

MATERIA JUSTICIA PARA ADOLESCENTES

SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN JUSTICIA PARA ADOLESCENTES

MAGISTRADA

LIC. ELIZABETH ISELA ORTIZ.

Recurso de apelación por el Agente del Ministerio Público, en contra del auto de no vinculación a proceso dictado en la carpeta judicial iniciada por el hecho que la ley señala como un delito contra la salud en su modalidad de narcomenudeo hipótesis (comercio-venta) cometido en agravio de la Sociedad.

SUMARIO: ILICITUD DE LA PRUEBA AL HABERSE OBTENIDO CON VULNERACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES. La omisión de designar al defensor del indiciado desde el momento en que es puesto a disposición del Ministerio Público no genera automática e indiscriminadamente la anulación por ilicitud de pruebas, sino sólo de las directamente vinculadas con la falta de designación; esto es, para el dictado de una resolución de no vinculación a proceso, el juez hace una declaratoria de ilicitud de pruebas, siendo nulas al haberse obtenido con una vulneración a los derechos fundamentales y en particular a que el adolescente no se encontró asistido por un defensor especializado, haciendo aplicación de criterios jurisprudenciales, el juez, atiende a la petición que realizó el defensor público en esa audiencia, y básicamente parte de las declaraciones que hiciera en su momento un defensor público y un agente de Ministerio Público adscritos a una agencia dedicada a los delitos

de narcomenudeo, estimando en primer término, si es verdad que se le asignó un defensor, y no refiriéndose a si el defensor tenía especialidad. Desde el momento en que es nombrado un defensor, tiene la obligación de proporcionar una verdadera asistencia jurídica, debe hacer saber a los imputados que tienen derechos, cuáles son los alcances de estos derechos, las herramientas con las que cuentan; conforme lo establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 117, y la Ley de la Defensoría Pública en su articulado 19.

Ciudad de México, veintiocho de marzo de dos mil diecisiete.

Resolución de apelación que se emite en el toca 00**/2016, formado con motivo del recurso interpuesto por el Agente del Ministerio Público, en contra del auto de no vinculación a proceso dictado en fecha 01 uno de marzo del 2017 dos mil diecisiete, por el licenciado Marco Antonio Guerrero Martínez, juez del sistema procesal penal acusatorio de justicia para adolescentes, en la carpeta judicial **/**/2017, iniciada en contra de AXEL HAYRON, por el hecho que la ley señala como un delito contra la salud en su modalidad de narcomenudeo hipótesis (comercio-venta), cometido en agravio de la Sociedad.

CONSIDERACIONES

I. En fecha 8 ocho de marzo pasado el Agente del Ministerio Público interpuso recurso de apelación en contra del auto de no vinculación a proceso dictado el 01 uno de marzo del 2017 dos mil diecisiete, emitido por el juez Marco Antonio Guerrero Martínez, el cual fue *admitido de plano* por este Tribunal de Alzada por auto de fecha 22 de los corrientes.

II. Se programó audiencia en esta fecha y se estimó procedente emitir la resolución correspondiente, en los siguientes términos:

El objeto de esta audiencia es con el fin de emitir una resolución, aquí cabe precisar que en el escrito presentado por la defensa pública en contestación a los agravios formulados por el Ministerio Público, hizo una petición de audiencia con

el fin de expresar alegatos aclaratorios, esa petición estimo que es improcedente. Improcedente porque dentro de la exposición legal que contempla esta tramitación de la apelación no se encuentra esta solicitud, sí se señala que puede hacer una petición de audiencia para efecto de expresar alegatos aclaratorios sobre los agravios y este derecho estimo corresponde única y exclusivamente al Ministerio Público, esa contradicción queda agotada desde el momento en que el defensor, al continuar con ese trámite escrito que contempla este recurso, agotó esa posibilidad, por lo tanto estimo que es improcedente y esta audiencia fue señalada únicamente con el fin de que se emita la resolución.

Continuando precisamente con esta secuencia, cabe precisar aquí cuáles son los motivos en primer término, que tuvo el Juez de Control para el dictado de una resolución de no vinculación a proceso; en este caso el juez hace una declaratoria de ilicitud de pruebas, estima que son nulas al haberse obtenido con una vulneración a los derechos fundamentales y en particular a que el adolescente no se encontró asistido por un defensor especializado, el juez hace aplicación de criterios jurisprudenciales, atiende a la petición que realizó el defensor público en esa audiencia y básicamente parte de las declaraciones que hicieron un defensor público y un agente del Ministerio Público adscritos a una agencia dedicada a los delitos de narcomenudeo, el Ministerio Público en el desarrollo de sus agravios indica a grandes rasgos, que el adolescente, que el imputado fue asistido en todo momento por un defensor, que se le dio una oportunidad de defenderse, que cuando se le nombró un defensor especializado tuvo tiempo suficiente para que ese defensor especializado pudiera controvertir esos peritajes que se produjeron durante su ausencia, hace mención también a que el juez confunde en que si hay una agencia cincuenta y siete especializada en niños, niñas y adolescentes y una agencia de narcomenudeo, concluye en sus agravios que el juez no necesariamente tenía que ceñirse a ese delito que se le propuso, sino esa reclasificación pudo haber sido una posesión u otra figura jurídica.

De estos agravios, de estos razonamientos del juez estimo que es importante en primer término partir de que es verdad que se le asignó un defensor, sin em-

bargo ese defensor no cumplió con sus obligaciones, no me refiero a si el defensor tenía o no tenía especialidad, un defensor desde el momento en que es nombrado, en que es designado, tiene obligaciones, así lo establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, así lo establece la misma Ley de la Defensoría Pública, él tiene obligaciones, debe proporcionar una verdadera asistencia jurídica, debe hacer saber a los adolescentes, a los imputados que tiene derechos, cuáles son las herramientas con las que cuenta, cuáles son alcances de estos derechos.

De la diligencia del día 01 primero de marzo de este año, en que el juez de Control resolvió la no vinculación a proceso y a respuestas a ese interrogatorio y contrainterrogatorio el licenciado Gustavo Israel Vilchis Pacheco, dijo que él le hizo saber sus derechos, que él le enteró de sus derechos, el mismo Ministerio Público a esas contestaciones del interrogatorio y contrainterrogatorio el licenciado Ricardo Enríquez Ramírez, incluso refiere que para efecto de que le den lectura a esos derechos no se necesita de una especialización, esto deja patente en que únicamente se le enteraron de sus derechos, se le leyeron sus derechos, pero no se hicieron actos tendientes a que él conozca las herramientas que tiene a su alcance, no como adolescentes, sino como cualquier imputado, el defensor, no advirtió que sea por desconocimiento del sistema, porque él dice que tiene una Maestría e incluso un Doctorado, sin embargo no ejerció esa función como defensor.

El Ministerio Público también incurre en una responsabilidad, no estoy diciendo que el Ministerio Público se sustituya en el defensor, Ministerio Público en esa etapa de investigación es autoridad y también tiene obligaciones, así lo establece el artículo 20 constitucional en el apartado B, también lo establece el reglamento de la Procuraduría, sus funciones, es que en esa etapa se cerciore de que el imputado conozca sus derechos y sepa los alcances que tienen estos derechos. Ello obviamente va a procurar que haya una transparencia en esos actos que realiza el Ministerio Público, va a dar una certeza y también se otorga al imputado ese derecho de una defensa material, de poder elegir si quiere defenderse de una imputación o de poder elegir si desea presentar también datos de prueba, si a un imputado únicamente se le dan lectura únicamente sin explicar cuáles son sus alcances, obviamente que

no se le está proporcionando una asistencia jurídica, se le está haciendo nugatorio al no ir más allá y al no cumplir un defensor o un Ministerio Público de que sepa que es lo que hay a su favor.

En el escrito que presentó el Ministerio Público señala en diversas ocasiones que sí quedó enterado de esos derechos, que sí realizó actos de defensa, porque incluso se negó a declarar; sin embargo, consideró que lo que pretende es minimizar esa esencia de la investigación, esa esencia de lo que debe ser una defensa efectiva.

En cuanto al aspecto de que se declararon nulos tres informes en lo que se especificaba cuál era esa violación ante ese derecho de no contar con defensor especializado, se concluía que, eran ilícitos, es cierto como lo dijo el defensor público en esa audiencia del día primero de marzo que no se le nombró un defensor especializado, es cierto que no se le hizo saber que se produciría un peritaje irreproducible, es cierto que el resultado de esos peritajes se obtuvo mientras no se contaba con esta asistencia de un defensor especializado, sin embargo estimo que tales peritajes no pueden traducirse en una prueba ilícita y no pueden traducirse por que no dependieron de la falta, de la ausencia de un defensor especializado para que se realizara, cabe aquí destacar que el objeto respecto del cual se hizo esa opinión técnica fue obtenido de forma lícita, su origen fue lícito, esos objetos quedaron asegurados en un momento distinto, en una detención, que hasta ese momento, que hasta que el juez resolvió sobre la vinculación a proceso, había quedado firme esa pronunciación del juez, que había sido legal esa detención, si esos objetos fueron obtenidos de forma lícita, se hizo una cadena de custodia, se embalaron, se presentaron ante el Ministerio Público, se presentaron ante el perito que finalmente emitió su opinión y que el perito para efectos de emitir una opinión se valió de su experiencia, de sus conocimientos, de un protocolo, de prácticas, hasta la obtención de esos peritajes no se requería de la intervención de un defensor especializado, lo que estoy diciendo aquí, para efecto de que se estime que hay una ilicitud de pruebas, éstas deben provenir directamente de la violación de ese derecho humano, en este caso no, en este caso este objeto devino de forma indirecta, el perito no requirió de la presencia de un defensor especializado para que se pronunciara en esos términos,

al contrario quien renunció a controvertir en ese momento, quien no informó al imputado que tenía esa posibilidad de aportar un dictamen en contra o de asistir al lugar donde se practicaría ese dictamen, fue una decisión propia de un defensor y volvemos aquí a la especialización, no se requería que esté fuera especializado para saber cuáles eran las funciones que le correspondían.

En este punto en concreto no advierto que haya una indebida actuación del Ministerio Público; el Ministerio Público obviamente se ajustó a esa disposición legal¹, haciéndole saber al defensor que podía acudir, se le informó por escrito y fue el defensor público quien decidió resguardar el oficio bajo la consideración de que la institución no cuenta con peritos de esa naturaleza, el mismo defensor fue quien decidió no hacérselo saber al adolescente, más aún también decidió no hacérselo saber al adulto, porque ya había dado lectura a eso derechos, ya lo había enterado de esos derechos, es únicamente a quien corresponde esa defensa, no actuó más aún como una asistencia legal, no actuó con una capacidad técnica para poder actuar en consecuencia.

Sin embargo esos argumentos o esta diferenciación, no fue resaltada por el Ministerio Público en sus agravios, solo se ciñe a que sí hubo una asistencia jurídica.

De ahí que proceda dejar firme este aspecto de la resolución, en la resolución el Juez de Control, Marco Antonio Guerrero Martínez (sic) invoca algunos criterios, que entre ellos, el que es relevante para estos fines, es el marca con el registro 160298; sin embargo, no debemos ceñirnos únicamente a la letra de lo que dice esa jurisprudencia, sino que de su contenido el origen de esta jurisprudencia, el asunto por el cual fue emitida se refiere también a pruebas directas en las que se

1 Artículo 274. Peritaje irreproducible del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Cuando se realice un peritaje sobre objetos que se consuman al ser analizados, no se permitirá que se verifique el primer análisis sino sobre la cantidad estrictamente necesaria para ello, a no ser que su existencia sea escasa y los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirla por completo. Éste último supuesto o cualquier otro semejante que impida que con posterioridad se practique un peritaje independiente, deberá ser notificado por el Ministerio Público al Defensor del imputado, si éste ya se hubiere designado o al Defensor público, para que si lo estima necesario, los peritos de ambas partes, y de manera conjunta practiquen el examen, o bien, para que el perito de la defensa acuda a presenciar la realización de peritaje.

La pericial deberá ser admitida como medio de prueba, no obstante que el perito designado por el Defensor del imputado no compareciere a la realización del peritaje, o éste omita designar uno para tal efecto.

necesiten de la intervención física o activa de un imputado o de un inculcado que se requiera su presencia para efecto de que puedan ser obtenidas y en consecuencia también se necesitan la intervención de un defensor, por el simple hecho de que no se encuentre un defensor esto no provoca de forma indiscriminada, de forma extensiva la nulidad de todas las pruebas, porque puede existir la ausencia de un defensor especializado o es más la ausencia de un defensor, pero el Ministerio Público por sí tiene facultades para realizar actos de investigación, pero aquí están los que se hacen violando un derecho y los que se hacen sin que tengan relación con el mismo y desde mi punto de vista en este caso así aplicaba, había que hacerse una diferenciación que actos se obtuvieron por una violación directa a ese derecho de que no hubo una defensa adecuada, que no se encontraba asistido por un defensor especializado y aquellos actos que se obtiene de forma lícita y que no influya esa intervención.

También es aplicable en este sentido el diverso criterio por contradicción con número de registro 2012680², se señala en esta jurisprudencia, el rubro es el siguiente “Pruebas recabadas en la etapa ministerial. Lo omisión de designar al defensor del indiciado desde el momento en que es puesto a disposición del Ministerio Público no genera automáticamente e indiscriminadamente la anulación por ilicitud de aquellas, sino sólo de las directamente vinculadas con la falta de designación”, es aquí donde también se expone que no basta con decir que un defensor pudo haber participado en esa diligencia, sino que esa eventualidad depende de una efectiva asistencia jurídica y en este caso esa eventualidad no correspondió a un especialista en justicia para adolescentes, sino a una persona que actuara realmente como defensor, realmente como un asesor jurídico, pero como ya quedó precisado esos aspectos no fueron destacados por el Ministerio Público.

De ahí que esta nulidad de pruebas, esta exclusión de pruebas quede firme.

2 Décima Época, Plenos de Circuito, Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo III, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: PC.XXII. J/12 P (10a.), Página: 2040. Esta tesis se publicó el viernes 30 de septiembre de 2016 a las 10:39 horas en el *Semanario Judicial de la Federación* y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 3 de octubre de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Es importante señalar aquí, que no estoy dejando la asistencia de un defensor especializado como un aspecto secundario, desde luego que el Ministerio Público tenía la obligación de llamar, de designar a un defensor que cumpliera con estas características desde el momento en que él se enteró que se trataba de un adolescente, simplemente estoy resaltando que estas pruebas deben diferenciarse de esa otra responsabilidad que tenía el Ministerio Público.

El Ministerio Público concluye en sus agravios diciendo que el juez pudo haber reclasificado, pero pasa por alto que si hay una exclusión de pruebas, que si precisamente el objeto material de cualquier delito contra la salud es que sea un narcótico, si el juez ha hecho una declaratoria, es contradictorio que pretenda que para una conducta en específico si sea ilícita esa prueba y para otra conducta sea ya lícita.

En congruencia el juez estuvo en lo correcto al no reclasificar, además que aquí no es válido que se señale que el juez tiene la facultad de hacer una declaratoria del derecho, cuando lo mínimo que le corresponde al Ministerio Público es tener un estándar de investigación y un mínimo de argumentación jurídica y en este caso no es así.

Ante estas consideraciones estimo por lo tanto que esta no vinculación a Proceso quede firme, quede en las mismas condiciones en que fue dictada por el juez, efectivamente queda firme que se hayan excluido las pruebas, pero por la razones que fue expuesto, no comparto ese punto de vista que tuvo el juez, pero también no debe dejarse de lado esas faltas en que incurrió el Defensor Público y el Ministerio Público durante la investigación, al no cumplir ni uno, ni el otro con esas obligaciones que tiene de ser asesor jurídico y de ser una autoridad ministerial.

En esos términos, al no cumplir con sus obligaciones el licenciado Gustavo Israel Vilchis Pacheco, en su carácter de defensor, en términos del artículo 20 constitucional Apartado B, 17 y 117 del Código Nacional

de Procedimientos Penales, así como el 19 de la Ley de la Defensoría Pública de esta Ciudad, se da vista a la Consejería Jurídica de la Defensoría Pública con fundamento en el artículo 3 de la misma, con el fin de que determine qué responsabilidad es en la que incurrió, asimismo se da vista a la Visitaduría por lo que hace a la actuación del licenciado Ricardo Enrique Ramírez, Agente del Ministerio Público, quien no cumplió con sus obligaciones como lo establece el artículo 20 constitucional, apartado B, artículo 6, fracción XIII, inciso C y 7, fracción IX, del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia de esta Ciudad, para que de igual forma determine su responsabilidad, ambos profesionistas se encuentra adscritos a la Fiscalía para la atención del delito de narcomenudeo.

En esos términos, con las precisiones realizadas se confirma ese auto de no vinculación a proceso que emitió el juez Marco Antonio Guerrero Martínez, el día 01 uno de Marzo de este año.

Por lo que hace al aspecto administrativo en el que también estimo la conveniencia de mandar oficios a la Consejería y a la Procuraduría, queda firme.

Con fundamento en el artículo 63 del Código Nacional de Procedimientos Penales a los comparecientes se les tiene por notificados de esta determinación.

Así, lo resolvió en Audiencia Oral, el día de la fecha la ciudadana magistrada por Ministerio de Ley, integrante de la Segunda Sala Especializada en Justicia para Adolescentes, Elizabeth Isela Ortiz Guillén, en sustitución del magistrado Sadot Javier Andrade Martínez, con fundamento en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad, quien firma para constancia legal y engrose al presente toca.