



I. Aspectos conceptuales básicos . . . . .	33
II. Análisis de datos . . . . .	35
1. Pruebas ofrecidas por el Ministerio Público . . . . .	35
2. Desempeño del defensor en el periodo de instrucción . . . . .	38
3. Actividad del Ministerio Público y la defensa . . . . .	39
4. Aplicación del principio de inmediación . . . . .	40
5. Aplicación del principio de publicidad . . . . .	41
III. Observaciones . . . . .	43

## CAPÍTULO TERCERO

### ETAPA DE LA INSTRUCCIÓN

#### I. ASPECTOS CONCEPTUALES BÁSICOS

*Instrucción:* comprende las diligencias practicadas en los tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos, y la responsabilidad o no de los inculpados.

*Juez:* como una emanación de su soberanía, el Estado ejerce la función de administrar justicia, en la que es necesaria la intervención de hombres, que, en ejercicio de una función, realizan la actividad de juzgar con la característica principal de ser imparciales. Dicha función la delega el Estado en el juez, sujeto investido de poderes excepcionales, con la atribución principal de aplicar la ley en el caso concreto. El juez posee además, como hemos visto, imperio y poder de decisión que lo convierte en el sujeto más importante de los que intervienen en el proceso, ya que es él quien establece la certidumbre sobre la justicia.<sup>37</sup>

*Ministerio Público:* en esta etapa, es el servidor público que funge como parte acusadora, su función es robustecer las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y la plena responsabilidad penal del procesado en la comisión del delito que se le atribuye.

*Defensa:* en esta etapa el defensor puede ser público (gratuito, pagado por el Estado) o, en su caso, particular (no se acepta la figura de la persona de confianza para desempeñar dicho cargo, co-

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 58.

mo ocurre en la averiguación previa); su función consiste en desvirtuar la acusación formal que hace el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional.

Las diligencias son públicas, y el juez tiene la obligación de estar presente en todas ellas, conforme lo marca la normatividad, debe celebrarse de acuerdo al principio de publicidad, es decir, no son secretas, a diferencia de la etapa de averiguación previa. Otra diferencia importante es la libertad y oportunidad de ofrecer pruebas, pues se cuenta con más tiempo para el desahogo de pruebas, y más control sobre la legalidad.

*Procedimiento sumario*: es el que se abre de oficio, después de dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso:

- I. Cuando se trate de delitos que tengan prevista pena alternativa o no privativa de libertad, y
- II. Cualquiera que sea la pena prevista, cuando se trate de delito flagrante o exista confesión del acusado ante la autoridad judicial o ratificación de la rendida ante el Ministerio Público.

En estos casos, a petición de cualquiera de las partes, se podrá optar por el procedimiento ordinario, siempre que se solicite dentro de los tres días siguientes al que se notifique la instauración del procedimiento sumario. También, se abrirá el procedimiento sumario a petición del procesado o defensor, siempre que no se trate de delito grave así calificado por la ley, cuando dictado el auto de formal prisión o sujeción a proceso, éste lo solicite dentro de los tres días siguientes a la notificación a cualquiera de estas resoluciones, y el Ministerio Público no se oponga, razonablemente, dentro de los tres días siguientes en que se le haga saber de esta solicitud.

Ordenada la apertura del procedimiento sumario, el juez procurará cerrar la instrucción en el término de treinta días, y citar a la audiencia prevista en el artículo 293, dentro del plazo de diez

días. En dicha audiencia, las partes deberán presentar sus conclusiones.

El auto de radicación o de inicio da origen a la etapa de instrucción donde el Ministerio Público —ya convertido en parte— perfecciona la investigación, la defensa interviene y el órgano jurisdiccional, a través de la prueba, conoce la verdad histórica y la personalidad del delincuente. Cuando esto último ocurre, está en posibilidad de decretar —en su caso— el auto de formal prisión, declarar cerrada la instrucción, y abrir el periodo de juicio.

## II. ANÁLISIS DE DATOS

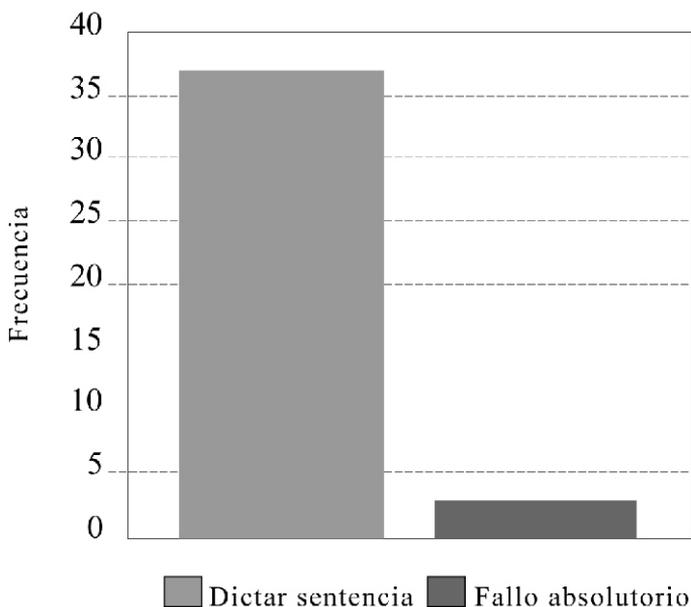
### 1. *Pruebas ofrecidas por el Ministerio Público*

En lo relativo a este punto, de los 40 expedientes revisados, en ninguno de ellos el Ministerio Público ofreció pruebas relacionadas para fortalecer los elementos probatorios que sirvieron de base para demostrar el cuerpo del delito y la plena responsabilidad penal.

En algunos procesos, ni siquiera hace preguntas en la declaración preparatoria, a pesar de que el procesado niega los hechos que se atribuyeron.

En 37 casos, los mismos elementos probatorios que sirvieron para demostrar la probable responsabilidad penal fueron suficientes para dictar sentencia, ya que el Ministerio Público no ofreció pruebas durante el periodo de instrucción. En tres casos, de 40 expedientes revisados, el fallo fue absolutorio.

La siguiente gráfica nos muestra las pruebas recabadas en la etapa de averiguación previa, suficientes para dictar sentencia:



En algunos casos, la tendencia a la inactividad se refuerza debido a que el inculpado, en la etapa ministerial, acepta la comisión del delito y ratifica su dicho en la declaración preparatoria. Los efectos que genera esta situación son que sólo se lleve a cabo la declaración preparatoria, y que si la defensa no ofrece pruebas en la etapa de instrucción, el juez no conozca a los testigos de cargo (en caso de que existan) ni a los agentes aprehensores que, en ocasiones, se convierten también en testigos cuando detienen en flagrante delito al inculpado.

Por consiguiente, una vez que el asunto llega a la etapa de proceso, la posibilidad de que se dicte sentencia es muy alta, tal y como se corrobora con los resultados de las entrevistas efectuadas a los jueces.

De los procesos que llevan, ¿qué porcentaje aproximado dictan sentencia condenatoria?:

Juez 1: “Por ejemplo, de los 50 expedientes que llevo, dicto cinco absolutorias”.

Juez 2:

El año pasado dicté 40 absolutorias, de 300 sentencias que dicté aproximadamente y se lo digo porque yo soy la que dicto más absolutorias del estado, somos tres los que estamos por encima de los demás, según las estadísticas que he revisado.

Hay que analizar si las pruebas que me sirvieron para dictar el auto de formal prisión son suficientes para sentencia, porque en ocasiones la defensa ya no presenta pruebas en la instrucción.

Juez 3:

De los casos que me llegan, por ejemplo, desde que llegué a este Juzgado, he dictado 53 sentencias en este mes y medio, y todas son condenatorias.

En materia penal litigan alrededor de 15 abogados, la gran mayoría de los casos —del 90% al 95%— corresponden al defensor de oficio, y sólo hay uno; a veces se le empalman las diligencias.

Hay un solo Ministerio Público para todos; si están presentes, de una diligencia saltan a la otra. Es una locura, para el Ministerio Público y el defensor de oficio, la carga laboral.

Inclusive los asuntos de querrela que llegan a dicha etapa procesal presentan una posibilidad elevada de llegar hasta sentencia, tal y como se desprende de las entrevistas realizadas a los jueces:

De los asuntos de querrela que llegan hasta la etapa de instrucción, ¿en cuántos no se llega a la etapa de sentencia?

Juez 1: “El 20% no llega a sentencia”.

Juez 2: “La mitad aproximadamente, porque vienen y otorgan el perdón”.

Juez 3: “El 50% de asuntos de querrela no llegan a sentencia”.

## 2. *Desempeño del defensor en el periodo de instrucción*

En suma, de los 40 procesos analizados, en 16 la defensa ofreció pruebas. Básicamente, fueron: a) Testigos de descargo, b) Careos entre el procesado y el testigo de cargo y c) Careos entre el procesado y agentes aprehensores.<sup>38</sup>

Hay algunos casos donde el descuido de la defensa es evidente; por ejemplo, en un proceso no se tomó la declaración ministerial del indiciado; sin embargo, en la declaración preparatoria, el procesado dijo que estaba de acuerdo con su declaración inicial, que ratificaba y reconocía la firma al calce por haber sido puesta de su puño y letra y no tenía más que manifestar, ello a pesar de que nunca rindió su declaración ante el Ministerio Público. En este proceso, el defensor de oficio no hizo preguntas en la declaración preparatoria.

Otra irregularidad que se puede apreciar en el proceso aludido, es la participación indebida del defensor público en la declaración preparatoria, pues no debió aceptar el cargo, atendiendo a que ya había asistido a un coincepado en la declaración ministerial, misma que sirvió de elemento probatorio para la acusación por parte del Ministerio Público.

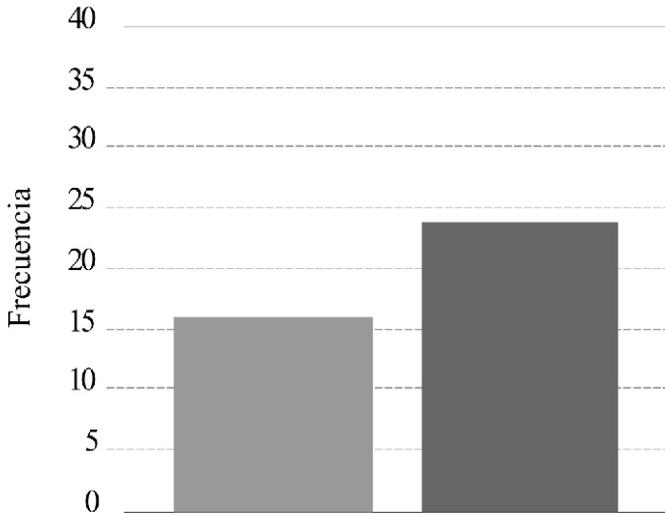
En la sentencia, el juez no hace referencia a la declaración ministerial del sentenciado (simplemente porque nunca se llevó a cabo), pero sí hace alusión a la declaración preparatoria, precisando que en dicha diligencia el procesado manifestó estar de acuerdo con el delito que se le imputa (lo cual es falso), pues el sentenciado sólo dijo que estaba de acuerdo con la declaración ministerial (que nunca se practicó).

La situación aquí expuesta es inverosímil en un Estado de derecho, y demuestra la falta de respeto a la garantía de defensa

<sup>38</sup> En Hermosillo, de los 20 expedientes revisados, en 10 la defensa ofreció pruebas de descargo. En Ciudad Obregón, de los 10 procesos examinados, en cuatro la defensa ofreció pruebas con el fin de desvirtuar los elementos probatorios presentados por el Ministerio Público en contra del inculcado. En Nogales, de los 10 expedientes analizados, en dos la defensa presentó pruebas tendientes a favorecer al procesado.

adecuada, establecida no sólo en la CPEUM sino también en el CPPES —artículo 129 bis—.

La siguiente gráfica nos muestra el desempeño del defensor de oficio:



Actividad del defensor     Ofreció pruebas     No ofreció pruebas

### 3. *Actividad del Ministerio Público y la defensa*

En ocasiones ni el Ministerio Público ni la defensa ofrecen pruebas durante la instrucción. Según la muestra, ello ocurrió en 24 procesos, de 40 analizados; por consiguiente, la única prueba que se desahogó en esa etapa fue la declaración preparatoria. En estos supuestos, el Ministerio Público no planteó preguntas ni en los casos que el procesado negó las conductas delictivas atribuidas.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> En Hermosillo, de los 20 expedientes analizados, en 10 la única prueba desahogada fue la declaración preparatoria. En Ciudad Obregón, de los 10 expedientes revisados, en seis no se desahogó ninguna prueba más, excepto la de-

En todos estos procesos (24 en total) el Ministerio ni la defensa ofrecieron pruebas durante el periodo de instrucción, por ello, el juez no conoció a los testigos de cargo, agentes aprehensores (a veces testigos cuando hay flagrancia), peritos, y sólo conoció a la víctima u ofendido, cuando le leyó sus derechos conforme al artículo 142 del CPPES (aunque no en todos los casos, ya que en ocasiones no se presentó al juzgado).

#### *4. Aplicación del principio de inmediación*

En cuanto a la aplicación del principio de inmediación, es decir, que todas las pruebas se desahoguen ante la presencia del juez, según al estudio realizado, en los 40 procesos, las pruebas para acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad penal fueron desahogadas ante el juez y su secretario en la etapa de instrucción, pues en las constancias escritas aparecen las firmas de ambos servidores públicos, por consiguiente, desde el punto de vista formal, se cumplió con el principio de inmediación de conformidad con los artículos 20, apartado A, fracciones III y IV de la CPEUM, y 21 primer párrafo del CPPES.<sup>40</sup>

Sin embargo, se cuestionó a los jueces visitados: ¿la carga laboral permite al juez estar presente en el desahogo de las pruebas, de conformidad con el principio de inmediación?, y los resultados fueron los siguientes:

Juez 1: “No siempre, sólo en la parte toral de la diligencia, cuando el asunto es delicado”.

Juez 2:

No en todas, pero sí en la mayoría de ellas; trato de estar presente, según la relevancia del caso, la carga laboral en ese momento

claración preparatoria. En Nogales, de los 10 expedientes que fueron objeto de análisis, en ocho la única prueba desahogada fue la declaración preparatoria.

<sup>40</sup> En las constancias que integran la averiguación previa, aparecen las firmas del Ministerio Público y del secretario de Acuerdos.

y la exigibilidad de las partes, para que yo esté presente en la diligencia.

Aproximadamente, de un 60% a un 70% estoy en las diligencias, en el resto prácticamente no, porque es imposible estar en todas, aunque tengo conocimiento de las partes. Si no tuve oportunidad de conocerlos, en la audiencia de derecho tengo a la vista a todos. En ocasiones, piden audiencia y los atiendo.

Juez 3: “Sólo el 20%, y las más trascendentes serían declaraciones de delitos graves y audiencias de derecho”.

Tal y como lo demuestran las respuestas de los jueces entrevistados, es posible que se desahoguen pruebas sin presencia del juez, en cuyo caso se incurre en “irregularidades” solapadas por el secretario de acuerdos, el defensor y el propio Ministerio Público adscrito.

Dicha situación es violatoria al principio de legalidad, ya que se incumple con lo dispuesto en el artículo 20, apartado A, fracciones III y VI de la CPEUM. Asimismo, es causal de reposición del procedimiento.<sup>41</sup>

### *5. Aplicación del principio de publicidad*

Las normas constitucionales del sistema de justicia penal mexicano establecen la publicidad para la etapa de proceso llevada ante el juez, tal y como se desprende del artículo 20, apartado A, fracciones III y VI de la CPEUM.

Las normas procesales contenidas en el CPPES regulan este principio penal convertido en garantía individual en las disposiciones contenidas en los artículos 88 al 95.

Con el propósito de verificar si se cumple con dicha garantía individual se realizó una visita a las instalaciones de tres juzga-

<sup>41</sup> Este tipo de irregularidades también pueden presentarse en la etapa de averiguación previa, esto es, que el Ministerio Público no esté presente en el desahogo de pruebas, y que a pesar de ello firme la diligencia.

dos penales en Hermosillo, Ciudad Obregón y Nogales, en los cuales se observó que no existen condiciones adecuadas para el total cumplimiento de la publicidad reconocida en los tratados internacionales firmados por México. Lo anterior, debido a que los lugares donde se desahogan las audiencias “públicas” no son amplios ni ventilados, mucho menos se cuenta con una estructura para que los ciudadanos puedan asistir, si no cómodamente, por los menos en condiciones mínimas que permitan su participación (presencia) al momento de que los jueces imparten justicia.

Inclusive, el Ministerio Público, la defensa, la víctima u ofendido, el inculpado y el propio juez no cuentan con un espacio específico y adecuado para participar en las audiencias celebradas por el juez. Por ello, a éste, en una audiencia, se le puede confundir con las otras partes del proceso o con el propio secretario que muchas veces lleva la audiencia.

Sobre la aplicación de este principio, a los jueces visitados se les cuestionó: ¿la infraestructura del juzgado es la adecuada para el principio de publicidad?, y los resultados fueron los siguientes:

Juez 1: “No”.

Juez 2:

Yo creo que en ese aspecto sí nos falta, hemos avanzado bastante. Antes la situación estaba peor, tenía un solo cuarto donde entraban los presos para que se les tomaran sus declaraciones; era totalmente infuncional.

De los tres juzgados que hay en esta ciudad, éste es el mejor, los otros dos tienen condiciones menos favorables. Antes tenía dos secretarías en un solo cuarto pequeño, y se empalmaban las audiencias, pero con las modificaciones, las secretarías quedaron muy chiquitas, inclusive las diligencias se llevan afuera, donde están los secretarios escribientes.

Juez 3: “Yo creo que no”.

¿Los ciudadanos asisten o están presentes en el desahogo de pruebas llevadas a cabo durante el proceso penal?

Juez 1: “Ocasionalmente sí, se les da acceso si lo solicitan. Los estudiantes de derecho, padres, madres, familiares del procesado, en ocasiones se presentan al desahogo de dichas pruebas”.

Juez 2: “Solamente si tienen un interés personal, familiares, amistades y periodistas. El público general no asiste, y si vinieran no habría capacidad para recibirlos, no hay manera”.

Juez 3: “No se da, sólo vienen los parientes, por la infraestructura y la distancia. No hay camiones entre semana. Sólo los fines de semana hay transportes para visitas a los reos. Hay una señora que viene a firmar a pie”.

Por lo ya expuesto, resulta necesario realizar reformas con el fin de lograr el respeto de dicha garantía individual y principio procesal.

Algunos estados, como Nuevo León y Chihuahua, ya cuentan con salas de audiencias acondicionadas (con equipo de grabación) para el cumplimiento cabal de este principio consagrado en la ley fundamental mexicana. En ambas entidades federativas se realizaron recientemente reformas integrales a los sistemas de justicia penal para cambiar de un modelo procesal mixto a un sistema acusatorio. Aunque en el caso de Nuevo León se estableció sólo para algunos delitos no graves, por ello no se ha logrado aplicar en su totalidad. Por lo que respecta al caso de Chihuahua, el criterio fue diferente, pues la reforma se está implementando de forma territorial, considerando delitos graves y no graves.

### III. OBSERVACIONES

En relación con la evidente inactividad que tiene el Ministerio Público durante el periodo de instrucción, tal situación se debe a que, para llegar a esta etapa procesal, quedó demostrado el cuer-

po del delito y la probable responsabilidad penal conforme al artículo 164 del CPPES:

Artículo 164. El Ministerio Público acreditará la existencia del cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción penal y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determina la ley penal.

Será probable la responsabilidad del inculpado, cuando de los medios probatorios existentes se deduzca razonablemente que pudo haber participado en la comisión de la conducta o hechos constitutivos del delito de que se trate, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito, de las contenidas en el artículo 13 del Código Penal.

Lo anterior implica que, durante el periodo de instrucción, la mayor cantidad de pruebas, casi siempre, ya fueron desahogadas, y que sólo resta (en muchos de los casos) pasar de la probable a la plena responsabilidad penal.

Cabe resaltar que en todos los casos analizados en los que se dictó sentencia (37 de 40 procesos), las mismas pruebas que sirvieron para demostrar la probable responsabilidad fueron suficientes para que el juez, al momento de dictar sentencia, estimara demostrada la plena responsabilidad del inculpado. En estos expedientes, el Ministerio Público no ofreció pruebas para fortalecer los elementos probatorios o, en su caso, los extremos aludidos.

Para afectar la libertad individual, atendiendo a las reglas de debido proceso, es necesaria la existencia de una carga probatoria suficiente. En este sentido, el problema que se presenta, en la práctica, es el relacionado con las pruebas que sirven precisamente para acreditarla, pues no se desahogan en la etapa de ins-

trucción ante el juez, sino en la averiguación previa, en condiciones con matices inquisitoriales.

Por lo que respecta a la actividad de la defensa, tenemos que de los casos analizados, en menos del 50% ofreció pruebas de descargo ante el juez. En algunos casos, dicha inactividad se debió a que la estrategia de la defensa iba encaminada a que el juez dictara sentencia lo más rápido posible, aunque fuera condenatoria, para el otorgamiento del beneficio de la suspensión condicional de la pena, es decir, la defensa renuncia, prácticamente, a demostrar la inocencia del inculpado y se fija como objetivo principal la obtención del beneficio.

De los 40 procesos analizados, sólo en 16 la defensa ofreció pruebas. Por consiguiente, durante la instrucción, el juez no conoció a los testigos, peritos, agentes aprehensores, pues dicha situación depende, casi en todos los casos, de la actividad de la defensa, así la oportunidad de que el juez tenga contacto con las personas involucradas en el procedimiento penal no depende de él, sino de una de las partes.

Es importante precisar que si bien el Ministerio Público puede ofrecer pruebas y ello puede dar la posibilidad para que el juez conozca a las personas involucradas en la causa penal, lo cierto es que ello no ocurre en todos los casos (en la muestra no pasó en ninguna ocasión).

Si bien el juez puede ordenar careos procesales y, por consecuencia, conocer a los testigos, de los 40 procesos analizados, en una ocasión ordenó que se desahogaran los citados medios de prueba (en ocasiones la defensa lo solicitó).

Durante la etapa de instrucción, de acuerdo con la muestra, en menos del 50% de los casos el juez conoció a los testigos de cargo.

Lo anterior no siempre ocurre porque la defensa no haya ofrecido la ampliación de la declaración testimonial o careos, sino porque en ocasiones puede darse el caso en que el testigo no proporcione correctamente los datos de su domicilio.

Al respecto encontramos la jurisprudencia siguiente:

TESTIGOS DE CARGO. CUANDO PROPORCIONAN DATOS FALSOS DE SU IDENTIDAD O LOCALIZACIÓN, SU DICHO SE REDUCE A UN INDICIO VEROSÍMIL.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 289, *fracción II, del Código Federal de Procedimientos Penales*, para la valoración de la prueba testimonial se debe atender a la probidad de un testigo, pues sin ésta no puede producir convicción alguna el testimonio que se rinda. Por tanto, si de las constancias se advierte que los *testigos* proporcionaron datos de identidad o localización falsos, dado que los domicilios que indicaron son inexistentes o corresponden a terceras personas, lo que impidió localizarlos no obstante las diligencias que con ese fin practicó el juez de la causa y, los diversos informes que al efecto solicitó a las autoridades competentes, debe concluirse que no se condujeron con probidad, y por ende, sus dichos no pueden producir convicción, en virtud de que no son garantía de veracidad que los hagan insospechables de falsear los hechos sobre los que declararon, por lo que ese medio de prueba se reduce a un simple indicio verosímil, es decir, con mínima probabilidad de certeza, insuficiente para sostener una sentencia condenatoria cuando no se encuentra corroborado con otro medio de prueba.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 166/2005. 8 de septiembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Irma Francisca Cuesta Briseño. Secretaria: Guillermina Ortega Prado.

Amparo directo 268/2005. 14 de octubre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Irma Francisca Cuesta Briseño. Secretaria: Guillermina Ortega Prado.

Amparo directo 192/2005. 9 de noviembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Irma Francisca Cuesta Briseño. Secretaria: Guillermina Ortega Prado.

Amparo directo 843/2005. 24 de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Juan José Rosales Sánchez. Secretaria: Nancy Ortiz Chavarría.

Amparo directo 243/2005. 16 de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermina Ortega Prado, secretaria de Tri-

bunal autorizada por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de magistrada. Secretario: Ricardo Chavira López.

Tesis V.3o.P.A. J/1, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXIV, octubre de 2006, p. 1300.

En estos casos, ni siquiera la defensa o el Ministerio Público pueden hacer factible que el juez conozca a los testigos cuyo valor se reduce, aunque sigue teniendo valor probatorio.

Asimismo, hay otros criterios judiciales de los cuales se infiere que no siempre el juez conoce a los agentes policiacos que participan en la investigación del delito, tal y como se desprende del criterio judicial siguiente:

INFORME POLICIACO. EL RENDIDO ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA NO REQUIERE DE RATIFICACIÓN ANTE EL JUEZ PARA QUE SURTA EFECTOS.

Conforme al artículo 272 del *Código Federal de Procedimientos Penales*, los documentos privados y la correspondencia procedente de uno de los interesados, que se presenten por otro, se reconocerán por aquél; para tal objeto se le mostrarán originales y se le dejará ver todo el documento; sin embargo, esta exigencia no aplica a los informes que durante la indagatoria criminal realizan los cuerpos policiacos en auxilio del órgano persecutor de delitos, porque no se trata de un documento privado ni de correspondencia de una de las partes, sino de una actuación realizada en la averiguación previa, que como tal no requiere de ratificación ante el juez instructor para que tenga validez.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 446/99. 15 de marzo de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Patiño Pereznegrón. Secretario: Armando Cruz Espinoza.

Tesis XXI.1o.49 P, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XI, mayo de 2000, p. 944.

Es importante señalar, para que se presente este supuesto, que es necesario que la defensa, en la etapa de instrucción, no haya ofrecido la prueba de careos entre el procesado y los agentes aprehensores, lo cual ocurre de manera frecuente.

Por lo que respecta a la aplicación del principio de inmediatez, Sergio García Ramírez señala:

A la inmediatez se opone la delegación de funciones, bajo cualquier denominación, para recibir pruebas o escuchar alegatos, a la que en ocasiones se recurre en virtud de la severa carga de trabajo que enfrentan los titulares de la jurisdicción. Si se pretende formar la convicción de una persona, el juzgador, que habrá de valorar lo que mira y escucha, y construir, sobre este cimiento, cierta conclusión, empeñando en ella su autoridad y su responsabilidad, no es aceptable que otra persona lo suplante en su desempeño esencial y se convierta en ojos y oídos del tribunal. Por eso se ha reprochado que las pruebas reunidas por la policía o el Ministerio Público tengan valor pleno en el juicio, determinando de este modo la convicción del tribunal, que ciertamente no podría supeditarse a semejante “prejuicio” y al mismo tiempo mantener íntegramente su dignidad y responsabilidad...

El tribunal debe sustentar su sentencia en la prueba rendida durante el juicio, esto es consecuencia del principio de inmediatez y de las reglas de la prueba, con las que se quiere ilustrar el criterio de quien ha de emitir sentencia. Otra cosa es la hipótesis siempre excepcional de que se recaben pruebas en circunstancias de urgencia, cuando se corre el riesgo de que aquellas desaparezcan sin remedio: lo que el Estatuto de Roma denomina: “oportunidad única de probar”, y autorice en forma especial, como también los hacen algunos ordenamientos nacionales.<sup>42</sup>

Cabe resaltar que en las entrevistas sostenidas con los jueces visitados, ninguno señaló cumplir cabalmente con dicho principio procesal, debido, principalmente, a la carga laboral.

<sup>42</sup> García Ramírez, Sergio, *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa, 2004, p. 81

Por tal motivo, se puede afirmar que, en algunas ocasiones, las diligencias son practicadas por secretarios de acuerdos, secretarios escribientes o auxiliares, sin la presencia del juez.

Si se toma como referencia las reglas de debido proceso y el principio de legalidad, es grave que el juez firme sin haber estado presente en el desahogo de pruebas e incurra, por consecuencia, en violaciones a las formalidades del proceso.

Es evidente, además, cuando se presentan tales supuestos, que el juez no sólo incurre en irregularidades, sino también los secretarios de acuerdos que llevan la diligencia, el Ministerio Público y el propio defensor, al firmar documentos (diligencias donde consta la audiencia) en las cuales no participó el juez.

A pesar de las razones expuestas, podemos encontrar criterios judiciales que fomentan dichas irregularidades, tal y como se puede apreciar a continuación:

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 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 otra parte, en uno de los casos analizados, el defensor de oficio asistió a los dos detenidos en la averiguación previa, a uno de ellos con posterioridad se le tomó la declaración preparatoria, y fue asistido por el mismo defensor que asistió al codeitado que sirvió como testigo de cargo, situación por demás contraria a derecho, tal y como se aprecia en el criterio judicial que se transcribe:

DEFENSOR. QUIEN INTERVINO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA DE MANERA SIMULTÁNEA Y LUEGO EN EL PROCESO, EN REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES TANTO DEL INDICIADO COMO DEL OFENDIDO Y TESTIGOS DE CARGO, EL DISCERNIMIENTO DE SU CARGO IMPLICA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE ADECUADA DEFENSA.

De acuerdo con lo dispuesto en la *fracción IX y en el último párrafo del apartado A del artículo 20 de la Constitución federal*, el indiciado tiene derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza, lo cual debe observarse tanto en la etapa de averiguación previa como en el proceso. Consecuentemente, si el indiciado designa como su defensor en el proceso a quien ha actuado de manera simultánea en representación de sus intereses, y a la vez de los de quienes acudieron al Ministerio Público a referir hechos delictivos, y tal designación es aceptada por el juez de la causa, ello constituye una violación al procedimiento en términos de lo dispuesto en la *fracción XVII con relación a la fracción II del artículo 160 de la Ley de Amparo*, por existir afectación a la garantía individual de adecuada defensa, por lo que debe concederse el amparo para el efecto de que la autoridad responsable ordene la reposición del procedimiento y el indiciado haga designación de nuevo defensor.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 32/2004. 25 de marzo de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Hernández Torres. Secretario: José Juan Bueno Vázquez.

Tesis XVI.1o.5 P, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XX, septiembre de 2004, p. 1754.

En pocos casos se presentaron pruebas contradictorias entre las desahogadas en la etapa de averiguación previa y en la etapa de instrucción. Sobre este punto encontramos la jurisprudencia siguiente:

PRUEBAS CONTRADICTORIAS. AUTO DE FORMAL PRISION.

Tratándose del auto de formal prisión, y en presencia de pruebas contradictorias, basta con que las de cargo sirvan para demostrar la existencia del cuerpo del delito, y la presunta responsabilidad del procesado para que los presupuestos de legalidad de tal mandamiento, a la luz del artículo 19 constitucional, se surtan, quedando para el momento de dictar sentencia el estudio de las pruebas de descargo.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 177/92. Luis Contreras Contreras. 9 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Nicolás Leal Salazar.

Amparo en revisión 137/92. Jorge Hernández Méndez. 24 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez.

Amparo en revisión 335/92. Abraham Eladio Guerrero Rosas. 28 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Aída García Franco.

Amparo en revisión 292/92. Rubicela Vivanco Ramírez. 11 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Aída García Franco.

Amparo en revisión 315/92. Cirilo Hernández Durán. 25 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Mercedes Cabrera Pinzón.

Tesis VII. P. J/20, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, num. 64, abril de 1993, p. 53.

Recientemente se han emitido otros criterios judiciales sobre este punto.

Por lo que toca a la trascendencia de las pruebas desahogadas durante la instrucción, la única que está garantizada en cuanto a su celebración ante el órgano judicial es la declaración preparatoria; sin embargo, su valor probatorio en cuanto a alcance jurídico, en muchos casos, se encuentra opacado por la rendida ante el Ministerio Público en la averiguación previa.

Al respecto, Hernández Pliego señala:

Con todo lo expuesto, no es posible pasar por alto que a pesar de la forma casi solemne de que reviste la C. esta diligencia, y no obstante que el grueso de la doctrina procesal penal mexicana la considera un acto procesal de especial relevancia, que ha sido elevado en nuestro medio al rango de garantía individual, la realidad que se vive en los tribunales, presenta otra lamentable imagen.

Ciertamente, de muy poco han servido los elementos con los que pretende asegurarse la espontaneidad, el conocimiento de los cargos y la potestad libertaria para que el inculcado rinda su primera declaración ante el juez, si al momento de valorar el resultado de este acto procesal, de manera casi unánime le es negada toda fuerza probatoria por el juzgador.

La fuerza de prueba que pudiera representar tan ritual diligencia, queda cabalmente desplazada, merced al pretendido principio de inmediatez procesal, conforme al cual, según la conocida interpretación de la Suprema Corte, las primeras declaraciones producidas por el inculcado, por estar más próximas a los hechos y por suponerse carentes de aleccionamiento defensivo, revisten mayor valor demostrativo que las ulteriores.

En tal virtud, resulta prácticamente inútil y ocioso todo el aparato montado para la rendición de la preparatoria; cuando su valor de prueba queda empujado por el que en la práctica se concede a las declaraciones del inculcado, rendidas durante la averiguación previa, pues frente a las dos declaraciones, una producida ante el Ministerio Público en la investigación, y otra en preparatoria ante el órgano jurisdiccional, no hay duda de la endeble fuerza probatoria que merecerá al juez la segunda.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Hernández Pliego, Julio A., *Programa del derecho procesal penal*, 14a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 201.

De acuerdo a los casos analizados, existe poca actividad en la instrucción, y su trascendencia, en muchos de los casos, no es significativa para efectos de sentencia.

Otra situación interesante que se presenta en la instrucción es que la defensa tiene poco margen para desvirtuar la carga probatoria recabada por el Ministerio Público en la averiguación previa, pues cuando se llega a la instrucción, ya se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal, por ello, prácticamente se revierte la carga probatoria, y el que tiene que probar que es inocente es el procesado. Germán Castillo Bannet señala:

Aquí el problema tal vez es el de la debilidad de la defensa, y en ese sentido ustedes comprenderán que si inclusive algunos criterios de jurisprudencia abonan a esta práctica inquisitiva, como al criterio que todos conocemos de las primeras declaraciones rendidas ante el Ministerio Público son las que tienen valor probatorio, y las retracciones ulteriores las tiene que probar quien se retracte, pues entonces... como se revierte la carga de la prueba, ya no es el Ministerio Público quien tiene que probar en el proceso, sino quien tiene que probar su inocencia (como ya nos estamos acostumbrando a escuchar) es el inculpado. Evidentemente, éste no es un procedimiento respetuoso de los derechos humanos, tal vez puede ser un procedimiento eficaz, y eso entre comillas, porque todos sabemos de los niveles de cifra negra, primero, y luego de impunidad, porque de cien averiguaciones previas iniciadas ¿cuántas se consignan? Lo cual no quiere decir que todo eso sea impunidad, “lo que se deja de consignar”, pero sí es muy factible que en los asuntos en los que se gira una orden de aprehensión y no se llega a una sentencia, pues ahí hay una falla de todos los que operan.<sup>44</sup>

Por otra parte, es evidente que se presentan irregularidades en cuanto al cumplimiento cabal de los principios de inmediación y

<sup>44</sup> “Proyecto de reforma al sistema de justicia penal mexicano”, en García Ramírez, Sergio *et al.*, *op. cit.*, nota 27, p. 220.

publicidad establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En el caso de Sonora, y en la mayoría de las entidades federativas, así como a nivel federal la situación es palpable y sabida por todos los operadores del derecho: abogados particulares, defensores públicos, ministerios públicos, jueces, magistrados y ministros.