



I. Aspectos conceptuales básicos	5
II. Análisis de datos	11
1. Nombramiento del defensor de oficio	11
2. Ofrecimiento de pruebas de la defensa	13
3. Comparecencia de la defensa en el desahogo de pruebas	14
4. Ejercicio de las garantías individuales de la víctima u ofendido del delito en la etapa de la averiguación previa	17
5. Consignaciones sin tomar declaración del indiciado	18
III. Observaciones	19

CAPÍTULO SEGUNDO

ETAPA DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

I. ASPECTOS CONCEPTUALES BÁSICOS

Averiguación previa: por averiguación previa debe entenderse el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesarios para ejercitar acción penal. Se estima como una etapa procedimental (no proceso), que culmina con la consignación a los tribunales.³

Garantías individuales:

Derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo.⁴

Ofendido o víctima de un delito: es la persona que ha recibido en sus bienes o en su integridad física o emocional un daño, perjuicio o menoscabo. En un proceso penal, se le nombra ofendido o víctima de un delito a la persona que sido objeto de un ilícito.⁵

³ Guillén López, Raúl, *Las garantías individuales en la etapa de averiguación previa*, 2a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 91.

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del justiciable. Materia penal*, México, 2005, p. 49.

⁵ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, “Ofendido”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 235.

El inculpado: es aquella persona a la que se le atribuye la realización de la conducta ilícita; sin embargo, no es considerado como delincuente en tanto no se pronuncie sentencia ejecutoria, donde se establezca la existencia del delito y la responsabilidad en su comisión, sin que medie causa de justificación o excluyente en su favor.

Debe advertirse que durante el desarrollo de los diferentes procedimientos penales, la situación jurídica de estos sujetos es modificada y, por ello, se les identifica con diferentes nombres, entre los que destacan:

- a) Indiciado. Se le da comúnmente en la etapa de la averiguación previa, porque se sospecha que cometió algún delito.
- b) Procesado. Se le designa a partir del auto de radicación; es decir, cuando la autoridad judicial lo somete o sujeta a un proceso penal.
- c) Acusado. Cuando el Ministerio Público, en sus conclusiones, formula ante el juez una acusación concreta, por estimarlo culpable de la ejecución de un delito.
- d) Sentenciado. A partir de que el juez pronuncie la sentencia relativa a los hechos materia del proceso, con independencia de si lo condena o absuelve.
- e) Reo o condenado. Cuando se encuentra en el cumplimiento de la sanción determinada por una sentencia.

El ejercicio de la defensa —entendida como “actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un proceso”—⁶ dentro del ámbito penal, puede ser ejercido por:

Persona de confianza: es un asistente moral, un acompañante calificado, pero no un asistente jurídico.⁷

⁶ Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de, *Diccionario de derecho*, México, Porrúa, 2005, p. 217.

⁷ Guillén López, Raúl, *op. cit.*, nota 3, p. 92.

Defensor: es el asesor del inculpado, se dedica a salvaguardar los derechos e intereses de éste durante el juicio. En todo proceso penal, el indiciado tiene derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado o persona de su confianza, con las restricciones que prevé la ley; sin embargo, si el indiciado no quiere o no puede nombrar defensor, el juez debe designarle un defensor de oficio —también denominado defensor público en el ámbito federal—, el cual debe ser un profesional del derecho. Con ello se pretende otorgar a los gobernados una defensa adecuada, pues aunque posean escasos recursos económicos, durante el desarrollo del proceso al que se encuentran sujetos, podrán estar asesorados por personas con conocimientos en materia de derecho penal.

El indiciado tiene una facultad amplísima para designar a la persona o personas que se encarguen de los actos de su defensa, pues ésta puede ser llevada por él mismo o por otra persona de su confianza que libremente designe.

No se exige que la persona designada por el indiciado deba ser un profesional del derecho, pues la defensa la pueden ejercitar las personas que tengan nexos de parentesco o de amistad con aquél, por ser éstos quienes poseen mayor interés personal para ayudarlo o protegerlo.⁸

Debido proceso: para que dicho principio procesal exista, se requiere que la persona involucrada en la causa penal pueda ejercer sus derechos y, desde luego, defender sus intereses de manera efectiva sin obstáculo alguno, además debe haber necesariamente condiciones de igualdad procesal, imparcialidad, defensa, entre otras.

Sobre este concepto, el jurista Pedro Pablo Camargo señala:

El debido proceso no es una norma instrumental o procedimental sino sustancial que determina los límites de la función jurisdiccional en la tarea del Estado de impartir justicia imparcial y pronta... está integrado por un conjunto de garantías judiciales

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del justiciable. Materia penal*, México, 2005, pp. 19-21.

como límite del poder sancionador (*ius puniendo*) en un Estado de derecho, en contraste con un Estado totalitario o un sistema democrático formal sin respeto alguno a los derechos humanos.⁹

Se trata de un concepto que en los últimos años ha sido objeto de innumerables estudios.¹⁰

Inmediación: para que exista, es necesario que el juez que deba dictar sentencia se encuentre presente o haya asistido a las actuaciones judiciales celebradas durante el procedimiento penal, dicha asistencia deberá darse en todas las diligencias de desahogo de pruebas con el propósito de apreciar personalmente las declaraciones, peritajes o cualquier otro elemento probatorio que pueda servir para convencerlo sobre el sentido del fallo.

En la doctrina se ha clasificado este principio procesal como inmediación general e inmediación en sentido estricto. La primera sólo requiere la presencia judicial en las actuaciones que se lleven a cabo durante el procedimiento penal (tal y como ocurre en un gran número de procesos penales en México); esto es, sólo basta que esté presente el secretario de Acuerdos u otro funcionario judicial, para que pueda tenerse por satisfecho dicho requisito. Sobre este punto se han establecido criterios judiciales en el sentido de que sólo basta la presencia del juez en las oficinas para dar por cumplida la inmediación, es decir, no es necesaria la presencia del juez en el desahogo de pruebas.

DILIGENCIAS JUDICIALES SIN LA INTERVENCIÓN MATERIAL DEL JUEZ. VALIDEZ DE LAS.

No causa agravio al quejoso si el titular del Juzgado no dirige personalmente las diligencias que se inician, hasta que concluyan, puesto que basta que las presida por medio de los órganos jurídicos que la ley pone a su disposición para que las propias diligencias sean válidas, conforme lo previene el artículo 18 del Código

⁹ Camargo, Pedro Pablo, *El debido proceso*, 3a. ed., Leyer, 2005, p. 20.

¹⁰ Para más información sobre el origen, desarrollo y estatuto del debido proceso como garantía judicial universal, también véase *idem*.

Procesal Penal del estado de Tabasco, donde se dispone que el juez estará acompañado, en todas las diligencias que se practiquen, de sus secretarios, que darán fe de todo lo que en ellas suceda, y si en el caso el propio quejoso advierte que las diligencias fueron desahogadas en presencia del secretario de acuerdos, debe concluirse que las actuaciones tienen validez.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO.

Amparo directo 104/95. Gonzalo Carrasco Soto. 31 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Vilchiz Sierra. Secretario: Rafael García Magaña.

Tesis X.1o.2 P, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. II, julio de 1995, p. 230.

Por lo que se refiere a la inmediación, en sentido estricto, se exige invariablemente la presencia del juez en todas las actuaciones judiciales (probatorias) con el fin de que conozca personalmente —directamente— los contenidos probatorios, sin intermediarios que puedan voluntaria o involuntariamente variar los elementos probatorios. Para la doctrina, ésta es la verdadera intermediación.¹¹

En México, el artículo 20, apartado A, fracción VI de la Constitución señala: “Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución”.

Por lo tanto, en nuestra opinión, en una interpretación lógica, podemos concluir que para que haya una verdadera intermediación resulta indispensable la presencia del juez en el desahogo de pruebas.

Publicidad: tomada como concepto y contemplada en sus primeras expresiones radicales, constituye la palanca democrática del proceso. Se vincula a la participación popular en la justicia y concurre como instrumento de control poderoso, vigilia del pue-

¹¹ Herrera Abián, Rosario, *La intermediación como garantía procesal*, Granada, Comares, 2006, p. 4.

blo que observa el quehacer de la justicia. Al hacerlo contribuye a que ésta se haga de veras; pone en dirección correcta las manos temerarias o medrosas que la administran: unas que se atreven demasiado y otras que no se atreven en lo absoluto.¹²

Equilibrio procesal: el principio de igualdad “postula el equilibrio o paridad de oportunidades procesales entre todas las partes que intervienen en el proceso, sin que ninguna de ellas disponga de más o de mejores armas de defensa o ataque que las otras”; la vigencia de este principio —como de otros— “admite modulaciones en las diferentes fases del proceso”. El Tribunal Constitucional de España sostiene que este principio “debe conectarse con el derecho a la tutela efectiva, el derecho de defensa e incluso con el derecho a un proceso con todas las garantías”.¹³

Ejercicio de la acción penal: se entiende como la facultad que tiene el Ministerio Público de poner en marcha el ejercicio de un derecho. Es, pues, la facultad que tiene dicho órgano para provocar la actividad del juez penal, y lograr que éste aplique la ley penal.¹⁴

Cabe resaltar que en este apartado sólo se mencionaron algunos conceptos que a nuestro juicio resultan necesarios para la comprensión de los contenidos vertidos durante el trabajo de investigación.

La primera etapa del procedimiento penal se conoce como *averiguación previa*, en ella la persona investigada por la comisión de un delito tiene garantías individuales reconocidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 20, apartado A), y derechos establecidos en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sonora (129 bis).

Dentro de esos derechos fundamentales se encuentra el de tener una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de con-

¹² García Ramírez, Sergio, *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa 2004, p. 88.

¹³ *Ibidem*, p. 52.

¹⁴ *Cfr.* Castillo Soberanes, Miguel Ángel, *El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 35-38.

fianza, en el caso de no contar con ninguno de los anteriores se le designa uno de oficio.

Enseguida mostraremos información relacionada con algunos casos en que el indiciado ejerce esta garantía individual en la etapa de la averiguación previa. La anterior información proviene de un trabajo documental que realizamos, tomando como objeto de estudio expedientes penales.

II. ANÁLISIS DE DATOS

1. *Nombramiento del defensor de oficio*

En la revisión y estudio de 40 expedientes, en nueve de ellos se nombró, por parte del indiciado, a una persona de su confianza para fungir como su defensor.¹⁵

En lo concerniente al nombramiento de defensor de oficio, en la declaración ministerial del indiciado, de 40 expedientes, en 25 el indiciado nombró defensor de oficio para que llevara a cabo la defensa en la etapa de averiguación previa,¹⁶ y sólo en seis se nombró defensor particular por parte del indiciado.¹⁷

¹⁵ En el caso de los expedientes instruidos en la ciudad de Hermosillo, Sonora; de los 20 expedientes, en seis, el indiciado al momento de rendir su declaración ministerial nombró persona de confianza (en tres se trató de un familiar, y en los otros no se especifica la relación con el indiciado). Por lo que toca al juzgado con sede en Ciudad Obregón, de los 10 expedientes, en dos el indiciado nombró persona de confianza en la declaración ministerial del indiciado (hermano y un amigo). En el juzgado con sede en Nogales, de los diez procesos revisados; en uno se nombró persona de confianza (esposa del indiciado).

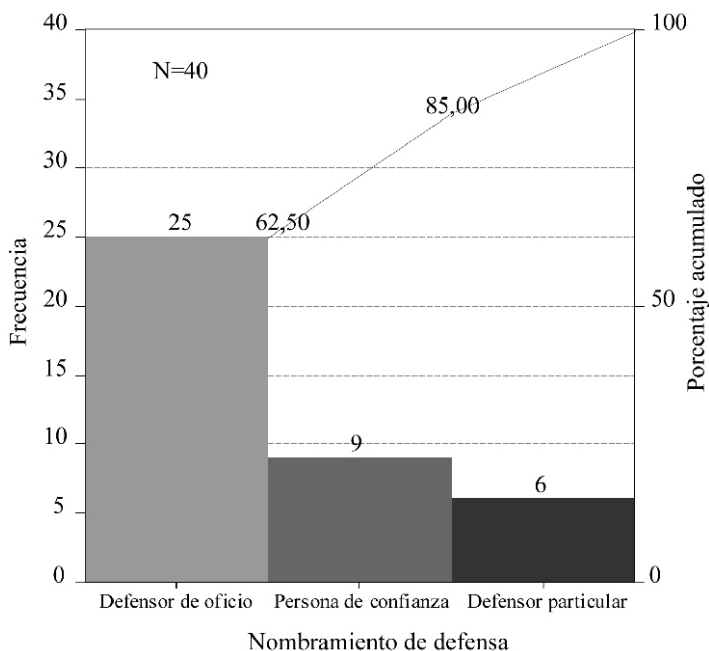
¹⁶ De los 20 expedientes revisados en Hermosillo, en 11 el indiciado nombró defensor de oficio para que llevara la defensa. En el juzgado de Ciudad Obregón, de los 10 expedientes revisados, en siete se nombró defensor de oficio por parte del indiciado. En el juzgado de Nogales, de los 10 expedientes analizados, en siete el nombramiento recayó en el defensor de oficio.

¹⁷ Por lo que toca a Hermosillo, en cuatro casos se nombró defensor particular (en un caso, el codetenido nombró persona de confianza). Con relación a Ciudad Obregón, en un solo caso se nombró defensor particular, de igual forma pasó en Nogales.

Como puede apreciarse, en la mayoría de los casos el indiciado opta por nombrar defensores de oficio.

En un segundo término, los indiciados optaron por nombrar a personas de confianza. Un número reducido se decidió por defensores particulares.

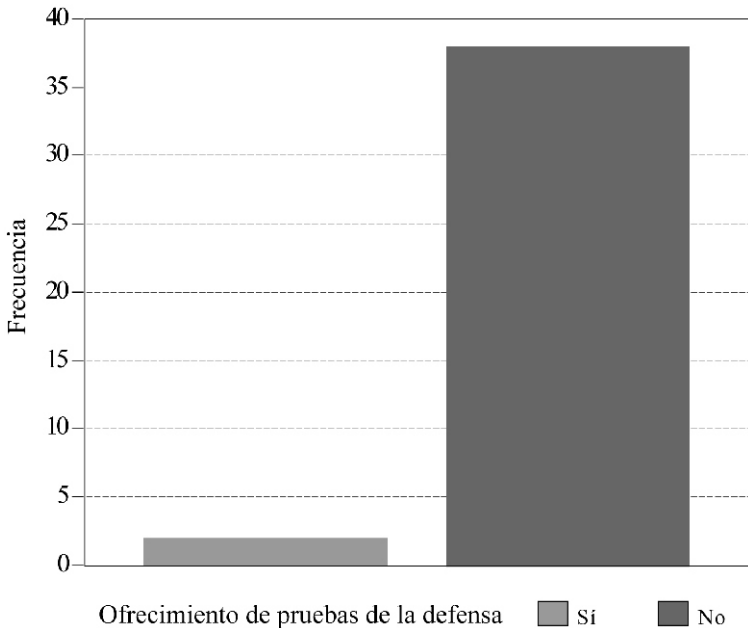
En el diagrama de Pareto,¹⁸ se puede observar la frecuencia en cada uno de los nombramientos, así como la acumulada. La primera opción de defensa (defensor de oficio) representa el 65% del total, y éste corresponde a 25 expedientes; así, junto con la opción del nombramiento de persona de confianza (nueve expedientes) representa el 85% del total. Por consiguiente, únicamente el 15% de los nombramientos son otorgados al defensor particular.



¹⁸ El Diagrama de Pareto es una herramienta que se utiliza para priorizar e identificar el problema, y las causas que lo generan.

2. Ofrecimiento de pruebas de la defensa

Si se atiende al contenido expreso del artículo 20, apartado A, fracción V de la CPEUM y 129 bis, fracción II, inciso e, del CPPEs, el indiciado tiene el derecho de ofrecer pruebas durante la etapa de averiguación previa. Con relación a su ejercicio, los resultados de la muestra son: del total de expedientes analizados, correspondientes a los tres juzgados penales con sedes en Hermosillo, Ciudad Obregón y Nogales; en los dos últimos, la defensa (de un total de 20 procesos, 10 por cada juzgado) no ofreció pruebas, y en el caso de Hermosillo (de un total de 20 procesos), sólo en dos averiguaciones previas, el defensor sí ofreció pruebas. En el primer caso se ofrecieron cuatro declaraciones testimoniales, aunque se desahogaron sin la asistencia de la defensa. En el segundo caso se ofreció un testigo de descargo, se desahogó la prueba en la etapa ministerial, pero la defensa tampoco compareció a dicha diligencia.



Es importante señalar que en los casos excepcionales en los que se ejerció esta garantía individual, el Ministerio Público no le permitió al defensor estar presente en el desahogo de dichas pruebas, a pesar de que él mismo las había ofrecido.¹⁹

3. Comparecencia de la defensa en el desahogo de pruebas

De acuerdo con los artículos 20, apartado A, fracción IX de la CPEUM, y 129 bis, fracción III, inciso c del CPPES, dentro de la averiguación previa el indiciado también tiene derecho a que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas, y cuantas veces se le requiera.

En términos generales, el Ministerio Público puede integrar la averiguación previa de dos formas:

A. Primera forma

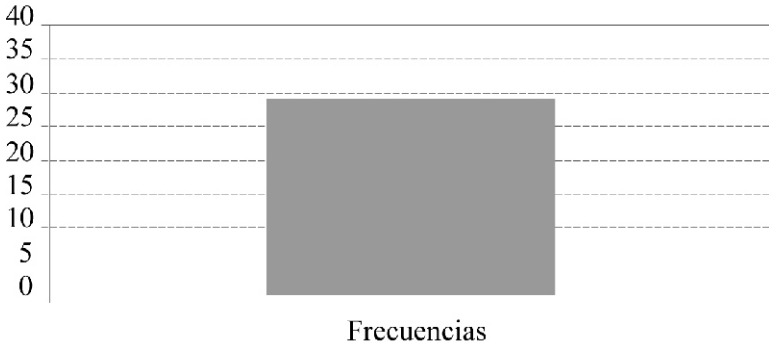
Practica la declaración ministerial del indiciado, y posteriormente desahoga pruebas (testimoniales, ratificación de parte informativo, entre otras) hasta acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal.

De la muestra tomada de los diversos juzgados penales, en siete casos el Ministerio Público desahogó pruebas después de la declaración ministerial, sin permitir la comparecencia (participación) de la persona de confianza encargada de llevar a cabo la defensa.²⁰

¹⁹ En uno de los dos casos, la defensa sí compareció en el desahogo de una prueba, pero no en todas las ofrecidas por el propio defensor durante la averiguación previa.

²⁰ De los seis expedientes analizados, del juzgado con sede en Hermosillo donde se nombró persona de confianza, en cinco de ellos se desahogaron pruebas después de la declaración ministerial del indiciado. En el juzgado con sede en Ciudad Obregón, en dos casos se llevó a cabo desahogo de pruebas, después de la declaración ministerial; sin embargo, en ninguna de ellas estuvo la defensa (persona de confianza). En el juzgado con sede en Nogales, en el único caso

Desahogo de pruebas después de la declaración ministerial sin comparecencia del defensor



De los 25 expedientes analizados en los que se nombró defensor de oficio, en 19 se llevaron a cabo desahogo de pruebas después de la declaración ministerial del indiciado; sin embargo, la defensa no compareció en su desahogo.²¹

En los seis casos en que el indiciado nombró defensor particular, en cuatro se desahogaron pruebas después de su declaración ministerial, sin la comparecencia de la defensa.

En 29 averiguaciones previas, de las 40 revisadas, se desahogan pruebas después de la declaración ministerial del indiciado, sin la comparecencia del defensor.²²

de los diez procesos analizados donde se nombró persona de confianza, no se desahogaron pruebas después de la declaración ministerial del indiciado.

²¹ En el juzgado con sede en Hermosillo, de los 11 casos de nombramiento de defensor de oficio, en siete de ellos se presenta dicha manera de integrar la averiguación previa. En el juzgado penal con sede en Ciudad Obregón, en los siete casos en que se nombró defensor de oficio, después de la declaración ministerial se desahogaron diligencias sin asistencia de la defensa. En el juzgado penal con sede en Nogales, de los siete expedientes donde se nombró defensor de oficio, en cinco se desahogaron diligencias probatorias sin participación de la defensa.

²² En Hermosillo, de cuatro averiguaciones previas en las que se nombra defensor particular, en tres de ellas se desahogaron diligencias probatorias des-

Un caso excepcional ocurrió en el expediente 01/05, pues la defensa sí estuvo presente (careos), pero no en todas las pruebas desahogadas (testimoniales ofrecidas por la propia defensa).

B. *Segunda forma*

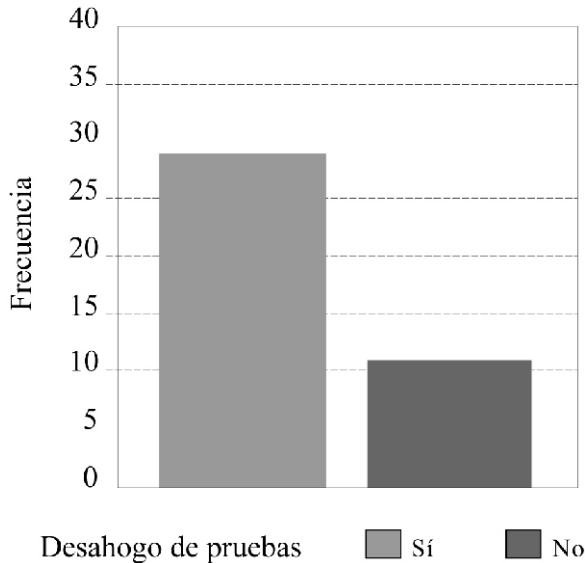
El Ministerio Público recibe la denuncia (en ocasiones de un testigo presencial de los hechos), las testimoniales de cargo, ratifica el parte informativo, ordena la ratificación de peritaje, entre otras, y al final desahoga la declaración ministerial del indiciado, e inmediatamente, si hay elementos para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ejercita acción penal.

Esta forma de integración no permite al indiciado ejercer su garantía individual, consistente en que el defensor comparezca en el desahogo de pruebas durante la etapa de averiguación previa, ya que difícilmente el Ministerio Público desahoga pruebas después de la declaración ministerial, primero porque no lo estima necesario, pues ya se practicaron las pruebas necesarias para demostrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal, y, segundo, el término (en los casos de averiguación previa con detenido) es muy reducido, por lo que tiene que ejercitar acción penal.

De la muestra levantada (40 expedientes), en 11 de ellos no se desahogan pruebas después de la declaración ministerial.²³

pues de la declaración ministerial. En Ciudad Obregón, en el único caso donde el indiciado nombró defensor particular, no se desahogaron pruebas después de la declaración ministerial del indiciado. En Nogales, el único caso en el que se nombra defensor particular, sí se desahogaron pruebas después de la declaración ministerial. En tres procesos hubo codetenidos en la etapa de averiguación previa, y por ende, dos nombramientos por cada caso de personas de confianza, dos defensores de oficio y un defensor particular.

²³ Persona de confianza: En Hermosillo, de las seis averiguaciones previas donde se nombró persona de confianza, en dos se presenta la situación planteada. En Ciudad Obregón, de las dos averiguaciones previas no se presenta tal supuesto. En Nogales, en el único caso de nombramiento de persona de con-



4. *Ejercicio de las garantías individuales de la víctima u ofendido del delito en la etapa de la averiguación previa*

Del análisis de casos, en ninguno existe constancia de que el ofendido o víctima del delito haya solicitado información sobre el desarrollo de la averiguación previa. Lo anterior no significa que el Ministerio Público no la haya brindado o que la víctima u ofendido no la haya solicitado, sólo se hace hincapié de que no

fianza, sí se presenta dicha situación. Defensor de oficio: de los 11 expedientes analizados, en Hermosillo en cuatro averiguaciones previas se presenta dicha situación. De siete expedientes revisados en Ciudad Obregón, en ninguno se advierte esta forma de integración de la averiguación previa. En Nogales, de los siete expedientes donde se nombra defensor de oficio, en dos se presenta dicha forma de integración. Defensor particular: en Hermosillo, de los cuatro expedientes donde se nombra defensor particular, en un solo caso se presenta el supuesto. En Ciudad Obregón, en el único caso de nombramiento de defensor particular sí se presenta dicho fenómeno. En Nogales, en el único caso de nombramiento de defensor particular, no se presenta esta situación.

existe constancia sobre el ejercicio de la garantía individual contenida en el artículo 20, apartado B de la CPEUM. Este derecho además se establece en el artículo 142, fracción I del CPPES.

En relación al derecho de coadyuvar con el Ministerio Público, y proporcionar pruebas directamente o por medio de aquél que conduzcan a demostrar los elementos del delito, así como la existencia y el monto de la reparación del daño y perjuicios (artículo 142, fracción II del CPPES), en un solo caso de los 40 analizados, la víctima u ofendido nombró a un asesor particular para que coadyuvara con el Ministerio Público e inclusive presentó pruebas a éste para demostrar los elementos del delito. Asimismo, en una averiguación previa, el ofendido proporcionó datos al Ministerio Público, los cuales fueron incorporados a la investigación (artículo 20, apartado B, fracción II de la CPEUM).

En casos excepcionales, la víctima u ofendido proporcionó facturas o documentos necesarios para la fijación del monto de la reparación del daño y perjuicios, ya que en la mayoría de los casos analizados (robo), se recuperaron los objetos materia de delito.

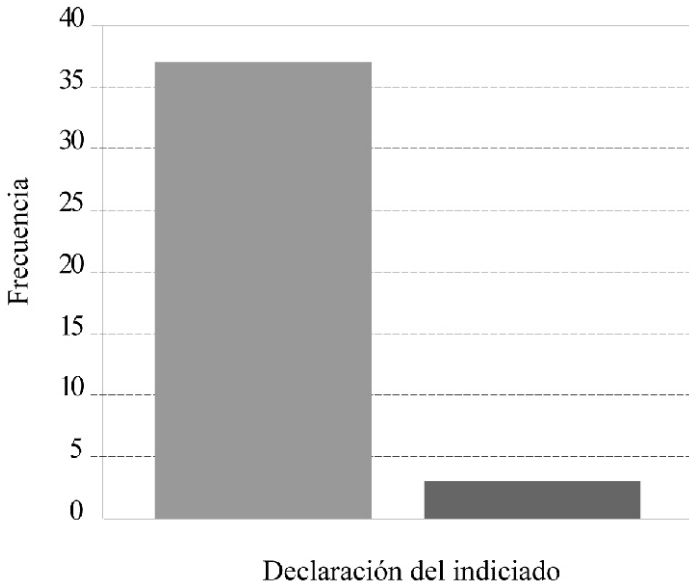
En lo relativo al derecho de la víctima u ofendido (cuando son menores de edad) a no ser obligados a carearse con el inculpado, cuando se trate de los delitos de violación o secuestro, en un solo caso, de los 40 analizados, se presentó tal supuesto; es decir, el defensor en la etapa de averiguación previa ofreció careos, los cuales se celebraron a pesar de que la víctima no estaba obligada a ello según el texto constitucional.

En lo correspondiente a las demás garantías individuales, como son, por ejemplo, el de recibir atención médica o psicológica de urgencia, no existe constancia en el expediente de su aplicación.

5. Consignaciones sin tomar declaración del indiciado

De los 40 procesos analizados, en tres se ejerció acción penal sin desahogar la declaración ministerial del indiciado.

A continuación vemos la siguiente tabla donde nos muestra los porcentajes.



Se trató de asuntos en los que se integró averiguación previa sin persona detenida y, por consiguiente, se solicitó orden de aprehensión.

III. OBSERVACIONES

Respecto al ejercicio de la garantía individual de nombrar defensor, resulta de suma importancia que este último pueda brindar una defensa completa, oportuna y competente.

El cumplimiento de lo anterior, sin embargo, en lo que se refiere al sistema de justicia penal sonoreNSE, no es del todo satisfactorio, según se desprende del estudio de casos realizado para analizar el desempeño de la defensa, sobre todo cuando se nombra como defensor a una persona de confianza en la etapa de averiguación previa, ya que dicha persona difícilmente puede considerarse con aptitudes para llevar a cabo funciones de defensor, debido a que adolece de formación profesional, y ello lo imposi-

bilita —en la mayoría de los casos— a llevar a cabo dicho cargo en forma apropiada.

Un sector de la doctrina opina que una persona de confianza no garantiza una defensa adecuada. Zamora Pierce señala:

Como resultado de la reforma constitucional de 1993, la fracción IX otorga al inculpado el derecho a una defensa adecuada: es difícil comprender lo que este adjetivo viene a exigir. Tampoco queda claro en qué forma garantizará el Estado que la defensa sea adecuada. Si acaso la Constitución exigiera que el defensor fuera, necesariamente abogado, podríamos entender que calificara de adecuada la defensa realizada con pericia, por quien conoce el derecho y ésta sujeto a los principios de la ética profesional; pero, dado que la Constitución permite al inculpado confiar su defensa a una persona de confianza, no profesional e ignorante del derecho, al exigir que la defensa sea adecuada, pareciera que nuestra norma fundamental otorga un derecho sin imponer las condiciones para hacerlo efectivo.²⁴

Sergio García Ramírez afirma que “la persona de confianza es un asistente moral, un acompañante calificado, pero no un asistente jurídico”.²⁵

A la persona de confianza no se exige tener conocimientos jurídicos, inclusive puede ser analfabeta y tener la responsabilidad de defender al indiciado, pues la fracción IX, del artículo 20 constitucional, no establece requisito alguno para fungir como tal. Tiene además, en su calidad de defensor, la responsabilidad de llevar una defensa adecuada, lo cual es poco probable que ocurra, toda vez que carece (en términos generales) de conocimien-

²⁴ Zamora Pierce, Jesús, *Garantías del proceso penal*, 11a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 269.

²⁵ García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, México, Porrúa, 1995, p. 107.

tos necesarios para desenvolverse en forma apropiada, jurídicamente, en beneficio del indiciado.²⁶

Bernardo León Olea estima que:

La figura de “persona de confianza” pudo haber sido una figura necesaria en el pasado o en zonas muy remotas donde no hubiera abogado profesional; sin embargo, hoy en día se ha convertido en una perversión de la defensa, ya que ha sido usada en muchas ocasiones (documentadas) como una forma de inhibir la defensa profesional para los imputados, particularmente en la averiguación previa, donde se obtienen las declaraciones que sirven, en gran parte de los asuntos para dictar una sentencia condenatoria.²⁷

Recientemente, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitieron una jurisprudencia en la cual afirman que el defensor del indiciado no necesita ser profesional del derecho o que tenga relación estrecha o afinidad con aquél (en los casos de nombramiento de persona de confianza).²⁸ Lo anterior implica que el nombramiento de persona de confianza puede recaer en un desconocido, lo cual es una contradicción.

Por lo que toca al derecho del indiciado de ofrecer pruebas, se encuentra expresamente previsto en los ordenamientos jurídicos siguientes:

Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

(Constitución general, artículo 20, apartado A, fracción V).

²⁶ Guillén López, Raúl, *op. cit.*, nota 3, p. 122.

²⁷ León Olea, Bernardo, “Justicia penal y reformas penales constitucionales”, en García Ramírez, Sergio *et al.* (coord.), *La reforma a la justicia penal*, México, UNAM, 2006, p. 48.

²⁸ Tesis II.2o.P. J/19, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXIII, mayo de 2006, p. 1524.

Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca, y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda y, concediéndosele el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en entorpecimiento o dilación de la averiguación previa, y las personas cuyo testimonio ofrezca se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado o su defensor, el juzgador en su oportunidad resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas...

(Código de Procedimientos Penales del Estado de Sonora, artículo 129 bis, fracción III, inciso e).

Sin embargo, como se desprende del estudio de casos, el derecho a ofrecer pruebas por parte del indiciado en la etapa de averiguación previa es, generalmente, inexistente en cualquiera de las formas en las que el Ministerio Público integre la averiguación previa con persona detenida. En los casos en los que se integra sin persona detenida, de los tres asuntos que se presentaron, en ninguno la defensa ofreció pruebas, ni siquiera se tomó la declaración del indiciado.

En otro sentido, el derecho del indiciado a que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas durante la etapa de averiguación previa, se encuentra debidamente regulado en los artículos siguientes:

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

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa en los tér-

minos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

(Constitución general, artículo 20, apartado A, fracción IX).

Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato, en la siguiente forma:

...

III. Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente, en la averiguación previa, de los siguientes:

...

c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa y cuantas veces se le requiera.

(Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sonora, artículo 129 bis).

Si se atiende al estudio de casos revisados, el respeto de este derecho en Sonora es nulo.

En los casos en que el Ministerio Público dejó para el final de la averiguación previa el desahogo de la declaración ministerial del indiciado, en ninguno el defensor compareció al desahogo de pruebas practicadas en la averiguación previa, claro está, a excepción de su declaración ministerial. En los casos en que el Ministerio Público practicó pruebas después de la declaración ministerial del indiciado, el defensor de éste tampoco compareció al desahogo de pruebas.²⁹

En este último supuesto, todas estas pruebas se desahogaron violando garantías individuales del indiciado y derechos procesales, pues expresamente en la ley fundamental se establece su derecho a una defensa (adecuada), y que el defensor esté presente

²⁹ Sólo en una ocasión se le permitió al defensor estar presente en el desahogo de pruebas, pero no en la totalidad de pruebas desahogadas posteriormente a su declaración ministerial.

en el desahogo de pruebas (artículo 20, apartado A, fracciones IX y X). También con esta omisión se vulnera lo establecido expresamente en el artículo 129 bis, fracción III, inciso c, del CPPES.

Algunos ministros de la Suprema Corte de Justicia, en jurisprudencia, han afirmado que es factible cumplir con la garantía de defensa. Para corroborar lo anterior, se transcribe la tesis siguiente:

DEFENSA ADECUADA. DIFERENCIAS ENTRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LAS FRACCIONES IX y X, PÁRRAFO CUARTO, APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.

Una recta interpretación de lo dispuesto en las *fracciones IX y X, párrafo cuarto, apartado A, del artículo 20 constitucional*, permite deducir la existencia de significativas diferencias entre los alcances y efectos de las garantías de defensa adecuada consagradas en dichas fracciones; esto es así, porque jurídica y fácticamente existe imposibilidad para que ambas sean observadas en igualdad de circunstancias, en virtud de que el campo de su aplicación pertenece a fases procedimentales distintas, además de que se rigen por reglamentaciones específicas contenidas en los artículos 128 y 160 del *Código Federal de Procedimientos Penales*. En efecto, para el ejercicio de esta prerrogativa constitucional en la fase indagatoria de un proceso penal federal, no es factible jurídica ni materialmente que esa garantía pueda ser exigible, y existan condicionantes reales para que su otorgamiento pueda hacerse antes del desahogo de la diligencia de declaración inicial a cargo de los inculpados y, por tanto, el mandato constitucional que obliga a la designación de abogado o persona de su confianza que los asista durante el desahogo de todas las diligencias ministeriales que al respecto sean practicadas en esta fase previa, debe ser interpretado en forma sistemática y lógica, no literal, a fin de que tenga la debida consistencia jurídica, pues es inconcuso que existe imposibilidad real y objetiva para que esta garantía sea observada en aquellas diligencias probatorias que ya hubiesen sido desahogadas con antelación, en razón de que únicamente cuando se llega a ese estado procedi-

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

Amparo directo en revisión 198/99. 21 de junio de 2000. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Amparo directo en revisión 1050/2000. 14 de febrero de 2001. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Javier Carreño Caballero.

Amparo directo en revisión 1012/2000. 4 de julio de 2001. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Javier Carreño Caballero.

Amparo directo en revisión 251/2002. 30 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Martha Llamille Ortiz Brena.

Amparo directo en revisión 1317/2002. 12 de febrero de 2003. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Ismael Mancera Patiño.

Tesis1a./J.31/2003, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XVII, junio de 2003, p. 49.

Si bien se refiere al ámbito federal, puede tomarse para su aplicación en el caso aquí planteado por la similitud que presenta. No hay que pasar inadvertido que la jurisprudencia es obligatoria atendiendo al artículo 94 de la Constitución, y artículos 192, 193 y siguientes de la Ley de Amparo.

Por consiguiente, no se debió dar valor probatorio a dichas pruebas, ya que se realizaron irregularmente. Sobre el valor probatorio que debe concedérseles a las pruebas practicadas ilícitamente, Carlos Rioseco señala:

Es inconcuso que para la obtención y desahogo de las pruebas y diligencias de materia penal, trátese de averiguación previa o proceso, las autoridades no sólo deben respetar los derechos que como garantías individuales se encuentran consignados a favor de los gobernados, sino que las atribuciones y facultades de la autoridad deben desempeñarse con estricto apego a la normatividad existente, ya que cualquier violación, de acuerdo con los criterios de nuestros tribunales, traerían como consecuencia que el vicio de origen impida otorgarle valor probatorio, ya que necesariamente serán ilícitas, por tanto, no aptas para enervar la presunción de inocencia a favor del inculgado.³⁰

A pesar de lo anterior, a dichas pruebas el Ministerio Público les concedió valor probatorio y ejerció acción penal. El juez las tomó en consideración al momento de dictar el auto de formal prisión y la sentencia.

³⁰ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2003, p. 318.

Hay otros problemas que se presentan o pueden presentarse en torno a la defensa en la etapa de averiguación previa:

Si se atiende a las disposiciones mencionadas, parecería superado el problema de la indefensión en la averiguación previa, que fue una constante en los tiempos en que el Ministerio Público era absoluto en esta fase procedimental, y no existía posibilidad de defensa alguna.

Sin embargo, la realidad es diferente, porque a pesar de los avances logrados en especial por la Defensoría Pública Federal a partir de la vigencia de la nueva ley, aún existen resistencias a permitir la plena actuación que garantice la defensa adecuada que ordena el mandato constitucional...

Por otra parte, no se permite que el defensor público tenga acceso inmediato al detenido para hacerle saber que puede ser patrocinado gratuitamente en la averiguación previa, haciéndose crítica la obligación de hacerle saber de inmediato el derecho a tener una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza, ni le designa desde luego al defensor público para que pueda intervenir en el desahogo de las pruebas y tener acceso al expediente.

Es común que el Ministerio Público, con ese control absoluto que tiene de la averiguación, asienta que hizo saber sus derechos al inculpado y éste se reservó el derecho de designar defensor, lo que no corresponde a la realidad, y sólo es una argucia para evitar acciones de defensa, pues no debe perderse de vista que si esa reserva fuera cierta, para cumplir con el mandato de la Constitución y la ley su obligación ante la falta de nombramiento por el indiciado, es la de designarle al defensor público para que proceda a hacerse cargo de su defensa.

La intención es que la designación del defensor se haga hasta en el momento en que el indiciado rinda su declaración ministerial, tomándosela cuando está por vencer el plazo para determinar si ejercita o no la acción penal, lo que anula toda posibilidad de defensa, pues para ese entonces, por una parte, las actuaciones ya están practicadas, y por otra, no hay posibilidad material

de que el defensor ofrezca y desahogue pruebas como la testimonial, la pericial y los careos.

En otro aspecto, el Ministerio Público aprovecha la posibilidad constitucional y legal de que el indiciado se defienda a través de una persona de confianza, sugiriéndole que es conveniente que así lo haga, e incluso imponiéndole como tal a quien a veces ni siquiera conoce al propio indiciado.³¹

Si bien se hace alusión a lo que ocurre en el ámbito federal, cabe resaltar que el modelo procesal penal federal es similar al que tiene Sonora, por ende, los problemas que presenta o puede presentar son susceptibles de observarse en nuestro estado.

Finalmente, con relación al valor probatorio que se le concede a las pruebas desahogadas en la etapa ministerial y a la forma en que se desahogaron, prácticamente sin presencia de la defensa, en secreto y ante una autoridad que a la vez se convierte en parte acusadora, y desde luego, sin intervención del juez, un sector de la doctrina ha manifestado su postura criticando dicha situación. Por ejemplo, el magistrado Ricardo Ojeda Bohórquez afirma que:

Actualmente la gran mayoría de las pruebas se desahogan en forma unilateral en la averiguación previa ante el Ministerio Público, y aún así la ley les otorga valor probatorio; en delitos graves es justificable, porque normalmente el inculpado se encuentra evadido a la acción de la justicia. Las pruebas que no son irrepetibles deberían tener valor sólo para llamar al inculpado a juicio, en orden de aprehensión, comparecencia, plazo constitucional, pero no para sentencia, pues éstas sólo deben tener valor si se desahogan o ratifican ante el juez.³²

³¹ Esquinca Muñoa, César, “Aspectos de la procuración de justicia y la defensa penal”, en García Ramírez, Sergio *et al.*, *op. cit.*, nota 27, pp. 191 y 192.

³² Ojeda Bohórquez, Ricardo, “Reforma al procedimiento penal”, en García Ramírez, Sergio *et al.*, *op. cit.*, nota 27, p. 201.

Juventino V. Castro estima:

...absurda esta práctica, pues si suponemos que tiene un valor probatorio pleno una prueba desahogada ante el Ministerio Público, se estaría predisponiendo al juez a dicha valoración, y por consiguiente, el Ministerio Público invade la función decisoria del juez, que no le corresponde, y se vuelve a los tiempos en que un solo órgano es juez y parte en el proceso.³³

Miguel Ángel Castillo Soberanes afirma:

Pues bien, es en la fase investigatoria donde el Ministerio Público actúa como autoridad y en donde la fuerza probatoria de las diligencias que practica tiene la misma fuerza y el mismo valor que las diligencias que se practican ante el juez, según hemos señalado. El juez, en este sentido, al imponer una pena, tiene que atenerse a la valoración de la prueba que hace un agente del Ministerio Público; en efecto, si se supone que las diligencias practicada por el Ministerio Público tienen un valor probatorio pleno, estamos construyendo al juez a la valoración que de ella ha hecho el órgano acusador, y volviendo a los tiempos del sistema inquisitorio en que un solo órgano es juez y parte en el proceso, lo cual es absurdo, ya que si el Constituyente de 1916-1917 tuvo extraordinario empeño en quitarle al juez sus funciones inquisitoriales que lo convertían simultáneamente en acusador y en parte, por el contrario se consideró conveniente que tales funciones las asumiera en lo sucesivo el Ministerio Público, pues resulta claro que éste, durante la averiguación previa, actúa por sí y ante sí, con carácter de autoridad decisoria, y hace lo mismo que antes hacían los jueces; es decir, por una parte recaba en su oficio las pruebas de cargo, y, por otra, debe emitir un juicio de valoración razonada sobre dichas pruebas, a efecto de determinar si ejerce o no la acción penal en contra del acusado, por lo

³³ Castillo Soberanes, Miguel Ángel, *El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*, 2a. ed., México, UNAM, 1993, p. 68.

que el Ministerio público realiza funciones de juez y parte, actuando en forma inquisitorial.³⁴

Renato Sales Heredia afirma que con la averiguación previa está prácticamente armado el proceso penal, y lo que ocurre ante el órgano judicial, en muchos de los casos, es inútil:

Llegamos así, pues, al vicio mayor, vigente del sistema. Para acreditar el bendito cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, el Ministerio Público actúa como un parajuez: ante el Ministerio Público declaran testigos, se aportan documentales, se desahogan periciales, se designan peritos terceros, se cita, sí, al inculpado, pero se les cita en muchas ocasiones tan sólo para cubrir la audiencia. El Ministerio Público desahoga ante sí mismo las pruebas, y ante sí y por sí las valora. Es el caso que cuando el expediente por fin se consigna ante el juez, cuando se ejerce la acción penal, mide dos metros, está prácticamente armada y preconstituida una verdad en la que evidentemente no existió publicidad ni contradictorio. Y ¿cómo se daría en contradictorio si el Ministerio Público, si bien la autoridad en la averiguación pasará a constituir parte en el juicio? ¿Y acaso, diría Calamandrei, puede concebirse una parte que no sea parte, esto es, puede concebirse una parte imparcial?

Lo cierto es que el Ministerio Público, tanto en la averiguación como en el proceso, se conduce como órgano de acusación y, de esta forma, la defensa, en la averiguación previa, se encuentra desarmada ante quien es, digámoslo así, para juez y para parte. Y aquí, parafraseando a Radbruch, vale decir, que si el que acusa resuelve, el acusado necesita a Dios por defensor.

Y esta actividad parajudicial del Ministerio Público, que tiene en sus manos toda una etapa procesal, representa, sin duda, un atentado a la división formal de poderes, pues el Poder Ejecutivo hace el poder de judicial.³⁵

³⁴ *Ibidem*, p. 74.

³⁵ Sales Heredia, Renato, "Modernización del Ministerio Público", en García Ramírez, Sergio y Vargas Casillas, Leticia A. (coords.), *Las reformas*

Se han realizado estudios empíricos en otras entidades federativas sobre el funcionamiento del sistema de justicia penal, los cuales resultan pertinentes citar, ya que se trata de modelos procesales similares al de Sonora. Los problemas que concurren en dichos modelos también se presentan en Sonora, aunque con algunas variantes.³⁶

penales de los últimos años en México (1995-2000), México, UNAM, 2001, p. 212.

³⁶ Caballero Juárez, José Antonio y Natarén Nandayapa, Carlos F., “El malestar en el proceso”, *Criminalia*, núm. 3, 2004.