierta que el imputado, evidentemente, tiene un desenvolvimiento aceptable sobre el entendimiento en idioma español del procedimiento al que está sujeto y sus consecuencias. La autoridad que conozca del caso deberá asentar constancia de ello en la que tenga intervención un perito intérprete que conozca la lengua y cultura del imputado, que sirva para corroborar

su voluntad y lo innecesario de su intervención, apercibido de las consecuencias legales aplicables por la probable generación de un estado de indefensión en contra de aquél. 2) En caso de que no exista renuncia al intérprete, la autoridad ministerial o judicial que conozca del caso deberá constatar que el intérprete efectivamente conoce la lengua y cultura del imputado. Podrá tratarse de un intérprete práctico respaldado por la comunidad indígena o certificado por las instituciones correspondientes; o bien, mediante el uso de tecnologías, se podría implementar la asistencia de intérprete por medio de videoconferencia. En cuanto al defensor: 1) La asistencia por abogado defensor es irrenunciable y podrá ser prestada por instituciones oficiales o a cargo de particulares, a elección del imputado. Esta figura puede reunir, además, la calidad constitucional de que conozca la lengua y cultura del imputado, mas no es un requisito de validez del proceso, ya que también a elección de este puede ser prescindible esta última calidad. En caso de que el defensor sí cuente con dichos conocimientos, deberá exhibir la constancia que lo avale, cuya autoridad competente para expedir dicha certificación puede ser la Defensoría Pública Federal o estatal, o el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas. 2) En los casos en que el

ejercicio del derecho de defensa sea ejercido por defensor oficial o particular que desconozca la lengua y cultura del imputado, la figura del intérprete que sí conoce ambos es insustituible, pues a través de ella se garantiza el pleno conocimiento del imputado sobre la naturaleza y las consecuencias de la acusación; los derechos que le asisten y la comunicación efectiva con su defensor, entre otros.

Amparo directo 50/2012. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho a formular voto concurrente. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretarios: José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jorge Roberto Ordóñez Escobar, Jaime Santana Turrall y Julio Veredín Sena Velázquez.

Amparo directo 47/2011. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría;

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho a formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Julio Veredín Sena Velázquez, José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Jaime Santana Turrall.

Amparo en revisión 450/2012. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho a formular voto concurrente. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Jorge Roberto Ordóñez Escobar, José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jaime Santana Turrall y Julio Veredín Sena Velázquez.

Amparo directo 59/2011. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho a formular voto concurrente.

PONENTE: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. SECRETARIOS: Jaime Santana Turrall, José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Julio Veredín Sena Velázquez.

Amparo directo 54/2011. 30 de enero de 2013. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho a formular voto concurrente. PONENTE: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. SECRETARIOS: Juan José Ruiz Carreón, Jaime Santana Turrall, José Díaz de León Cruz, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Julio Veredín Sena Velázquez.

Tesis de jurisprudencia 61/2013 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintidós de mayo de dos mil trece.

Esta tesis se publicó el viernes 06 de diciembre de 2013 a las 06:00 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 09 de diciembre de 2013, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

El artículo 113, fracción XII, del Código Nacional indica en lo conducente: «Cuando el imputado pertenezca a un pueblo o comunidad indígena, el Defensor deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete de la cultura y lengua de que se trate».

Este precepto plantea una realidad: difícilmente pueden existir abogados que sean defensores y conozcan cada una de las 364 variantes lingüísticas y/o que puedan estar *in situ* o aceptar una defensa si son particulares. Si bien el artículo 2º constitucional señala: «Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura», también lo es que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 60/2013 ha establecido que la “y” no debe entenderse en sentido literal copulativo:

Época: Décima Época

Registro: 2005030

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I

Materia(s): Constitucional, Penal

Tesis: 1a./J. 60/2013 (10a.)

Página: 283

PERSONAS INDÍGENAS.

INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

FUNDAMENTAL DE SER ASISTIDOS POR INTÉPRETES Y DEFENSORES QUE TENGAN CONOCIMIENTO DE SU LENGUA Y CULTURA.

Cuando personas indígenas están vinculadas en un proceso del orden penal, el estándar para analizar si existió acceso pleno a la jurisdicción del Estado no es igual al que aplica en cualquier proceso judicial, pues sus especificidades culturales obligan a todas las autoridades a implementar y conducir procesos sensibles a tales particularidades. En ese sentido, el artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra a favor de aquéllas el derecho a que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales. Además, establece que: "... tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura", lo cual constituye un mecanismo óptimo para una defensa adecuada y, por tanto, el pleno acceso a la justicia en favor de este sector históricamente vulnerable, así como la mejor manera de reducir la distancia cultural que de facto opera entre una persona indígena y las reglas de un sistema judicial inspirado en códigos que no comparten determinadas minorías culturales. Ahora bien, la citada porción normativa que prevé el

derecho fundamental a que la persona indígena sea asistida por "intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura", no debe interpretarse en su sentido literal copulativo, ya que el derecho a la defensa adecuada en favor de aquélla no implica que ambas figuras —defensor e intérprete— necesariamente deban conocer la lengua y cultura de la persona a quien representan, pues el único obligado a ello directamente es el intérprete; circunstancia con la cual se logra erradicar el problema lingüístico que padecen estas personas sujetas a proceso penal, atendiendo a que cuentan con el derecho a expresarse en su lengua materna y no en la obligación de hablar otra que les es ajena. Por lo que toca a la figura del defensor —de oficio o privado—, este no necesariamente deberá contar con conocimiento de la lengua y cultura del indígena, al no ser indispensable tal cualidad en su persona, dado que el inculpado podrá ser escuchado y se hará sabedor de sus derechos a través del intérprete; máxime cuando la designación de defensor efectuada por la persona indígena, en términos del artículo 20, apartado A, fracción IX, constitucional, implica un derecho fundamental.

“Por lo que toca a la figura del defensor —de oficio o privado—, este no necesariamente deberá contar con conocimiento de la lengua y cultura del indígena, al no ser indispensable tal cualidad en su persona, dado que el inculpado podrá ser escuchado y se hará sabedor de sus derechos a través del intérprete”

Amparo directo 50/2012. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho a formular voto concurrente. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretarios: José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jorge Roberto Ordóñez Escobar, Jaime Santana Turrall y Julio Veredín Sena Velázquez.

Amparo directo 47/2011. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos en

cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho a formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Julio Veredín Sena Velázquez, José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Jaime Santana Turrall.

Amparo en revisión 450/2012. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho a formular voto concurrente. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Jorge Roberto Ordóñez Escobar, José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jaime Santana Turrall y Julio Veredín Sena Velázquez.

Amparo directo 59/2011. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se

refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz reservaron su derecho a formular voto concurrente. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Jaime Santana Turrall, José Díaz de León Cruz, Jorge Antonio Medina Gaona, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Julio Veredín Sena Velázquez.

Amparo directo 54/2011. 30 de enero de 2013. Cinco votos en cuanto a la concesión del amparo y mayoría de tres votos por lo que se refiere a sus efectos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quienes reservaron su derecho a formular voto de minoría; José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho a formular voto concurrente. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Juan José Ruiz Carreón, Jaime Santana Turrall, José Díaz de León Cruz, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Julio Veredín Sena Velázquez.

Tesis de jurisprudencia 60/2013 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintidós de mayo de dos mil trece.

Esta tesis se publicó el viernes 06 de diciembre de 2013 a las 06:00 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera

de aplicación obligatoria a partir del lunes 09 de diciembre de 2013, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

El artículo 410, párrafo séptimo, indica: «Cuando el sentenciado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena se tomarán en cuenta, además de los aspectos anteriores, sus usos y costumbres».

Este precepto es acorde con el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo, en vigor para México a partir del 5 de septiembre de 1991, cuyo artículo 8, punto 1, señala: «Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario». Por otra parte, el artículo 9 indica: «2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia».

Finalmente el artículo 420 del Código Nacional dispone:

Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima, o en su caso sus familiares, acepten el modo en el que la comunidad, conforme a sus

propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos proponga resolver el conflicto, se declarará la extinción de la acción penal, salvo en los casos en que la solución no considere la perspectiva de género, afecte la dignidad de las personas, el interés superior de los niños y las niñas o del derecho a una vida libre de violencia hacia la mujer.

En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el Juez competente.

Se excluyen de lo anterior, los delitos previstos para prisión preventiva oficiosa en este Código y en la legislación aplicable.

Este precepto se corresponde con el artículo 9.1 del Convenio 169 de la O.I.T., cuyo texto es: «En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán, respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.»

Reflexión final

En el ámbito nacional e internacional los miembros de los pueblos y comunidades indígenas han sido reconocidos en cuanto a su lengua, usos y costumbres; se ha establecido en qué medida han de influir en varios procedimientos legales, pero

especialmente en el penal. Ello sin lugar a dudas es un avance.

“El reto ahora es llevar a la realidad lo que las normas nacionales e internacionales señalan, es decir, contar con defensores públicos bilingües e intérpretes. El Instituto Federal de Defensoría Pública cuenta con un grupo de defensores públicos en lengua indígena conformado con más de veinte elementos que, en su conjunto, dominan veinte lenguas indígenas que son las más recurrentes en los órganos de procuración y de administración de justicia en materia federal”

El reto ahora es llevar a la realidad lo que las normas nacionales e internacionales señalan, es decir, contar con defensores públicos bilingües e intérpretes. El Instituto

Federal de Defensoría Pública cuenta con un grupo de defensores públicos en lengua indígena conformado con más de veinte elementos que, en su conjunto, dominan veinte lenguas indígenas que son las más recurrentes en los órganos de procuración y de administración de justicia en materia federal.

Ese reto se ve magnificado si consideramos que las 32 entidades federativas deberán contar o incorporar a su cuerpo de defensores públicos, los elementos bilingües que regional y/o accidentalmente se requieran.

Fuentes consultadas

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Penal Federal.

Legislación Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¿QUÉ SIGNIFICA SER DEFENSOR PÚBLICO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES?

Dulce Pamela MARTÍNEZ CONTRERAS*

«La probabilidad de perder en la lucha no debe disuadirnos de apoyar una causa que creemos que es justa»

Abraham Lincoln

SUMARIO: Introducción; I. ¿Cómo llegue a ser defensor?; II. Mis primeros días en la función; III. Reflexión sobre la función desempeñada; IV. Experiencias profesionales; V. Cambio de paradigma del sistema inquisitivo al sistema de Justicia para Adolescentes en el sistema acusatorio; VI. Experiencia profesional en el Sistema de Justicia para Adolescentes. VII. Clasificación de defensores; VIII. Axiología del Defensor Público; Conclusiones.

Introducción

A partir de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, se definió quiénes serían los operadores del llamado nuevo sistema de justicia penal acusatorio adversarial, denominado así, sin duda por la innovación que representaba dar un giro de 360 grados al sistema jurídico mexicano. Se establecieron cuáles serían las facultades y competencias de cada uno de ellos, Jueces de control, Jueces de Juicio Oral, agentes del Ministerio Público y, por supuesto, de los Defensores Públicos sobre todo, ya que este patrocinio se convirtió en un derecho del imputado consagrado en el artículo 20 constitucional, en su apartado B, fracción VIII. Lo que hizo resurgir a las Defensorías de los estados específicamente de Morelos, toda vez que esta institución se encontraba en el abandono, es decir, no había presupuesto destinado especialmente, por ser una dirección general dentro del organigrama del

* Licenciada en *Derecho* por el Centro Internacional de Estudios Superiores de Morelos; Maestrante en *Derecho Penal en el Sistema Acusatorio Adversarial* por la Universidad Latina. Es certificada como capacitador por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC) y ha impartido capacitación en los estados de Morelos, Distrito Federal, Puebla e Hidalgo. Se ha desempeñado como Defensor de Oficio para el Instituto de la Defensoría Pública en el estado de Morelos en el sistema acusatorio de Adultos y es especialista en Justicia para Adolescentes por el estado de Morelos a través de USAID. Actualmente ocupa el cargo de Defensor de Oficio adscrito al Tribunal Unitario de Justicia para Adolescentes en el estado de Morelos. mc_pamela@hotmail.com

Estado, no se tenía la capacitación para operar el sistema acusatorio y las condiciones de trabajo eran mínimas. Sin duda, al ser uno de los estados pioneros en adoptar la reforma penal, comenzaron las transformaciones dentro y fuera de la Institución, se convocó a los abogados a ser parte de esta institución bajo un examen de oposición, seleccionando a los que poseían las mejores aptitudes para el desarrollo del sistema, pero sobre todo la vocación de servicio hacia uno de los sectores de nuestra sociedad en riesgo. Así mismo, en el año 2013 se creó el Instituto de la Defensoría Pública del estado de Morelos, ahora con el orgullo de pertenecer a un grupo de trabajo capaz al frente del 90% de los asuntos penales en el Estado, entre el sistema de adultos y el sistema especializado en Justicia para Adolescentes.

I. ¿Cómo llegué a ser defensor?

¿Qué significa para mí ser defensor público dentro del sistema de Justicia para Adolescentes?, para contestar a ello vinieron a mi mente millones de ideas y sentimientos acerca de este tema, porque quiero mencionar que en el año 2004, cuando egresé de la licenciatura en Derecho, como miles de jóvenes no tenía trabajo, ninguna fuente formal de empleo que me permitiera continuar con el sustento de mi casa, ante la desesperación de tocar puertas dentro y fuera del estado de Morelos, de acudir a amigos, maestros e instituciones

públicas y privadas, me encontraba desempleada y sedienta de conocimientos.

“al ser uno de los estados pioneros en adoptar la reforma penal, comenzaron las transformaciones dentro y fuera de la Institución, se convocó a los abogados a ser parte de esta institución bajo un examen de oposición, seleccionando a los que poseían las mejores aptitudes para el desarrollo del sistema, pero sobre todo la vocación de servicio hacia uno de los sectores de nuestra sociedad en riesgo”

Fue precisamente cuando me presenté a las instalaciones de la Dirección de la Defensoría Pública, como última instancia, toda vez que, en lo personal la materia penal me desagradaba, mientras cursaba la universidad, la materia de Derecho Penal I, no era de mi agrado, no podía comprender cómo era posible que existiera cuerpo del delito sin existir

responsabilidad penal, o por qué era necesario que prevalecieran ambos para la complementación y estudio de un delito, era complicado para mí entender la esencia del Derecho Penal, me parecía una materia llena de conflictos fuertes que resolver, pensaba que tener entre mis manos la libertad de una persona, era un tema delicado, en el fondo pensaba que un error cometido condenaría a una persona para toda su vida.

Sin embargo, la necesidad económica, me llevó a dejar esos prejuicios a un lado, pensando que el trabajo que consiguiera, me sacaría del apuro en el que me encontraba aún cuando se tratara de la materia penal. En noviembre del año 2005, me propusieron un interinato por tres meses, al fin las condiciones cambiarían, se abriría la posibilidad de salir adelante y de comenzar a explotar todos los conocimientos adquiridos.

Me presenté a firmar los documentos de alta para iniciar, me informaron que el horario sería de 8 de la mañana a las 3 de la tarde de lunes a viernes y que estaría adscrita a los juzgados penales en el CERESO de Morelos, percibiendo un salario de \$ 2800 (dos mil ochocientos pesos) mensuales y fue así, como empezó la aventura de ser defensor público.

II. Mis primeros días en la función

El primer día de labores, sin saber que me depararía el destino, llegué a

mi lugar de trabajo, observé todo a mi alrededor, compañeros abogados de varios años dentro de la institución a los que llamaban "viejos lobos de mar", puesto que decían, ya se la saben de todas-todas, sin que por el momento pudiera entender de qué me hablaban, tenía 10 compañeros entre hombres y mujeres pero nadie tan joven como yo, sin conocer a ninguno de ellos enfrenté el reto de socializar, para crear un ambiente más liviano de trabajo, de alguna manera para querer compensar mi juventud e inexperiencia. Se escuchó descontento por parte de los compañeros, sin decirlo de frente escuchaba en los pasillos comentarlos como ¿qué hace aquí es nueva?, ¡no sabe nada se la van a comer!, ¿de quién es familiar que la mandaron aquí?; no me importaron los rumores, la necesidad me dio, siempre seguridad para salir adelante y confiada en mis conocimientos.

Una vez en mi escritorio, se acercó un joven y me preguntó si yo era la licenciada Dulce Pamela, yo le respondí que sí, y en ese momento me informó que tenían una puesta y que me esperaban en la primera, marchándose lentamente de mi escritorio.

Sin haber entendido lo que estaba pasando, tomé el Código Procesal Penal, mi agenda, una pluma, y comencé a caminar lentamente, hacia donde tenía que presentarme. Es así como comparecí

en mi primera audiencia, una puesta a disposición de un robo calificado, de cinco personas tres hombres y dos mujeres, quienes fueron detenidos en la caseta de Tlalpan, esa era la única información con la que contaba, para empezar la audiencia, hasta que se presentó el Secretario de Acuerdos, diciéndome todo lo que debía hacer en la audiencia. Sin duda él fue uno de los pilares en mi vida profesional, sin que hasta este momento haya podido reconocerle públicamente al Licenciado Beltrán, porque sin tener la obligación de hacerlo, me brindó su apoyo y amistad, y puso a mi disposición sus conocimientos, porque él también había sido defensor público años atrás, pero había dejado el cargo porque a pesar de haber encontrado muchas satisfacciones personales, el sueldo no le permitía sostener a su familia, teniendo que buscar otra opción, refiriendo que su auténtica vocación es precisamente la de defender.

A pesar de contar con el apoyo del secretario, ese apoyo no surtía efectos con los demás integrantes de la secretaría. En la segunda audiencia dentro de un proceso ordinario se encontraban desahogándose las pruebas. Sin conocer el asunto, estaban presentes el agente del Ministerio Público, el Secretario de Acuerdos, mi representado al cual no conocía, era la primera vez que lo veía. La presión del propio juzgado no me detuvo para primero atender a

quien mi deber me exigía, el probable responsable, a quien yo observé como una persona en problemas y con mucha gente en su contra, en desventaja, encerrado y con un trato distinto, alguien con ninguna posibilidad de ayuda, cuando no se cuenta con el apoyo familiar.

Sentí desesperación de no poder ayudarlo de inmediato, de tener que diferir la audiencia, porque desconocía los hechos materiales del procedimiento, pero además, en ese tiempo el probable responsable tendría que esperar, permaneciendo en prisión hasta que yo estudiara su expediente. ¿Por cuánto tiempo? me dijo el imputado, contestándole no lo sé, el necesario. Se fue de la rejilla de prácticas enojado. Minutos después me pregunté, ¿cómo se llama?, respondiéndome no lo sé.

Fue de las primeras experiencias que tuve, en unas cuantas horas de trabajo, observé cuántos errores había cometido, no fui cortés con mi representado, ni siquiera le pregunte su nombre, lo traté como todos los demás, pensé: ¿lo habré discriminado?, ¿lo habré hecho sentir incómodo?, ¿y si se queja de mí?, ¿y si dice que no quiere que sea su defensora?, millones de preguntas invadieron mi mente, por culpa de no haber hecho un buen papel. Comprendo ahora, después de varios años, que la inexperiencia nos lleva a sentir culpas, por mínimos que hayan sido los errores cometidos.

Atendí a muchos familiares, hablé con personal del juzgado, leí con velocidad, desahogue múltiples audiencias, conteste muchas llamadas telefónicas, ese primer día de trabajo lleno de emociones, simplemente termino con mi energía.

Llegué a casa cansada, triste, desolada y pensando cuántas personas tienen problemas y necesitan a alguien comprometido con sus problemas, que sienta empatía por ellos para ayudarlos sin algún interés económico de por medio, solo querer hacer algo por ayudarlos, sobre todo ser honestos, dejarles de prometer lo que no será. Sinceridad uno de los valores aprendidos en esta función.

El segundo día entré a locutorios, del CERESO de Morelos, entendí lo que vale la libertad, lo que significa poder ir a donde se quiere, descubrí que mis problemas realmente no lo eran, que existe un sector vulnerable de nuestra sociedad, en donde hay pobreza, desigualdad, ignorancia, necesidad, que lleva a las personas a colocarse en momentos difíciles, delicados con resultados negativos.

III. Reflexión sobre la función desempeñada

Reflexioné que en mi papel de Defensor Público, no debía juzgar a una persona por lo que es, sino por las conductas que ha cometido y esto hasta que sean probados. No

discriminar jamás, otro de los valores aprendidos.

Entender que las circunstancias de cada una de las personas en esta vida, son distintas, que no se le puede exigir el mismo resultado a quien tiene una familia, un trabajo, estudios, oportunidades de vida, en comparación con quien se tiene únicamente a sí mismo, en el mejor de los casos, refiriéndome por su puesto a aquellas personas que por sus adicciones, y su falta de fe, se han perdido a sí mismos. Preguntándome una y otra vez, ¿todos merecemos una oportunidad? Por más difícil que nos sea la vida. Perdón y misericordia valores aprendidos.

Qué momento tan claro, de reflexión llegó de súbito a mi vida, que momento de crecimiento personal empecé a vivir, sin duda me hizo madurar, hasta ese día, comprendí la diferencia entre el bien y el mal. El libre albedrío importantísimo valor otorgado a los hombres.

Con todo lo anterior, pude haber dicho no continúo, no quiero estar en este ambiente, sin embargo, la decisión fue permanecer, mi vida se tornó llena de historias, al convertirme en un instrumento de ayuda de todas aquellas vidas.

Siendo parte de esta institución llamada Defensoría Pública, desarrollando mi función, me siento plena, bendecida, satisfecha, en hacer lo que me gusta, en hacer algo por lo

que estudié, en poder hablar por voz de quien no puede o no sabe cómo defenderse por sí mismo y además, recibir una contribución económica por ello. Es una bendición que pocos tenemos. Porque así nunca me pesa levantarme diariamente, poner tiempo libre, trabajar fines de semana y días festivos en favor de las personas.

Hay momentos de la vida en donde, cada uno de nosotros nos preguntamos cuál es nuestra misión en la vida, esto viene a relucir por el tipo de formación académica y de valores que se reciben. De manera personal, mi formación fue católica, lo que me ha permitido creer en la fe y he tomado las herramientas necesarias de esta para pedirle confianza, protección y sabiduría.

IV. Experiencias profesionales

Tengo una historia en la que podrán comprender todo esto que he venido describiendo y que además ha marcado mi vida, donde el protagonista se llama "Javier", un interno del CERESO de Morelos, a quien representé por más de un año en un proceso ya iniciado, por el delito de homicidio calificado. Cuando me entreviste con Javier por primera vez en locutorios, conocí a un hombre de 1.80 metros de estatura, complexión robusta, de aproximadamente 40 años, con muchas cicatrices en la cara, voz gruesa, quien me dijo que estaba

harto de que le cambiaran de defensores a cada rato, que todos le decían lo mismo, que no firmaría nada, pero lo más impactante fue decirme: —usted que se ve tan joven qué puede hacer por mí, creo que no sabe nada, en vez de ayudarme va a dejar que me hunda—.

Lo escuché, tenía tantos motivos por qué reclamar; permití que se desahogara, para tomar mi turno de hablar y decirle que yo no podía hacerme responsable por el pasado, ni por lo que mis compañeros hubieran hecho o dejado de hacer, pero que a partir de ese momento, yo tomaría el estudio de su asunto y en tres días lo visitaría nuevamente para darle mi punto de vista y la estrategia de defensa que realizaríamos juntos en su asunto, haciéndolo sentir parte de su proceso y refiriéndole que mi mayor fuente de información sin duda era él, que necesitaba que tratara de recordar todo lo ocurrido el día de los hechos, —hasta el más mínimo detalle—, ya que eso podría marcar la diferencia. Le dije, que efectivamente desconocía mucho del Derecho Penal, pero que juntos y con su ayuda sacaría su proceso adelante.

Javier marcó mi rumbo, sin tener la intención me retó, a demostrarle a él y a mí misma que sí sabía, que sí era capaz de sacar un asunto tan viejo y delicado adelante, me hizo estudiar su asunto por 5 días; leí mas de mil quinientas páginas, de una historia sin duda triste, que destruyó a dos

familias la del occiso y la de Javier quien había dejado dos niñas pequeñas y una esposa en casa.

Así, armé una estrategia, la comenté con Javier y le dije que tenía posibilidades de salir, pero requería de su apoyo y el de su familia. Le pedí confianza y empecé por hacer un amparo indirecto, en contra del auto de formal prisión, para tener la posibilidad nuevamente de ofrecer pruebas, la mayor sorpresa fue haber obtenido la reclasificación jurídica de la conducta a homicidio simple, lo cual para Javier representó una esperanza y con este hecho comencé a ganarme su respeto.

Se llevó a cabo el proceso penal, ofrecimos nuevas pruebas, me entrevisté con los testigos; la esposa de Javier se interesó otra vez en el proceso, preparé a Javier para declarar, estudié sobre medicina forense, hasta estar en condiciones de interrogar a un médico forense, experto y con muchos años ejerciendo, ya que en este dictamen recaía todo el proceso, la esencia era, conocer exactamente la causa de muerte, así como todas las enfermedades que padecía el occiso antes de su muerte, lo que complicaría el golpe que Javier le dio sin intención de privarlo de la vida.

Llegó el día del interrogatorio al médico forense, resultó excelente, Javier estaba entusiasmado, contento y sentía esperanza en su corazón, ese día me refirió: no importa el resultado

de la sentencia, ahora sé que, tú estuviste conmigo y que luchaste como yo lo hubiera hecho.

El juez solicitó una junta de peritos, toda vez, que había criterios encontrados, entre el perito de la Procuraduría y el perito que presentamos como defensa, para lo cual el juez designó a uno de la lista de peritos oficiales, a quien después de cuatro meses de buscar, en su domicilio particular, procesal, en la universidad, donde impartía cátedra, no lograba tener contacto con él para plantearle mi punto de vista sobre el asunto y quedar a sus órdenes sobre lo que necesitara para emitir su dictamen en el expediente. Finalmente, se presentó a la audiencia de Javier, ratificó su dictamen y Javier pidió hablar con él, situación que el juez le negó, porque podría ser imprudente y el médico podría conducirse con parcialidad, al permitirle cruzar palabra. Terminó la audiencia y Javier se fue a su celda angustiado, con la incertidumbre de lo ocurrido, sabía que lo más importante del proceso había terminado. Sin tener dinero Javier me dijo que quería enviarle un presente al médico. Javier vendió su reloj, en el interior y decidió hacer un cuadro de repujado y marco de madera para el médico tercero en discordia, después de que el médico, había emitido su dictamen.

Transcurrieron un par de días; cuando Javier terminó el cuadro, me

pidió que en su nombre, lo entregara en manos del médico forense tercero en discordia, yo entusiasmada con el cambio de Javier y contenta con el resultado de la audiencia llevé el cuadro a su destino.

Repentinamente, llegó el día de mi despedida a esa adscripción, derivado de un cambio administrativo; me presenté en locutorios Javier me observó y me dijo – ¿qué pasó, no tengo audiencia?, ¿no hay nada que preparar?, por qué está aquí licenciada? –, me temo Javier que, es el último día que estoy en este juzgado. Recibí mi oficio de cambio a partir del lunes de la próxima semana, lo siento, estaré al pendiente de tu asunto. Javier lloró, diciéndome que era demasiado bueno para ser verdad, y preguntó si había algo que pudiera para impedir el cambio.

Al asunto solo le faltaban las conclusiones acusatorias por parte del agente del Ministerio Público, y las conclusiones inacusatorias de la defensa, para dictar sentencia. Me fui le dije adiós al asunto y a Javier, deseándole suerte, el trabajo ya estaba hecho.

Cuatro meses después, me dijeron que Javier había sido absuelto, me narraron el momento de la lectura de la sentencia, imaginé el escenario el secretario de acuerdos leyendo puntos resolutivos y Javier en la rejilla de prácticas.

Sin duda esta fue una de las experiencias más importantes de mi vida, Javier me ayudó a fortalecer mi carácter, a ser decidida, a estudiar, a prepararme, a confiar en mí, a saber cómo trabajar en equipo con mi representado, además, a dar ánimo, a transmitir mi fe, mi esperanza y a ganarme el respeto de mi representado. Jamás volví a ver a Javier.

V. Cambio de paradigma del sistema inquisitivo al sistema de Justicia para Adolescentes en el sistema acusatorio

El cambio de adscripción que mencioné líneas anteriores, se debió precisamente a la reforma penal en materia de justicia penal, que se suscitaba al interior de los estados, en donde se realizaba una capacitación al personal de la Defensoría Pública del estado de Morelos con la finalidad de ser seleccionados para operar en el sistema acusatorio adversarial en Justicia para Adolescentes. Estamos hablando de diciembre del año 2007, la selección se efectuó a través de un examen de oposición. Al concluir con la capacitación y con los resultados de los exámenes practicados, fueron elegidos cinco defensores públicos, en los que no me encontraba yo, pero una vez que entró en vigor la *Ley del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes*, la carga de trabajo, obligó a llamar a las filas a un defensor público más, que de acuerdo

a las calificaciones de los exámenes de oposición, se uniera al grupo de trabajo, obteniendo el gran beneficio de ser seleccionada, uniéndome en febrero 2008, poco después de treinta días de entrada en vigor la reforma penal en materia de adolescentes para el estado de Morelos.

Esto fue un parteaguas en mi carrera, toda vez que, sería aprender un sistema penal nuevo, de vanguardia, innovador y además vigilado por todo el país, por ser de los estados de la república pioneros en su implementación, generó en mi persona la ilusión de un nuevo reto, de prepararme cada día más.

Todo resultaba nuevo, los jueces, los ministerios públicos, las instalaciones del Tribunal, la forma de trabajo, el trato entre operadores, pero más allá, lo impactante fue comenzar a tratar con chicos de entre doce y diecisiete años de edad, que para mí aún eran niños, mientras que para la Ley Penal ya eran adolescentes en conflicto con la Ley.

En aquel tiempo yo contaba con veintiséis años de edad, y la barrera generacional entre los adolescentes y mi persona no era tan grande, obteniendo un beneficio con ello, ya que me permitió tener más acercamiento y confianza con los adolescentes por tratarse de una abogada joven, como en alguna ocasión lo comentaron algunos adolescentes.

Lejos de ser nuevamente una dificultad, como anteriormente lo comenté, esta etapa de mi vida profesional, me permitió estar más cerca de los adolescentes, crear un ambiente de confianza, sin romper la barrera de la ética profesional y no hacerles creer una falsa idea de amistad, pues la única relación existente solo podía ser la de abogada-adolescente.

Los asuntos no se hicieron esperar, y poco a poco la lista de procesos creció de tal forma que observé cuál era el porcentaje delictivo juvenil, con respecto del de adultos, el cual era tan solo un 30% menor en adolescentes sobre los adultos.

Sin embargo, las conductas antisociales, eran más sangrientas, realizadas con saña, como diría la doctrina dentro del Derecho Penal, 100% criminales, de sangre, observé que las mujeres adolescentes cometían más homicidios que los varones adolescentes. Conocí muchos chicos, (adolescentes en términos legales), inmersos en el mundo de las drogas, en todos sus aspectos, desde los consumidores en sus dos tipos esporádicos y habituales, adictos, farmacodependientes, tiradores, águilas, vendedores, y jefes de grupos delictivos. Situación que vino a cambiar mi manera de pensar, con respecto a la importancia de mantener la familia unida, al tener a un padre o madre en casa, que esté al pendiente,

simplemente al hecho importarle a alguien, que sea capaz de preocuparse por uno.

Sin duda el tema de la educación juega un papel importante, en la incidencia delictiva de los adolescentes, pues cada vez que tengo una entrevista privada con un adolescente aproximadamente el 70% refiere que ya no estudia, por motivos económicos, familiares o personales, lo que significa, que los adolescentes se están convirtiendo en instrumentos de la delincuencia organizada. Y es que nunca había observado la adolescencia desde el punto de vista del Derecho Penal, porque para la doctrina Penal, los adolescentes son considerados inimputables, es decir, sujetos que no tienen la capacidad de querer y comprender el resultado de sus acciones, que solo son sujetos a ser corregidos, bajo la tutela del Estado, es por ello que el sistema jurídico en materia de adolescentes antes recibía el nombre de Consejo Tutelar para Menores Infactores. Sin embargo, ahora los adolescentes si bien siguen teniendo el tratamiento de inimputables para el Derecho Penal, también, fue creado un aparato jurídico especial, con observancia en el ámbito internacional, precisamente para tratar problemáticas referentes a los adolescentes en conflicto con la Ley Penal, lo cual nos llevó al equipo de defensores públicos a recibir arduas y prolongadas capacitaciones

en normas internacionales, técnicas y destrezas de litigación, oratoria, derecho constitucional, delitos en particular, etc., para tener las herramientas necesarias y enfrentar el Sistema de Justicia en Morelos, pero sobre todo, para conseguir del propio Estado la certificación de la especialización de la materia de Adolescentes que requería la Ley, para todos los operadores, (jueces, ministerios públicos y defensores públicos).

Uno de los principios rectores del Sistema de Justicia para Adolescentes, es la privacidad, que prevalece en todas las legislaciones internacionales, federales y locales en materia de Justicia para Adolescentes, y ante mi postura protectora de ellos, por ser precisamente Defensora Pública especializada en Justicia para adolescentes, no utilizaré el nombre real del adolescente, de quien a continuación compartiré la gran historia, llena de tristeza, angustia, alegría, para concluir con un final trágico. A este adolescente, le llamaremos "Memo".

"Uno de los principios rectores del Sistema de Justicia para Adolescentes, es la privacidad, que prevalece en todas las legislaciones internacionales, federales y locales en materia de Justicia para Adolescentes"

VI. Experiencia profesional en el Sistema de Justicia para Adolescentes

Memo fue detenido en flagrancia en el año 2009, por robo calificado a una farmacia, cuando fue puesto a disposición ante el Juez de Control de detención, para celebrar su primera audiencia de control de detención, tuve una plática privada con él, con la finalidad de hacerle saber los derechos que le asisten dentro del proceso y específicamente para esa audiencia, pero además, para saber su versión de los hechos, para poder contar con esa información y saber cómo ayudarlo dentro de su proceso.

En ese momento observe a un joven de 17 años, sucio, desaliñado, con ropa modesta, desnutrido, cabello largo, ojos tristes, llorosos pidiendo a gritos ayuda y protección. Me acerqué le estreché la mano y fue entonces donde en el silencio hicimos un pacto de ayuda, de confianza, de empatía, haciéndole sentir que yo no lo juzgaría solo estaría ahí para resolver satisfactoriamente su situación jurídica.

Es ahí cuando sin palabras, entendí qué es, lo que el defensor público en calidad de abogado significa para un adolescente, en palabras de los adolescentes significa protección, salvación, seguridad, te conviertes en la única oportunidad de salir del problema, la única persona que puede decirle la verdad sobre su destino del cómo y el porqué de lo

ocurrido. Memo no pudo darme ningún dato de su familia, los nervios lo traicionaron, no recordaba su dirección, ni su número de celular, solo me dijo que trabajaba de repartidor de tortillas por las mañanas y ayudaba en una taquería en las noches, sin poderme decir las direcciones de donde trabajaba, ni el nombre de sus patrones, mencionó que vivía con su mamá, su esposa y su bebé de un año de edad.

Menciono, que esto que le ocurrió a Memo, es muy particular y repetitivo en los adolescentes, ellos no le prestan atención a aprenderse de memoria, sus datos personales e indispensables, sin embargo, eso no es sinónimo de que mientan, o que no quieran dar sus datos verdaderos, ellos simplemente no lo saben.

“entendí qué es, lo que el defensor público en calidad de abogado significa para un adolescente, en palabras de los adolescentes significa protección, salvación, seguridad, te conviertes en la única oportunidad de salir del problema, la única persona que puede decirle la verdad sobre su destino del cómo y el porqué de lo ocurrido”

En la audiencia, Memo preguntaba a cada momento, si su mamá o su esposa se presentarían al Tribunal, tuvimos que iniciar la audiencia y Memo no paraba de llorar, de frotar sus manos, de agachar la cabeza y repetir en voz baja yo no quería, fue entonces que intuí que era la primera vez que Memo estaba en una situación de este tipo.

El juez declaró de legal su detención, por haberse cometido en flagrancia; el agente del Ministerio Público le formuló la imputación, es decir, le hizo saber cuáles eran los cargos por lo que deseaba investigarle, y el juez impuso como medida cautelar la prisión preventiva por considerar que era una conducta antisocial grave, por haber utilizado la violencia física y portando un instrumento peligroso, como un arma de fuego, además de no tener arraigo en el estado de Morelos, por cuestiones de familia, o asiento de sus negocios, sin que existiera una figura de autoridad para él. Memo lloró mucho, comenzó a entender que era en serio el proceso penal y que se encontraba en problemas.

Terminada la audiencia llegó la familia de Memo y su mamá se me acercó, me platicó que su nieta, —la hija de Memo—, estaba hospitalizada y que Memo había salido del hospital en cuanto el médico les dijo, que la niña necesitaría un tratamiento, que cada inyección costaba mil pesos y

que por lo menos necesitaría cinco inyecciones, siendo la dosis una diaria, justificando la razón por la cual no había podido estar al pendiente de la desaparición de Memo sino hasta ese momento. La señora, no sabía la razón por la cual él se encontraba detenido y cuando se lo comenté, comenzó a llorar y me pidió ayuda.

A los cinco días preparé la audiencia de revisión de la medida cautelar, de prisión preventiva que estaba sufriendo Memo, estaban presentes sus patrones, sus vecinos, su familia, mamá y esposa, y afuera de la sala de audiencia del Tribunal, había por lo menos treinta personas apoyando a Memo. El juez tuvo por válida la información que proporcionaron los testigos y decidió darle a Memo una oportunidad de continuar con el proceso penal en libertad, sin duda, una oportunidad de vida para él.

Y así transcurrió el proceso penal en contra de Memo, fue muy puntual en llegar a cada una de sus audiencias, demostró que la Institución Unidad de Medidas Cautelares (UMECA) que supervisa las medidas cautelares impuestas a los adolescentes en libertad funciona, que no siempre la prisión preventiva es la mejor opción. Después de cinco meses, Memo fue sentenciado a un año seis meses de libertad asistida. Ya en la etapa de ejecución a dos meses de concluir con su sentencia de forma

satisfactoria, Memo fue encontrado muerto a la orilla de la carretera federal México- Cuernavaca, con una cartulina en su pecho que decía —yo no quería—.

Por este medio, hago un reconocimiento en donde estés Memo, a tu valor, a tu coraje para enfrentar la vergüenza como alguna vez me lo hiciste saber, a tus ganas de salir adelante siento tan joven con la responsabilidad de una familia, sin estudios, pero sobre todo, con las ganas de querer aprender de lo vivido. Q.E.P.D.

*“como abogada
defensora pública, hago
mención que la
Defensoría como
Institución, representa
la mayor escuela que
existe y que a diferencia
de los abogados
particulares existe un
respaldo institucional
sólido y un mayor
compromiso para los
que ahí trabajamos”*

Podría seguir relatando historias de adolescentes, sin duda cada uno de ellos deja en mí una huella

imborrable, permitiéndome crecer, comprender y por qué no aprender de cada uno de ellos como seres humanos y, en lo profesional, aprender que ningún caso es igual por más que lo parezca, a engrandecer mis conocimientos como abogada defensora pública, hago mención que la Defensoría como Institución, representa la mayor escuela que existe y que a diferencia de los abogados particulares existe un respaldo institucional sólido y un mayor compromiso para los que ahí trabajamos.

VII. Clasificación de Defensores

Es bien sabido que en el medio existen dos tipos de defensores los públicos y los privados. Ser defensor público implica muchos puntos que se contraponen con el hecho de ser defensor privado, considerando algunos puntos importantes para compartir los siguientes:

a) El defensor público no puede elegir sus asuntos, como Institución Pública se debe prestar la atención a todas las personas que se presenten a solicitarla, proporcionando un tratado digno, amable y responsable del contenido de la información que se diga. Bajo ninguna circunstancia el defensor público puede rechazar un asunto, (salvo las excepciones previstas en Ley, las llamadas excusas o recusaciones), abandonar la defensa, dejar en estado de indefensión a un imputado, o realizar

cualquier acto discriminatorio en contra de una persona imputada, porque simplemente por Ley y por la esencia de la función de ser defensor público, resultaría imposible y contradictorio, ya que actualmente somos, un derecho que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acoge en su artículo 20, el derecho a tener una adecuada *defensa técnica*.

b) Un defensor público no debe discriminar, no debe estigmatizar, significa que todo servidor público que pertenezca al Instituto de la Defensoría Pública, debe por encima de todo asegurar y tratar al representado como persona inocente.

“Un defensor público no debe discriminar, no debe estigmatizar, significa que todo servidor público que pertenezca al Instituto de la Defensoría Pública, debe por encima de todo asegurar y tratar al representado como persona inocente”

c) Defender lo indefendible, esto significa que un defensor público se debe al imputado aun y cuando este haya manifestado ser culpable, puesto que la defensa es un derecho constitucional, que no podemos negarnos a representar bajo ningún prejuicio social o personal, debemos trabajar todos los asuntos, es decir, hacer la investigación de los hechos y buscar las posibles pruebas o en su defecto, aconsejar a nuestros representados a aceptar los beneficios otorgados bajo los mecanismos de aceleración que la Ley prevé, explicándole los alcances de tomar una decisión, por así convenir a sus intereses.

Pero por otro lado, siempre existirá la posibilidad, de que un imputado no quiera someterse a los mecanismos de aceleración, convirtiéndose para el defensor público, en una obligación hacer valer el derecho que tiene el imputado a ser oído y vencido en juicio, a pesar de la recomendación jurídica, que como su abogado defensor público, se le haya hecho.

Como defensor público, no hay opciones, no se puede contradecir la voluntad del representado, de lo contrario el defensor, se convertirá o hará las veces de imputado en el procedimiento administrativo, instaurado en su contra y hacerse acreedor a una sanción administrativa.

d) Los defensores privados incurren en la comisión de delitos al abandonar una defensa o ejercer el prevaricato, se les podrá aplicar multas económicas por llegar tarde a una audiencia o desobedecer a un mandamiento judicial. Los defensores públicos a diferencia, y por tener el carácter de servidores públicos somos acreedores a sanciones administrativas, cuando incurrimos en acciones descritas en la *Ley de Responsabilidades de Servidores Públicos del Estado*, extrañamientos, amonestaciones, actas administrativas, multas, quejas, destituciones, separación del cargo entre otras, lo que significa que el desempeño de las funciones de un defensor público, se encuentra observado por el Estado, lo que nos pone en situación de riesgo al ejercer de forma inadecuada la defensa pública técnica dentro del proceso penal.

VIII. Axiología del defensor público
Y, a pesar de ello, para mí el ser defensor público, ha significado la oportunidad de ayudar a todas aquellas personas en situación de crisis, tanto a los imputados como a los adolescentes, así como a la familia, pues estas también sufren con los imputados y adolescentes en conflicto con la Ley Penal, las consecuencias del internamiento o de los efectos del proceso penal.

En la Defensoría Pública, encontré el sentido a mi profesión, lo que otros podrían llamar “vocación”, descubrí hasta entonces, por qué había estudiado por tanto tiempo, por qué obtener un conocimiento del Derecho Penal, cuando me disgustaba, pero sobre todo, a utilizarlo, a sacarle provecho a todas las horas de estudio, en la licenciatura y en la maestría y fue así que cada curso de capacitación cobró sentido.

Cada asunto es importante para el defensor público ya que representa la posibilidad de hacer un buen papel legal, de mostrar los conocimientos jurídicos. Representa un compromiso con quien el defensor represente o patrocine, de dar un resultado satisfactorio, notable, justo, de darle a un adulto o a un adolescente la oportunidad de continuar su vida siguiendo un proceso en libertad o en prisión.

Un defensor público siempre debe luchar, defender a su representado por encima y en contra del sistema, Procuraduría, Policía, Jueces y en algunos casos hasta del propio Estado. Sin que ello influya en el ánimo de defensa, sin miedo y confiando únicamente en la justicia, como último fin del Derecho.

¿Cómo somos vistos los defensores públicos dentro de nuestra sociedad? algunas personas conciben a los abogados como personas exitosas, porque se sabe que en algunas sociedades es bien reconocida

la presencia de un abogado, sin embargo, al hablar específicamente de un defensor público, resulta lo contrario, las condiciones de trabajo suelen ser las mínimas indispensables. Por ejemplo, en el estado de Morelos somos 50 defensores públicos, la mayoría de nosotros cabezas de familias, quienes a pesar de las condiciones de trabajo referidas hemos permanecido dentro de la Institución por gusto, por vocación de servicio y ayuda, no por el sueldo o por las prestaciones, sino porque vamos más allá de esto, el gusto de servir, de luchar en contra de, de ayudar, de ser solidario con aquellos que lo necesitan. Somos un grupo social con características similares, abogados, con ganas de salir adelante, con iniciativa, ambición, superación profesional, quienes vivimos el día a día con la única satisfacción de un gracias al final de cada proceso, pero convencidos de haber hecho un gran esfuerzo en cada paso que se dio.

“los defensores públicos somos un grupo social con características similares, abogados, con ganas de salir adelante, con iniciativa, ambición, superación profesional, quienes vivimos el día a día con la única satisfacción de un gracias al final de cada proceso, pero convencidos de haber hecho un gran esfuerzo en cada paso que se dio”

Como anteriormente lo mencioné, la Institución es la mejor escuela para un abogado, en donde se adquiere una gran experiencia. Sin embargo aún cuando en ocasiones surgen oportunidades para desempeñar otras actividades mejor retribuidas es que a veces interrumpimos o desviamos la verdadera vocación, en la búsqueda de otros horizontes que os permitan mejorar el nivel de vida y el de nuestras familias.

Particularmente, viví una experiencia similar, cuando llevaba tres años trabajando en la Institución, sentía pasión al desarrollar mi actividad de defensor público, en aquel entonces, adscrita al Tribunal Unitario de Justicia para Adolescentes, recién se había implementado el sistema acusatorio adversarial en el Estado y la atención del Gobierno estaba puesta en los nuevos operadores del sistema; todo parecía ir bien, se hablaba de mejores condiciones de trabajo, lo cual resultaba muy atractivo, ya que mis expectativas personales y profesionales, estaban satisfechas, a excepción de las económicas. Fue entonces cuando surgió la oportunidad de trabajar para un Juzgado de Distrito en el ámbito Federal, cambiando radicalmente mi función de defensor público a ser Actuario Judicial. , Acepté el trabajo y me fui solo por seis meses, fue una buena experiencia, conocí una

materia nueva del Derecho, criterios diversos, actividades muy diferentes a las que yo realizaba. Al cabo de cuatro meses, descubrí que no todo el placer lo otorga el dinero, sentí un gran vacío por haber dejado de hacer lo que tanto me llenaba, ser defensor público. Pasando los seis meses regresé a mi lugar de origen, al lugar en el que encuentro la satisfacción de trabajar, para continuar con los objetivos que siempre he tenido firmes, dejando a un lado las tentaciones que motivaron el desvío de mi misión profesional.

Hoy, después de ocho años dentro de la Institución tengo el firme compromiso de seguir adelante en pro de la justicia para todas las personas que requieran un defensor público.

Para finalizar, quiero compartir que dentro del Instituto de la Defensoría Pública del estado de Morelos, al cual pertenezco, somos un gran equipo de trabajo conformado por cincuenta abogados defensores públicos, comprometidos por la vocación de servicio, operando en el sistema acusatorio adversarial y sistema inquisitivo, teniendo resultados impresionantes, a pesar de nuestras limitaciones materiales y humanas. Actualmente somos uno de los estados pioneros en la república mexicana, en la aplicación del sistema acusatorio adversarial y dentro del sistema de Justicia para Adolescentes, somos ejemplo del excelente

funcionamiento de la Unidad de Medidas Cautelares (UMECA), reconocido por las embajadas de Canadá, Estados Unidos de Norte América y Chile entre otros; lo que refuerza el compromiso que se tiene de forma personal y con la Institución, buscando la equidad, la igualdad, pero sobre de todo la justicia.

“somos uno de los estados pioneros en la república mexicana, en la aplicación del sistema acusatorio adversarial y dentro del sistema de Justicia para Adolescentes, somos ejemplo del excelente funcionamiento de la Unidad de Medidas Cautelares (UMECA), reconocido por las embajadas de Canadá, Estados Unidos de Norte América y Chile entre otros; lo que refuerza el compromiso que se tiene de forma personal y con la Institución, buscando la equidad, la igualdad, pero sobre de todo la justicia”

Conclusiones

Primera.- Con la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, la figura del defensor público Segunda.- El Sistema de Justicia para Adolescentes requiere especialización en legislaciones internacionales, sensibilización del defensor público con base al trato de los adolescentes.

adquiere relevancia, convirtiéndose en un derecho consagrado en nuestra Carta Magna, en su artículo 20 apartado B fracción VIII. Tercera.- Para ser un buen defensor público se necesita ética profesional, vocación de servicio y ayuda por los demás.

LA JUSTICIA TERAPÉUTICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DEFENSA PÚBLICA

Fabián Darío ACOSTA CISNEROS*

SUMARIO: Introducción; I. Origen; II. Implementación del Tribunal de Tratamiento de Adicciones en México; III. Funciones del defensor; Conclusión; Fuentes consultadas.

Introducción

Con la implementación del sistema acusatorio en nuestro país, se ha tenido la necesidad de buscar mecanismos o salidas alternativas de solución de conflictos, enfocando los procedimientos judiciales hacia nuevas tendencias no adversariales y conciliadoras; lo ideal es que estas salidas alternas ataquen el problema de fondo, ocupándose no solo del problema de justicia y seguridad, pero también, que busquen solucionar el problema social y de salud. La Justicia Terapéutica postula humanizar la ley focalizando en el lado humano, emocional y psicológico de la ley y los procesos legales para así promover el bienestar de las personas que impacta. La misión de impartir justicia se replantea desde un enfoque más humanista; de ahí, surgen los Tribunales de Tratamiento de Adicciones o Tribunales de Tratamiento de Drogas.

Además, el alto porcentaje de personas procesadas penalmente que al momento de los hechos estaban bajo los influjos de alguna droga o alcohol; las cuales, en su mayoría, tienen algún nivel de adicción, que si bien es cierto, es un problema de salud, impacta directamente en la procuración e impartición de justicia, esto es la relación droga-delito.

* Licenciado en *Derecho y Ciencias Sociales* por la Universidad Autónoma de Nuevo León, Maestría en *Derecho* con orientación en *Derecho Penal y Sistema Acusatorio* por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Ha trabajado en el Instituto de Defensoría Pública desde 1999 y desde el año 2005 a la fecha como Defensor Público Especializado en Juicios Orales. Ha tomado diversos cursos en Cortes de Drogas impartidos por *Office of National Drug Control Policy (ONDCP)*, *National Association of Drug Court Professionals (NADCP)*, la Procuraduría General de la República (PGR) y CONADIC. Ha asistido a las conferencias anuales de la NADCP celebradas en Anaheim, Boston, Nashville y Washington, D.C. Actualmente es Jefe de Defensores Públicos adscritos a Juzgados Especializados en materia de Narcomenudeo y Tribunales para Tratamiento de Adicciones, en la Dirección de Defensa en Proceso Penal del Instituto de la Defensoría Pública del estado de Nuevo León. fabian_dac@hotmail.com

Aunado a lo anterior, la casi nula efectividad de los programas de prevención del delito y programas penitenciarios de reinserción nos trae como consecuencia un alto índice de reincidencia delictiva, esto es porque no se ataca el problema de fondo.

I. Origen

Hacia el final de la década de los 80's, muchas de las cortes en los Estados Unidos fueron abrumadas con casos en los que el imputado tenía algún nivel de adicción a las drogas. Un aumento dramático en las detenciones por posesión de drogas y delitos en donde se implicaba un consumo problemático de sustancias, aunado a las penas mínimas por la posesión y la distribución de drogas, especialmente la cocaína o *crack*, había aumentado el trabajo de las cortes, y una sobre población en las cárceles. En Miami, Florida, y otras áreas metropolitanas importantes, el problema era particularmente desalentador. En 1989, en un esfuerzo por disminuir los casos en donde había una relación directa entre el delito y el uso o dependencia de drogas, el sistema judicial de Miami comenzó a llevar a los procesados a un programa basado en un tratamiento intensivo para rehabilitación, vigilado por una corte especializada como alternativa al encarcelamiento. El programa fue llamado *Drug Court*.

Ahora, a 23 años desde que este programa fue iniciado, existen más de

2,300 Cortes de Drogas que funcionan en todo Estados Unidos, atendiendo anualmente a 120.000 personas entre adultos y menores de edad¹. Actualmente en América Latina, países como Brasil, Chile, Colombia, Jamaica, Puerto Rico y República Dominicana ya funcionan con programas de este tipo. No se omite mencionar que en la Unión Europea también es política pública programas relacionados a este tema.

Aunque los estudios no demuestran la existencia de una estrecha relación entre el consumo experimental de drogas y la comisión de delitos, sí suelen demostrar que la delincuencia precede a menudo al consumo de drogas ilegales, sobre todo de las que están especialmente asociadas a dependencia y problemas, como la heroína o la cocaína/*crack*. Los estudios han demostrado también que es posible que los consumidores drogodependientes cometan delitos contra la propiedad para mantener ese hábito. Para el delincuente profesional, las drogas pueden formar parte de su transgresora forma de vida, siendo el gasto en drogas una demostración de riqueza y posición social.

¹ HUDDLESTON, West, *Drug Court. A viable solution to drug dependent offenders*, disponible en: <http://www.safestates.org/associations/5805/files/Huddleston.doc>, consultado en: 2014-03-27.

“Los estudios han demostrado también que es posible que los consumidores drogodependientes cometan delitos contra la propiedad para mantener ese hábito. Para el delincuente profesional, las drogas pueden formar parte de su transgresora forma de vida, siendo el gasto en drogas una demostración de riqueza y posición social”

Algunos llegan a convertirse en consumidores habituales o drogodependientes, lo que a su vez les induce a aumentar su participación en delitos o en el mercado de las drogas. Por tanto, puede darse un efecto de refuerzo mutuo entre la actividad delictiva y el consumo de drogas, de manera que las personas inmersas en una subcultura delictiva transgresora presenten un mayor riesgo de acabar teniendo problemas con las drogas y

las personas que tienen problemas con las drogas presenten un mayor riesgo de acabar participando en actividades delictivas².

En estos programas se busca dar vigor al ideal de la justicia basada en la rehabilitación; según el concepto de Justicia Terapéutica en la que se opta por un tratamiento en lugar de castigo, al adicto no se le trata como delincuente, sino como una persona enferma. En ocasiones, a los defensores públicos se nos asignan casos de personas a las cuales anteriormente ya las habíamos representado, y cada vez que era detenida esta persona, el delito por el que se le procesaba era mayor, teniendo así el efecto de “puerta giratoria” porque al no atacar de fondo el problema —la adicción en estos casos— la persona sigue teniendo conductas antisociales, iniciando con delitos menores y los posteriores son delitos graves o de mayor impacto. Además, se le procesa como reincidente, agravando en la mayoría de los casos la sanción a imponer, careciendo así de algún

² CARPENTIER, Chloé, *Drogas y delincuencia, una relación compleja*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Observatorio Europeo de las drogas y toxicomanías, disponible en: [\[http://www.emcdda.europa.eu/attachments.cfm/att_44774_ES_Dif16ES.pdf\]](http://www.emcdda.europa.eu/attachments.cfm/att_44774_ES_Dif16ES.pdf), consultado en: 2014-03-31.

beneficio que le permita cumplir su pena de prisión en libertad.

Es una transformación o evolución del sistema penal y sus implicaciones éticas, porque no solo el defensor debe de tener un cambio de paradigma, lo deben tener también el juez y el agente del Ministerio Público. Estar familiarizados con el modelo jurídico terapéutico, el cual, David B. WEXLER³ define como:

Estudia cómo las reglas sustantivas, los procesos legales, el rol del juez y abogado, producen consecuencias terapéuticas o anti terapéuticas para los individuos involucrados en los procesos legales. Focaliza en el lado humano, emocional y psicológico de la ley y los procesos legales⁴.

En estos programas existe una relación directa entre el sistema de justicia y las políticas de salud, haciendo más efectiva y humana la

³ WEXLER, David es profesor de investigación de Derecho y profesor en la Universidad de Arizona. Director de la Red Internacional de Justicia Terapéutica en la Universidad de Puerto Rico. La red tiene un sitio web, que incluye una bibliografía exhaustiva sobre justicia terapéutica, disponible en: [\[http://www.law.arizona.edu/upr.intj\]](http://www.law.arizona.edu/upr.intj), consultado en: 2014-04-01.

⁴ WEXLER, David B., y WINICK, Bruce J., *Law in Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence XVII*, ed. Carolina Academic Press, Estados Unidos 1996, p. 77.

aplicación e impartición de la justicia. Así mismo representan un cambio en el paradigma que se aleja de las nociones convencionales de un sistema contencioso, de ahí su naturaleza no adversarial. En este tipo de programas el abogado defensor forma parte de un equipo interinstitucional, en el que todos tienen un mismo fin: La rehabilitación de una persona y evitar que vuelva a cometer otro delito. No es solo desintoxicar, se busca la rehabilitación de una persona con el propósito de que se reinsera efectivamente a la sociedad.

“En este tipo de programas el abogado defensor forma parte de un equipo interinstitucional, en el que todos tienen un mismo fin: La rehabilitación de una persona y evitar que vuelva a cometer otro delito. No es solo desintoxicar, se busca la rehabilitación de una persona con el propósito de que se reinsera efectivamente a la sociedad”

Basándose además, en un sistema de incentivos y sanciones. Incentivos a los participantes que cumplen con los lineamientos del programa y sanciones (las cuales pueden ser muy variables) para los que cometen alguna falta.

Con estos programas se busca disminuir el consumo de drogas o alcohol entre personas vinculadas a un proceso penal, mediante un tratamiento de rehabilitación vigilado y supervisado por un juzgado especializado integrado por un equipo multidisciplinario cuyo principal objetivo será la rehabilitación y la reinserción efectiva a la sociedad del participante, logrando con esto un bienestar en lo individual, familiar y colectivo (comunidad). Además de disminuir la población penitenciaria.

José ZARAGOZA al referirse al régimen de seguridad máxima, dice que es evidente la poca efectividad que tiene el sistema penitenciario en cuanto a una de sus principales funciones que es la de reinserción social. «... el Estado ha incrementado la frecuencia de uso y duración de la pena privativa de libertad; aumentando el régimen de disciplina y seguridad dentro del sistema penitenciario...»⁵.

⁵ Vid. ZARAGOZA HUERTA, José, *Sistema Penitenciario Mexicano*, Editorial Elsa Lazcano, México 2009, p. 27.

También, refiere:

Nos hemos dado cuenta que las prisiones, lejos de reinsertar a los reos, los “profesionaliza” convirtiéndolos en potenciales delincuentes al momento en que cumplan su condena y salgan de prisión; este fenómeno lo notamos en los altos índices de reincidencia que actualmente existen en el país.»

Por su parte, el juez (en retiro) Dennis CHALLEEN, de Minnesota, autor y miembro de *The National Judicial College* y de la Asociación Nacional de Profesionales de Corte de Drogas (NADCP) comentó lo siguiente respecto de enviar a los adictos a prisión:

- Quisiéramos que tuvieran autoestima. *Destruimos su autoestima.*
- Quisiéramos que fueran responsables. *Quitamos toda la responsabilidad.*
- Quisiéramos que fueran positivos y constructivos. *Los degradamos mucho y los hacemos inútiles.*
- Quisiéramos que fueran dignos de confianza. *Los ponemos donde no hay confianza.*
- Quisiéramos que no fueran violentos. *Los ponemos donde está la violencia alrededor de ellos.*
- Quisiéramos que fueran gente buena y cariñosa. *Los sujetamos al odio y la crueldad.*
- Quisiéramos que dejen de ser un tipo duro, o difícil. *Los ponemos donde respetan al individuo duro.*

- Quisiéramos que a su alrededor no haya perdedores. *Pusimos a todos los perdedores tras unas rejas.*
- Quisiéramos que tomaran el control de sus vidas, sus problemas y que dejen de ser parásitos para la sociedad. *Los hacemos totalmente dependientes de nosotros.*

II. Implementación del Tribunal de Tratamiento de Adicciones en México

Nuevo León fue elegido para implementar el primer Tribunal para el tratamiento de adicciones en el país, cuyo funcionamiento permitirá en un futuro replicar el modelo a nivel nacional.

A partir de septiembre de 2009, se implementó en Nuevo León el *Tribunal para el Tratamiento de Adicciones* que es el primero en su género en nuestro país. Nace del esfuerzo bilateral de los gobiernos de Estados Unidos y México, teniendo como punto de referencia los fundamentos teórico-logísticos de las Cortes de Drogas (*Drug Courts*) en los Estados Unidos.

El programa está orientado a la rehabilitación de personas que cometan delitos bajo el influjo de drogas o alcohol o para proveerse recursos para adquirir estos. En un principio, participan aquellas personas procesadas en la vía de enjuiciamiento oral, esto es mediante el beneficio de la suspensión del procedimiento a prueba del

procesado, el juez, al otorgarle dicha suspensión, le impone las condiciones que deberá cumplir; figura establecida en los artículos 610 al 621 del Código de Procedimientos Penales del estado de Nuevo León y en los artículos 231 al 234 del Nuevo Código Procesal Penal para el estado de Nuevo León.

Resulta incuestionable que los medios alternos se deben desarrollar antes de la imposición de la pena, sin embargo, hay autores que consideran que estas figuras pueden efectuar aún después de haberse dictado la sentencia, esto es, cuando ya se está ejecutando la condena⁶.

Para Julián ARMIENTA, la mejor opción es la aplicación del método alterno antes de que se dicte sentencia, y consideramos que para el defensor y su representado también, por la cuestión de los antecedentes penales. Sin embargo, es posible la aplicación de estas salidas alternas durante la etapa de ejecución de la sanción impuesta.

La mediación que se realiza en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad tiene posibilidades de ser valorada, cuando la persona no se encuentre cumpliendo condena en el centro

⁶ ARMIENTA HERNÁNDEZ, Julián, *El Juicio oral y la justicia alternativa en México*, Editorial Porrúa, México 2011, p. 126.

penitenciario, en los siguientes supuestos:

- a) Suspensión ordinaria;
- b) Suspensión de la pena para personas que han cometido delito por adicción a algunas sustancias... Aunque el fundamento de esta suspensión sea la posibilidad de sometimiento a un proceso de deshabituación o rehabilitación de la adicción a las sustancias....⁷.

“El programa está orientado a la rehabilitación de personas que cometan delitos bajo el influjo de drogas o alcohol o para proveerse recursos para adquirir estos. En un principio, participan aquellas personas procesadas en la vía de enjuiciamiento oral, esto es mediante el beneficio de la suspensión del procedimiento a prueba del procesado, el juez, al otorgarle dicha suspensión, le impone las condiciones que deberá cumplir”

⁷ RÍOS MARTÍN, Juan Carlos, *La mediación penal y penitenciaria*, Editorial Colex, Madrid 2006, p. 96.

El objetivo principal de este programa es evitar la reincidencia delictiva, la rehabilitación y una reinserción efectiva a la sociedad.

Un aspecto muy importante en este programa es que diversas dependencias se coordinan y trabajan en equipo teniendo una misma finalidad: la rehabilitación.

Las instituciones que operan en el programa del Tribunal para el Tratamiento de Adicciones son:

- Tribunal Superior de Justicia (Juez);
- Procuraduría General de Justicia (Ministerio Público);
- Instituto de Defensoría Pública del Estado (Defensor Público);
- Secretaría de Salud Estatal (Proveedor de Tratamiento), y
- Secretaría de Seguridad Pública del Estado (Vigilancia).

Cuando al procesado, se le concede el beneficio de la suspensión del procedimiento a prueba, y el juez o cualquiera de las partes (entiéndase ministerio público o defensor); advierten la posibilidad de que el imputado pudiese tener alguna adicción a drogas o alcohol; se lo harán saber al juez y este a su vez, lo enviará a que el equipo de tratamiento le realice una evaluación para determinar si efectivamente se está ante la presencia de un adicto.

Previo a lo anterior, el abogado defensor debe asesorar al acusado con franqueza total y no minimizar ni exagerar los riesgos, peligros ni expectativas del caso para ejercer

influencia sobre las decisiones del representado. Se requiere que los abogados den a sus defendidos suficiente información y la impartan de manera que aseguren que comprendan la información. La elección de un procesado debe estar informada por el juicio profesional de defensa del abogado para el caso concreto y las opciones que cuenta, aparejadas con un entendimiento del procesado (no del abogado) a los riesgos y los objetivos que tiene el mismo. Que la decisión sea solo de él y que cuente con la información completa y a tiempo y elija genuinamente cómo proceder. Los especialistas en el área de tratamiento, reconocen la importancia de elecciones voluntarias como el primer paso del proceso terapéutico. La adherencia de los abogados a las reglas y estándares que gobiernan la comunicación y alcances de representación aseguran que la elección que haga el procesado es de hecho, una elección basada en la valoración que él mismo haga de los costos y beneficios de largo alcance y de corto alcance de las opciones disponibles, según los hechos del caso penal concreto, así como sus objetivos y deseos personales.

El abogado debe tener un método para dar la información con el propósito de asegurar que el representado tenga una elección genuina. Se les debe explicar con claridad y aplicando ejemplos

específicos (por ejemplo sanciones impuestas en caso de una recaída, comportamientos prohibidos, la manera en que se le harán las pruebas de dopaje, qué pasará si no cumple con alguna de las obligaciones que le fueron impuestas al ingresar al programa, cuál sería la pena a imponer si resulta condenado por el delito que se le procesa, sus derechos en el juicio, etc.). Informarle de los beneficios que obtendría al permanecer y cumplir con su tratamiento, el primero es el de no estar en prisión, rehabilitarse (mantenerse "limpio"), mejorar la relación con su familia y amigos, mejorar las condiciones de trabajo, mejor salud mental y además, no tener antecedentes penales. Sin duda alguna estamos ante una excelente solución al problema del representado.

“el abogado defensor debe asesorar al acusado con franqueza total y no minimizar ni exagerar los riesgos, peligros ni expectativas del caso para ejercer influencia sobre las decisiones del representado. Se requiere que los abogados den a sus defendidos suficiente información y la impartan de manera que aseguren que comprendan la información”

En todos los casos, el abogado defensor deberá hacer lo necesario para lograr un entendimiento claro de las circunstancias y objetivos del defendido. Debe saber si su representado ingresa al programa simplemente para evitar una posible condena de prisión, o efectivamente acepta el programa para mantenerse sobrio y rehabilitarse de su adicción.

El deber de mantener una comunicación es continuo y el abogado defensor debe seguir durante el tiempo en que el adicto participe en el tribunal de drogas, consultando, asesorando, explicando y defendiendo de manera consistente, ayudando al participante a obtener sus objetivos.

Posterior a la evaluación, y en caso de resultar que el candidato sea apto para participar en el programa, el juez le preguntará si es su deseo ingresar al mismo y le hará saber las condiciones de este. Si acepta someterse al programa, se convierte en participante y algunas de las obligaciones que se le pueden imponer son las siguientes:

- No cometer un nuevo delito;
- No amenazar ni acercarse a la víctima u ofendido o algún testigo que haya depuesto o pueda deponer en su contra;
- Abandonar el trato con personas que consuman drogas y/o alcohol;
- Eliminar visitas a bares, tabernas o reuniones en donde se

- consuman alcohol o drogas;
- Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle a leer, escribir y concluir su educación básica o alguna profesión u oficio;
- Mantener ocupación lícita o capacitarse para adquirirla;
- Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, y el empleo de estupefacientes, enervantes, psicotrópicos, sustancias inhalables alucinógenas o tóxicos que produzcan adicción o hábito, salvo por tratamiento o prescripción médica;
- Someterse a la vigilancia y al control judicial en la forma que se determine, y
- Someterse a los tratamientos que su circunstancia lo requiera, a efecto de no reiterar la conducta antisocial.

Es posible que se piense que son muchas las obligaciones que se imponen al momento de ingresar al programa, pero no podemos perder de vista que se está tratando de dar una solución al problema de fondo, corregir y modificar las conductas que lo llevaron a estar procesado por algún delito.

La comunicación es constante entre el equipo, rindiendo informes y asistiendo a las audiencias que se indiquen. El ministerio público no tiene que solicitar el castigo mayor ni la defensa la menor, se busca tomar la

mejor decisión escuchando a todo el equipo.

Antes de cada audiencia, se reúnen todos los integrantes del equipo (el ministerio público, el defensor público, el equipo de tratamiento y el equipo de vigilancia) con el juez, con el propósito de informarle los avances o faltas de cada uno de los participantes dentro de su tratamiento; cada uno da su sugerencia para cada caso en particular y el juez decide si otorgar un incentivo al que cumplió con sus actividades o sancionar al que incumple.

III. Funciones del defensor

Dentro de un sistema de justicia penal, el defensor es un ancla importante en el objetivo final de la sociedad, objetivo que no solamente es un castigo o pena de prisión, sino una readaptación o reinserción efectiva de los procesados, para lograr una mejor seguridad pública y convivencia de los ciudadanos.

La labor del defensor no solamente es que su representado no esté en prisión, su labor consiste además, en proponerle opciones para resolver su problema de fondo, la experiencia nos dice que si no se ataca la raíz del problema, la mayoría de las veces reinciden cometiendo un delito igual o mayor por el que estuvieron procesados por primera vez.

El defensor, en su deber de buscar soluciones, propone al

imputado alguno de los métodos alternos de solución de conflictos, y entre ellos está el programa de Tribunal para Tratamiento de Adicciones, por lo que requiere estar familiarizado con el programa, saber los requisitos de elegibilidad, naturaleza de los tratamientos y en qué consiste la vigilancia, las sanciones e incentivos que pueden imponerse, asesorar al imputado con franqueza total de las obligaciones que adquiere al ingresar al programa, así como también de los beneficios de este y en general, hacer lo necesario para lograr un entendimiento claro de las circunstancias y objetivos del representado.

“Dentro de un sistema de justicia penal, el defensor es un ancla importante en el objetivo final de la sociedad, objetivo que no solamente es un castigo o pena de prisión, sino una readaptación o reinserción efectiva de los procesados, para lograr una mejor seguridad pública y convivencia de los ciudadanos.”

El abogado debe tener un cambio ético en este programa,

entender que forma parte de un equipo que tiene como objetivo la rehabilitación de una persona, y no solamente es mantenerse limpio de drogas, sino también evitar la reincidencia criminal; teniendo al final a una persona productiva, una persona de bien, con una mejor autoestima, que respete la ley y que sea capaz de cumplir con sus deberes y obligaciones con su familia y con la sociedad.

El abogado defensor en este tipo de programas participa activamente en labores de prevención de reincidencia criminal (uno de los objetivos del programa); «La prevención del delito es la actividad que debe priorizar el Estado mexicano. Con ella, la represión y punición del mismo pasan a un segundo término»⁸. Además de apoyar las labores de reinserción, opinión que muchos abogados no comparten, pero sí somos conscientes que formamos parte de una sociedad y nos preocupamos por mejorar nuestro entorno y condiciones de vida.

Las estadísticas señalan que estos programas funcionan, los testimonios tanto de los graduados, participantes y familiares de estos nos indican que es un programa muy social, que trae beneficios para todos,

y es altamente gratificante el poder participar y colaborar en lo que a nuestra labor corresponde.

Un “buen” abogado defensor es el que logra que el imputado obtenga la libertad lo más pronto posible; pero al abogado que además de lo anterior, logra que su defendido se mantenga limpio, mejore la relación con su familia, trabajo y en general con todo su entorno social, corrigiendo o cambiando hábitos o conductas erróneas que lo llevaron a ser procesado penalmente, de ser catalogado como “excelente”.

“El abogado debe tener un cambio ético en este programa, entender que forma parte de un equipo que tiene como objetivo la rehabilitación de una persona, y no solamente es mantenerse limpio de drogas, sino también evitar la reincidencia criminal; teniendo al final a una persona productiva, una persona de bien, con una mejor autoestima, que respete la ley y que sea capaz de cumplir con sus deberes y obligaciones con su familia y con la sociedad.

Conclusión

La adicción es un problema complejo que nuestra sociedad no ha prevenido

⁸ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Políticas de Seguridad Pública*, Editorial Porrúa, México 2011, p.10.

ni tratado, este difícil problema social fue dejado en la puerta del sistema de justicia penal; sin embargo, la respuesta tradicional de la justicia penal no pudo tratar el problema de manera efectiva. Los juzgados están llenos de expedientes de casos de delitos contra la salud, porque con los mismos paradigmas punitivos del sistema penal solo se detiene temporalmente el ciclo de la adicción. Es necesario intentar un enfoque diferente.

Estos programas de Tribunales para Tratamiento de Adicciones han surgido ahora con un esfuerzo a nivel nacional para que los tribunales desempeñen un rol especial en la rehabilitación de adictos que quieren cambiar. Es un compromiso noble, con una visión muy social, pero para hacerlo efectivo, los jueces necesitan desarrollar y mejorar sus habilidades interpersonales, psicológicas y de trabajo social, un cambio de paradigma en general.

Fuentes consultadas

Bibliografía

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Políticas de Seguridad Pública*, Editorial Porrúa, México 2011.

ARMIENTA HERNÁNDEZ, Julián, *El Juicio oral y la justicia alternativa en México*, Editorial Porrúa, México 2011.

CARPENTIER, Chloé, *Drogas y delincuencia, una relación compleja*,

Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Observatorio Europeo de las drogas y toxicomanías, disponible en: [\[http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_44774_ES_Dif16ES.pdf\]](http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_44774_ES_Dif16ES.pdf), consultado en: 2014-03-31.

HUDDLESTON, West, *Drug Court. A viable solution to drug dependent offenders*, disponible en: [\[http://www.safestates.org/associations/5805/files/Huddleston.doc\]](http://www.safestates.org/associations/5805/files/Huddleston.doc), consultado en: 2014-03-27.

RÍOS MARTÍN, Juan Carlos, *La mediación penal y penitenciaria*, Editorial Colex, Madrid 2006.

WEXLER, David B., y WINICK, Bruce J., *Law in Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence XVII*, ed. Carolina Academic Press, Estados Unidos 1996.

ZARAGOZA HUERTA, José, *Sistema Penitenciario Mexicano*, Editorial Elsa Lazcano, México 2009.

Legislación

Código de Procedimientos Penales del estado de Nuevo León. (Vigente hasta el 31 de diciembre de 2014).

Nuevo Código Procesal Penal para el estado de Nuevo León. (Vigente desde el 1º de enero de 2013).

LA TEORÍA DEL CASO ALTERNATIVA O POSITIVA DEL DEFENSOR EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO Y ORAL

Gonzalo Francisco REYES SALAS*

«Porque justicia es, al final de cuentas, lo que un Juez dice que es justicia»

SUMARIO: Introducción; I. El conflicto de verdades en el proceso penal; II. Las nuevas destrezas del Defensor: II.1 Destrezas de investigación, II.2 Habilidades negociadoras, II.3 Destrezas argumentativas, de acuerdo a cada etapa del proceso; III. Las estrategias de defensa en cada una de las etapas del nuevo proceso penal: III.1 En la etapa inicial, III.2 En la etapa intermedia, III.3 En la etapa de juicio oral, III.4 En la etapa de ejecución de sanciones; IV. La teoría del caso como estrategia de defensa y su clasificación: IV.1 Concepto y elementos de la teoría del caso, IV.2 Clasificación de las teorías del caso; V. Elementos de la teoría del caso alternativa o positiva del Defensor: V.1. Investigación, V.2. Análisis de las debilidades y las fortalezas de la teoría del caso del Ministerio Público; V.3. Narrativa persuasiva de nuestra estrategia de defensa activa; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Resumen

En este artículo, el autor entiende al proceso penal como un conflicto de verdades y describe las habilidades y destrezas que debe aplicar el defensor en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio. Explica las estrategias de defensa en cada una de las etapas del sistema acusatorio; clasifica las diversas teorías del caso que puede tener un defensor en la audiencia del juicio oral y centra su estudio en lo que el autor denomina como teoría del caso positiva y activa o alternativa, explicando sus elementos y aportando un esquema gráfico para su aplicación.

* Doctor en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México; Maestro en *Ciencias Penales* por el Instituto Nacional de Ciencias Penales y Licenciado en Derecho por la UNAM. Cuenta con tres especialidades del *Derecho* por la Universidad Panamericana. Ha trabajado como asesor externo en diversas dependencias públicas y organismos privados sobre el derecho penal y la seguridad pública. Fue Coordinador de Defensores especializados en juicios orales en el Instituto de Defensoría Pública de Nuevo León y desde el año 2011, es el Director del Centro de Formación Profesional y tiene a su cargo el servicio profesional de carrera de Defensores Públicos. Se encuentra certificado como capacitador en técnicas para el litigio oral por el Gobierno de la República de Colombia; por el *National Institute for Trial Advocacy* (NITA) y por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC).

Introducción

Esta modesta investigación, pretende hacer algunos comentarios sobre las estrategias de defensa y especialmente sobre la teoría del caso activa o alternativa, frente al poder material que tiene el ministerio público para detener, imputar, vincular a formalmente a investigación y acusar a cualquier ciudadano.

Bajo este orden de ideas, analizaremos el conflicto de verdades en el proceso penal, las nuevas funciones y destrezas que debe desarrollar el defensor y finalmente estudiaremos las clases de estrategias por las que puede optar la defensa y dentro de estas a la teoría del caso activa o alternativa.

I. El conflicto de verdades en el proceso penal

El primer paso para resolver un problema es entenderlo y el segundo paso es tener la astucia necesaria para argumentar de forma clara y persuasiva sobre la manera en que debe resolverse dicho problema. El nuevo sistema de justicia penal, exige que las partes expongan de forma clara sus pretensiones y su verdad sobre los hechos y que el juez resuelva solamente en relación con las verdades antagónicas que ante él se han planteado y con las pruebas que en su presencia se han practicado.

Un sistema de justicia penal se define de acuerdo con la manera en la que interactúan quienes tienen a su

cargo las tres funciones del proceso: la decisión, la acusación y la defensa. El sistema es acusatorio si quien decide es imparcial y no se involucra en las funciones y responsabilidades de las partes. El juez, en un sistema acusatorio y oral, debe depender de los argumentos y medios de prueba de las partes para decidir; ya no puede proveer medios de prueba por sí mismo para decidir ni suplir deficiencias del órgano acusador.

¿Qué es un proceso penal? Pensamos que un proceso penal es la expresión racional de un conflicto, en el cual las partes están obligadas a probar sus pretensiones contradictorias y no es el juez el obligado a definirlas.

Por cuanto hace a las pretensiones, la acusación puede tener tres: la punitiva, la restitutiva o reparatoria del daño y en su caso la de reinsertar de forma adecuada al infractor de la ley penal. Por su parte, la defensa tendrá la pretensión de absolución o la de una sentencia justa y proporcional.

El conflicto que se genera por la contradicción entre estas diferentes clases de pretensiones es precisamente el motor que da vida al proceso. El alma del conflicto penal es así la *litis*. En este conflicto, el juez se encuentra obligado a mantenerse imparcial y a depender de los materiales probatorios y de los argumentos ofertados por las partes para decidir y así resolver el conflicto legal.

El proceso penal debe ser equilibrado e igualitario para las partes. Cualquiera pensaría que el Ministerio Público adquiere una ventaja competitiva cuando nuestra Constitución federal permite que con escasos y simples datos de prueba se solicite una orden de aprehensión, se formule imputación y se dicte una vinculación a proceso; es totalmente cierto. Pero no menos cierto es que la carga de la prueba siempre la tendrá el fiscal, frente al principio de inocencia.

Desde la óptica de un Defensor Público como quien escribe estas líneas, el Ministerio Público siempre tendrá ventaja en el proceso, pero la fuerza que proviene de sus medios de prueba, al ser controvertida en juicio puede también denostar su insuficiencia y convertirse, con las técnicas adecuadas del contrainterrogatorio, en una fortaleza de la defensa.

El nuevo sistema de justicia reconoce el exceso de poder que el Ministerio Público ha tenido y busca el equilibrio de este con una defensa adecuada, que debemos entender como técnica, integral y suficiente. Por esta razón, el nuevo sistema de justicia penal exige la preparación y especialización de defensores. Quien acusa, representa finalmente a quien gobierna. Y cuando un gobernante ejerce la acción penal en contra de un ciudadano, sin darle oportunidad de una defensa adecuada, genera una

causa que elimina su legitimación como gobernante y desaparece las luchas ciudadanas por los derechos fundamentales. De aquí la necesidad de contar con una defensa tanto pública como privada, que sea técnicamente adecuada desde el inicio de una investigación penal.

Para entender el papel del defensor en el nuevo sistema de justicia penal, podemos ver al proceso simplemente como un conflicto de verdades.

“El nuevo sistema de justicia reconoce el exceso de poder que el Ministerio Público ha tenido y busca el equilibrio de este con una defensa adecuada, que debemos entender como técnica, integral y suficiente. Por esta razón, el nuevo sistema de justicia penal exige la preparación y especialización de defensores”

Si aceptamos que la verdad es una parte de la justicia y que ambas caminan juntas, entenderemos que en el nuevo proceso penal acusatorio la

verdad es la que las partes prueban y la justicia es el ejercicio de congruencia que hace el juez para asignar su veredicto de conformidad con lo probado por una de las partes en conflicto. *Veredictum* es la verdad declarada por el juez.

La verdad es el contenido esencial de la justicia; pero no es el único contenido de ella: la otra parte de la justicia es la solución de un conflicto, pues en ocasiones, las salidas alternas para la solución de controversias o los argumentos de la defensa si bien no declaran la verdad histórica, declaran la verdad que se puede probar y al final, la verdad que resuelve un conflicto y con ello, la justicia.

La verdad para el procedimiento penal, en un sistema acusatorio y en cualquier otro sistema, desde el punto de vista del litigante, no es necesariamente la verdad en el mundo real o la verdad en otros ámbitos del derecho.

Como sostiene Winfried HASSEMER, «el concepto y concepción de la verdad que predomina en el procedimiento penal, no tiene nada que ver con el uso cotidiano que se hace de este concepto¹». Y la razón de esta idea es muy clara: las ciencias naturales, ciencias exactas, o incluso

¹ HASSEMER, Winfried, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, Editorial Ubijus, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México 2009, p. 23.

de la mayoría de las ciencias sociales, buscan verdades objetivas. ¿Napoleón o Bolívar fueron asesinados o murieron de causas naturales? Pero en el derecho procesal penal, no actuamos de acuerdo con las líneas de la investigación histórica sino de acuerdo con la descripción típica de un evento antisocial denominado delito, o como dice HASSEMER «la sonda de la justicia penal no se rige por el suceso sino por los elementos del tipo penal: los cuales constituyen solo una partícula del suceso»².

Si aplicáramos un concepto genérico de verdad al derecho procesal penal, llegaríamos tal vez a sentencias absurdas.

Lo que busca una esposa que ha sido víctima de violencia familiar es que el responsable repare el daño causado, cumpla sus deberes de alimentos con sus hijos y detenga sus acciones violentas. Al Estado, hasta hace unos años solo le interesaba, para hacer justicia, que un juez declarase como verdad que el imputado era un delincuente y que fuese sancionado por ello. Pero no se hacía justicia a la víctima con esa verdad legal.

Ahora, el eje vertebral de las salidas alternativas debe ser la víctima en el sistema acusatorio y las partes pueden convenir en un modelo de justicia alternativo al público, en el cual se declara como verdad la necesidad de reparación a la víctima y

² *Ibidem*, p. 28.

la prevención especial del delito sobre el responsable.

La astucia de los abogados participantes en un proceso negociador de una salida alternativa puede llevar a no declarar la verdad legal de delito y la responsabilidad penal pero a hacer justicia con respecto a la víctima.

La posición del defensor en un proceso penal, es sostener su planteamiento de la verdad con argumentos y medios de prueba y así presentar, como teoría del caso activa o alternativa una verdad diferente ya sea jurídica o fáctica, a la que presenta el fiscal.

“La posición del defensor en un proceso penal, es sostener su planteamiento de la verdad con argumentos y medios de prueba y así presentar, como teoría del caso activa o alternativa una verdad diferente ya sea jurídica o fáctica, a la que presenta el fiscal”

II. Las nuevas destrezas del defensor

A continuación, comentaremos algunas de las destrezas o habilidades

que deberá desarrollar el nuevo defensor en el sistema acusatorio y sus funciones en cada una de las etapas de dicho sistema.

El defensor debe desarrollar habilidades de investigación, de negociación y de argumentación.

II.1 Destrezas de investigación

En el nuevo sistema de justicia penal acusatorio, tanto la defensa como la fiscalía deben tener los mismos elementos técnicos de investigación y de prueba y al juez le debe estar impedido cualquier acto de investigación.

Es claro que la investigación de la fiscalía es mucho más intensa y profunda que la investigación realizada por la defensa, pero un abogado defensor en un sistema acusatorio debe siempre disponer de las destrezas para recopilar su propia información del caso, encontrar la asistencia técnica de un perito, de un investigador de los hechos y por supuesto contrastar la versión de su usuario o defendido con los hallazgos de su investigación.

El defendido en su versión de los hechos, será la primera fuente de información para el defensor, pero esta información debe ser el inicio de una investigación profesional e integral.

El mandato constitucional de una defensa adecuada, obliga a que el defensor ya sea público o particular, haga una investigación para elaborar

su teoría del caso. En este sentido, la defensa para ser adecuada, debe ser técnica, integral y suficiente.

El contenido de la labor de investigación de la defensa variará intensamente de acuerdo con la naturaleza de la imputación y en su caso de la acusación. Por ejemplo, puede ser suficiente para algún caso con que la defensa visite el lugar de los hechos para aclarar y preparar mejor la versión de su defendido, mientras que en otras ocasiones será necesaria la intervención pericial.

La investigación de la defensa servirá por una parte, para dar fundamentos a la versión del defendido y por otra, para descubrir las debilidades de la teoría del caso de la fiscalía.

Debe existir, en consecuencia un equilibrio real y efectivo de fuerzas probatorias entre quien acusa y quien defiende.

La simple asesoría jurídica no es suficiente para el defensor; en el sistema acusatorio requiere de investigación científica.

II.2 Habilidades negociadoras

El sistema acusatorio permite la negociación entre el imputado y la fiscalía, por medio del defensor. Esta es una tarea extremadamente difícil para el defensor, porque normalmente ya tiene un proceso penal iniciado y probablemente hasta una medida cautelar dictada en contra de los derechos y libertades de

su defendido. Además, normalmente, las negociaciones implican una reparación del daño y la mayoría de los defendidos por la institución de la defensa, carecen de recursos para encarar propuestas de reparación victimal.

En consecuencia, desarrollar habilidades negociadoras resulta fundamental en el perfil del nuevo defensor, pero al mismo tiempo, tiene ahora una gama que a manera de palestra, le permite escoger entre las salidas alternativas más favorables al defendido: el procedimiento abreviado, la suspensión del proceso penal a prueba, y por supuesto, los acuerdos reparatorios obtenidos por mediación o por conciliación.

Dentro de un proceso adversarial, existen varias instancias para que la fiscalía, dueña de la acción penal, dialogue con el imputado en busca de soluciones que impliquen ceder ciertos aspectos y convengan a los intereses de ambos más que el juicio oral. El imputado que negocia con la fiscalía, habitualmente obtendrá que la fiscalía pida una pena menor a la que pediría en juicio, ya que de otro modo no tendrá ningún incentivo para negociar e irá a juicio oral. Sin embargo, el abogado debe ser muy cauteloso en este campo, debido a que un mal consejo de negociar en un momento decisivo del proceso puede condicionar indebidamente la posición de su defendido.

Incluso, debe ser muy claro según los momentos en que le habla al imputado de la posibilidad de negociar, evaluando el entorno de un posible juicio, porque en ocasiones el imputado estará dispuesto a sacrificar buenas posibilidades de una decisión exculpatoria por lograr una respuesta rápida que lo saque de la cárcel o de la incertidumbre y ello puede ser un factor de presión comprensible, pero que le cause perjuicios futuros.

Por ejemplo, el imputado puede en un momento determinado del inicio del proceso, querer declararse culpable y obtener una pena baja que no se cumplirá en privación efectiva de la libertad, pero el defensor sabe que el imputado quedará en su registro con antecedentes penales; que cualquier otro contacto con el sistema hará pesar esos antecedentes en su contra, y que posiblemente el caso de la fiscalía no sea tan fuerte.

El defensor debe cuidar siempre de respetar los intereses del imputado y conocer bien el caso, con el fin de recomendar una negociación solamente en el momento propicio y bajo las mejores circunstancias para su defendido, así como representar al imputado en las conversaciones de negociación con el fiscal.

Asimismo debe en todo caso mantener suficiente y claramente informado al imputado sobre el sentido y los alcances de las negociaciones que se están desarrollando.

II.3 Destrezas argumentativas, de acuerdo a cada etapa del proceso

Podemos resumir la teoría de la argumentación de Aristóteles, al decir que debe estar fundada en tres elementos: *logos*, *ethos* y *pathos*, es decir, en *conocer* los hechos que se argumentan, *creer* en ellos y *conmover* con ellos.

“El defensor debe cuidar siempre de respetar los intereses del imputado y conocer bien el caso, con el fin de recomendar una negociación solamente en el momento propicio y bajo las mejores circunstancias para su defendido, así como representar al imputado en las conversaciones de negociación con el fiscal”

Astucia entonces se resume en la capacidad para persuadir con conocimiento, convicción y conmoción. Al final de cuentas, en mi papel de defensor, ¿cómo voy a convencer a un juez de algo de lo que yo personalmente no conozco, no creo y no siento?

El nuevo defensor, deberá desarrollar habilidades y destrezas argumentativas para persuadir y sobre todo ejercer el principio de contradicción en cada una de las etapas del proceso puesto que cada una de ellas tiene diferentes tipos de *litis*.

III. Las estrategias de defensa en cada una de las etapas del nuevo proceso penal

III.1 En la etapa inicial

En las primeras audiencias de esta etapa, el defensor deberá vigilar y en su caso combatir la ilegalidad de la detención en la audiencia de control de la detención. Por la celeridad de esta fase primaria, normalmente la teoría del caso del defensor es pasiva-negativa, en el sentido de que lo único que tiene para controvertir el argumento del fiscal sobre su petición de decretar legal la detención, es el reporte policial de detención. Salvo algunos casos, en los que se cuente con medios de prueba para determinar de ilegal la detención, tendrá en sus manos únicamente la carpeta de investigación y la entrevista que haya efectuado con el detenido. Su argumento, entonces, debe ceñirse al análisis de los datos que contenga el reporte policial de detención, al análisis jurídico de los conceptos de flagrancia o de caso urgente; especialmente al concepto de identidad del imputado y a las circunstancias de la detención.

De igual forma, deberá conocer los elementos constitucionales necesarios para encontrar en su caso las deficiencias de la formulación de imputación, lo que de nuevo nos lleva a una defensa negativa pasiva; Sin embargo, tendrá la oportunidad de aportar medios de prueba en el plazo constitucional, si no renuncia a este,

lo que nos llevaría a una defensa activa o en el peor de los casos, a una defensa negativa- activa y así habrá de oponerse a la vinculación a proceso cuando no existan elementos para dictarla. Una vez dictada la vinculación, podrá argumentar en contra del plazo solicitado por el ministerio público para concluir su investigación así como proponer una medida cautelar menos severa de la requerida por su oponente.

III.2 En la etapa intermedia

El defensor en esta etapa, deberá cerciorarse de que la acusación formulada no tenga vicios formales y si es su estrategia solicitar la corrección de dichos vicios formales o en su caso exigir la resolución sobre cuestiones de previo y especial pronunciamiento como puede ser prescripción o cosa juzgada o si aplica, otra causa de extinción de la acción penal. Es en esta etapa, en la que se debe diseñar una teoría del caso positiva a la que podemos llamar también alternativa o en su defecto una estrategia de defensa negativa pero activa. Habrá de hacer investigación legal y fáctica con auxilio de peritos e investigadores profesionales; evaluará y clasificará por su relevancia los medios de prueba de la fiscalía, determinando sus debilidades, evaluando la manera en la que los controvertirá en juicio para de esta manera, hacer la exposición de su ofrecimiento de

medios de prueba. Recomendamos que en la etapa intermedia, se presente ante el Juez de Control el avance necesario de su teoría del caso alternativa para que con esta exposición se otorgue un adecuado fundamento y motivo de los medios de prueba que ofrecerá de su parte.

III.3 En la etapa de juicio oral

El defensor deberá conocer las técnicas para desarrollar y exponer en forma de alegatos de apertura, una teoría del caso persuasiva y comprobable; de igual forma, aplicará las destrezas para hacer contrainterrogatorios e interrogatorios adecuados y lo más difícil: hacer objeciones cuando procedan y sean necesarias.

Finalmente, el defensor deberá aplicar las habilidades que requiere formular alegatos de clausura persuasivos y solicitar lo que corresponda de acuerdo con su teoría del caso.

En esta etapa, el defensor deberá presentar su teoría del caso positiva o alternativa que represente una verdadera contradicción a la expuesta por el fiscal.

III.4 En la etapa de ejecución de sanciones

El defensor en esta etapa, que como ya se dijo, inicia el 19 de junio del presente año, deberá conocer los medios de impugnación ante el Juez de Ejecución, sobre todo lo

relacionado con el cumplimiento de penas, especialmente las que involucren encarcelamiento. Asimismo, habrá de iniciar los medios de libertad anticipada y de sustitución de penas en su caso.

IV. La teoría del caso como estrategia de defensa y su clasificación

IV.1 Concepto y elementos de la teoría del caso

La teoría del caso puede ser entendida como un método que permite definir la estrategia de defensa, mediante el análisis de los hechos, los datos y medios de prueba y la investigación jurídica. Esta estrategia, implica desarrollar las destrezas y habilidades que se han mencionado para hacer una investigación, técnica y científica, evaluar la relevancia de los medios de prueba de la fiscalía y de los propios medios, clasificar la importancia de los testigos en orden al objetivo planteado en la estrategia de defensa y especialmente, reunir los elementos necesarios en la exposición de la teoría del caso como alegato de apertura para persuadir.

Un error frecuente que se observa en quienes han escrito sobre el sistema acusatorio mexicano, es el de considerar que solamente debe existir una teoría del caso del defensor desde el inicio del proceso, es decir desde la etapa inicial y hasta el final de la audiencia del juicio oral. Es necesario tener presente que en

cada audiencia de la etapa inicial la *litis* es diferente y por lo tanto son diferentes las teorías de defensa que deben argumentarse. De qué serviría argumentar la inexistencia de elementos para un auto de vinculación a proceso si encontramos en la audiencia del control de la detención en la cual la *litis* no es analizar si se cumplen los supuestos para vincular formalmente a una investigación a una persona, sino determinar si la detención fue legal.

Por supuesto, estamos de acuerdo en que todo lo actuado hasta antes de iniciar la etapa de preparación del juicio oral, es importante y debe ser tomado en cuenta para elaborar la teoría que habremos de presentar como Defensores, ante el Tribunal de la audiencia del Juicio Oral. La teoría del caso, como sostiene la Diana Cristal GONZÁLEZ OBREGÓN, «no se elabora hasta la etapa del juicio oral, sino que esta se hace desde la etapa de investigación»³.

Bajo este orden de ideas, encontramos que la teoría del caso del defensor en la etapa intermedia o de preparación del juicio oral y por supuesto en la audiencia del propio juicio, debe ser única, pues varias teorías del caso harán necesariamente

perder credibilidad y precisamente credibilidad es lo que vendemos a la sociedad los abogados que nos dedicamos al nuevo sistema de justicia penal. Además, la teoría del caso debe ser en su mayoría autosuficiente, es decir, que por sí misma pueda explicar y comprobar nuestra hipótesis frente al juez, para lo cual también debe ser creíble o verosímil y asociada a un valor o bien jurídicamente tutelado, si bien la protección del inocente que es acusado de forma injusta, o si este actuó amparado bajo una causa de justificación, de inculpabilidad o de exclusión de punición.

El Maestro Leonardo MORENO HOLMAN, Defensor Público en la República de Chile, propone como elementos de una teoría del caso los siguientes:

1. Generación de un relato de hecho;
2. Determinación de la teoría jurídica aplicable;
3. Elaboración de las proposiciones fácticas;
4. Selección de evidencia;
5. Detección de las debilidades del caso;
6. Clasificación de las evidencias, y
7. Determinación de la forma de presentar la evidencia⁴.

³ GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal, *Manual Práctico del Juicio Oral*, Editorial Ubijus, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Segunda Edición, México 2010, p. 95.

⁴ MORENO HOLMAN, Leonardo, Teoría del caso, Editorial Ubijus, Ediciones Didot, Buenos Aires 2012, p. 44.

Por nuestra parte, consideramos que en efecto, debemos realizar un estudio de los hechos y a partir de ellos, elaborar nuestras proposiciones fácticas, posteriormente, hacer una evaluación de los medios de prueba existentes y buscar los propios que den fortaleza a nuestras proposiciones fácticas y solamente después de tener tanto nuestra teoría fáctica y la tesis probatoria, elaborar la teoría jurídica aplicable. Iniciar la teoría jurídica sin antes tener bien claras nuestras pruebas y nuestras proposiciones fácticas, puede llevarnos a sostener hipótesis falsas. Lo jurídico envuelve lo fácticamente probable y no a la inversa.

IV.2. Clasificación de las teorías del caso

Cuando el defensor se propone hacer bien su trabajo y elaborar una teoría del caso de forma organizada y creíble, tiene ante sí tres caminos a seguir: puede negar la teoría del caso del fiscal; puede controvertirla en ejercicio limpio y claro del principio de contradicción o bien, puede construir y presentar una verdad diferente a la planteada como acusación por el fiscal. Estas son las tres estrategias de defensa que se resumen de la siguiente manera:

a) Teoría del caso negativa y pasiva:

Negar, simplemente negar, no es precisamente la mejor solución ni evoca las destrezas de Marco

Tulio Cicerón, pero debemos reconocer que de acuerdo con la etapa procesal y el momento dentro de la etapa, en algunos casos de acusaciones no solo injustas sino absurdas, la simple expresión de negar duplica la responsabilidad de quien acusa. En este caso, hablamos de una teoría del caso negativa pasiva.

“Cuando el defensor se propone hacer bien su trabajo y elaborar una teoría del caso de forma organizada y creíble, tiene ante sí tres caminos a seguir: puede negar la teoría del caso del fiscal; puede controvertirla en ejercicio limpio y claro del principio de contradicción o bien, puede construir y presentar una verdad diferente a la planteada como acusación por el fiscal”

b) Teoría del caso negativa y activa:

Negar pero de forma organizada y propositiva. En este caso, el defensor refuta la acusación del fiscal y se propone a controvertirla en forma de espejo: a sus argumentos responderá con otros que acrediten la falsedad de sus premisas; a sus testimoniales,

preparará contrainterrogatorios que desacrediten o inhabiliten la credibilidad de los testigos; en contra de sus periciales, presentará otras periciales que anulen el valor de las primeras y al final, no habrá plena convicción de culpabilidad. Con esto tendríamos una teoría del caso negativa pero activa. Le llamamos la defensa tipo judo, pues con la fuerza de nuestra oponente y su fuerza radica en sus pruebas, lo derribamos.

c) *Teoría del caso positiva o alternativa:* Afirmar una verdad diferente a la planteada por el fiscal. Es el camino más difícil y el menos andado por los defensores. Se trata de exponer ante el Juez, no solo argumentos de refutación de la teoría del fiscal, sino además medios de prueba que acrediten una verdad distinta, lo cual obliga a hacer investigación pericial, jurisprudencial, buscar y entrevistar testigos y presentar nuestra verdad de una forma tan convincente que al final de nuestro alegato de clausura no haya persona alguna en la sala de juicios orales que niegue la inocencia de nuestro defendido. Esta es la teoría del caso positiva, alternativa o simplemente activa.

La teoría del caso activa o alternativa, debe proponer un relato de los hechos realmente diferente al del ministerio público

ya sea en relación con la calificación jurídica de los hechos, o sobre la participación o bien la culpabilidad del defendido o por la comprobación de alguno de los aspectos negativos del delito.

V. Elementos de la teoría del caso alternativa o positiva del defensor

Los elementos que requiere una teoría del caso positiva o alternativa de la defensa son a nuestro juicio los siguientes:

V.1 Investigación

Investigar es un derecho y una obligación del defensor. La ley le permite hacer entrevistas no solo con los testigos de descargo, sino con los de cargo; debe apoyarse en detectives o investigadores que lo apoyen obteniendo información relevante e inclusive, el defensor en la etapa inicial como en la intermedia, debe contar con el apoyo del Juez de Control para practicar actos de investigación que pueden ser considerados en el sistema inquisitivo mixto como destinados a la fiscalía, como cateos e intervenciones a las comunicaciones de testigos relevantes con motivos de necesidad justificada.

Investigar también implica conocer muy bien la carpeta de investigación, lo que exige que el derecho de defensa se proteja y el fiscal comprenda su obligación de develar sus medios de prueba y toda constancia y actuación que se pretenda integrar o se encuentre ya

formando parte de la carpeta de investigación.

El Defensor no debe omitir jamás su propia inspección a la escena del delito, entrevistar a sus testigos, examinar evidencias y buscar las que sean pertinentes.

V.2 Análisis de las debilidades y las fortalezas de la teoría del caso del ministerio público

Este ejercicio requiere, primero, conocer los apoyos en los que se sustenta la teoría del caso del ministerio público. Cuando nos encontramos en la etapa intermedia, conocemos la acusación y tenemos la oportunidad de hacer un juicio de congruencia y eficacia entre las pretensiones de la teoría del caso del fiscal y los medios de prueba que ofrece; esto nos lleva primero a un juicio sobre la licitud y pertinencia de sus medios de prueba y después a determinar el impacto de cada una de sus pruebas. Este conocimiento previo, nos lleva a la previsión de las formas de atacar esos medios probatorios y en consecuencia a la provisión de los medios adecuados para controvertirlas. También nos permite este análisis, determinar el orden de nuestros medios de prueba, encontrar a los testigos o peritos adecuados para que mediante su interrogatorio o contrainterrogatorio según el caso, podemos introducir a juicio las evidencias materiales.

V.3 Narrativa persuasiva de nuestra estrategia de defensa activa

Evidentemente, nuestra estrategia requiere una excelente presentación oral lo cual exige de técnicas de argumentación adecuadas. Como una de las técnicas, sugerimos usar el formato que se anexa, el cual incluye darle un título a nuestra narrativa, que se quede en la mente de quienes escuchan como un “tatuaje mental” y que se pueda repetir, tal cual con las mismas palabras, a lo largo de la audiencia del juicio oral, si es el caso, y por supuesto al final en nuestros alegatos de clausura. Además, sugerimos hacer una síntesis de un minuto de nuestra teoría del caso, pues se ha comprobado que los primeros y los últimos minutos de nuestros alegatos, suelen ser los que reciben mayor atención de quienes nos escuchan.

Nuestra narrativa de teoría del caso debe ser lógica y congruente, usar conceptos de sentido común, lenguaje sencillo y especialmente ser claros, recordando la máxima de la sintaxis que establece que quien usa menos palabras para decir lo mismo, suele ser más claro.

El defensor debe conocer y conmover con convicción y así unir el *logos*, el *ethos* y el *pathos*. Quien defiende, debe conocer muy bien su caso, tener la convicción de que ama su trabajo y conmover no apelando a los sentimientos más que a la justicia. Si el defensor desconoce elementos

tan simples como el nombre de su defendido, la calle en la que sucedieron los hechos, el o los nombres de los testigos acusadores seguramente esta ignorancia se interpretará como inseguridad en el proceso. De igual forma si no se encuentra convencido de su propia estrategia, esa falta de convicción demostrará al juez que no debe creerle al defensor. No podemos convencer de algo de lo que nosotros mismos no estamos convencidos.

Y finalmente, debemos humanizar a nuestro defendido: no es el acusado o el imputado, es una persona que tiene nombre y apellidos; tiene o tuvo una familia, nació y ha vivido en la sociedad como cualquier otro ser humano; entonces, ¿por qué objetivarlo? Recordemos que se trata de una persona inocente o no responsable, hasta en tanto existe un veredicto y luego una sentencia que diga lo contrario.

Nuestra propuesta de método para elaborar una teoría del caso activa y persuasiva es la siguiente:

Técnica para elaborar la Teoría del Caso Activa del Defensor								
Teoría Fáctica	Teoría Probatoria	Teoría Jurídica	Fortalezas	Debilidades	Tema y Síntesis			
Aspectos fácticos de los que tenemos noticia:	Análisis, evaluación y clasificación de los medios de prueba propios y de la fiscalía. Investigación propia. Búsqueda y propuesta de medios de prueba.	Aspectos legales. Análisis de los elementos positivos y negativos del delito. Estudio de la culpabilidad. Hipótesis Normativa	Lo que me ayuda ¿Qué hizo mal el Fiscal?	Lo que me perjudica. Testigos de cargo. Evidencias y periciales	Poner un título y hacer una síntesis de nuestro caso: Técnica del tatuaje mental.	N R R A C I Ó N	Í E A D Q U E L	N T O D O E L S P R G O U C I E R S U A M S I V A
Hechos	Datos y medios de prueba.			fuertes del Fiscal. Medios propios controvertibles				

“El defensor debe conocer y conmover con convicción. Quien defiende, debe conocer muy bien su caso, tener la convicción de que ama su trabajo y conmover no apelando a los sentimientos más que a la justicia”

Conclusiones

Aún si hubiera espacio, podríamos comentar sobre la eficacia de una buena teoría del caso y el uso de los alegatos de apertura y de clausura hacia la persuasión del Juez, pero consideramos que con las ideas hasta aquí expuestas podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. La técnica del litigio oral en los sistemas acusatorios, es la pieza más importante para acreditar las versiones antagónicas de los hechos;
2. Siempre ha existido un conflicto por la verdad aparente en los procesos penales, pues aún en los sistemas mixtos el proceso se instruye en contra de alguien que goza del estado jurídico de inocente;

3. El equilibrio entre la imparcialidad de los jueces y el desarrollo de habilidades y destrezas que exige el nuevo sistema acusatorio es la parte esencial de los juicios orales y la garantía de protección de todos los principios del debido proceso;

4.- El nuevo defensor, debe afrontar el reto de hacer una defensa adecuada, técnica, integral y suficiente, desarrollando las habilidades y destrezas que exige un sistema que otorga equilibrio a las partes. Estas habilidades se refieren a las funciones de investigar, argumentar, elaborar estrategias persuasivas y sobre todo, analizar y combatir las deficiencias de la acusación con la misma fuerza probatoria con la que cuenta el ministerio público, y

5. La defensa adecuada en la mayor parte de los casos, se refiere a una teoría del caso activa o alternativa, que obliga al Defensor a investigar, utilizar técnicas de argumentación suficientes para persuadir, y sostener una verdad antagónica a la del fiscal.

Fuentes consultadas

Bibliografía

GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal, *Manual Práctico del Juicio Oral*, Editorial Ubijus, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Segunda Edición, México 2010.

HASSEMER, Winfried, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, Editorial Ubijus, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México 2009.

MORENO HOLMAN, Leonardo, *Teoría del caso*, Editorial Ubijus, Ediciones Didot, Buenos Aires 2012.

LA TRANSPARENCIA EN LA DEFENSA DENTRO DE LOS JUICIOS ORALES

Miguel Ángel HERNÁNDEZ DE ALBA*

SUMARIO: Introducción; I. Una visión global; II. La publicidad y la transparencia como artífices de la participación ciudadana; III. El panorama de la transparencia respecto al inculpado; IV. La transparencia y el Código Nacional de Procedimientos Penales; V. La transparencia dentro del rol de la defensa en el sistema penal acusatorio adversarial; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Introducción

La materia en que se focaliza este artículo es solo parte de un entramado jurídico más amplio que al final se erige en un sistema. Se lo puede leer desde luego como a un trabajo autónomo, pero no independiente y aislado, siendo que por método se dejan de incluir detalles que empero son vitales para el funcionamiento de todo el nuevo sistema penal acusatorio adversarial. El anhelo de avocarnos al tema de la transparencia con relación a los juicios orales, corresponde a la intención de partir del *principio de publicidad* que rige dentro del nuevo proceso penal, para después estallar los límites del deslinde conceptual propuesto y articularle con los demás principios imperantes en el naciente sistema jurídico. La oralidad, la adversarialidad, la contradicción, la concentración, la continuidad, la inmediación, y los demás principios que, aun cuando no son nominados en el texto constitucional, no dejan de ser omnipresentes dentro del nuevo régimen de Derecho; confluyen de tal suerte que construyen o edificarán una misma entidad con varios lados o caras, las cuales se integran para complementarse unas con

* Licenciatura en *Derecho* y Maestría en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Especialidad en *Juicios Orales y Proceso Penal Acusatorio* por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) y, actualmente realiza estudios en la Maestría de *Estrategias Anticorrupción y Estado de Derecho* en el INACIPE. Se ha desempeñado en diversos cargos públicos en México, destacando su paso por la Contraloría Interna de la Procuraduría General de la República (PGR), como director de área en la Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial, además de haber sido designado por la IV Legislatura de Asamblea Legislativa del Distrito Federal como Secretario Técnico de la Contaduría Mayor de Hacienda. Actualmente, presta sus servicios como abogado postulante en materia administrativa y penal con enfoque en el régimen de responsabilidades de servidores públicos.

otras. ¿Qué sería de una oralidad sin *publicidad*? Tan solo se apreciaría como una cena de sordos y mudos que discuten dentro de un pozo sin salida. El abordaje crítico que hacemos respecto a la *publicidad* y su indispensable rasgo de *transparencia*, ve a estos componentes imbricados como la salvia que permitirá en gran parte la funcionalidad imprescindible del sistema penal acusatorio, ya que *per se* potencializan y expanden el desenvolvimiento propicio de todos los demás principios que deben conjugarse día a día al implementar dicho sistema procesal.

Para comenzar, a efecto de delimitar el tema que hemos de abordar, pensamos plantear una visión global que permita vincular el tema de la transparencia con el sistema penal acusatorio adversarial. Posteriormente, es obligatorio hacer un revisión de lo que son las políticas públicas, con lo cual pretendemos exponer la coyuntura que existe entre participación ciudadana democrática y juicios orales, ello mediante la publicidad y la transparencia. En un tercer apartado hablaremos del panorama de la transparencia que rige para el inculpado. Luego, haremos un abordaje crítico al Código Nacional de Procedimientos Penales, con el objeto de revisar lo que se puede entender legislativamente como principio de publicidad, ello con su correspondiente matiz de transparencia. Y finalmente, veremos

cómo el inculpado –o mejor dicho, su defensa— puede *in situ* hacer efectiva la transparencia dentro sistema penal acusatorio adversarial.

I. Una visión global

¿Cuál es la imagen común y corriente que se viene a la mente cuando se habla de juicios orales? Sin duda se piensa en un amplio salón donde se aprecia, por principio de cuentas, un estrado que se ubica al fondo, encima del cual se encuentra montado un mueble de madera de gran envergadura, este totalmente cerrado por su frente y que hace las veces de un escritorio majestuoso, del cual se desprende en uno de sus extremos un espacio más o menos abierto que nos permite advertir se localiza encapsulado un asiento individual. Luego, atrás del robusto mueble cuidadosamente barnizado en un tono que seguramente le aporta seriedad, justo al centro, veremos a una mujer o un hombre de toga obscura que, por su posición privilegiada dentro del gran salón, sin duda nos sugiere es el juzgador que preside el recinto. Así mismo, es muy probable pensemos que en aquel extremo que deja al descubierto una silla o sillón individual, se encuentre alojada una persona que puede ser el imputado, un testigo o un perito. En un plano anterior estaremos vislumbrando una persona de pie que por su vestimenta y su forma de conducirse nos sugiere es el fiscal acusador o es el abogado defensor. A

los extremos del mismo plano o un poco antes, estaremos imaginando un par de tablones rectangulares dispuestos como mesas de trabajo y que permiten se encuentren apostados tanto el equipo de la fiscalía por un lado, como el de la defensa por el otro. Esta es al menos la postal mental que reside en el imaginario popular —al menos así la ha implantado la amplia obra cinematográfica—.

Ante esta fotografía paradigmática que la colectividad acuña imaginariamente, regularmente se pasa por alto justo el sitio donde se encuentra el propio observador activo, es decir, quien está viendo o, al menos, pensando el escenario y su coreografía. Esto significa que se pierde de vista el lugar donde se encuentra el ciudadano, quien — como veremos adelante— juega un rol preponderante dentro del nuevo sistema penal. Si consideramos la perspectiva que tiene el juzgador al otro lado —esto es que nos sentemos justo en el gran sillón del juez, viendo en sentido opuesto al original— no solo percibiremos la presencia del imputado, de la víctima, de la fiscalía, de los defensores y asesores jurídicos, o de cualquiera de los sujetos del procedimiento penal que refiere el artículo 105 del Código Nacional de Procedimientos Penales; no, seguramente tendremos la amplia capacidad de observar que del otro lado, más o menos la mitad del

espacio que ocupa el gran salón, se encuentran apostadas filas de asientos, una tras otra. Y precisamente en esas butacas habrá — pocas o muchas— personas sentadas, personas que en términos generales son anónimas, aunque quizás supongamos son familiares del imputado o de la víctima, o son auxiliares de los abogados defensores, o son un grupo de estudiantes que se instruyen respecto al sistema acusatorio, o simplemente son ciudadanos comunes y corrientes quienes adoptaron la decisión ese día de tomar conocimiento del desarrollo del “sistema penal acusatorio adversarial”, el que común y popularmente la mayoría identificamos como “juicios orales”.

Al respecto, Erika BARDALES LAZCANO¹ reconoce que entre quienes intervienen en el sistema penal acusatorio, a lado de los que son en estricto sentido sujetos procesales, se encuentra el *público en general*, siendo un nuevo actor que participa en el proceso penal y su existencia es un factor esencial para permitir que se actualice el *principio de publicidad*. Esta visión que quizá aún no tiene un gran auge dentro del tradicional debate académico y profesional sobre los juicios orales y del derecho penal procesal, ya que el factor *público en*

¹ BARDALES LAZCANO, Erika, *Guía para el Estudio del Sistema Acusatorio en México*, cuarta ed., Ed. MaGíster, México 2012, p. 144.

general como lo denomina la autora citada, no se representa como un factor proactivo o decisivo para que el juez al final concluya si el inculpado es inocente o culpable y, en todo caso, concluya la aplicación de una pena. Sin embargo, debemos notar que la noción de *público en general*, lo cual no es un ente aislado, sino que en realidad es una amalgama tanto de los observadores activos como de los múltiples observadores pasivos, los cuales —voluntaria o involuntariamente— se encuentran interviniendo en cada uno de los juicios orales; ello lo que al final se conjuga de tal suerte que se vuelve un factor que puede reanimar y mantener vivo todo el sistema de impartición justicia penal en su modalidad innovadora que se distingue por su particularidad de ser una oralidad publicitada.

Para comprender esta postulación no basta con revisar el proemio del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece que el proceso penal será acusatorio y oral, rigiéndose a su vez de los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Estos valores que deben interactuar unos con otros al grado de tener una total interdependencia, que se conciernen y se complementan a la vez, lo cual les hace indivisibles y, más aún, van en progresividad en combinación a los

derechos humanos. De ahí que no puedan ser observados como entidades desoladas en el universo de lo jurídico, siendo mandatorio conocerles e interpretarles dentro de la amplia esfera normativa que impera en el México actual, no solo refugiándonos en las leyes netamente penales. Esto es, que sea oportuno hilar los invocados principios o valores con todos los demás preceptos y cánones contenidos en la propia Constitución Política, así como en cualquier otra ley doméstica o instrumento internacional que tenga vigencia en nuestro país.

Ahora bien, si partimos tomando como foco de atención prístina el *principio de publicidad*, debemos comenzar por conceptualizar dicho término y así poder comprenderlo, siendo que, conforme al Diccionario de la Lengua Española, podemos asumir que *publicidad* es tanto el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos, así como la cualidad o estado de público. De ahí que —extensivamente— nos sintamos constreñidos a revisar la denotación de *público*, que de acuerdo con la misma Real Academia Española, es aquello notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos; lo que se contrapone a lo privado y que —por oposición obvia— pertenece a todo el pueblo. Pero también, la mención de lo *público* nos hace noción de un

conjunto de personas que concurren a determinado lugar, para asistir a un determinado evento, lo cual sin duda coincidiría *stricto sensu* con la mera idea de *público en general*. En ese orden de ideas que debamos empezar por renunciar categóricamente a los principios que imperan dentro del sistema inquisitorio, el natural opuesto del sistema acusatorio adversarial, dado que aquel formato procesal es totalmente escrito, secreto y, por tanto, no contradictorio, según dice Juan Carlos ORTIZ ROMERO². Ello a lo que, por antagonismo, merezca agreguemos que el formato inquisitorial no asimila la oralidad, pero mucho menos la *publicidad*, lo que le da un rasgo de propiedad privada, más no de un bien común que pertenezca a todo el pueblo.

Ya habiendo visto lo anterior, ahora se estima que las ideas de *publicidad* y de lo *público* necesariamente nos trasportan al otro concepto afín de *transparencia*, la que según se indica en el Diccionario de la Lengua Española, es la cualidad de transparente. Y, ¿qué es eso de *transparente*?, pues dentro de las distintas definiciones que otorga la propia Real Academia, la mejor idea que nos acomoda para efecto de nuestro análisis se centra en los

adjetivos de claro o evidente, es decir, que se comprende sin duda ni ambigüedad. De ahí que para que podamos percibir que algo *público*, como los son los juicios orales, realmente goza de *publicidad*, debe necesariamente ser investido por la *transparencia* con que se hace del conocimiento general, ya que sin dicha claridad o notoria evidencia, sería tanto como admitir que no es accesible al pueblo y, en consecuencia, sería algo privado y secreto como acontecería en el sistema inquisitorial. En conclusión, que los temas o materias a que tiene derecho acceder todo el público o el pueblo —o mejor dicho, todos los ciudadanos— deben ir necesariamente desagregados de cualquier censura o velo que lo oculte. Al menos, ese es el principio básico de que parte el derecho a la información pública.

En ese orden de ideas, se tiene la convicción de que el principio de *publicidad* es el vaso comunicante que conecta a los *juicios orales* —o mejor dicho, sistema penal acusatorio adversarial— con la *transparencia*, que para el caso particular, no es otra cosa que el derecho que tienen los gobernados a mantenerse plenamente informados del desenvolvimiento de los procedimientos penales y de los resultados que llegan a arrojar estos. En consecuencia, para leer adecuadamente las normas que rigen el nuevo sistema, es indispensable también estar pendientes de las

² ORTIZ ROMERO, Juan Carlos, *Manual del juicio oral*, primera ed., Ed. Oxford University Press, México 2013, p. 6.

disposiciones jurídicas que aplican en materia de *transparencia*; en particular, que vayamos a lo dispuesto en artículo sexto de la Carta Magna. Conforme a este mandato constitucional que el Estado reconoce el derecho a la información y se encuentra constreñido a garantizarlo bajo el *principio de máxima publicidad*; por ello que toda la información en posesión de cualquier autoridad, es pública y solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional. Y en contraposición, toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información de toda índole por cualquier medio de expresión; y complementariamente, cualquier persona tendrá acceso gratuito a la información pública, ello sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización.

“se tiene la convicción de que el principio de publicidad es el vaso comunicante que conecta a los juicios orales —o mejor dicho, sistema penal acusatorio adversarial— con la transparencia, que para el caso particular, no es otra cosa que el derecho que tienen los gobernados a mantenerse plenamente informados del desenvolvimiento de los procedimientos penales y de los resultados que llegan a arrojar estos”

Pues bien, si conjuntamos lo prescrito en el aquel artículo sexto con el contenido inicial del numeral 20 de la Constitución, tendremos que dentro de los *juicios orales* no solo impera un llano y desolado principio de *publicidad*; sino que debemos considerar la idea y la responsabilidad que implica la *máxima publicidad*, ello derivado del contenido de la fracción I del inciso A del mencionado artículo sexto constitucional. En ese sentido que las autoridades que conocen de los procedimientos penales, deben mantener una intención permanente por beneficiar la difusión de la información que se desprende de la operación del sistema penal acusatorio adversarial. Ahora, seguramente esta amplia concepción del principio de *publicidad* pueda parecer una exacerbación artificial, dando aires magnánimos al concepto de transparencia. Quizá la inflación de expectativas respecto a la publicitación de los procesos orales parezca más una carga innecesaria al trabajo de los tribunales, que ya de por sí tienen diversas, complicadas y multiplicadas ocupaciones por atender. Sin embargo, para poder comprender el concepto de *máxima publicidad*, quizá sea necesario salir del mero contexto del sistema procesal penal, ello para después volver con nuevos bríos a revisar en sí mismo el nuevo sistema penal acusatorio adversarial.

II. La publicidad y la transparencia como artífices de la participación ciudadana

Para atender a nuestro objetivo, valgámonos en principio de las consideraciones que hace Bernardo LEÓN dentro de su aportación que hace a manera de prólogo a la obra denominada *Litigación penal, Juicio oral y prueba*³. Este autor quien vincula el tema de los juicios orales al tema de la democracia en México, mencionando en particular que:

La instauración de la democracia en México ha sido paulatina. Hablo de la democracia entendida no solo como un proceso en el que la sociedad elige a sus gobernantes, sino también como una estructura institucional de equilibrios y contrapesos institucionales que vuelven eficaz el derecho y por tanto protegen las libertades ciudadanas tanto de los abusos del poder como del crimen organizado o del criminal callejero. Esos contrapesos al poder lo vuelven, paradójicamente, más eficaz y transparente.

Bajo ese mismo panorama, LEÓN⁴ señala que el proceso de

³ LEÓN, Bernardo, Prólogo en BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J. Mauricio, *Litigación penal, Juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica e Instituto Nacional de Ciencias Penales, Segunda Reimpresión, México 2009, p. 15.

⁴ *Ibídem*, pp. 15-20.

democratización no se constriñe a los días de elecciones, sino que se amplía en la medida que se fortalecen los contrastes del poder. En particular refiere que se han conseguido grandes logros democráticos a lo largo de los años, tales como alcanzar la autonomía del Instituto Federal Electoral (ahora Instituto Nacional Electoral), que ha permitido que las elecciones sean confiables y legítimas; así como también la aprobación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública que ha permitido conocer con claridad muchos asuntos del gobierno y se ha transformado en un generador de participación ciudadana y, por lo tanto, en un control institucional contra el abuso de poder y la ineficacia de ciertas decisiones de las entidades públicas. No obstante, también afirma existe un déficit en la democracia, en particular indica que en el sistema de procuración y administración de justicia penal se siguen cargando todos los atavismos del sistema autoritario que lo creó y que diversos estudios demuestran su ineficacia y agotamiento, así como su incapacidad para hacer frente o responder a los conflictos que se viven hoy en día. De ello hace manifiesta la necesidad de articular procesos penales plenamente acusatorios que permitan, entre otros, garantizar la publicidad y la transparencia de dichos procesos para instruir y juzgar a la vista de la

sociedad y bajo su control, ello lo que dotará gradualmente de legitimidad social a la justicia penal. Entiende que la justicia obtiene legitimidad no solo por sus resultados, sino también por sus formas. Y en ese barajeo de postulados, advierte el autor citado que la sociedad tiene tanto la expectativa de ver que una persona que cometió un delito sea realmente enjuiciado y, ya habiéndose comprobado su responsabilidad en el hecho, ser objeto de una sentencia condenatoria. Ello tanto y como cuando una persona que fue acusada equivocadamente de un delito, tenga el espacio y los medios para defenderse y salir absuelto, lo cual es un principio básico de toda sociedad democrática.

Cuando logramos entender que democracia no es solamente visitar la casilla y depositar nuestra boletas en urnas el día de la jornada electoral, sino que demanda cada vez más una ciudadanía más proactiva en los asuntos públicos, entonces estamos entrando al tema de las políticas públicas. Al respecto, nos ilustra Mauricio MERINO⁵ que dicho enfoque nació después de la segunda guerra mundial, cuando la preocupación por la eficacia de los gobiernos se incrementó tanto como la complejidad política, económica y

social en la que habrían de desenvolverse. Por una parte, era tan evidente el crecimiento de los asuntos que debían ser atendidos por los gobiernos como sus limitaciones técnicas y financieras; y por otro, el fracaso de los modelos que habían privilegiado la más absoluta libertad de los mercados y la modificación posterior de los patrones de actuación de los aparatos gubernamentales, propiciaron una revisión a fondo de los principios sobre los que se había fundado la administración burocrática tradicional. Resulta que esos aparatos burocráticos eran un conjunto de órganos, estructuras y procedimientos —como los mecanismos inquisitorios— establecidos de manera rígida para cumplir atribuciones permanentes e invariables a lo largo del tiempo.

Seguramente nos cuestionemos respecto de la necesidad de hablar de políticas públicas dentro del contexto de los procesos judiciales penales. Para ello que ahora nos apoyemos en la contribución de David ARELLANO GAULT y Felipe BLANCO⁶, quienes escriben respecto de la conexión que hay entre políticas públicas y democracia. Necesariamente parten de la revisión de los gobiernos autoritarios, lo que a la vez nos transporta a la idea inevitable de las

⁵ MERINO, Mauricio, *Políticas públicas, Ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos*, primera ed., CIDE, México 2013, p. 31.

⁶ ARELLANO GAULT, David y BLANCO, Felipe, *Políticas Públicas y Democracia*, primera ed., Instituto Federal Electoral, México 2013, pp. 19-34.

dictaduras, donde un solo hombre o, en el mejor de los casos, un grupo de hombres dominan el espectro público y toman decisiones unilateralmente, ello sin consultar o al menos escuchar las alternativas de solución a los problemas propuestas por los distintos actores al interior de la sociedad. Y qué acaso esta forma de gobernar no se aproxima más a los conceptos del proceso inquisitorio. Si bien no se trata de cuestiones idénticas, si revisamos la historia general, encontraremos sin duda que ambos paradigmas nacieron y crecieron en contextos paralelos. Pero ahora, siguiendo a los autores propuestos, coloquemos nuestra atención en los gobiernos totalitarios del siglo XX, de los que sin duda podremos apreciar que por un lado hubo una concentración en el aparato gubernamental del poder para tomar decisiones y, por el otro, la población no dejaba de resentir las vicisitudes de los problemas económicos y sociales cotidianos, los cuales no se despresurizaban, sino que, por el contrario, al final se exacerbaban ante la falta de soluciones gubernamentales. De ahí que fuera indispensable girar el timón y cambiar la perspectiva de gobernar, lo que conlleva a los paradigmas de las políticas públicas, que de forma sencilla digamos es la inclusión de factores no estrictamente gubernamentales a la toma de decisiones públicas. En particular, se

va desarrollando la idea de concertar con la ciudadanía la adopción de políticas y, luego, para que esa misma ciudadanía se vuelva parte activa en las acciones, ya no más un mero espectador mudo ante la realidad. Esto último que sin duda robustezca la democracia, más allá de depositar papeletas los días de elecciones.

Ya plantados en la idea de políticas públicas –que como hemos percibido es la democratización de las formas de hacer gobierno–, resulta sumamente beneficioso leer a Luis F. AGUILAR⁷, en particular, para incluir a nuestro análisis dos conceptos que van de la mano con lo que hemos estado comentando: gobernabilidad y gobernanza. Estos que según el autor son dos enfoques conceptuales y prácticos que se relacionan con la acción de gobierno, hacen referencia al problema de la capacidad directiva del gobierno y buscan su solución, pero tiene un diverso planteamiento del problema y ofrecen una diversa respuesta, aun y cuando ambos enfoques son totalmente complementarios el uno al otro. El concepto de gobernabilidad lo reconocemos automáticamente si comprendemos su opuesto: la ingobernabilidad. Aquí que sea enteramente oportuno detenernos, ya

⁷ AGUILAR, Luis F., *Gobernanza: el nuevo proceso de gobernar*, Fundación Friedrich Naumann para la Libertad, México 2010, pp. 23-28.

que si contrastamos los fines de la impartición de la justicia penal –más aún de la propia imposición de las penas, más allá de la teoría que la sustente–, no tendremos ni la más mínima desconfianza en aceptar que si algo pretende la idea de mantener o restablecer el orden social y salvaguardar plenamente la vigente del Estado de Derecho, es precisamente lograr una gobernabilidad eficiente y certera. Por su parte, nos instruye el autor citado, que el concepto de gobernanza se acuñó a finales del siglo pasado, recordemos ello en contraste a la visión gubernamentalista que se pregonó a los cuatro vientos en las décadas previas, la que implicaba absolutismo y autoritarismo. Es así que gobernanza denota el conjunto de las actividades que se llevan a cabo a fin de dirigir a la sociedad que implica la acción del gobierno, pero no se reduce solo a ella sino que incluye además la acción de actores económicos y sociales. Gobernanza es un enfoque post gubernamental de gobernar, lo que implica un nuevo proceso directivo de la sociedad, siendo el gobierno un agente de dirección necesario pero insuficiente.

Hasta aquí que nos quede claro que las nuevas formas de dar soluciones a los problemas públicos, no se limiten en dejar en unas cuantas manos las posibilidades de explorar soluciones y, sobre todo, para que solo un puñado tome aquellas

decisiones que, por mucho o poco, transcinden en la esfera personal de todos los demás. Ahora es enteramente palpable la pretensión de sumar voluntades para fortalecer las vías que nos prodiguen de alternativas viables para lograr el éxito deseado en los temas que nos conciernen a la generalidad. Pero si bien podemos suponer que nuestro lector está ya de acuerdo con la mayoría de los planteamientos previamente hechos, quizá aún puede alojar un resquicio de dudas al tratar de admitir nuestro punto del cómo colisionan estos conceptos de políticas públicas y gobernanza con aquel otro gran tema de los juicios orales en materia penal.

Por principio de cuentas, descartemos categóricamente cualquier suposición que implicase abrevar imaginariamente en que los jueces serían de alguna forma suplidos o sustituidos por una marejada de ciudadanos. De ninguna manera debemos especular en que alguien ajeno al tribunal pueda interferir en la labor formal del juzgador, estamos conscientes que es una función inalienable e intocada. Es claro y obvio que la labor técnica, especializada, experta e, incluso, ética del tribunal no debe ser trastocada. No se trata de interferir en el rol de los impartidores de justicia, así como tampoco se podrían obstruir las atribuciones de la fiscalía, ni aun entorpecer las actividades propias de

los abogados postulantes. Tan solo se trata de incrementar nuestras expectativas en torno al hecho de abrir a toda la ciudadanía las puertas de las salas de juicios orales, lo que de obvio conlleva abrir los archivos con todo su bagaje probatorio, y con ello permitir se conozcan a detalle los litigios penales; y de ahí que no perdamos la fe en las réplicas positivas que eso implique. Estamos seguros que la sola mención de dichas expectativas hubiese sido tanto como una herejía en la mente de un monje dominico de largas túnicas negras que haya vivido en la Edad Media. En tal contexto, que romper de tajo la secrecía y exponer decididamente los juicios orales para que todos los observen, reflexionen con respecto a ellos e, incluso, los cuestionen profusamente, es una de las ideas más antagónicas al sistema inquisitorial.

Desde luego, bajo este mismo orden de ideas, tampoco podríamos concebir pensamiento alguno que implique admitir que solo los doctos en materia penal son los únicos que puede reflexionar y hacer la crítica al ejercicio de los juicios orales en materia penal. Edmundo GONZÁLEZ LLACA⁸ nos refiere que el origen del derecho al acceso a la información reside en la condición propia del ser

⁸ GONZÁLEZ LLACA, Edmundo, *La revolución del derecho a la información ¿Para qué sirve?*, primera ed., INAP, México 2012, pp. 25-26.

humano, ya que cuando el antropoide se puso de pie, separó el pulgar de la mano y pronuncio sus primeras palabras, una nueva exigencia se integró a su naturaleza como ser racional y, de ello, que se derivase su implícita necesidad de conocer y de ser consciente de lo que sabe o no sabe. Es así —dice el autor— que con la racionalidad se inicia la gustosa y gran aventura humana de conocer, siendo la información un elemento imprescindible de la canasta básica de la mente. Y a la postre, la facultad humana de razonar conllevó necesariamente a los cuestionamientos, cotejar la realidad con su pensamiento, descubrir errores, manifestar intereses, buscar argumentos e indagar utilidades concretas. En tales condiciones que el ser humano tenga una propensión constante a saber y conocer, siendo que por un lado puede estar la lectura que hace el ciudadano en general; pero otra quizá más exacta y precisa en la forma de procesar la información, sea la de un sector más reducido de la sociedad, en aquella donde se encuentran los profesionales del derecho, de la criminología, de la victimología, de la sociología y, en general, de cualquier otro profesionista, perito, técnico, académico, investigador o cualquier otra persona que goce de capacidades particulares para hacer apreciaciones e interpretaciones más específicas y expertas del material que se va

derivando de la litigación oral con motivo de las acusaciones por la probable comisión de ilícitos. Pero por más que admitamos que existe un grupo de ciudadanos más avezado para leer los juicios orales, no por ello llegamos a pensar que se haga una distinción discriminatoria que implique la disminución del principio rector de la máxima publicidad dentro del sistema penal acusatorio adversarial. Por el contrario, como veremos más adelante, concebimos a los juicios orales como uno de los espacios públicos donde mejor aplica y se puede concretar el concepto máxima publicidad.

Pero una vez que hemos hablado profusamente del principio de publicidad que específicamente opera para el sistema penal que establece el proemio del numeral 20 constitucional, ello de manera articulada a los derechos fundamentales de la transparencia y del acceso a la información pública conforme al otro artículo sexto constitucional, que ahora tengamos el mandato imperativo de concentrarnos en ese derecho a la información pero vinculado de manera específica con la persona imputada dentro del juicio. Al respecto, sugiere Erika BARDALES⁹ que la publicidad se puede considerar en dos sentidos: *lato sensu* y *stricto sensu*. Para ello comienza sugiriendo que el *lato sensu*, implica que la gente

—público en general— tenga acceso a los juicios, es decir, que se fortalezca la transparencia en la impartición de justicia, atribuyendo que eso deriva del contenido de la primera fracción del citado sexto constitucional; mientras que el *stricto sensu*, deviene de lo expresado tanto en el invocado proemio del artículo 20 de la Carta Magna, como en lo particular en la fracción V, apartado B, del mismo precepto, el cual confiere el derecho al imputado para que sea “juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal”. Al final del día la perspectiva de la autora no supera las fronteras meramente del proceso penal y se mantiene en una perspectiva reduccionista, ello sin alcanzar a ver las dimensiones sustantivas que tiene la prerrogativa de la publicidad en conjunción con la transparencia, de cuya yuxtaposición se advierte que tanto la sociedad como el imputado, al igual que las víctimas u ofendidos, tienen ampliadas sus potestades por virtud de la máxima publicidad. No se trata pues de facultades *lato sensu* y *stricto sensu*, donde por un lado toda la gente puede simplemente entrar a las audiencias, mientras que por su parte el acusado se asiste del derecho como si se tratase de otro foro distinto al que acude el “público en general”. Es en nuestro concepto un mismo derecho que al final, cada persona, según sus circunstancias personales, sabrá cómo utilizar de acuerdo a sus

⁹ BARDALES LAZCANO, Erika, *Op. cit.*, pp. 89 y 90.

intereses y, en particular, el imputado sería el que con mayor ímpetu debería aprovechar los beneficios que se otorgan. Precisamente en apoyo a esta moción escribe Paola DE LA ROSA¹⁰, quien al definir el principio de publicidad afirma que:

La publicidad implica que la actuación procesal y las audiencias deban ser abiertas y, por tanto, que a ellas tengan acceso no solo las partes sino cualquier miembro de la comunidad que desee conocer la forma de impartición de justicia. Este principio, que ayuda a la transparencia del sistema, pone en evidencia posibles arbitrariedades, abusos de autoridad, parcialidad o favoritismo del órgano jurisdiccional quien junto con Ministerio Público y defensor deberán demostrar su conocimiento de la ley en forma pública.

Tenemos que partir del hecho de que en los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozan de los mismos derechos humanos o fundamentales que reconoce la Constitución Federal, entonces, todos tenemos de manera inmediata el derecho a la información pública y la transparencia a la misma. Luego, si el sistema penal acusatorio adversarial, al que también significamos como

¹⁰ ROSA RODRÍGUEZ, Paola de la, *Terminología en los juicios orales en materia penal, Semblanza de la doctrina mexicana, el pacto federal y los tratados internacionales*, Edit. Flores, México 2013, p. 257.

juicios orales en materia penal, por principio ya goza de publicidad, es decir, que por regla general todo lo que conlleva este sistema procesal es ya de por sí público, entonces para qué hacer una diferenciación de acuerdo al perfil de cada uno de los sujetos que acceden a él. En síntesis, se trata de una misma potestad abstracta, respecto de la cual cada uno de los que la detenta —léase, ciudadanos en general—, sabrá como la hará efectiva según sus circunstancias y sus correspondientes intereses personales. Quedaría claro y sería obvio pensar que es el imputado el que más interés tiene en conocer la imputación que se formula en su contra, así como de todos los medios de prueba con base en los cuales se sustenta dicho reproche y de todas las diligencias que se realizan para procesarlo. Pero eso de ninguna manera significaría que se vaya a discriminar a quien eventualmente ocuparía el lugar de la víctima, restringiéndosele a este la posibilidad de acceder a la información que en su caso sí pudo o puede obtener el acusado, otorgándole así un trato diferenciado respecto a este último. Aún más, si pensamos en un investigador o un académico que por su rol estuviese interesado en un determinado asunto penal, también debiera tener las mismas oportunidades para acceder a la información tal como en el caso de la parte acusada o las víctimas. Y si

vamos más allá, esto es, si hipotéticamente pensamos en un profesional de la comunicación que tuviese la encomienda de imponerse de la mayor información posible a efecto de realizar su labor periodística con el mayor esmero, tampoco podríamos advertir existan causas de derecho para que este reciba un trato que le ponga en una condición menor respecto de todos los demás. En todo caso, la única diferencia la haría el hecho de que bajo ciertas circunstancias, determinada información estuviese reservada o fuese confidencial, pero ello por las características objetivas de esa información o por el hecho que existen ciertas personas que gozan de un mejor derecho y, por tanto, no puedan ser develados ciertos datos de los que son titular dichas personas. En este caso que debamos pensar en los datos personales que en sí mismos gozan de una salvaguarda o de la información que por razones de seguridad nacional o seguridad pública se protege; y por lo que respecta a lo segundo, tenemos que pensar en la justicia para menores o de aquellos datos que se resguardan para no poner en riesgo a las víctimas ni a los testigos.

En todo caso lo que si podemos asumir es que el derecho a la información dentro del sistema penal acusatorio adversarial, por la utilidad que se ejerce respecto de la misma, puede tener diferentes modalidades o

caracteres; pero ello desde luego no radica en el hecho de que un ciudadano, por su mera condición personal, tenga menos posibilidad de acceder a los datos públicos, mientras otros tengan un mejor derecho o potestades especiales. De hecho la mejor manera de hacer tangible esta situación es si tomamos en consideración los otros principios por los cuales se rige el sistema penal; es decir, si pensamos en la conjunción de oralidad más adversarialidad, más contradicción, más concentración, más continuidad, más inmediación y, por qué no decir, más publicidad, siendo entonces que la única probabilidad que podamos concebir sea que el desarrollo del juicio —esto es, el desenvolvimiento que van teniendo cada una de las audiencias que conforman todo el sistema— tenga lugar en un mismo salón o auditorio donde coincidan, además de los sujetos procesales directamente involucrados, cualquier otra persona que tome la determinación de asistir como simple observador —ello desde luego si cumplen y respetan las reglas para tener acceso a las instalaciones del tribunal—.

III. El panorama de la publicidad y la transparencia respecto del imputado

Ahora, debemos admitir, al menos itinerantemente, que ante este panorama pudiese surgir remotamente la idea de que la

posición del imputado no haya adquirido condiciones benefactoras para su defensa, lo cual muy probablemente se percibiría como una circunstancia desafortunada en la evolución del proceso penal, lo que comenzaría por abonar en una falsa apreciación en tanto que se estaría sugiriendo que no han progresado las condiciones de tutela para permitir la efectiva defensa del inculpado. Corremos el riesgo de vulnerar nuestro juicio si tomamos a la ligera que el acusado no tiene ni debe tener condiciones privilegiadas respecto de cualquier otra persona, la única expectativa válida es que se equilibren las fuerzas dentro del proceso, dejando de coexistir un trato diferenciado para cualquiera de las partes. En otras palabras, que el derecho a la información pública y la garantía de transparencia para acceder a la misma, ya no debe ser un coto de poder que solo le permita a una de las partes, en este caso a la acusadora, hacerse de los mejores medios y recursos para plantear su estrategia y, quizás, hasta manipulando las condiciones que le permitan tener un éxito seguro cuando se consignen o, peor aún, cuando se emite sentencia definitiva. Entonces, es un hecho que ahora todos podrían tener el mismo acceso a la información y en los mismos términos, ya no sería un privilegio de quien ejerce la acción penal. Si fijamos nuestra atención en las formas que reinan o imperaban

dentro del sistema tradicional, mixto o inquisitorio, donde en particular el procesado o reo siempre mantenía un nivel inferior respecto de su contraparte, lo que llevaba implícito una serie de desventajas que por lo regular operaban en su contra. Veamos, una diferencia radical se aprecia si observamos que las pruebas de cargo se desahogan, se construyen o se producen bajo la conducción —y quizás manipulación— de la parte acusadora, ello antes de que cualquier autoridad judicial tome conocimiento del caso; mientras que dentro del sistema acusatorio adversarial no existen pruebas antes de la audiencia plenaria de juicio oral, tan solo existen medios que se aspira en algún momento sean desahogados y valorados como medios de convicción que hagan prueba. Además, existe una diferencia radical si consideramos que, dentro del sistema tradicional, una prueba testimonial se desahoga y perfecciona en el escritorio del ministerio público; mientras que, dentro del nuevo sistema, es inexorable que las testimoniales se ventilen en las instalaciones del tribunal y frente a la conducción imparcial del juez, ello ante los ojos atentos, no solo del propio imputado y la víctima, sino de todos los observadores activos que en ese momento asistan al evento. Esto es, que lejos de que el acusado adquiera privilegios injustificados en materia de acceso a la información, la

nueva fórmula establecida para el sistema penal acusatorio adversarial lleva implícito el derecho difuso a la información que beneficia a cualquier ciudadano, lo que irremediablemente va en favor tanto del imputado como para la figura de la víctima. En consecuencia, existe un beneficio tangible si cualquiera de las partes en controversia, con igualdad de armas, puede conocer cualquier dato, información, documento o cualquier otra forma de prueba que se vaya glosando al expediente del tribunal; se pierde la secrecía, sobre aquella que implicaba ir produciendo pruebas al margen del conocimiento de quien sería considerado el presunto responsable.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹¹, actuando en pleno, determinó que por la naturaleza de los derechos de acceso a la información, tienen un doble carácter “como un derecho en sí mismo y como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos”. Lo que conlleva a estimar que además del aspecto abstracto del derecho, el acceso a la información

tiene intrínsecamente el valor instrumental “que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos y como base para que los gobernados ejerzan un control respecto del funcionamiento institucional de los poderes públicos, por lo que se perfila como un límite a la exclusividad estatal en el manejo de la información y, por ende, como una exigencia social de todo Estado de Derecho”. Por ende, “el acceso a la información como garantía individual tiene por objeto maximizar el campo de la autonomía personal, posibilitando el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones”; y por otro, el acceso a la información como derecho colectivo o garantía social cobra un marcado carácter público en tanto que funcionalmente tiende a revelar el empleo instrumental de la información no solo como factor de autorrealización personal, sino como mecanismo de control institucional, pues se trata de un derecho fundado en una de las características principales del gobierno republicano, que es el de la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia de la administración. Todo esto que al final del día abona en el derecho de participación de los ciudadanos en la vida pública.

¹¹ Tesis: P.J. 54/2008, de la Novena Época, Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 743, junio de 2008, tomo XXVII, del SJF y su Gaceta, el número de registro 169574.

ACCESO A LA INFORMACIÓN. SU NATURALEZA COMO GARANTÍAS INDIVIDUAL Y SOCIAL.

“existe un beneficio tangible si cualquiera de las partes en controversia, con igualdad de armas, puede conocer cualquier dato, información, documento o cualquier otra forma de prueba que se vaya glosando al expediente del tribunal; se pierde la secrecía, sobre aquella que implicaba ir produciendo pruebas al margen del conocimiento de quien sería considerado el presunto responsable”

Precisamente, cuando la Suprema Corte, refiriéndose a los derechos a la información, habla del derecho de participación de los ciudadanos en la vida pública, seguramente converge con los conceptos de políticas públicas, gobernanza y democracia, temas de los cuales ya habíamos hecho mención. De ahí que cuando entramos a la disciplina de la información pública, la transparencia y la publicidad, no queda más remedio que pensar en un derecho colectivo o social —tal y como lo

invoca expresamente la Corte—, ello lo que otros podrían reconocer como derechos difusos que se expande a toda la ciudadanía o población, es decir, que no quedan encerrados en un espacio estrecho de la sociedad, así como tampoco se pueden restringir a un solo individuo. Empero, que si llegamos a apreciar a los derechos a la información y la transparencia como una vertiente que implica potestades subjetivas, no significa eso que pertenezca a un patrimonio privado e inexpugnable, simplemente es el reconocimiento de que cada individuo en lo personal goza de dichas prerrogativas como parte sus derechos humanos o fundamentales; pero ello porque precisamente esas potestades subjetivas o individuales provienen y derivan de un derecho difuso que se comparta entre los miembros de la sociedad. En otras palabras, lejos de tratarse de un bien que se consume a solas o de manera desolada, la información pública y la garantía que afirma su transparencia, es un bien que al final empodera a todos los ciudadanos para que conjuntamente participen en la vida pública. Cuando le es atribuida la publicidad a los juicios orales, o mejor dicho, cuando se establece que el nuevo sistema penal acusatorio adversarial es de carácter público, entonces debemos interpretar que por principio no hay restricciones para que la ciudadanía se imponga de sus contenidos. La información que se va

generando con motivo de los nuevos procedimientos penales, en automático, pertenece ya a la sociedad en su conjunto. Luego, que en lo particular cada ciudadano, después de que se haya impuesto de datos o información pública —lo que implica que la conoció y se hizo consciente de aquella—, la utilice como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos es una decisión que solo en la praxis cada uno decidirá, ello atendiendo a sus circunstancias y a sus propios intereses.

Bajo ese entramado de ideas que ahora quede claro que el simple hecho de que toda la ciudadanía tenga igual derecho que el imputado para arrogarse la información pública, no quiere decir que ello implique una disminución en la calidad o el valor de su defensa. Por el contrario, sumado al hecho de que la persona imputada ahora tiene perfectamente definida su potestad para acceder a toda la información que en su caso llegase a conformar el expediente en su contra; al final tiene la posibilidad de que toda la sociedad lo陪伴e durante el proceso que se le sigue. Si partimos de la escena inquisitorial donde una persona era capturada y separada de su vida, familia, casa y trabajo, eso para ser arrojada dentro de un calabozo y quedar desolada por tiempo indeterminado; seguramente podamos apreciar con mayor nitidez el sentido que guarda el hecho de que

las personas gocen de un juicio abierto al público. Esto es, que si la sociedad en general tiene la libertad compartida de seguir los juicios penales palmo a palmo, sin duda eso le asegurará al acusado se eleve la calidad del proceso que se sigue en su contra, ya que será precisamente toda la sociedad quien evalúe tanto la actuación del Ministerio Público, como la del tribunal. El simple hecho de que la parte acusadora se sienta observada por el mundo, hará que la misma se exija mayor capacidad y rendimiento en su función, más aún si percibe que el juzgador, al sentirse también observado y constantemente calificado, no será condescendiente al apreciar deficiencias en la labor del ministerio público, como tampoco de la defensa, ya que siempre se sentirá constreñido a actuar conforme a los designios de la colectividad expresados en Ley.

“Nuestro postulado radica que al hacerse asequible la información de los juicios orales para cualquier persona o ciudadano, se potencializan las posibilidades de defensa del acusado”

Nuestro postulado radica que al hacerse asequible la información de los juicios orales para cualquier persona o ciudadano, se potencializan las posibilidades de defensa del acusado. Sin ninguna duda, cualquier persona que esté sujeta a un juicio penal, siendo que la misma no incurrió en la comisión del delito por el cual se le acusa, verá con buenos ojos que su proceso se encuentre bajo la lupa de la sociedad completa, ya que eso le permitirá tener la garantía de que las instituciones impartidoras de justicia evitaran a toda costa incurrir en errores o en excesos indebidos; esto es, que la directriz del juicio sea que las autoridades se apeguen a la Ley. O, en el supuesto caso que la persona imputada en la realidad sí haya incurrido en un acto u omisión que constituya un ilícito, también se verá beneficiada por la publicidad del juicio y la transparencia con que se lleven las cosas dentro de dicho juicio, ya que también podrá tener la certeza de que el proceso deberá ajustarse a las condiciones y límites que marca la norma, lo que en general le garantiza que sean respetados sus derechos humanos y que el juzgador cuide apegarse a Derecho cuando determine la pena. La única opción en la que pudiese pensarse que el imputado prefiere la opacidad del juicio, es tan solo para que en lo oscuro se puedan intentar componendas con alguna de las

autoridades que intervienen en el proceso, ello desde luego para que al través de la corrupción se alcance a obviar la sanción o que la misma sea disminuida artificialmente.

Esto último que si bien sería un indebido beneficio que podría obtener el sujeto a juicio, al final sería un total fracaso con consecuencias lamentables para las instituciones de procuración e impartición de justicia y una desazón para toda la sociedad, ello que al final redundaría sin duda como un descalabro rapaz para el Estado y que, a la postre, significaría ausencia de gobernabilidad. Desde luego, la única opción viable es que el sistema penal acusatorio adversarial se mantenga a la vanguardia en términos de publicitación de cada uno de los juicios penales, lo que implica sean difundidos sus contenidos con una transparencia precisa y exacta. Y de esa debida y amplia exposición de la información pública que se genera y deriva de los procesos orales, se abona también en la rendición de cuentas que la sociedad demanda de los órganos de gobierno, ya que con la publicidad se da pie a que los ciudadanos evalúen y demanden más información que les permita hacer juicios más puntuales a la labor del gobierno y de cómo se emplean los recursos públicos.

IV. La transparencia y el Código Nacional de Procedimientos Penales

Veamos ahora, cuál es la concepción del legislativo al respecto. El recién promulgado Código Nacional de Procedimientos Penales, en el primer párrafo de su artículo cuarto, hace reflejo de lo que ya dice la Constitución Política, ello en el proemio de su correspondiente artículo 20, diciendo que el nuevo sistema penal «será acusatorio y oral, en él se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes». Luego, de manera particular, refiriéndose solamente al principio de publicidad, en su otro artículo quinto, el nuevo código adjetivo establece que: «Las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no solo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general».

Como es de apreciar, el modelo que hasta el momento logró tener el legislado y quienes hayan contribuido en la conformación de la iniciativa de ley, se encuadra únicamente al contexto de una sala de juicios orales, no se alcanzan a percibir las dimensiones de la publicitación de los actos públicos en la impartición de justicia penal. Es decir, no se vislumbran las amplias posibilidades que tendría la concepción de la publicidad, de la mano al criterio de

máxima publicidad que establece el sexto constitucional. Es nuestra idea que el principio de publicidad no debe encontrar su límite en aquellos ciudadanos que tuvieron físicamente la posibilidad de entrar a las instalaciones del Tribunal. Al respecto, seguramente encontraríamos algún tipo de oposición si se precisa indicar que en lo material no cabría toda la ciudadanía en el recinto del juzgador. Por obvio que es imposible y, por tanto, aplicaría el viejo adagio de que nadie está obligado a lo imposible. Pero no se trata de contrariar las leyes de la física ni que se esté pregonando en favor de una utopía.

El punto deriva de que el derecho a la información pública y la garantía de transparencia, en conjunción con el principio de publicidad otorgado a los juicios penales, rompe con la frontera imaginaria que indican los límites de un salón de audiencia. La expectativa sería que, independientemente de que expresamente se admita el derecho que tiene la concurrencia para ingresar al lugar donde se celebrará la ceremonia judicial, la norma también comunique el derecho extensivo que tiene cualquier ciudadano para enterarse con todo detalle de lo acontecido durante la sesión o sesiones de audiencia. En otras palabras, que no solo se ocupe el código procesal de reconocer el derecho que tiene la concurrencia de

asistir a las diligencias que se lleven con motivo del nuevo sistema penal. El hecho es que todos tengamos la certeza que estamos convidados a enterarnos de los contenidos, los datos y la información producida en juicio. Veámoslo así, el nuevo cuerpo normativo solo admite el derecho que tienen los “observadores activos” a imponerse de la información pública que se va generando en el desarrollo de la audiencia oral en particular. Entendamos a los “observadores activos” como aquellas personas o ciudadanos que decididos a conocer de manera directa y material el desenvolvimiento de la audiencia oral, se presentaron en tiempo y forma en las instalaciones del Tribunal, es decir, la concurrencia o el “público en general” –tal y como lo llama el texto del Código Nacional–. Pero eso definitivamente no incluye a los “observadores pasivos” que, por más que no se presentaron en el Tribunal, no dejan de estar interesados en la impartición de justicia penal. Como bien se puede adivinar, cuando hablamos de “observadores pasivos” ya no hacemos referencia al “público en general”, nos referimos a todos y cada uno de los ciudadanos que tiene en sus manos aquel derecho colectivo o garantía social a que se refiere la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es decir, del derecho de participación de los ciudadanos en la vida pública. Es el caso que entre más

se abran las puertas de los Tribunales, mayor es la posibilidad que los “observadores pasivos”, voluntaria o involuntariamente, se enteren del desenvolvimiento de los juicios orales en materia penal. ¿Qué acaso la intención de la publicidad de los juicios penales no tiene como finalidad que todos se enteren de la progresiva efectividad que va logrando el nuevo sistema? ¿Qué acaso no se trata también que todos nos enteremos que la punibilidad es cierta y tangible, con lo cual vaya en aumento la confianza en las instituciones públicas?, ello tanto como que quien se encuentre en vísperas de cometer un delito le conste la factibilidad de adquirir sanciones penales si no interrumpe la tentativa. ¿Acaso no se trata de demostrar al mundo que en nuestro país existe un Estado de Derecho y con ello generaremos buenas expectativas en los potenciales inversionistas para que no duden en traer capital fresco al país?

En congruencia a nuestro postulado, por su lado José Antonio CABALLERO, Vanessa DÍAZ y Ernesto VILLANUEVA¹², al analizar el caso de las “sociedad en general” como usuaria de la información judicial, afirman que:

¹² CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *et al.*, *Derecho de acceso a la información en el Poder Judicial*, primera ed., Cámara de Diputados-Miguel Ángel Porrúa, México 2006, p. 27.

El interés social fundamental para conocer lo que sucede en el interior de un Poder Judicial radica de manera relevante en la posibilidad de que los ciudadanos conozcan la forma en la que se imparte justicia en su sociedad. De esa manera, tienen la oportunidad de conocer la forma en que la que se resuelven los conflictos y puedan asegurarse de que los tribunales hacen un trabajo adecuado. Asimismo, el conocimiento de las resoluciones contribuye a la generación de seguridad jurídica al permitir que la sociedad conozca la forma en la que las leyes son interpretadas y aplicadas en casos concretos.

De ello podemos resumir que coincidimos en que existe un “interés social fundamental”, el cual es compatible con la idea de que la ciudadanía tiene legítimamente el “derecho de participar en la vida pública”, ya no es posible poder considerar que la sociedad se mantenga impávida e inmóvil frente a los temas en los que converge el interés general, como en la especie lo es la impartición de justicia, sobre todo cuando se trata de enjuiciar a personas involucradas en hechos delictivos. Por tanto que sea entendible haya una expectativa social centrada en la resolución de los litigios, lo que de paso lleva a evaluar la labor de los tribunales, tanto en las formas de cómo actúa cotidianamente como en los términos en que resuelve cada caso en concreto; todo ello que al

final se transpola a un sentimiento de seguridad o inseguridad jurídica.

En ese mismo sentido, los autores invocados¹³, al considerar la oralidad judicial como dosis estable de accesibilidad ciudadana, nos crean convicción de que si la «función judicial sintetiza la eficacia del Estado como espacio regido por el imperio de la ley», luego pues se presenta una disyuntiva si encontramos que esa función judicial “no es capaz de comunicar seguridad jurídica a la ciudadanía”. De ello que la “oralidad de los procesos judiciales apela a una sensación de certidumbre en el desempeño ordinario de las instituciones públicas”. Así mismo, cuando el “derecho del inculpado a ser juzgado en audiencia pública, constituye a la vez un derecho de la propia sociedad a conocer la calidad y contundencia de los juicios”, ello lo cual no debe comprenderse como la función de control y del legítimo seguimiento ciudadano del proceder de los jueces y agentes del Ministerio Público, ellos quienes están al servicio de la propia sociedad. Luego pues, la oralidad del proceso judicial es un elemento condicionante y constitutivo de la transparencia judicial, que obliga a los justiciables y al mismo juzgador a seguir una ruta visible, lo que a la postre obliga a la impartición de una justicia pronta y expedita. Y finalizan aceptando que la oralidad en los juicios abonaría en la

¹³ *Ibidem*, pp. 42-44.

transparencia del proceso jurisdiccional, ello con lo cual se lograrían otros derechos como la presunción de inocencia, la imparcialidad del juzgador, la inmediatez entre el justiciable y el Tribunal, entre muchas otras aspiraciones legítimas que pretende el derecho y la justicia. Luego entonces, que sumemos en la convicción de que el nuevo sistema penal, para que genere los efectos deseados, debe plantearse en términos de una apertura total hacia la sociedad, ya que derivado de una publicidad multiplicada y en términos que se asegure una plena transparencia, de natural generará un autocontrol por parte de los operadores del sistema, los cuales constantemente se asumirán son evaluados por la sociedad, tanto por el observador experto como por el ciudadano común que finalmente si puede percibir o no una seguridad jurídica derivada del quehacer judicial en general.

Pero más allá del texto limitante expresado en el primer párrafo del artículo quinto del Código Nacional de Procedimientos Penales, preocupa más el acicate contenido en el segundo párrafo de su artículo cuarto, precisamente el mismo que establece las características y los principios rectores del nuevo proceso penal, el cual refiere que dicho código adjetivo y la legislación aplicable «establecerán las excepciones a los

principios antes señalados», principios donde se encuentra el de publicidad. Es obvio y evidente que toda regla general, tanto como todo principio o criterio, tienen condiciones, límites o excepción; lo que sorprende es el hecho de que legislador fue presuroso a dejar en claro que ninguno de los principios rectores que se suponen dan sentido y potencializan el nuevo sistema, ni son absolutos ni son plenos y, por supuesto, no son omnipotentes. Pero aún más nos inquieta ahora, que sin ir tan lejos, en el segundo párrafo del artículo quinto del mismo cuerpo normativo, se establece que:

Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia en los casos y condiciones que determine el Órgano jurisdiccional conforme a lo dispuesto por la Constitución, este Código y los acuerdos generales que emita el Consejo.

Por principio de cuentas, para que los periodistas y los medios de comunicación se enteren del desenvolvimiento de los juicios penales y de la información que se deriva de ellos, solo es posible si acceden al salón de audiencia del Tribunal. Desde luego, esto como ya lo habíamos planteado, sigue arrastrando el encuadre dentro de un contexto donde solo es posible la existencia de cuatro paredes. Y quizás nos aflija todavía más el hecho de que

la norma establezca que dichos comunicadores solo podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia “en los casos” que determine el órgano jurisdiccional. ¿Qué esto no sugiere la amplia posibilidad de que el juez vete la presencia de los medios y ello repercuta en detrimento directo del principio de publicidad?

Si bien debemos estar convencidos de que, tanto periodistas como otros que operen a nombre de los medios de comunicación, tienen que ajustarse a las condiciones que el juzgador determine, tanto como lo tiene que hacer cualquier sujeto del procedimiento penal, sus auxiliares o el público en general; ello lo cual no solo contribuye para bien de las formalidades de los juicios, sino también en la solemnidad que deben distinguir a sus sesiones, todo ello que realce la ceremoniosidad y la ritualidad que debe imprimírse a los audiencias orales, ya que al final eso genera convicción en el observador, trasmite un sentido de certeza que de hecho espera la ciudadanía y, consecuentemente, contribuye en la legitimidad deseada —obvio todo eso lo que se comunica a través de la publicidad—. Ahora bien, no obstante todos los que concurren a una sala de audiencias tienen que cumplir los requisitos mínimos para acceder a las mismas, así como también debe atender las reglas básicas para su permanencia en los recintos

judiciales, no menos cierto es que se debe beneficiar en todo tiempo la máxima publicidad que establece el artículo sexto constitucional. Luego entonces que no sea aceptable el obstáculo que podría imponer a aquellos que, por su rol y función, se avocan a la dispersión de la información en medios. En todo caso, lo denostable sería malversar la información que se difunda, lo que sí debería ser objeto de censura y reprimenda. Pero aún la factibilidad de que algunos comunicadores no mantengan al nivel ético de su profesión, eso de ninguna manera debe evitar que las salas de audiencias de juicios orales, por un principio de máxima publicidad, sean de hecho el umbral que, por cualquier medio, dé cabida a toda la ciudadanía. Esto es, que la ciudadanía se allegue por cualquier vía de toda la información posible que se deriva del sistema penal acusatorio adversarial.

V. La transparencia dentro del rol de la defensa en el sistema penal acusatorio

Del conglomerado de ideas que hemos venido exponiendo incuestionablemente se deriva que todo ciudadano, lo que incluye desde luego al imputado como a las posibles víctimas, tienen el irrefrenable derecho constitucional de tener a la vista todos los aspecto y detalles de la *litis*. Pero cómo saben eso los ciudadanos o, mejor dicho, cómo

hacen efectivo dicho acceso a la información en la práctica, más allá de la teoría. Más aún cómo aprovecha la defensa del imputado la publicidad y la transparencia dentro del sistema penal acusatorio. Es un hecho que un proceso penal determinado, nadie más que el propio acusado sea el principal interesado en contar con toda la información que le sirva para preparar y desarrollar su adecuada defensa; pero, también es un hecho, que ninguna defensa podrá ser adecuada sino se tiene conocimiento pleno de los medios probatorios y demás detalles que se van glosando a la carpeta de investigación.

Cualquier buen abogado postulante que anhele realizar una defensa adecuada en favor de su cliente o defenso, ya sea una defensa privada o defensor de oficio, sabe que debe tener un control intelectual de todos los elementos que integran el expediente. Y para este caso, a propósito no nombramos a una carpeta de investigación, sino a un expediente íntegro, en tanto que, para una defensa apropiada, debe haber un dominio integral de cualquier aspecto o pequeño detalle relacionado con la causa, más allá de los que se glosan en la carpeta de investigación en posesión de la fiscalía. En tales condiciones, resulta sustancial el hecho de que el abogado defensor tenga un acceso completo al material que se concentra en manos del Estado, siendo esto vital para que se

pueda preparar una defensa eficiente. Sabemos ya que se tiene como derecho fundamental el acceso a la información en manos del Estado, donde, para el caso concreto del imputado, no puede acontecer reserva alguna, sobre todo cuando nos encontramos en la etapa intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y, particularmente, la etapa de juicio plenario o principal, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento. En todo caso, conforme al artículo 220 del Código Nacional de Procedimientos Penales, excepcionalmente para el acceso a la información, el Ministerio Público puede solicitar al juez de control que determinada información se mantenga bajo reserva aun después de la vinculación a proceso, cuando sea necesario, para evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación, amenaza o influencia a los testigos del hecho, para asegurar el éxito de la investigación, o para garantizar la protección de personas o bienes jurídicos. Ello lo que desde luego procedería si así lo resuelve expresamente el juez de control, quien para tales efectos tendría que establecer un plazo adecuado a efecto de que no se violenten los derechos

del imputado, esto es, que la información en cuestión sea oportunamente revelada para no afectar el derecho de defensa. Esta reserva excepcional que solo podrá ser prorrogada cuando sea estrictamente necesario, pero no podrá prolongarse hasta después de la formulación de la acusación.

“Es un hecho que un proceso penal determinado, nadie más que el propio acusado sea el principal interesado en contar con toda la información que le sirva para preparar y desarrollar su adecuada defensa; pero, también es un hecho, que ninguna defensa podrá ser adecuada sino se tiene conocimiento pleno de los medios probatorios y demás detalles que se van glosando a la carpeta de investigación”

En tal tesitura, los abogados que conforman la defensa debidamente acreditados frente a la autoridad, por principio deberían contar con las facilidades para acceder a los registros y demás pruebas que serán utilizados en juicio, salvo aquellas de la investigación que refiere el numeral

220 del código adjetivo de la materia. Ahora, para efectos de acceder a la información en manos de la parte acusadora, un momento cumbre es la etapa intermedia, esto es, en la fase que se hace el ofrecimiento y la admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio. En esta, que de acuerdo con el otro numeral 337 del código de la materia, se prescribe el descubrimiento probatorio a cargo del Ministerio Público, que consiste en la entrega material a la defensa, de copia de los registros de la investigación (todos los documentos que integren la carpeta de investigación, así como fotografías, videos con o sin audio, grabaciones de voz, informes y pruebas periciales que obren en cualquier tipo de soporte o archivo electrónico), como del acceso que debe dar a la defensa respecto de las evidencias materiales recabadas durante la investigación. No escapa indicar, que incluso, por un principio de igualdad de armas, por su parte la defensa, también tiene el deber de entregar material al ministerio público, la copia de los registros con los que cuente y que pretenda ofrecer como medios de prueba para ser desahogados en juicio. Y conforme al mismo dispositivo procesal, el acceso a las evidencias materiales que obren en la carpeta de investigación, ello implicará el derecho de la defensa de obtener imágenes fotografiadas o

video filmadas de las mismas, así como la práctica de pericias a cargo de peritos de la defensa, o a petición de la misma si no los hubiere, la práctica de pericias a cargo de peritos oficiales sobre dichas evidencias. El ministerio público deberá efectuar en favor de la defensa su descubrimiento en un plazo de cinco días, contados a partir de la fecha en que se hayan colmado los requisitos que implican la presentación de la acusación conforme al otro artículo 335 del código procesal invocado, ello sin perjuicio de la obligación de la parte acusadora de dar acceso al imputado y su defensor del contenido de la carpeta de investigación cuando así lo soliciten.

Empero, puede ser el caso que en algún momento previo al juicio, particularmente antes de la audiencia plenaria del juicio oral, se haya ocultado materialmente algún tipo de dato, registros, documentos u otro medio de prueba ligada a la investigación y que se pretenda utilizar en el litigio, ya sea por error de la fiscalía o por un indeseable acto deliberado. En ese caso, cuando el litigante se percate de tal situación, debe instar a la intervención del propio juez de control, a efecto de que se restablezcan los derechos plenos de acceso a la información. Ello conforme al multicitado artículo 337 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece la obligación a cargo del ministerio

público de hacer entrega inmediata de las copias. Y, por qué no pensar en el caso que ya dentro de la audiencia de juicio, se denote que alguna otra información, prueba o registro, no fue previamente entregada a la defensa. Al respecto no existe un precepto legal que prevea esta situación, sin embargo, aquí debe operar la astucia y la espontaneidad natural del abogado defensor, objetando dicha situación y demandando su separación del cúmulo probatorio ya que de él no hubo conocimiento previo, dejando al imputado itinerantemente en un estado de indefensión. En todo caso, será decisión del tribunal de enjuiciamiento, admitir o no la objeción, sobre todo en los términos de una exclusión total del medio no conocido con antelación por la defensa. Sin duda esta circunstancia puede dar lugar a una intensa controversia, pero esa controversia solo podrá encontrar respuestas conforme se vayan desenvolviendo los propios juicios orales y, en estos, se advierta dicha situación en una diversidad de modalidades que solo la vida judicial puede conocer. Esa así que conforme se vayan presentando uno a uno cada caso con sus características y matices, que los órganos juzgadores que los vayan conociendo, deberá aplicar sus mejores oficios para dar una solución a la medida de cada problemática. No podemos adelantar vísperas. Lo único

que podemos afirmar es que no puede violentarse el principio de publicidad, por tanto, no puede restringirse el acceso a la información, mucho menos para el imputado o su defensa, ni tampoco puede violentarse la calidad de transparencia que matiza el acceso a dicha información, lo que incluye tanto registros de la investigación como de las evidencias materiales recabadas durante la investigación.

“Lo único que podemos afirmar es que no puede violentarse el principio de publicidad, por tanto, no puede restringirse el acceso a la información, mucho menos para el imputado o su defensa, ni tampoco puede violentarse la calidad de transparencia que matiza el acceso a dicha información, lo que incluye tanto registros de la investigación como de las evidencias materiales recabadas durante la investigación”

Conclusiones

Para finalizar, la expectativa que se tiene respecto de la normatividad que debe regir procesalmente el nuevo sistema penal con relación al principio de publicidad, desde luego no se constricta a que la difusión de la información de los juicios penales se limite a la concurrencia del día, a lo que se llama legalmente el “público en general”, sino que se esperaría que en algún momento la norma establezca mecanismos mucho más agiles y amplios para que se esparzan los datos públicos de manera multiplicadora. Ello sin tener que aguardar a que el ciudadano que no acudió a la audiencia, tenga que pasar por trámites previos para solicitar la información y ello genere mayores cargas de trabajo a los poderes judiciales.

El hecho es pensar en cuáles son las vías más adecuadas para que todo ciudadano tenga contacto directo con la información dimanada de las audiencias orales. Sin en el ánimo de proponer, sino tan solo de dejar constancia, pensemos en que las actuales tecnologías de la información son abundantes y ofrecen rutas variadas para solventar esta intención de máxima publicidad. Esto aunado al hecho que por ministerio de ley todas las diligencias del nuevo sistema penal, deben recabarse en registros tales como video, audio grabación y versión estenografía.

Dicen Guillermo M. CEJUDO y Dirk ZAVALA¹⁴, que:

La eficacia de un sistema de transparencia no depende solo de las normas e instituciones creadas para garantizar el derecho de acceso a la información pública, sino que, además, debe haber un proceso de implementación en el que esas normas se traduzcan en prácticas cotidianas en las oficinas públicas.

Suma este postulado las palabras de José SOSA¹⁵, quien afirma que:

Resulta necesario que además de incluirse en la norma el derecho a la transparencia y el acceso a la información, que las prácticas de transparencia se plasmen en las rutinas y procedimientos de las organizaciones públicas como un conjunto de valores que influye cotidianamente en los comportamientos de los actos

¹⁴ CEJUDO, Guillermo y ZAVALA, Dirk, «VI. Proceso y prácticas del acceso a la información. Un ejercicio de usuario simulado», en: CEJUDO, Guillermo, *et al.*, *La política de transparencia en México, Instituciones, logros y desafíos*, primera ed., CIDE, México 2012, p. 249.

¹⁵ SOSA, José, «Transparencia y rendición de cuentas: un ensayo introductorio», en: SOSA, José (comp.), *Transparencia y rendición de cuentas*, primera ed., Siglo Veintiuno Editores y Biblioteca Básica de Administración Pública del D.F., México 2011, p. 30.

organizacionales de todos los niveles.

En tales condiciones la pretensión sería que se comience a fomentar una cultura de apertura total, que admita mecanismos sencillos, directos e inmediatos, para que cualquier ciudadano se entere casi en tiempo real del devenir de los juicios orales en materia penal. Ello para que a la par de que el observador, activo o pasivo, se va enterando progresivamente de la realidad de los acontecimientos que surgen dentro de las audiencias orales, devuelva el beneficio de su acceso a la información con legitimación del sistema, incrementando la confianza en las instituciones imparcializadoras de justicia. Pero esa legitimidad y esa confianza, indispensablemente tendrían también que derivar de las adecuadas formas aplicadas dentro de los juicios y, por supuesto, de sentencias que abunden en la correcta aplicación del derecho y una fuerte convicción por la justicia.

Fuentes consultadas

Bibliografía

- AGUILAR, Luis F., *Gobernanza: el nuevo proceso de gobernar*, Fundación Friedrich Naumann para la Libertad, México 2010.
- ARELLANO GAULT, David y BLANCO, Felipe, *Políticas Públicas y Democracia*, primera ed.,

- Instituto Federal Electoral, México 2013.
- BARDALES LAZCANO, Erika, *Guía para el Estudio del Sistema Acusatorio en México*, cuarta ed., Ed. MaGíster, México 2012.
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, et al., *Derecho de acceso a la información en el Poder Judicial*, primera ed., Cámara de Diputados-Miguel Ángel Porrúa, México 2006.
- CEJUDO, Guillermo y ZAVALA, Dirk, «VI. Proceso y prácticas del acceso a la información. Un ejercicio de usuario simulado», en: CEJUDO, Guillermo, et al., *La política de transparencia en México, Instituciones, logros y desafíos*, primera ed., CIDE, México 2012.
- GONZÁLEZ LLACA, Edmundo, *La revolución del derecho a la información ¿Para qué sirve?*, primera ed., INAP, México 2012.
- LEÓN, Bernardo, Prólogo en BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J. Mauricio, *Litigación penal, Juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica e Instituto Nacional de Ciencias Penales, Segunda Reimpresión, México 2009.
- MERINO, Mauricio, *Políticas públicas, Ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos*, primera ed., CIDE, México 2013.
- ORTIZ ROMERO, Juan Carlos, *Manual del juicio oral*, primera ed., Ed. Oxford University Press, México 2013.
- ROSA RODRÍGUEZ, Paola de la, *Terminología en los juicios orales en materia penal, Semblanza de la doctrina mexicana, el pacto federal y los tratados internacionales*, Edit. Flores, México.
- SOSA, José, «Transparencia y rendición de cuentas: un ensayo introductorio», en: SOSA, José (comp.), *Transparencia y rendición de cuentas*, primera ed., Siglo Veintiuno Editores y Biblioteca Básica de Administración Pública del D.F., México 2011.
- Normatividad y proyectos normativos**
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Código Nacional de Procedimientos Penales.
Tesis: P.J. 54/2008, de la Novena Época, Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 743, junio de 2008, tomo XXVII, del SJF y su Gaceta, el número de registro 169574.
- ACCESO A LA INFORMACIÓN. SU NATURALEZA COMO GARANTÍAS INDIVIDUAL Y SOCIAL.**

RETOS DEL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Luis Alfonso MADRIGAL PEREYRA*

Las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, del 18 de junio de 2008 y 10 de junio de 2011, a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, la primera y, 1º la segunda, de nuestra Constitución Política, constituyen un gran reto para los operadores del sistema (jueces, ministerio público, abogados y los auxiliares de ambos, como lo es policía, peritos, etcétera), pues se da un giro a nuestro sistema de impartición de justicia en ciento ochenta grados.

Este nuevo sistema, que rompe paradigmas en cuanto a los vicios que se han acumulado en nuestro sistema actual, se basa en tres puntos principales:

A.- Policía científica, que lejos de ser una policía inminentemente aprehensora y de resultados a través de la confesión y tortura, debe especializarse en investigación técnica y recopilación de verdaderos datos y elementos de prueba, así como su cadena de custodia.

B.- Jueces preparados en escuchar, reflexionar, recibir y valorar pruebas, conducir las audiencias y dictar resoluciones al momento, apegadas a derecho, pero además como lo establece ahora el artículo 1º. Constitucional, promoviendo, respetando, protegiendo y garantizando los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad.

No es posible analizar esta reforma, sin establecer la importancia de la correspondiente al artículo 1º de nuestra Carta Magna, que implica la protección de un bloque de constitucionalidad a favor tanto del imputado, como de la víctima u ofendido.

* Licenciatura en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México, (UNAM); Especialidad en *Litigio y Amparo en Materia Penal*. Ha ocupado los cargos de Presidente de la Barra Mexicana Colegio de Abogados de México, Miembro del Consejo Directivo de la Barra Penal Internacional, entre otros. Actualmente, es integrante del Comité Académico del Instituto de la Judicatura Federal y Socio Director y Administrador del Despacho Madrigal Pereyra, Muggenburg y Aguilar.

C.- Preparación técnica y lealtad entre las partes y sus auxiliares, para lograr algo que ha quedado muy lejos de los objetivos que hoy tienen fiscales y defensores, esclarecer los hechos (encontrar la verdad), proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen (esto no ha sido el objetivo principal, ni mucho menos el logrado en nuestro actual sistema) y, finalmente, reinserir al delincuente a la sociedad.

“Preparación técnica y lealtad entre las partes y sus auxiliares, para lograr algo que ha quedado muy lejos de los objetivos que hoy tienen fiscales y defensores, esclarecer los hechos (encontrar la verdad), proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”

Lo anterior implica que todos los operadores del sistema: jueces, fiscales y defensores deben cambiar

por completo de mentalidad y buscar estos objetivos que no son nuevos. De lo contrario, este nuevo sistema colapsará tan rápido o más que el que ahora estamos a punto de abandonar. Los principios rectores, como la inmediatez y publicidad, no serán obstáculo real que no se pueda superar para lograr los objetivos planteados, si se continúan las prácticas de corrupción y consigna.

Ahora bien, sin hacer un análisis exhaustivo de la reforma constitucional en este artículo, podemos estar de acuerdo en que la reforma es positiva, prevé principios que hoy no se contemplan o no se cumplen, como lo son publicidad, contradicción, concentración (difícil de cumplir, ya que las audiencias se difieren por diversas causas), contradicción, continuidad e inmediación (que hará que el juzgador escuche de viva voz a los testigos y reciba las pruebas sin la intermediación de secretarios, como se practica actualmente). Excepción a lo anterior me parece la inclusión del arraigo en el artículo 16 de nuestra Constitución, que habiendo sido declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ahora el legislador lo plasmó en el texto de nuestra máxima ley.

Una de las más acertadas novedades, es la que incluye la reforma al artículo 19 de nuestra Constitución, en el sentido de reservar la prisión preventiva a los

delitos de mayor daño social, como son, los relativos a delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, los cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud y en los que esa medida debe ser impuesta en forma oficiosa por el juez cuando otra sea insuficiente para garantizar la presencia del procesado (ahora imputado) a juicio. También se prevén diversas medidas de protección y providencias precautorias a favor de la víctima (tan olvidada por nuestro actual sistema), para garantizar su seguridad y la restitución de sus derechos. Estas medidas pueden ser impuestas por el ministerio público, pero deben ser ratificadas, canceladas o modificadas por la autoridad judicial, en un plazo no mayor a cinco días en audiencia con la presencia de las partes.

Se prevén ahora diversas medidas cautelares para sustituir la prisión preventiva, contemplándose una gama amplia de oportunidades para que el imputado esté en posibilidad de seguir su proceso en libertad y se asegure su presencia en juicio, pero lo más importante, para garantizar a la víctima u ofendido el pago de la reparación del daño causado. Se abandona la idea de que si no es mediante el aseguramiento

del procesado en prisión preventiva o, mediante el depósito de sumas considerable como fianza o caución, no sería posible asegurar la marcha del proceso y el pago de la reparación del daño.

Es de todos sabido que las cárceles preventivas están repletas de personas que por su condición económica, estando en posibilidad de gozar de su libertad, se encuentran recluidas por no tener los medios para garantizar la libertad. Soy un convencido que la situación actual propicia más fugas al proceso que si el justiciable está en posibilidad de afrontarlo sin restricción inmediata de su libertad.

No obstante lo anterior, debo mencionar también que me parece desacertado que el Código Nacional de Procedimientos Penales prevea en todos los casos la imposición de las medidas cautelares antes de que se emita el auto de vinculación a proceso, pues aún valorando si existen datos de prueba suficientes (en forma mucho más laxa que la valoración que hoy tenemos de la comprobación del cuerpo de delito y la probable responsabilidad), y quedando abierto el plazo para que el ministerio público continúe su investigación (investigación judicializada o formalizada), se podrá sujetar a la persona imputada a prisión preventiva si así procede. Independientemente de que la investigación a partir de esta etapa se

llevé ante juez y se haya valorado que existen “datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”, según reza el texto constitucional, lo cierto es que la investigación no ha concluido y el ministerio público contará con un término de hasta seis meses para tal efecto, lo que se traduce en un largo plazo de espera para iniciar el juicio.

Sería más congruente la imposición de tal medida cautelar (prisión preventiva), hasta la etapa intermedia, en la que el ministerio público presenta su acusación ya concluidas las etapas de investigación, como lo establece el artículo 334 del Código en comento.

En síntesis, el propósito de este nuevo sistema, es descongestionar tanto la carga de trabajo de los juzgados, como de las prisiones preventivas, lo que de ninguna manera se logrará si se siguen incrementando los delitos por los cuales no es posible seguir el juicio en libertad, sujetando al justiciable a medidas cautelares como la prisión preventiva que le impidan el trabajo y la convivencia familiar.

Las diferencias básicas entre los dos sistemas, el actual y el que habremos de aplicar, se pueden resumir de la siguiente manera:

Como partes en el proceso, se incluyen, además del ministerio

público, el imputado, su defensor y la víctima u ofendido, a un asesor jurídico de esta, que le asistirá y la representará con todas las prerrogativas que a la víctima otorga nuestra Constitución.

“el propósito de este nuevo sistema, es descongestionar tanto la carga de trabajo de los juzgados, como de las prisiones preventivas, lo que de ninguna manera se logrará si se siguen incrementando los delitos por los cuales no es posible seguir el juicio en libertad, sujetando al justiciable a medidas cautelares como la prisión preventiva que le impidan el trabajo y la convivencia familiar”

Hasta hace muy poco y aún ahora, la víctima u ofendido del delito jugaban el papel más ingrato en el proceso penal, sin voz y con derechos solo implícitos, pero no claros. A través de las reformas que se fueron dando a los códigos rectores del sistema actual, se fueron incrementando sus derechos, como el no solo actuar como coadyuvante del ministerio público, sino como parte en el proceso, lo que a muchos jueces les cuesta trabajo reconocer.

La víctima u ofendido, cuentan ahora con una gama de derechos que se encuentran ampliamente descritos en nuestro nuevo Código, incluso, aportar datos de prueba, impugnar resoluciones, solicitar medidas de protección, providencias precautorias y medidas cautelares.

El sistema acusatorio se rige por los principios de publicidad, contradicción, concentración, contradicción, continuidad e inmediación.

La prueba, que es base de todo procedimiento judicial, presenta características importantísimas, que distinguen a este nuevo sistema:

1.- En el sistema actual (tradicional o inquisitorial), la prueba es recabada en averiguación previa, por el ministerio público, ya sea por sí mismo o por medio de los cuerpos de policía. Este recibe y desahoga la prueba y dicha prueba mantiene su permanencia en juicio, aunque es el juez quien la valora. En cambio, en el

sistema acusatorio no existe permanencia de la prueba en etapa de investigación, el ministerio público recaba solo datos o elementos de prueba y estos deben ser desahogados en etapa de juicio, esto es, en sede y presencia jurisdiccional. El juez recibe, desahoga y valora la prueba con base en el principio de inmediación.

2.- En el sistema actual, el ministerio público recaba y desahoga la prueba con secrecía, no existe publicidad en ello. En el procedimiento acusatorio, la prueba es desahogada en sala de audiencias, respetándose el principio de publicidad. Los interesados ven y escuchan lo declarado por testigos, peritos, etc.

3.- En el procedimiento actual, el ministerio público desahoga la prueba sin la presencia del imputado o su defensor. En el sistema acusatorio, la prueba se desahoga en audiencia pública y con intervención del imputado (antes procesado) y su defensor.

El procedimiento acusatorio que entrará en vigor próximamente presenta diversas virtudes que sería muy largo analizar en este artículo, pero dentro de ellas vale la pena mencionar el capítulo correspondiente a las soluciones alternas y formas de terminación anticipada del procedimiento, pues representa una acertada forma de lograr la pronta reparación del daño

causado a la víctima u ofendido en delitos culposos, delitos que se persiguen por querella o requisito equivalente de parte ofendida y delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas.

Consisten en la celebración de acuerdos reparatorios que deberán ser aprobados por el ministerio público o el juez de control y que, cumplidos en sus términos concluyen el proceso.

Cuando no es posible obtener la reparación del daño mediante un acuerdo reparatorio, se puede acceder a la suspensión condicional del proceso que contendrá un plan detallado sobre la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias condiciones que el imputado deberá cumplir en tanto no se concluya el resarcimiento de los daños y, con ello, la extinción de la acción penal, como pudiera ser el residir en lugar determinado, frecuente o dejar de frequentar lugares o personas, abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas, participar en programas de prevención o tratamiento de adicciones, aprender una profesión u oficio, prestar servicio social, someterse a tratamiento médico, tener un trabajo o empleo, someterse a la vigilancia que determine el juez de control, etc. Lo relevante de esta figura es que independientemente del pago de la reparación del daño que se

hará en pagos parciales mediante un plan detallado, esta figura contiene una alta mira hacia la reinserción del imputado.

También existe la posibilidad de acudir a un procedimiento abreviado en el cual el imputado reconoce, debidamente informado de su derecho a juicio, su responsabilidad por el delito que se le imputa. En estos casos, la sentencia será condenatoria, salvo en los casos en que se encuentre una causa de extinción de la responsabilidad penal como pudiera ser la prescripción o alguna otra equivalente.

Las condiciones expuestas para la suspensión condicional del proceso antes mencionado serán materia de seguimiento por la autoridad.

Se incluye en el Código Nacional de Procedimientos Penales una nueva figura, el *Reconocimiento de Inocencia del Sentenciado y Anulación de la Sentencia* como acto de justicia en aquellos casos en que después de dictada la sentencia aparezcan pruebas de las que se desprenda, en forma plena, que no existió el delito por el que se dictó la condena o que, existiendo este el sentenciado no participó en su comisión o queden desacreditadas formalmente, en sentencia irrevocable, las pruebas en que se fundó la condena.

En nuestro procedimiento actual, el principio de definitividad de las sentencias es inobjetable, aún cuando aparezcan en forma posterior

los datos o pruebas antes mencionados, lo que deja en entredicho a este sistema de justicia cuando se da el caso.

Ahora, con esta figura, se acepta la posibilidad de revocarlas, como he mencionado, en un acto de verdadera justicia, aun habiendo quedado firmes.

Por último, es importante mencionar la última etapa del nuevo procedimiento: Ejecución de Sentencias, etapa que hoy se deja en manos de la autoridad jurisdiccional para que esta sea la autorizada para vigilar y modificar las sanciones con base a la reinserción del sentenciado, en los términos que establecen los artículos 18 y 21 de nuestra Constitución.

Queda un sinnúmero de temas trascendentales pendientes de abordar, que por la extensión de este artículo no es posible hacerlo pero que ameritan una reflexión en cuanto a este nuevo sistema como lo son la aplicación de criterios de oportunidad, la acción penal privada y, por supuesto, la etapa de juicio que cambia radicalmente el sistema que hoy aplicamos.

En conclusión, nuestro nuevo sistema penal acusatorio presenta retos para todos los operadores que habrán de ser superados y que, por supuesto presentarán dificultades en su implementación, sin embargo como ha dicho el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del

Distrito Federal, Dr. Edgar Elías Azar, «...la justicia no se regatea... Démonos, entre todos una justicia digna, moderna, oral y expedita para la sociedad toda que la espera y la demanda».

“nuestro nuevo sistema penal acusatorio presenta retos para todos los operadores que habrán de ser superados y que, por supuesto presentarán dificultades en su implementación”