

CAPÍTULO CUARTO

LAS REFORMAS EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL DE 2008

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una profunda reforma constitucional que busca la transformación del sistema de justicia penal en México. Dicha reforma afectó diez artículos de la Constitución y atañe a requisitos de la orden de aprehensión, la flagrancia, el arraigo, la creación de los denominados “jueces de control” para la resolución de las solicitudes de medidas cautelares, providencia precautorias y técnicas de investigación de la autoridad cuando requieran del control judicial; la inclusión de mecanismos alternativos de solución de controversias,¹¹³ la introducción de los denominados “juicios orales” mediante el señalamiento en el sentido de que el procedimiento penal será acusatorio y oral, y la defensoría pública de calidad a cargo del Estado.

Asimismo, se adoptan los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediatez; así como el de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente, la presunción de inocencia, la lectura de derechos y el principio de oportunidad.¹¹⁴

Dentro de la misma, el apartado B del artículo 20 de la Constitución trata de los derechos de aquellos que se encuentran sujetos a un proceso penal. La fracción VIII establece que todo imputado tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado,

¹¹³ Pérez Kasparian, Sara, “El abogado penalista”, en García Fernández, Dora, *Ser abogado y jurista*, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2011, p. 119.

¹¹⁴ Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Renace-Porrúa, 2010, pp. 127 y ss.

al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrarlo después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará a un defensor público, que será gratuito.¹¹⁵ El defensor habrá de comparecer a todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

La gratuidad de la defensoría pública constituye una expresión esencial del principio democrático y constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la ley y del derecho a la tutela judicial efectiva.¹¹⁶ No olvidemos que quien no puede pedir justicia por carecer de los medios para ello queda excluido y postergado de la sociedad.¹¹⁷ En México, recordemos que la gratuidad de la justicia está garantizada en el artículo 17 constitucional al establecer que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.¹¹⁸

La asistencia jurídica gratuita constituye un deber de la abogacía que se cumple con dificultades en un entorno de colegia-

¹¹⁵ El artículo 2o. de la Ley Federal de Defensoría Pública, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de mayo de 1998, establece que el servicio de defensoría pública será gratuito. Se prestará bajo los principios de probidad, honradez y profesionalismo y de manera obligatoria, en los términos de esta Ley. Para la prestación de los servicios de defensoría pública, se creó el Instituto Federal de Defensoría Pública, como órgano del Poder Judicial de la Federación. Esta Ley abrogó la anterior Ley de la Defensoría de Oficio Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de febrero de 1922.

¹¹⁶ Martín García, Javier *et al.*, *La justicia gratuita. Guía del abogado de oficio*, 2a. ed., Madrid, Fundación Lex Nova, 2010, p. 17.

¹¹⁷ Martí Mingarro, Luis, *El compromiso de los juristas con el futuro. Conferencia pronunciada en el Club Siglo XXI el 7 de noviembre de 2005*, Madrid, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2005, p. 18.

¹¹⁸ Sobre limitaciones a la gratuidad de la justicia véase Rosat, Jorge Fernando, “Derecho a la asistencia jurídica gratuita”, en Martín García, Javier *et al.*, *La justicia gratuita. Guía del abogado de oficio*, 2a. ed., Madrid, Fundación Lex Nova, 2010, pp. 21 y ss.

ción voluntaria, en donde escuelas de derecho y facultades participan a través de los bufetes jurídicos gratuitos. “La asistencia jurídica y defensoría justifican la necesidad de la presencia de abogados para igualar a los distintos ciudadanos con capacidades dispares que pretenden enfrentarse en sede judicial”.¹¹⁹

Es plausible que la reforma constitucional exija que sea abogado el que ejerza la defensa en materia penal.¹²⁰ Desde el momento en que es nombrado el abogado, se convierte en un elemento esencial para mantener a salvo los derechos del detenido y procesado.

Cabe detenernos por un momento, sin perjuicio de volver a hacerlo al hablar de la “defensa técnica”, en el concepto de defensa adecuada por parte de un abogado, ya que “una buena defensa penal supone la preparación técnico-jurídica del defensor...”.¹²¹ Señala Antonio Pérez de la Cruz Blanco que “vaya por delante la solemne declaración de que lo primero que el abogado debe saber es derecho”.¹²² Efectivamente, es claro que una obligación ética básica del abogado es contar con la formación necesaria para desempeñar sus tareas con el conocimiento debido, y para ello debe actualizar permanentemente los mismos.¹²³ Ya Ángel Ossorio, en *El alma de la toga*, se quejaba de la enorme incultura que caracterizaba a la mayor parte de los letrados: “Y es claro, al no leer viene el atasco intelectual, la atrofia del gusto, la rutina del discurrir y escribir, los tópicos, los envilecimientos del lenguaje...”.¹²⁴ No olvidemos que “lo primero que aporta, que puede y debe aportar el abogado es su competencia, el ejercicio

¹¹⁹ Castilla Juárez, Karlos Artemio, *Acceso efectivo a la justicia. Elementos y caracterización*, México, Porrúa, 2012, p. 151.

¹²⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 91.

¹²¹ *Ibidem*, p. 90.

¹²² Pérez de la Cruz Blanco, Antonio, *Abogado en ejercicio*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 18.

¹²³ En este sentido, Aparisi Miralles, Ángela, *Ética y deontología para juristas*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009, pp. 140 y 141.

¹²⁴ Ossorio, Ángel, *El alma de la toga*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008, pp. 107 y 108.

competente de la profesión que ejerce”.¹²⁵ Así, la Recomendación 2000/21 del Consejo de Europa sobre la libertad de ejercer la profesión de abogado (adoptada por el Comité de Ministros el 25 de octubre de 2000) destacó la necesidad de una formación jurídica continua que refuerce las competencias jurídicas del abogado, que mejore su conocimiento de cuestiones éticas y de derechos del hombre, que le lleven a respetar, proteger y promover los derechos e intereses de sus clientes y a contribuir a una buena administración de justicia. “L’obligation de compétence figure dorénavant dans les principes essentiels de la profession”.¹²⁶

Se ha dicho que

...para mejorar la administración de justicia no basta con reformar al Poder Judicial y exigir responsabilidad a los jueces por su desempeño, sino que también es indispensable reformar la manera y las condiciones en que se ejerce la abogacía en la actualidad, que se caracterizan entre otras circunstancias negativas, por el casi nulo sistema de responsabilidades frente al cliente al que están sujetos los abogados postulantes.¹²⁷

Efectivamente, en materia de responsabilidad civil, si bien no se espera que el abogado garantice un resultado favorable a las pretensiones de su cliente en un determinado asunto, sí es exigible que ponga todos los conocimientos, diligencia y prudencia que en condiciones normales permitan obtener dicho

¹²⁵ Hortal Alonso, Augusto, “Justicia, profesiones y profesión de abogado”, en Grande Yáñez, Miguel (coord.), *Justicia y ética de la abogacía*, Madrid, Dykinson-Illustre Colegio de Abogados de Madrid-Universidad Pontificia Comillas, 2007, p. 77.

¹²⁶ Taisne, Jean-Jacques, *La déontologie de l’avocat*, 7a. ed., París, Dalloz, 2011, p. 92.

¹²⁷ Gudiño Pelayo, José de Jesús, “La calidad en la justicia: corresponsabilidad de jueces, litigantes y partes”, en Storme, Marcel y Gómez Lara, Cipriano (coords.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. La relación entre las partes, los jueces y los abogados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 393.

éxito,¹²⁸ es lo que se denomina la “obligación de medios” del abogado.¹²⁹ No olvidemos que a lo que se obliga el abogado en un contrato de prestación de servicios profesionales es a poner los mejores medios para obtener el resultado planteado, medios que deben prestarse con los niveles de calidad propios de la profesión, y que la educación continua y la certificación indudablemente ayudarán a obtener, dentro del restablecimiento de la colegiación obligatoria.¹³⁰ Dichos niveles de calidad se denominan *lex artis*, que

...en el ejercicio de la profesión de Abogado, en sintonía con la “*lex artis*”, se encuentra el deber de cumplir con las leyes procesales y el deber de información adecuada al cliente... La evacuación del plazo, dentro del mismo, por el escrito, demanda o recurso, es una exigencia de la “*lex artis*”, pero también lo es la evacuación con la adecuada relación fáctica y, a resultados de la misma, con la fundamentación legal adecuada y en base a la interpretación de la misma por parte de la jurisprudencia.¹³¹

El abogado a efectos de cumplir con sus obligaciones profesionales para con su cliente debe aportar los medios adecuados para su defensa, se presupone con ello la adecuada preparación del profesional.¹³²

Los colegios de abogados deben ofrecer a sus agremiados los medios de formación continua necesarios para su permanente

¹²⁸ Martí Martí, Joaquim, *La responsabilidad civil del abogado, del procurador y de sus sociedades profesionales*, 2a. ed., Librería Bosch, 2009, p. 52.

¹²⁹ Serra Rodríguez, Adela, “La responsabilidad civil de abogados y procuradores”, en Blasco Pellicer, Ángel, *El trabajo profesional de los abogados*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 268 y 269.

¹³⁰ En este mismo sentido, Gudiño Pelayo, José de Jesús, “La calidad en la justicia...”, *op. cit.*, p. 405.

¹³¹ Martí Martí, Joaquim, *La responsabilidad...*, *cit.*, pp. 59 y 60.

¹³² Gimeno-Bayón Cobos, Rafael, “Responsabilidad civil en el ejercicio profesional”, *Ier. Congreso Científico de la Abogacía del Principado de Asturias, Libro de Ponencias*, Oviedo, Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo-Ilustre Colegio de Abogados de Gijón, 2009, pp. 86 y 87

actualización y superación profesional, tendientes a la respectiva certificación. El derecho evoluciona constantemente, y el abogado no puede permanecer ignorante de una modificación de la norma jurídica, de un nuevo texto doctrinario, de una evolución reciente de la jurisprudencia. La investigación tradicional no es suficiente, es una necesidad mantener con rigor una formación continua del profesionista.¹³³

Del abogado se espera “excelencia en los conocimientos, pericia técnica, habilidad y experiencia profesional”,¹³⁴ que solamente se logra asumiendo el deber ético profesional de la preparación y estudio permanentes.

El saber técnico es fundamental, pero a la vez insuficiente.

Lo que constituye el valor de la formación de la profesión liberal que estudiamos y, sobre todo, de su experiencia profesional, es una especie de sabiduría que permite prestar atención también a los aspectos humanos del ejercicio de la profesión.¹³⁵

Sabiduría que se alcanza ciertamente a través de la experiencia y la formación continua.

EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y LA DEFENSA DE LA DEFENSA

El 8 de octubre de 2013, mediante reforma al artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se otorgó la facultad al Congreso de la Unión para legislar en materia de procedimiento penal, estableciendo una

¹³³ Woog, Jean-Claude y Woog, Stéphane, *Devenir Avocat*, 3a. ed., París, Lexis Nexis Litec, 2008, pp. 218 y 219.

¹³⁴ Esteban Ferrer, María José *et al.*, *La voz del cliente en los despachos de abogados ¿Qué esperan las empresas de su asesoría jurídica externa?*, Madrid, Grupo Difusión, 2010, p. 115.

¹³⁵ Martín Bernal, José Manuel, *Abogados y procuradores en y ante la Unión Europea*, Navarra, Aranzadi, 2007, p. 111.

legislación única que rija en toda la República en el orden federal y en el fuero común. En ejercicio de la facultad señalada fue expedido el recientemente publicado Código Nacional de Procedimientos Penales¹³⁶ (CNPP), que entró en vigor el 18 de junio de 2014.

El CNPP establece, en su artículo 17, el derecho a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata. Aclara que la defensa es un derecho fundamental e irrenunciable que asiste a todo imputado; no obstante, deberá ejercerlo siempre con la asistencia de su defensor o a través de éste.

Conforme al Código, el defensor deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional.¹³⁷ Se habla de licenciado en derecho y de abogado titulado como si fueran sinónimos, error común en México. No olvidemos que en el caso del derecho existen diversas “profesiones jurídicas”, que si bien requieren del estudio del derecho, en su ejercicio se diferencian de manera importante, y en un momento dado los requisitos para su ejercicio pueden variar. Así, se estudia derecho, pero profesionalmente se ejerce la abogacía, la judicatura, el notariado, la correduría o la academia en su aspecto tanto de investigación científica como de docencia jurídica.¹³⁸ La regulación debe especializarse dependiendo de la profesión jurídica de que se trate, siendo exigible, por ejemplo, el contar con una ley general de la abogacía que haga referencia a los aspectos particulares de su ejercicio.¹³⁹

¹³⁶ Código Nacional de Procedimientos Penales, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014.

¹³⁷ Sobre este tema véase Cruz Barney, Oscar, *Aspectos...*, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

¹³⁸ En este sentido, véase Rodríguez Campos, Ismael, *Las profesiones jurídicas*, México, Trillas, 2005. Interesante a este respecto la obra colectiva, *El papel del abogado*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Americana de Acapulco, 2004. Asimismo, Cruz Barney, Oscar, *Aspectos...*, *op. cit.*, p. 32.

¹³⁹ Sobre el origen de las profesiones y en particular la de juez y la de abogado véase Spencer, Herbert, *Origen de las profesiones*, trad. de A. Gómez Pinilla, Valencia, F. Sempere y Cía. Editores, capítulo VII, s. a.

1. *Defensa técnica*

El derecho a la asistencia de un abogado “se ha equiparado siempre a la necesidad de contar con la adecuada defensa técnica que sólo un profesional del derecho, el abogado, puede prestar a su cliente”.¹⁴⁰ Se entenderá por una “defensa”, la que debe realizar el abogado defensor particular que el imputado elija libremente o el defensor público que le corresponda, para que le asista desde su detención y a lo largo de todo el procedimiento, sin perjuicio de los actos de defensa material que el propio imputado pueda llevar a cabo. La defensa técnica implica el derecho que tiene el imputado de ser asistido por un defensor letrado y a comunicarse previamente con él para preparar su defensa.¹⁴¹

Se considera que el derecho a una defensa técnica constituye una de las garantías en juego más trascendentes en el contexto de un juicio criminal.¹⁴² Así, para el imputado o el justiciable, la articulación del derecho de asistencia de un abogado defensor se produce con la elección de un abogado de su confianza, que considere el más idóneo para asumir su defensa y asesoramiento.¹⁴³

En este sentido, la Tesis P. XII/2014(10a.) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁴⁴ establece que la defensa ade-

¹⁴⁰ Gutiérrez-Alviz Conradi, Faustino, *El derecho de defensa y la profesión de abogado*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 47.

¹⁴¹ Rodríguez Vargas, Luis Ricardo, “El derecho a una defensa letrada como parte del debido proceso en materia penal”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Costa Rica, mayo-agosto de 1998, p. 111.

¹⁴² García Odgers, Ramón, *op. cit.*, p. 117.

¹⁴³ Gutiérrez-Alviz Conradi, Faustino, *El derecho...*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁴ DEFENSA ADECUADA DEL INculpADO EN UN PROCESO PENAL. SE GARANTIZA CUANDO LA PROPORCIONA UNA PERSONA CON CONOCIMIENTOS TÉCNICOS EN DERECHO, SUFICIENTES PARA ACTUAR DILIGENTEMENTE CON EL FIN DE PROTEGER LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO Y EVITAR QUE SUS DERECHOS SE VEAN LESIONADOS. De la interpretación armónica y pro persona del artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada

cuada del inculpado en un proceso penal se garantiza cuando la proporciona una persona con conocimientos técnicos en derecho, suficientes para actuar diligentemente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar que sus derechos se vean lesionados, esto conforme a una “interpretación armónica y pro persona” del artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, en relación con los diversos 8, numeral 2, incisos d) y e), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14, numeral 3, inciso d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así, la tesis concluye que la defensa adecuada dentro de un proceso penal se garantiza cuando la proporciona una persona con conocimientos técnicos en derecho, máxime que de la nor-

en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, en relación con los diversos 8, numeral 2, incisos d) y e), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, numeral 3, inciso d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se concluye que la defensa adecuada dentro de un proceso penal se garantiza cuando la proporciona una persona con conocimientos técnicos en derecho, máxime que de la normativa internacional citada no deriva la posibilidad de que sea efectuada por un tercero que no sea perito en dicha materia y, por el contrario, permite inferir que la defensa que el Estado deba garantizar será lo más adecuada y efectiva posible, lo cual implica un elemento formal, consistente en que el defensor acredite ser perito en derecho, y uno material, relativo a que, además de dicha acreditación, actúe diligentemente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar que sus derechos se vean lesionados, lo que significa, inclusive, que la defensa proporcionada por persona de confianza debe cumplir con estas especificaciones para garantizar que el procesado pueda defenderse adecuadamente. Lo anterior, sin que se llegue al extremo de imponer al juzgador la carga de evaluar los métodos que el defensor emplea para lograr su cometido de representación, toda vez que escapa a la función jurisdiccional el examen sobre si éste efectivamente llevará a cabo la estrategia más afín a los intereses del inculpado, máxime que los órganos jurisdiccionales no pueden constituirse en Juez y parte para revisar la actividad o inactividad del defensor e impulsar el procedimiento, y más aún, para declarar la nulidad de lo actuado sin el debido impulso del defensor. Tesis P. XII/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 1, abril de 2014, p. 413.

mativa internacional citada no deriva la posibilidad de que sea efectuada por un tercero que no sea perito en dicha materia y, por el contrario, permite inferir que la defensa que el Estado deba garantizar será lo más adecuada y efectiva posible,

...lo cual implica un elemento formal, consistente en que el defensor acredite ser perito en derecho, y uno material, relativo a que, además de dicha acreditación, actúe diligentemente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar que sus derechos se vean lesionados, lo que significa, inclusive, que la defensa proporcionada por persona de confianza debe cumplir con estas especificaciones para garantizar que el procesado pueda defenderse adecuadamente.

Debemos resaltar que la defensa técnica solamente podrá proporcionarla el abogado debidamente preparado. La impericia y la carencia de conocimientos suficientes por parte del abogado no puede ni debe suplirse con la intervención del juzgador como concedor del derecho en su aplicación al caso concreto. En este sentido, constituye un imperativo ético el que el abogado mantenga sus conocimientos jurídicos actualizados, por lo que debe sujetarse a los reglamentos de actualización y de certificación, en su caso, que el colegio de abogados al que pertenezca mantenga en vigor, a fin de cumplir con los puntajes mínimos necesarios o con los parámetros existentes para su certificación. La ignorancia del abogado puede derivar en graves perjuicios para el imputado o bien para la víctima.¹⁴⁵

El abogado, como miembro de una profesión que sirve al interés público de la justicia, tiene obligaciones no sólo frente al cliente, a sus compañeros y a otros profesionales del derecho, como jueces y tribunales, poderes públicos y colegios de aboga-

¹⁴⁵ Escobar Mejía, J. Guillermo, “El derecho de defensa: responsabilidad constitucional del apoderado”, *Crítica de la razón jurídica*, Medellín, Universidad de Medellín, abril de 1986.

dos, sino también frente a la sociedad.¹⁴⁶ Nuevamente, es claro que la colegiación obligatoria deviene un requisito esencial para asegurar la defensa técnica del inculpado.

2. *Participación en audiencia y papel del abogado*

En las audiencias, el imputado podrá defenderse por sí mismo, y deberá estar asistido por un licenciado en derecho o abogado titulado que haya elegido o se le haya designado como defensor. El Ministerio Público, el imputado o su defensor, así como la víctima u ofendido y su asesor jurídico, podrán intervenir y replicar cuantas veces y en el orden que lo autorice el órgano jurisdiccional.

El imputado o su defensor podrán hacer uso de la palabra en último lugar, por lo que el órgano jurisdiccional que presida la audiencia preguntará siempre al imputado o a su defensor, antes de cerrar el debate o la audiencia misma, si desean hacer uso de la palabra, y en caso afirmativo, concedérsela.

Cabe destacar que el CNPP establece que la víctima u ofendido tendrá derecho a contar con un asesor jurídico gratuito en cualquier etapa del procedimiento, en los términos de la legislación aplicable. Corresponde al órgano jurisdiccional velar sin preferencias ni desigualdades por la defensa adecuada y técnica del imputado. El artículo 110 del CNPP establece que la designación de asesor jurídico podrá hacerse en cualquier etapa del procedimiento por las víctimas u ofendidos, el cual deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado, quien deberá acreditar su profesión desde el inicio de su intervención mediante cédula profesional. Si la víctima u ofendido no puede designar uno particular, tendrá derecho a uno de oficio.

¹⁴⁶ En este sentido véase Cruz Barney, Oscar *et al.*, *Líneas para un código deontológico de la abogacía mexicana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-La Iniciativa para el Estado de Derecho de la Barra Americana de Abogados-ABA ROLI México, 2013, pp. 39 y 40.

3. *Comunidades indígenas y justicia del Estado*

Las comunidades indígenas y sus integrantes en lo particular tienen un derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado, consistente en que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, deberán tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la Constitución federal y del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo.

El acceso pleno a la jurisdicción del Estado, cuando se trate de medios de defensa de derechos fundamentales, como es en el juicio de amparo, debe permitirse a cualquier integrante de una comunidad o pueblo indígena, instar a la autoridad jurisdiccional correspondiente para la defensa de los derechos humanos colectivos, con independencia de que se trate o no de los representantes de la comunidad, pues esto no puede ser una barrera para su disfrute pleno.¹⁴⁷ Ahora bien, cuando la víctima u ofendido

¹⁴⁷ COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. CUALQUIERA DE SUS INTEGRANTES PUEDE PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COLECTIVOS. El derecho humano de acceso a la justicia para las comunidades o pueblos indígenas, contenido en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva de la situación de vulnerabilidad en que aquéllos se encuentran y del reconocimiento de su autonomía, por ello, en dicho precepto se fijó un ámbito de protección especial que, sin tratarse de una cuestión de fuero personal, garantiza que sus miembros cuenten con la protección necesaria y los medios relativos de acceso pleno a los derechos. Así, conforme al mandato constitucional de referencia, se garantiza a los pueblos y a las comunidades indígenas el acceso pleno a la jurisdicción del Estado, y para ello se precisa que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, deberán tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la Constitución Federal. Asimismo, en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, se hace énfasis en que el acceso a la justicia individual o colectiva de los pueblos y las comunidades indígenas, implica garantizar el acceso a procedimientos legales tramitados personalmente o por medio de sus organismos representativos. Así, este postulado en conjunto con el artículo 2o. constitucional, poseen plena

perteneciera a un pueblo o comunidad, el asesor jurídico deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuera posible, deberá actuar asistido de un intérprete que tenga dicho conocimiento.

Cabe destacar que la figura del intérprete existe, con importantes interrupciones, en la justicia mexicana desde el siglo XVI. Los intérpretes eran parte de los funcionarios “subalternos” de la Real Audiencia de México, los cuales se encargaban de traducir de forma gratuita a los oidores lo alegado por los indios, y viceversa. El virrey los nombraba y su salario se pagaba del fondo de gastos de justicia, sin que pudieran recibir dádivas ni donativos.¹⁴⁸ De todas maneras, se permitía a los indios presentar a su propio intérprete.¹⁴⁹

La Tesis de jurisprudencia 61/2013 (10a.), aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión privada del 22 de mayo de 2013,¹⁵⁰ establece que las figu-

fuerza vinculante al haberse adoptado en la normativa de nuestro país, lo que implica que permee en todos los ámbitos del sistema jurídico, para crear un enfoque que al analizar el sistema de normas en su totalidad, cumpla con su objetivo, que es el ejercicio real de sus derechos y la expresión de su identidad individual y colectiva para superar la desigualdad de oportunidades que tradicionalmente les han afectado, lo cual se conoce como principio de transversalidad. En esa medida, el acceso pleno a la jurisdicción del Estado, cuando se trate de medios de defensa de derechos fundamentales, como es el juicio de amparo, debe permitirse a cualquier integrante de una comunidad o pueblo indígena, instar a la autoridad jurisdiccional correspondiente para la defensa de los derechos humanos colectivos, con independencia de que se trate o no de los representantes de la comunidad, pues esto no puede ser una barrera para su disfrute pleno. Tesis 1a. CCXXXV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, agosto de 2013, p. 735.

¹⁴⁸ Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho indiano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 154.

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ 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. 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

ras 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. Para el máximo tribunal, el defensor, junto con el intérprete con cono-

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, sólo 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 éste 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. Tesis 1a./J. 61/2013 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2013, p. 285.

cimientos 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, que son las siguientes:

En cuanto al intérprete:

- 1) La asistencia por intérprete es disponible, pero únicamente por el imputado, lo que le permitiría rechazarla; sin embargo, sólo 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 la 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 la 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 requisi-

to de validez del proceso, ya que también a elección de éste 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 un defensor oficial o particular que desconozca la lengua y la 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.

La intervención del asesor jurídico servirá para orientar, asesorar o intervenir legalmente en el procedimiento penal en representación de la víctima u ofendido.

En cualquier etapa del procedimiento, las víctimas podrán actuar por sí o a través de su asesor jurídico, quien sólo promoverá lo que previamente informe a su representado. El asesor jurídico intervendrá en representación de la víctima u ofendido en igualdad de condiciones que el defensor.

El artículo 113 del CNPP trata de los derechos del imputado:

- I. A ser considerado y tratado como inocente hasta que se demuestre su responsabilidad;
- II. A comunicarse con un familiar y con su Defensor cuando sea detenido, debiendo brindarle el Ministerio Público todas las facilidades para lograrlo;
- III. A declarar o a guardar silencio, en el entendido que su silencio no podrá ser utilizado en su perjuicio;
- IV. 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. En este sentido, debe tenerse pre-

sente el Artículo 9o. de la *Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura* que establece que no tendrá valor probatorio alguno la confesión rendida ante una autoridad policiaca; ni la rendida ante el Ministerio Público o autoridad judicial, sin la presencia del defensor y, en su caso, del traductor.¹⁵¹

V. 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;

VI. A no ser sometido en ningún momento del procedimiento a técnicas ni métodos que atenten contra su dignidad, induzcan o alteren su libre voluntad;

¹⁵¹ Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de diciembre de 1991. En este sentido, Carrillo Prieto, Ignacio, “El defensor”, *El papel del abogado*, 5a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Americana de Acapulco, 2004, p. 38. Cabe destacar lo establecido por el artículo 16 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que establece que cuando en la averiguación previa de alguno de los delitos a que se refiere dicha Ley o durante el proceso respectivo, el procurador general de la República o el titular de la unidad especializada consideren necesaria la intervención de comunicaciones privadas, lo solicitarán por escrito al juez de distrito, expresando el objeto y necesidad de la intervención, los indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada; así como los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que se pretenda probar.

Las solicitudes de intervención deberán señalar, además, la persona o personas que serán investigadas; la identificación del lugar o lugares donde se realizará; el tipo de comunicación privada a ser intervenida; su duración, y el procedimiento y equipos para la intervención y, en su caso, la identificación de la persona a cuyo cargo está la prestación del servicio a través del cual se realiza la comunicación objeto de la intervención.

Podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores. Véase Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de noviembre de 1996, última reforma publicada el 14 de junio de 2012.

VII. A solicitar ante la autoridad judicial la modificación de la medida cautelar que se le haya impuesto, en los casos en que se encuentre en prisión preventiva, en los supuestos señalados por este Código;

VIII. A tener acceso él y su defensa a los registros de la investigación, así como a obtener copia gratuita de los mismos, en términos del artículo 217 de este Código;

IX. 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 y que no pueda presentar directamente, en términos de lo establecido por este Código;

X. A ser juzgado en audiencia por un Tribunal de enjuiciamiento, antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda 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;

XI. A tener una defensa adecuada por parte de un licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención y, a falta de éste, por el Defensor público que le corresponda, *así como a reunirse o entrevistarse con él en estricta confidencialidad*;

XII. A ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete en el caso de que no comprenda o hable el idioma español; cuando el imputado perteneciere 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;

XIII. A ser presentado ante el Ministerio Público o ante el Juez de control, según el caso, inmediatamente después de ser detenido o aprehendido;

XIV. A no ser expuesto a los medios de comunicación;

XV. A no ser presentado ante la comunidad como culpable;

XVI. 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;

XVII. 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;

XVIII. A que se informe a la embajada o consulado que corresponda cuando sea detenido, y se le proporcione asistencia migratoria cuando tenga nacionalidad extranjera, y

XIX. Los demás que establezca el CNPP y otras disposiciones aplicables.

Se debe tener presente la fracción XI del artículo 17 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita,¹⁵² que considera como actividades vulnerables la prestación de servicios profesionales, de manera independiente, sin que medie relación laboral con el cliente respectivo, en aquellos casos en los que se prepare para un cliente o se lleven a cabo en nombre y representación del cliente cualquiera de las siguientes operaciones:

- a) La compraventa de bienes inmuebles o la cesión de derechos sobre estos;
- b) La administración y manejo de recursos, valores o cualquier otro activo de sus clientes;
- c) El manejo de cuentas bancarias, de ahorro o de valores;
- d) La organización de aportaciones de capital o cualquier otro tipo de recursos para la constitución, operación y administración de sociedades mercantiles, o
- e) La constitución, escisión, fusión, operación y administración de personas morales o vehículos corporativos, incluido el fideicomiso y la compra o venta de entidades mercantiles.

Establece que serán objeto de aviso ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuando el prestador de dichos servicios lleve a cabo, en nombre y representación de un cliente, alguna operación financiera que esté relacionada con las operaciones

¹⁵² Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de octubre de 2012.

señaladas en los incisos de esta fracción. Cabe destacar que se aclara que esta obligación a cargo del profesionista se establece “con respeto al secreto profesional y garantía de defensa en términos de esta Ley”.

Sin embargo, y de manera preocupante para el ejercicio profesional de la abogacía por el uso que se puede hacer de estas disposiciones, el artículo 22 de la Ley establece que la presentación ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los avisos, información y documentación a que se refiere la Ley, por parte de quienes realicen las actividades vulnerables *no implicará para éstos*, transgresión alguna a las obligaciones de confidencialidad o secreto legal, profesional, fiscal, bancario, fiduciario o cualquier otro que prevean las leyes, ni podrá ser objeto de cláusula de confidencialidad en convenio, contrato o acto jurídico alguno.

El imputado tendrá derecho a declarar durante cualquier etapa del procedimiento. En este caso, podrá hacerlo ante el Ministerio Público o ante el órgano jurisdiccional, con pleno respeto a los derechos que lo amparan y en presencia de su defensor.

En caso que el imputado manifieste a la policía su deseo de declarar sobre los hechos que se investigan, ésta deberá comunicar la situación al Ministerio Público para que se reciban sus manifestaciones con las formalidades previstas en el Código.

El capítulo IV trata de la figura del defensor, que podrá ser designado por el imputado desde el momento de su detención, mismo que, como ya señalamos, deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado con cédula profesional. A falta de éste o ante la omisión de su designación, será nombrado el defensor público que corresponda.

La intervención del defensor no menoscabará el derecho del imputado de intervenir, formular peticiones y hacer las manifestaciones que estime pertinentes.

Los defensores designados deberán acreditar su profesión ante el órgano jurisdiccional desde el inicio de su intervención en el procedimiento, mediante cédula profesional legalmente expedida por la autoridad competente.

Son obligaciones del defensor:

I. Entrevistar al imputado para conocer directamente su versión de los hechos que motivan la investigación, a fin de ofrecer los datos y medios de prueba pertinentes que sean necesarios para llevar a cabo una adecuada defensa;

II. Asesorar al imputado sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos punibles que se le atribuyen;

III. Comparecer y asistir jurídicamente al imputado en el momento en que rinda su declaración, así como en cualquier diligencia o audiencia que establezca la ley;

IV. Analizar las constancias que obren en la carpeta de investigación, a fin de contar con mayores elementos para la defensa;

V. Comunicarse directa y personalmente con el imputado, cuando lo estime conveniente, siempre y cuando esto no altere el desarrollo normal de las audiencias;

VI. Recabar y ofrecer los medios de prueba necesarios para la defensa;

VII. Presentar los argumentos y datos de prueba que desvirtúen la existencia del hecho que la ley señala como delito, o aquellos que permitan hacer valer la procedencia de alguna causal de inimputabilidad, sobreseimiento o excluyente de responsabilidad a favor del imputado y la prescripción de la acción penal o cualquier otra causal legal que sea en beneficio del imputado;

VIII. Solicitar el no ejercicio de la acción penal;

IX. Ofrecer los datos o medios de prueba en la audiencia correspondientes y promover la exclusión de los ofrecidos por el Ministerio Público o la víctima u ofendido cuando no se ajusten a la ley;

X. Promover a favor del imputado la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables;

XI. Participar en la audiencia de juicio, en la que podrá exponer sus alegatos de apertura, desahogar las pruebas ofrecidas, controvertir las de los otros intervinientes, hacer las objeciones que procedan y formular sus alegatos finales;

XII. Mantener informado al imputado sobre el desarrollo y seguimiento del procedimiento o juicio;

XIII. En los casos en que proceda, formular solicitudes de procedimientos especiales;

XIV. *Guardar el secreto profesional en el desempeño de sus funciones;*

XV. Interponer los recursos e incidentes en términos de este Código y de la legislación aplicable y, en su caso, promover el juicio de Amparo;

XVI. Informar a los imputados y a sus familiares la situación jurídica en que se encuentre su defensa, y

XVII. Las demás que señalen las leyes.

4. *Remoción del defensor y nombramiento de un sustituto*

Durante el transcurso del procedimiento el imputado podrá designar a un nuevo defensor; sin embargo, hasta en tanto el nuevo defensor no comparezca a aceptar el cargo conferido, el órgano jurisdiccional o el Ministerio Público le designarán al imputado un defensor público, a fin de no dejarlo en estado de indefensión.

En ningún caso podrá nombrarse como defensor del imputado a cualquier persona que sea coimputada del acusado, haya sido sentenciada por el mismo hecho o imputada por ser autor o partícipe del encubrimiento o favorecimiento del mismo hecho.

Cuando el defensor renuncie o abandone la defensa, el Ministerio Público o el órgano jurisdiccional le harán saber al imputado que tiene derecho a designar a otro defensor; sin embargo, en tanto no lo designe o no quiera o no pueda nombrarlo, se le designará un defensor público.

Siempre que el órgano jurisdiccional advierta que existe una manifiesta y sistemática incapacidad técnica del defensor, prevendrá al imputado para que designe otro.

Si se trata de un defensor privado, el imputado contará con tres días para designar un nuevo defensor. Si prevenido el imputado no se designa otro, un defensor público será asignado para colaborar en su defensa.

Si se trata de un defensor público, con independencia de la responsabilidad en que incurriere, se dará vista al superior jerárquico para los efectos de sustitución.

En ambos casos se otorgará un término que no excederá de diez días para que se desarrolle una defensa adecuada a partir del acto que suscitó el cambio.

Cuando el imputado no pueda o se niegue a designar un defensor particular, el Ministerio Público o el órgano jurisdiccional, en su caso, le nombrarán un defensor público que lleve la representación de la defensa desde el primer acto en que intervenga.

El imputado podrá designar el número de defensores que considere conveniente, los cuales, en las audiencias, tomarán la palabra en orden y deberán actuar en todo caso con respeto. Cabe destacar, sin embargo, que de igual forma que se impone el deber al abogado de conducirse con respeto hacia el órgano jurisdiccional, “es paralelamente exigible el recíproco respecto del órgano judicial no sólo hacia la persona del abogado, sino también hacia su función como garante del derecho de defensa”.¹⁵³

La defensa de varios imputados en un mismo proceso por un defensor común no será admisible, a menos que se acredite que no existe incompatibilidad ni conflicto de intereses de las defensas de los imputados. Si se autoriza el defensor común y la incompatibilidad se advierte en el curso del proceso, será corregida de oficio y se proveerá lo necesario para reemplazar al defensor.

Así, la Tesis II.3o.P.1 P (10a.)¹⁵⁴ considera que la defensa adecuada es un derecho fundamental que tiene el inculgado desde el

¹⁵³ Moreno Tarrés, Eloy, “Habilidades...”, *op. cit.*, p. 48.

¹⁵⁴ DEFENSA ADECUADA. CASO EN QUE EN EL PROCESO PENAL, EL PATROCINIO DE UN DEFENSOR A DOS O MÁS INCLUPADOS CON INTERESES EN CONFLICTO, ACTUALIZA UNA VIOLACIÓN A ESE DERECHO FUNDAMENTAL. Conforme a la fracción IX del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, la defensa adecuada es un derecho fundamental que tiene el inculgado desde el momento en que es puesto a disposición de la autoridad investigadora y en todos los actos procedimentales, diligencias y etapas procesales en las cuales es eminentemente necesaria su

momento en que es puesto a disposición de la autoridad investigadora y en todos los actos procedimentales, diligencias y etapas procesales en las cuales es eminentemente necesaria su presencia, su participación activa y directa, la presencia y asesoría efectiva de su defensor, así como en aquellas que, de no estar presente, se cuestionaran o vieran gravemente en duda la certeza jurídica y el debido proceso; de tal manera que ese derecho sólo se vulnera cuando se afecta totalmente, que deja al inculcado en estado de indefensión e inclusive trasciende al resultado del fallo. En tal virtud, cuando en un proceso penal dos o más inculcados son asistidos por un mismo defensor, y en sus declaraciones ministeriales se hacen imputaciones entre sí, pueden existir los siguientes supuestos:

presencia, su participación activa y directa, la presencia y asesoría efectiva de su defensor, así como en aquellas que, de no estar presente, se cuestionaran o vieran gravemente en duda la certeza jurídica y el debido proceso; de tal manera que ese derecho sólo se vulnera cuando se afecta totalmente, que deja al inculcado en estado de indefensión e inclusive trasciende al resultado del fallo. En tal virtud, cuando en un proceso penal dos o más inculcados son asistidos por un mismo defensor, y en sus declaraciones ministeriales se hacen imputaciones entre sí, pueden existir los siguientes supuestos: a) que en su declaración preparatoria se retracten de sus imputaciones, y durante la instrucción sean representados por diversos defensores; b) que al declarar en preparatoria se sigan haciendo imputaciones y continúen siendo asistidos por un mismo defensor; y durante la instrucción tengan diversos defensores; c) que sean representados por un mismo defensor desde la averiguación previa hasta la conclusión del asunto y no se hagan imputaciones entre sí; y, d) que un mismo defensor los represente al declarar ministerialmente y en preparatoria, y en ambas declaraciones se hagan imputaciones entre sí; y hasta la conclusión del asunto sigan teniendo al mismo defensor. Al efecto, se considera que sólo en el último caso es donde real y jurídicamente se actualiza una violación al derecho fundamental de defensa adecuada, pues el defensor que asistió al impetrante en el desahogo de las pruebas ofrecidas y admitidas en primera instancia, defendió a su vez al coacusado, quien tenía conflicto de intereses con el promovente de la acción constitucional, dadas sus respectivas declaraciones ministeriales y continuó dicho patrocinio en audiencia de vista; por tanto, tal detrimento a las defensas del quejoso trascienden al dictado de la sentencia impugnada, dado que se le condenó en esas circunstancias, teniendo un solo defensor que asesoró tanto al quejoso, como al coacusado, en todas las etapas procedimentales del proceso penal. Tesis II.3o.P.1 P (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, septiembre de 2013, p. 2525.

- a) que en su declaración preparatoria se retracten de sus imputaciones, y durante la instrucción sean representados por diversos defensores;
- b) que al declarar en preparatoria se sigan haciendo imputaciones y continúen siendo asistidos por un mismo defensor, y durante la instrucción tengan diversos defensores;
- c) que sean representados por un mismo defensor desde la averiguación previa hasta la conclusión del asunto y no se hagan imputaciones entre sí, y
- d) que un mismo defensor los represente al declarar ministerialmente y en preparatoria, y en ambas declaraciones se hagan imputaciones entre sí, y hasta la conclusión del asunto sigan teniendo al mismo defensor.

Al efecto, la tesis aislada considera que sólo en el último caso es donde real y jurídicamente se actualiza una violación al derecho fundamental de defensa adecuada, pues el defensor que asistió al impetrante en el desahogo de las pruebas ofrecidas y admitidas en primera instancia defendió a su vez al coacusado, quien tenía conflicto de intereses con el promovente de la acción constitucional, dadas sus respectivas declaraciones ministeriales y continuó dicho patrocinio en audiencia de vista; por tanto, tal detrimento a las defensas del quejoso trascienden al dictado de la sentencia impugnada, dado que se le condenó en esas circunstancias, teniendo un solo defensor que asesoró tanto al quejoso como al coacusado, en todas las etapas procedimentales del proceso penal.

5. *Contacto entre imputado y defensor. El secreto profesional*

El imputado que se encuentre detenido por cualquier circunstancia, antes de rendir su declaración, tendrá derecho a entrevistarse oportunamente y en forma privada con su defensor, cuando así lo solicite, en el lugar que para tal efecto se designe. “La autoridad del conocimiento tiene la obligación de implementar todo lo necesario para el libre ejercicio de este derecho”.

Si antes de una audiencia, con motivo de su preparación, el defensor tuviera necesidad de entrevistar a una persona o interviniente del procedimiento que se niega a recibirlo, podrá solicitar el auxilio judicial, explicándole las razones por las que se hace necesaria la entrevista. El órgano jurisdiccional, en caso de considerar fundada la solicitud, expedirá la orden para que dicha persona sea entrevistada por el defensor en el lugar y tiempo que aquélla establezca o el propio órgano jurisdiccional determine. Esta autorización no se concederá en aquellos casos en que, a solicitud del Ministerio Público, el órgano jurisdiccional estime que la víctima o los testigos deben estar sujetos a protocolos especiales de protección.

El abogado tiene la obligación, conforme al CNPP, de guardar el secreto profesional en el desempeño de sus funciones, obligación que se relaciona con el artículo 362 del CNPP, que se refiere al deber de guardar secreto, una de las pocas menciones por cierto a la protección del secreto profesional en el nuevo ordenamiento. Se considera inadmisibles el testimonio de personas que respecto del objeto de su declaración tengan el deber de guardar secreto con motivo del conocimiento que tengan de los hechos en razón del oficio o profesión, tales como ministros religiosos, abogados, visitantes de derechos humanos, médicos, psicólogos, farmacéuticos y enfermeros, así como los funcionarios públicos sobre información que no es susceptible de divulgación según las leyes de la materia. No obstante, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas, por el interesado del deber, de guardar secreto.

En caso de ser citadas, deberán comparecer y explicar el motivo del cual surge la obligación de guardar secreto y de abstenerse de declarar.

Ya el artículo 244 del CNPP protege el secreto profesional (no tratándose del defensor) al establecer que no estarán sujetas al aseguramiento las comunicaciones y cualquier información que se genere o intercambie entre el imputado y las personas que no están obligadas a declarar como testigos por razón de parentesco, *secreto profesional* o cualquiera otra establecida en la ley. En todo

caso, serán inadmisibles como fuente de información o medio de prueba. En este sentido, el principio de exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente juega en favor de la preservación del secreto profesional. Así, se sostiene acertadamente que:

...las autoridades no deben violar derechos fundamentales en el curso de una investigación y, si lo hacen, dicha violación debe ser “neutralizada” dentro del proceso, con independencia de la responsabilidad concreta a la que pueden hacerse acreedores los agentes responsables de la misma.¹⁵⁵

No habrá lugar a estas excepciones cuando existan indicios de que las personas mencionadas en este artículo, distintas al imputado, estén involucradas como autoras o partícipes del hecho punible o existan indicios fundados de que están encubriéndolo ilegalmente.

En México, las circunstancias en las que las comunicaciones entre cliente y abogado se producen cuando el cliente se encuentra encarcelado suelen ser no aptas para asegurar la confidencialidad de las mismas, y en general no se solicita la intervención de los colegios de abogados para solucionar esta problemática, siendo precisamente ésta una de sus tareas esenciales.

En los centros de detención de la policía a menudo no hay un solo lugar en donde conversar sin que haya otras personas presentes, en incluso en las cárceles hay cámaras, guardias, y otras personas escuchando. Los abogados mencionaron tener que hablar tapándose la boca y susurrando para no ser escuchados y para que las cámaras no captaran el movimiento de sus labios.¹⁵⁶

El Poder Judicial Federal se ha pronunciado escasamente sobre el tema del secreto profesional, sobre todo si tomamos en cuen-

¹⁵⁵ Carbonell, Miguel, “Prólogo”, *Código Nacional de Procedimientos Penales*, edición y prólogo de Miguel Carbonell, México, edición del autor, 2014, p. XXXVIII.

¹⁵⁶ American Bar Association, *Índice para la reforma de la profesión jurídica*, México, ABA ROLI, USAID, 2011, p. 25.

ta su importancia esencial en la preservación del derecho de defensa. Basta con tener presente la sentencia dictada el 9 de febrero de 2012 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España en el caso de quien fuera el Juez de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, en un episodio lamentable concerniente a la vulneración de la confidencialidad de las comunicaciones de los abogados con sus clientes y con ello del derecho de defensa.¹⁵⁷

La Tesis I.3o.C.698 C¹⁵⁸ señala que al secreto profesional se encuentran obligadas determinadas personas (médicos, abogados, instituciones financieras, contadores, sacerdotes, entre otros), quienes no pueden divulgar la información, cuyo conocimiento hubieran tenido en el ejercicio de sus actividades profesionales, respecto de otros. En ese sentido, sostiene la tesis, aquel que conozca de cierta información con motivo del ejercicio profesional no puede ser obligado a rendir testimonio sobre tal información, salvo que el titular de la misma le autorice para ello.

Ya la tesis aislada de la Primera Sala, perteneciente a la Quinta Época,¹⁵⁹ sostenía que conforme al artículo 79 del Có-

¹⁵⁷ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 79/2012, Causa Especial núm. 20716/2009.

¹⁵⁸ SECRETO PROFESIONAL. DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO SOBRE HECHOS DE TERCEROS. Vinculado con el derecho a la intimidad, se encuentra el secreto profesional, que es al que se encuentran obligadas determinadas personas (médicos, abogados, instituciones financieras, contadores, sacerdotes, entre otros), quienes no pueden divulgar la información, cuyo conocimiento hubieran tenido en el ejercicio de sus actividades profesionales, respecto de otros. En ese sentido, aquel que conozca de cierta información con motivo del ejercicio profesional, no puede ser obligado, a rendir testimonio sobre tal información, salvo que el titular de la misma le autorice para ello. Tesis I.3o.C.698 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 1411.

¹⁵⁹ PRUEBAS EN EL AMPARO (INSPECCIÓN JUDICIAL EN LIBROS Y PAPELES DE EXTRAÑOS AL JUICIO). El artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles, establece que, para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona sea parte o tercero y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin otra limitación que la de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los

digo Federal de Procedimientos Civiles, para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin otra limitación que la de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos; si bien el artículo 87 del propio ordenamiento establece que el tribunal debe recibir las pruebas que le presenten las partes, siempre que estén reconocidas por la ley, y el artículo 90 dispone que los terceros están obligados en todo tiempo a prestar auxilio a los tribunales, en la averiguación de la verdad, y deben, sin demora, exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueran requeridos; asimismo, se considera que los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a los terceros por los medios de apremio más eficaces, para que cumplan con esas obligaciones, y que en caso de oposición oírán las razones en que la funden y resolverán sin ulteriores recursos; “exceptuando de esa obligación a los ascendientes, descendientes, cónyuges y personas que deban guardar secreto profesional”, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que estén relacionados.

hechos controvertidos; el artículo 87, del propio ordenamiento, establece que el tribunal debe recibir las pruebas que le presenten las partes, siempre que estén reconocidas por la ley, y el 90 que los terceros están obligados en todo tiempo a prestar auxilio a los tribunales, en la averiguación de la verdad, y deben, sin demora, exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos; que los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a los terceros por los medios de apremio más eficaces, para que cumplan con esas obligaciones, y que en caso de oposición, oírán las razones en que la funden y resolverán sin ulteriores recursos; exceptuando de esa obligación a los ascendientes, descendientes, cónyuges y personas que deban guardar secreto profesional, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que estén relacionados. De acuerdo con los preceptos citados, no deben desecharse la prueba de inspección judicial basándose en que tiene que practicarse en libros y papeles de un extraño al juicio. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXIX, p. 2491.