
DERECHO A LA DEFENSA Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO

JOSÉ DANIEL HIDALGO MURILLO

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Derecho constitucional a la defensa*. III. *Diferenciar entre defensa material, técnica y letrada*. IV. *Fundamento constitucional de la defensa técnica*. V. *Derecho de defensa y acto procesal probatorio*. VI. *Derecho de defensa y acto probatorio*. VII. *Conclusión inconclusa*.

I. ANTECEDENTES

He dicho en algunas oportunidades que el derecho penal no es derecho. Consecuentemente, el derecho penal es defensas penales.¹ Esto es así porque, todo hombre, por el hecho de serlo y, en razón de la dignidad propia de su condición de persona inteligente

¹ Coincide con mi apreciación Jordi Ferrer Beltrán quien, en ese sentido cita, igualmente, a Gimeno Sendra y a Díaz Cabiale: “Es en ese marco donde es posible comprender en toda su amplitud el alcance del denominado *right to Prof*. No es casualidad que en general se considere a ese derecho como una especificación, un derivado, del derecho a la defensa”. Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi. “¿Cómo se valora una prueba?” En *Iter Criminis*. Revista de Ciencias Penales, núm. 10, segunda época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, abril-junio de 2004, p. 79.

y libre, tiene derechos.² Entonces, ¿por qué y con qué derecho se le somete a un proceso y, al final del mismo se le castiga con una pena? ¿Tiene el hombre derecho a ser penalizado en razón de su conducta libre?

Aunque el derecho penal es derecho positivo, el análisis filosófico que puede hacerse a raíz del párrafo anterior nos coloca ante un derecho subjetivo estatal que da fundamento al “*ius puniendi*”. El Estado se cree con derecho de sancionar la conducta de una persona. Esto en parte se debe a otra discusión antropológica que estudia al hombre en su realidad de ser individual y social por naturaleza. La sociabilidad natural somete a la persona humana a la propia organización de esa sociedad y, consecuentemente, a la protección de la paz y moralidad social, la tranquilidad y el orden público y la seguridad ciudadana.

No me interesa discutir aquí cuál es el fundamento del derecho penal. Me ocupa analizar la situación de la defensa en el proceso penal. Más propiamente, explicar por qué son distintas las tres concepciones de la defensa como letrada –en cuanto representación del imputado por un abogado especialista–; material –en cuanto el derecho que tiene todo imputado de ofrecer prueba de descargo y contradecir la prueba de cargo– y la defensa técnica que, definida en pocos ámbitos legislativos como la igual defensa letrada, más propiamente en México, conviene entenderla desde otra óptica, por su importancia en el proceso. Más exactamente,

² La primera presencia de la efectiva defensa ante la justicia se plantea en la previa salvaguarda de la libertad que se explicita en el proceso de “*habeas corpus*”. (...) El segundo paso en la integración del derecho de defensa requiere que la defensa sea suficiente en todos los puntos del “*iter*” inculpativo. Aquí hay que empezar por la exigencia del juez imparcial, independiente y predeterminado por la ley que ha de presidir y garantizar que el proceso merezca tal nombre. Bajo tal tutela jurisdiccional, el proceso ha de ser público; la presunción de inocencia ha de respetarse; ha de tenerse conocimiento previo de la acusación; ha de disponerse de tiempo y oportunidades para preparar la defensa; ha de tenerse interprete si no se entiende la lengua del proceso; se han de poder proponer y practicar pruebas y testigos; y el ejercicio de la defensa ha de ser libremente desarrollado y efectivo, bien por sí mismo, bien por medio de abogado ya de elección, ya de oficio. Cfr. Martí Mingarro, Luis, “El derecho de defensa ante el Tribunal Penal Internacional”. Comunicación discutida en sesión del Pleno de Académicos de Número el 10 de junio de 2002.

por su importancia en la búsqueda de la verdad dentro del procedimiento penal.

Para luchar contra la delincuencia hemos “sufrido” una reforma constitucional que puede denominarse, con claridad, reforma penal constitucional. El Estado mexicano se enfrenta a la delincuencia, no desde la ley, sino, desde la Constitución. Consecuentemente, no desde la ley, sino, desde la Constitución de la República Mexicana se define al delincuente, como delincuente organizado, como imputado, y, por ende, se determina si debe o no estar en libertad, si cuenta o no con ese derecho, si puede no expresarme libremente y, cuáles son, igualmente, los posibles resultados lesivos de sus propios derechos.

Si la imputación y, por ella, la acción policial probatoria y la acción ministerial acusatoria encuentra categoría constitucional, la defensa debe encontrar, igualmente, unas categorías constitucionales. Y es que toda la Constitución es, por un lado, reconocimiento y protección de los derechos humanos y, por otro, garantía de esos mismos derechos. Entonces, si el Estado se atreve someter a un sujeto a proceso para, al final del mismo imponerle una pena, debe proteger, con todos los derechos, a través de todas las posibles garantías, el derecho de defensa.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DEFENSA

Las referencias descritas provocan descubrir el derecho de defensa en la Constitución de la República Mexicana. Un derecho que parte del artículo 20, apartado B, fracción VIII: El imputado “tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”.

El concepto de “defensa adecuada” ha sido interpretado, por la doctrina, como defensa técnica.³ En este sentido se entiende –o se ha entendido– que el abogado patrocinador del imputado es defensa letrada y defensa técnica. Letrado, en cuando abogado y, técnica, en cuanto debe ser un especialista en derecho penal y procesal, por lo menos, al mismo nivel que los fiscales del Ministerio Público y los jueces penales.⁴

³ En cualquier supuesto, presunción de inocencia; información exigible; tiempo y medios para defenderse; abogado de elección; presentación de pruebas; intérprete; derecho de no autoinculparse ni obligación de prestar juramento; conocimiento de las pruebas; no inversión de la carga probatoria; son elementos de un acabado sistema de derecho de defensa que merece un positivo juicio. Aunque no sin reproducir aquí las reservas sobre la tendencia al secretismo que revelan las amplias facultades judiciales –arbitrio poco compatible con los principios del juicio penal– para modular el conocimiento por la defensa de las pruebas acusatorias. (...) La “independencia” es, como es sabido y admitido, el valor esencial que ha de predicarse de un defensor que merezca tal nombre. El único vínculo del abogado, explícito e irrestricto, ha de ser el interés del cliente. (...) El primer bastión de la independencia está en el proceso de designación del abogado. La libre y voluntaria designación de abogado constituye un vínculo de interés con el cliente y de exigible parcialidad respecto de su causa sin más referente ni límite que el que marca la ley. Tal es el cimiento de la independencia del abogado respecto de cualesquiera otros factores del proceso. Y ello tanto si se es abogado de un inculcado, como si se trata de una víctima o grupo de víctimas. (...) La libre designación de letrado garantiza la sintonía cultural, lingüística y jurídica que han de impregnar y blindar la confianza del cliente en el abogado, sin cuya confianza no hay verdadero abogado. (...) Un elemento no desdeñable en esta materia de la independencia es el de la suficiencia retributiva también para los abogados. (...) Por eso, en los casos de defensa de oficio deberá asegurarse la dignidad de la retribución de los defensores; y lo que es más importante –y esto tanto para defensas designadas como de oficio– la calidad y fluidez de la dotación de medios para equilibrar la actividad probatoria de la defensa con la de la acusación. *Cfr.* Martí Mingarro, Luis, *op. cit.*

⁴ Considerando que son Acusatorios los códigos de procedimientos penales de Chihuahua, Oaxaca y Morelos (CPPCH, CPPO, CPPM), no así los del Estado de México y Nuevo León, encontramos que en los primeros se consigna que “el derecho a la defensa técnica es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones que se realicen a partir de ese momento” (art. 7). En el mismo art. 7 del CPPCH se define como defensa técnica que “el imputado tendrá derecho a ser asistido y defendido por un perito en derecho, autorizado en los términos de la Ley de Profesiones del Estado de Chihuahua, con independencia, en su caso, de que se haya nombrado a una persona de confianza”. En el mismo sentido art. 7, CPPO y art. 7 del CPPM: “El imputado deberá ser asistido y defendido por un licenciado en derecho, con independencia, en su caso, de que se haya nombrado a una persona de confianza”. En el art. 135, 1, b. y 204 del Código de Procedimientos Penales de Nuevo León y art. 145, III, b del Código

El concepto de defensa técnica permite comprender que el abogado defensor no sólo es abogado. En algunas facultades de derecho la especialidad en derecho penal incluye materias como Medicina legal o forense, Criminología, Criminalística, entre otras. Se procura, a través de su profesionalización, que pueda interrogar testigos y peritos, conocer las distintas diligencias probatorias que en el procedimiento penal incluye desde la inspección corporal hasta la autopsia o exhumación de cadáver.

La elección libre a la que se refiere el artículo 20, apartado B, fracción VIII, no resulta del todo adecuada. Cuando el imputado cuenta con recursos económicos es posible que acuda a “sus abogados”, frase culturalmente aceptable para los que creen que cuentan con “un despacho” a su servicio que les resuelve todos sus problemas. Sin embargo, no siempre el abogado “de cabecera” es un experto en derecho penal y procesal penal. En algunas legislaciones se denomina a la “elección libre”, abogado o defensor de su confianza. Este último concepto ha permitido en México –avalado por la propia legislación y la jurisprudencia– que cualquier persona de confianza –salvo los adelantos ya expuestos en los códigos acusatorios– acuda en ayuda del imputado, y, aún, lo represente, sin tener conocimientos de la ciencia jurídico penal.

El plazo constitucional para el nombramiento del abogado resulta, *prima facie*, injusto. El imputado puede nombrar abogado “incluso desde el momento de su detención”, frase que ignora que la investigación procesal por delito se inicia mucho antes de la detención del imputado si, como debe ocurrir, el Ministerio Público y la Policía investigan para detener, en lugar de detener para investigar.

En el artículo 4 de los códigos de procedimientos penales de Oaxaca, Chihuahua y Morelos se precisa con mejor entendi-

de Procedimientos Penales del Estado México, se mantiene la cultura de que la defensa es “tener una defensa adecuada, por abogado, por sí o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, le designará un defensor de oficio”. En los tres primeros se exige que el defensor sea abogado. Chihuahua aclara que ese abogado debe ser “perito en derecho”.

miento el derecho de defensa cuando se dispone que debe “interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten o restrinjan de cualquier forma, incluso cautelarmente, la libertad personal, limiten el ejercicio de un derecho conferido a los sujetos del proceso, establezcan sanciones procesales o exclusiones probatorias. En esta materia, se prohíben la analogía y la mayoría de razón, mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen”.

Este numeral debe comprenderse a la luz de los artículos 6 y 7 –igual en los tres códigos– cuando disponen –en lo que interesa–, que la “defensa es un derecho inviolable en toda etapa del proceso” por lo que “toda autoridad que intervenga en los actos iniciales del proceso deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos” (*cfr.* art. 6), entre ellos, la asistencia y defensa de un letrado “desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia” (*cfr.* art. 7).

Como parte de su derecho de defensa el imputado “tendrá derecho a intervenir personalmente en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas” (*cfr.* art. 6, CPPCH, CPPO y CPPM). “El derecho a la defensa técnica es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones que se realicen a partir de ese momento” (*cfr.* art. 7), integrando ese derecho el de “comunicarse libre y privadamente con su defensor y a disponer del tiempo y de los medios adecuados para preparar su defensa”.

Estos dos artículos han de analizarse a la luz del artículo 15 del Proyecto de reforma procesal del presidente Vicente Fox –borrador del 28 de septiembre de 2004– que ha servido de base de los códigos de Oaxaca, Chihuahua, Morelos, Zacatecas, Baja California, Estado de México y Durango, que especifican, con mayor claridad, que “se entenderá por primer acto del proceso cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible”.

No es fácil comprender los alcances del artículo 15 citado. Mientras el artículo 6 de los códigos de Oaxaca y Chihuahua exigen la defensa “en toda etapa del proceso” y el artículo 7 de ambos códigos “desde el primer momento de la persecución penal” el numeral en estudio –artículo 15– la “extiende” o “limita” al “primer acto del proceso” concretándolo en “cualquier actuación judicial o policial que señale a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible”.⁵

Esto permite interpretar que, cuando la investigación policial “identifique” un hecho punible y, dentro de ese hecho al “autor”, esa investigación requiere la presencia del defensor del imputado. *A contrario sensu*, cuando la investigación no ha identificado un hecho punible o, cuando el presunto hecho no ha configurado, dentro del *iter criminis*, un delito tipificado como tal en la legislación secundaria o, cuando existiendo el delito no se haya identificado al probable autor, la investigación puede continuar sin la presencia de un defensor letrado.

Esta determinación del hecho y el autor del hecho deviene en importante, entre otras razones, porque la reforma constitucional estipula que “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula” (*cfr.* art. 20, A, IX constitucional), siendo el de defensa un derecho fundamental.

Más importante aún, cuando se entiende que, antes de la identificación del imputado y, por ende, la presencia de su defensor letrado, se ha producido prueba. Prueba que comprueba el hecho punible; investigación que señala testigos y peritos; estudios que localizan e identifica documentos; evidencias que relacionan a la víctima con los sujetos con los cuales ha tenido contacto y que pueden “individualizar” al imputado.

⁵ El Código de Procedimientos Penales de Morelos limita ese derecho “desde el momento de su detención o comparecencia ante la policía, el Ministerio Público o la autoridad judicial y hasta el fin de la ejecución de la sentencia que imponga una sanción penal, el imputado tendrá derecho a ser asistido y defendido por un licenciado en derecho”. Esto significa que los actos anteriores a ese momento procedimental no encuentran, de principio, presencia letrada del defensor, aunque, como veremos, sí permite defensa técnica.

Esa prueba, que no puede permitir la presencia del defensor letrado y que es posible sea prueba de cargo, más que de descargo,

por ende, que no introduce, aun la prueba o defensa material del imputado —entre otras razones porque no se encuentra presente o no ha sido identificado— es prueba legítima —a mi criterio— únicamente, si ha protegido el derecho de defensa técnica, tal como se verá.

III. DIFERENCIAR ENTRE DEFENSA MATERIAL, TÉCNICA Y LETRADA

Si el derecho a la defensa es un derecho fundamental (*cfr.* artículos 14, 16, 20 de la Constitución de la República Mexicana), si las etapas del procedimiento penal son de investigación preliminar, fase intermedia y juicio, y si la fase de investigación puede darse antes de que se cometa un delito y, por ende, antes de que se identifique al imputado, conviene distinguir entre defensa material, defensa letrada y defensa técnica con mayor precisión a como se hizo *supra*, para comprender, igualmente, los conceptos de prueba anticipada, acopio de elementos, procesamiento de la evidencia, incorporación o desahogo de pruebas y valoración de los elementos probatorios.

1. Derecho de defensa letrada

Advirtiendo al derecho penal como *ultima ratio* legislativa —última razón de Estado—, varias razones exigen la presencia, representación, mandato y defensa del imputado cuando, por atribuírsele un delito, el Poder Judicial se encuentra ante un “problema” de derecho penal *prima ratio*.

La primera razón es la propia materia. La investigación o acusación sobre la conducta es ya, de por sí, un posible atentado contra la “libertad” de la persona humana. Se suma a ello que la determinación cierta de esa conducta acusada implica una sanción, por lo general, privativa de libertad. A la vez, el derecho

sancionatorio no se limita a imponer una pena. Ésta mina las relaciones familiares y, por su “calidad” estigmatizante, el prestigio social, económico y personal o ético.

La segunda razón es el propio triángulo procedimental. El sujeto imputado debe enfrentarse al juez y a la acusación del fiscal. Sin embargo, ni el juez está solo ni lo está el fiscal del Ministerio Público. Influye en esa relación la propia burocracia estatal. Una circunstancia importante en esta burocrática relación es que el imputado no sólo se enfrenta al juez en una audiencia. Igualmente afronta al personal del despacho –con distinta calidad de trato– y, al personal de la Policía Ministerial, del Ministerio Público, que, contrario a lo que se ha dicho, debe manejar siempre una hipótesis acusatoria y, por ende, aunque obligados por la objetividad, no se pueden guiar, por lo menos en las etapas iniciales, por los principios de inocencia e *in dubio pro reo*.

El proceso penal no es fácil de comprender y, mucho menos de tolerar.⁶ Menos aun para quien se encuentra implicado como imputado. Entonces, el juicio razonado del juez y, el mismo análisis crítico que debe asumir el Ministerio Público, se convierte, para el imputado, en juicio crítico. Es propio que toda acción y actuación de los órganos del proceso sea prejuzgado por el imputado como una intromisión a su libertad y dignidad.

Por su parte, el proceso penal no es un procedimiento de resultados que se ejecutan al final de la sentencia. El imputado debe enfrentar durante el proceso testigos, policías, irrupciones en su propio domicilio, en su intimidad, en su credibilidad. Se suma la posible aplicación de medidas cautelares de carácter real y personal y, todo lo que significa el procesamiento de evidencias para la obtención de pruebas. El imputado es, en mucho, objeto del proceso.

Esta realidad exige que sea otro el que lo represente. Es conveniente que un profesional en derecho –defensor letrado–, que

⁶ No se puede ignorar que el proceso surge, no raras veces, de denuncias calumniosas, de sospechas, de señalamientos que, aunque puedan no ser ciertos, exigen una “investigación de descarte” que, aunque no se quiera, entorpece la “libertad” del investigado hasta que se demuestre la verdad de su posible responsabilidad.

por su título y experiencia se encuentra en la misma posición profesional que el agente del Ministerio Público y los jueces, pueda asumir la defensa del imputado. Alguien que no enfrenta el hecho en daño de sus derechos, sino, que, con los derechos del imputado, protegidos como derechos fundamentales en la Constitución y en los tratados internacionales, ejerce, además, sus propios derechos como profesional, como defensor del imputado, como sujeto y parte en el proceso, con la bandera de los principios de inocencia, objetividad, interpretación restrictiva, contradicción, inmediatez, oralidad, libertad e *in dubio pro reo*. Un profesional en derecho que no pierde, cuando gana y cuando pierde.

Con este objetivo el artículo 17 de la Constitución Política de la República Mexicana exige a la “Federación, los estados y el Distrito Federal” garantizar “la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público”.

Desde el derecho constitucional se entiende que la defensa letrada no se limita a la representación del imputado. El abogado defensor es un experto en la ciencia jurídico penal y en las ciencias y técnicas anejas a su profesión, más aún cuando es un defensor de oficio. Un profesional que sabe, además del proceso penal, interrogar testigos, percibir la realidad, el modo como se realizan las pericias y es competente para someter a los peritos a la contradicción de sus conclusiones. Domina el contenido de los documentos y las formas legítimas del medio de prueba que se incorpora o desahoga en el juicio. Sabe cuál es el límite del poder punitivo del Estado y, a la vez, cuáles son las distintas facetas que permiten incorporar a su cliente a la sociedad y enfrentar la acción ilícita hacia la solución del conflicto.

El defensor letrado sabe que las formalidades procesales y, los grandes escollos del procedimiento le permiten poner en libertad a un inocente o pedir, lo más conveniente al culpable. Pero, conoce, igualmente, que en muchos casos su cliente culpable puede resultar ileso ante un proceso negligente y que su cliente

inocente debe demostrar, en muchas circunstancias, la falta de recta intención de los acusadores o denunciantes.

2. Derecho de defensa material

Establece el artículo 20, A, V, de la Constitución Política de la República Mexicana que “la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal”. Sin embargo, “las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente”. En todo caso, conforme al mismo numeral en su fracción VI: “ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución”.

Mientras la defensa letrada exige del abogado defensor el conocimiento de la ciencia jurídico penal y, con ella, las demás ramas anejas al derecho penal, como la criminalística, la criminología, la victimología, etc., la defensa material le obliga a improbar los hechos probados por el Ministerio Público, contradecir las pruebas de cargo que éste ofrece y brindar las pruebas de descargo que demuestren la inocencia de su cliente y permitan la libertad del mismo.

Cuando su cliente es culpable –culpabilidad que corresponde demostrar al órgano acusador–, la defensa material ha de encaminarse a demostrar la “equidad” en la aplicación de las penas, la racionalidad de las sanciones penales si se busca el logro personal o reinserción del imputado, facilitar que prospere el principio de proporcionalidad o, en su caso, demostrar la conveniencia de resolver el conflicto suscitado entre víctima e imputado como prioridad. Con estos mismos objetivos analizar la conveniencia de someter al imputado al juicio abreviado y, cuando lo permite la legislación, la conciliación, la suspensión condicional del proceso, la reparación del daño, etcétera.

Los principios de inmediatez y contradicción explican con claridad el objetivo y finalidad de la defensa material. Que el

imputado confiese o, en su caso, que declare como su principal derecho de probar la verdad, es la primera acción prudencial del defensor letrado. El Ministerio Público ha de probar o improbar lo que ha manifestado el imputado en juicio. De ahí la importancia de analizar que declare o se abstenga de hacerlo él, o sus familiares con derecho de abstención.

Contradecir las pruebas de cargo es, quizá, su segundo objetivo. La prueba de cargo no sólo han de probar lo que comprueban sino que, a la vez, han de haberse acopiado, procesado, embalado, trasladado, incorporado y desahogado en proceso respetando los derechos procesales y, a la vez, la ciencia, el arte o la técnica que hace idóneo al perito y que comprueba una realidad sin lugar a dudas.

Improbar los hechos o impedir que se prueben es, finalmente, un objetivo del defensor letrado en la determinación cierta de la defensa material. El defensor letrado ha de exigir al Ministerio Público –ya sea en la declaración preparatoria, ya en la orden de aprehensión, ya en la solicitud de audiencia de vinculación o, como fundamento de las petitorias de medidas cautelares reales o personales– que presente una relación de hechos acusatorios claros, precisos, circunstanciados, específicos, en tiempo, modo, lugar y circunstancias; es decir, que el agente del Ministerio Público demuestre el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de su cliente.

Esta determinación del hecho ilícito, cuya redacción exige, lógicamente, contener el tipo penal –no hay pena sin ley o tipo previo– y, consecuentemente, la adecuación de la conducta del imputado a ese tipo penal, debe ser probada por el Ministerio Público, aun cuando apenas se trate de una hipótesis fáctica como “*cuestio iuris*”. La imposibilidad de probar los hechos es ya, por sí, prueba material de descargo del imputado, parte de su derecho de defensa material, porque se ha de presumir su inocencia a lo largo del proceso y hasta sentencia firme.

Además, cuando el imputado se enfrenta, con claridad, a una relación de hechos que lo incriminan como autor, coautor o partícipe de un delito, puede, aportar prueba testimonial, pericial,

documental que le permita desvirtuar la hipótesis delictiva o, por lo menos, el reproche acusado.

3. Derecho de defensa técnica

Conviene aclarar que al referirme a la “defensa técnica” estoy “apropiándome” de un concepto ya analizado por la doctrina y utilizado en algunas legislaciones, término que confunde defensa letrada con defensa técnica. Más propiamente, si el abogado defensor en causas penales es un perito –como lo define el Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, artículo 7– es porque no sólo conoce el derecho, sino que es experto en derecho penal y procesal penal y, a la vez, las ciencias ajenas al derecho penal.

¿A qué me refiero con defensa técnica y, por qué hago una distinción con la defensa letrada?

Hago la distinción porque el imputado es, por lo general, identificado como autor del hecho punible en razón de una investigación preliminar. El derecho de defensa letrada surge después de su identificación. El derecho de defensa material inicia cuando el imputado –con o sin su defensor letrado– aporta medios de prueba o contradice la prueba existente de cargo. ¿Quién se ha preocupado por su defensa técnica?

La defensa técnica es, quizá, la defensa más importante del imputado en el procedimiento. Se trata de una defensa exigida aún antes de que se haya cometido un delito; cuando se ha cometido el delito; cuando se investiga el hecho, para esclarecer el delito o identificar su autor; cuando se ha identificado al autor del hecho punible.

Una defensa que obliga a todos los órganos de prueba. Determina la correcta actuación de la policía preventiva; de investigación y la especializada por razones técnicas o científicas. Determina la acción procedimental de los fiscales del Ministerio Público. Requiere la participación e ilustra la actuación de los Órganos Jurisdiccionales, como juez de control –juez de garantías–; juez de la fase intermedia –que para el sistema mexicano

es el mismo juez de control— y de los jueces de juicio, apelación o casación.

Entiendo por defensa técnica la veracidad del acto probatorio. La defensa letrada, como parte de la defensa material no puede permitir, únicamente, la existencia de medios de prueba o la asunción de elementos de prueba, sino que el medio de prueba que se admite como elemento probatorio no sólo compruebe un hecho, sino que afirme la realidad de lo acontecido. Por eso, no sólo hace referencia al hallazgo de la evidencia física, sino que incluye su acopio, su traslado, su cadena de custodia, su procesamiento hasta su incorporación y, posterior valoración como elemento de prueba en juicio. Consecuentemente, se entiende por defensa técnica:

1. El acto policial preventivo del hecho ilícito.
2. El acto policial de resguardo de la escena del crimen.
3. El acto policial criminalístico de custodia, manejo y modificación de la escena del crimen.
4. El acto pericial planimétrico de localización y relación de las evidencias con el hecho, el autor, la víctima y el objeto del hecho.
5. El acto policial de arresto de testigos; custodia de la víctima; detención del imputado.
6. El acto policial técnico de acopio de prueba.
7. El acto policial técnico de “construcción” de medios de prueba, como en los casos de intervención de comunicaciones entre presentes o, a través de medios de comunicación.
8. El acto policial técnico científico de embalaje y custodia de la evidencia.
9. El acto científico policial de procesar la evidencia para convertirla en prueba.
10. El acto técnico policial de informar sobre la evidencia física y determinar su relación, en razón de transferencia y causalidad entre hecho, lugar, víctima, objeto, e imputado.

11. El acto técnico pericial de evaluar el contenido probatorio del medio probatorio.
12. El acto técnico ministerial de ofrecer e incorporar, en las distintas fases procedimentales y en el proceso, el medio de prueba.
13. El acto procesal que, respetando la oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, permite la incorporación del medio de prueba.
14. El acto técnico jurisdiccional que, a la luz de la lógica, la experiencia y la sana crítica permite al juez incorporar y valorar los elementos probatorios.
15. El acto técnico documental de redactar las sentencias.

He desglosado quince procedimientos –distintos o relacionados– que dan seriedad a la clasificación propuesta. La mayoría de estos procedimientos implican a las autoridades preventivas, represivas, técnicas o científicas de la policía. Por lo general son actuaciones en las que ni el imputado y, consecuentemente su defensor letrado, se encuentran presentes. Son actos en los que, por lo general, no está presente el agente del Ministerio Público y, se actúa, policialmente, sin su control o dirección. Son actividad procesal que produce medios de prueba.

No es mi objetivo, por el momento, hacer un tratado sobre la defensa técnica y, por ende, sobre el medio de prueba que se consigna como elemento de prueba. De hecho, con ese objetivo conviene analizar cada uno de los treinta y dos códigos procesales penales o de procedimientos. Me limitaré a fundamentar mi criterio sobre la defensa técnica en la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008.

IV. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSA TÉCNICA

Aunque he aclarado que me he “apoderado” de un concepto para cambiar su significado, aún me atrevo darle un fundamento constitucional al criterio diferenciador entre defensa letrada,

material y técnica. De hecho, estoy seguro que la defensa técnica es un principio más importante en protección de los derechos del imputado que los de defensa material o la presencia del defensor letrado.

Conforme al artículo 16 de la Constitución de la República Mexicana “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. Este numeral nos enfrenta a una serie de conceptos que exigen su individualización técnica.

En materia penal ese “nadie” debe ser un sujeto pasivo del derecho procesal penal. Por ende, debe existir un “indicio” para que “ese nadie” pueda ser molestado. Además, ese nadie sobre el cual se supone un “indicio” no es su familia y debe aclararse, fundada y motivadamente, por qué debe o puede irse contra su domicilio, papeles, posesiones.

Entonces, el procedimiento resulta distinto cuando, encaminado el proceso o la investigación contra “alguien” la acción policial, ministerial o jurisdiccional perjudica la familia –que no se encuentra involucrada– y, cuando, determinando domicilio, papeles, derechos o posesiones exige, un hecho punible y la probable responsabilidad de ese “nadie” en el hecho en investigación. Esto, porque una vez que exista la “molestia” que exige “mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal” esa acción debe, igualmente demostrar que la causa legal es en causa penal.

A su vez, si existe un “nadie”, más propiamente, un “alguien” esa persona ha sido ya “individualizado” y, consecuentemente, es sujeto y objeto del proceso y, consecuentemente, tiene derecho a su defensa letrada por abogado y, a la defensa material. Con esto digo que no es lo mismo un “acto de molestia” en causa administrativa, familiar, civil, etc., que en causa penal. La causa penal, entonces, determina en los actos de molestia del artículo 16 constitucional un procedimiento distinto.

De hecho, ese distinto procedimiento requiere de una distinta “autoridad competente”, máxime cuando el “acto de molestia” pueda “preconstituir prueba de cargo” que perjudica la libertad del

imputado. Se suma a ello que la causa penal determina, de modo distinto, el procedimiento en domicilio, documentos y papeles. Es decir, es distinto si se trata, por ejemplo, de una comunicación entre el imputado y su defensor; de un documento privado; de un documento público; de un documento confidencial o secreto.

Conforme al mismo artículo 16 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos “no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito”. La existencia de la querrela o denuncia particulariza los actos de molestia. De hecho, un acto de molestia que “preconstituye” prueba por, por ejemplo, causa administrativa, fiscal, familiar, civil, etc., no puede tener el mismo resultado probatorio que en tratándose de materia penal por motivo de denuncia o querrela.

Técnicamente el “acto de molestia” relacionado con documentos privados o cartas –relacionado, en definitiva, con una causa penal– tiene un distinto procedimiento en el propio artículo constitucional de referencia; en la comunicación del imputado con su defensor (art. 20); del derecho de asociación o delincuencia organizada (arts. 4, 5 y 6) y, en las leyes especiales, entre otras razones porque, el acto de molestia ha de obedecer, para su legitimación, de un hecho que la ley señale como delito. De hecho, ese acto de molestia, más que una orden fundada y motivada, requiere de una orden de cateo o allanamiento, una orden de intervención de comunicaciones o de secuestro de documentos privados, etcétera.

Se suma a lo dicho un tecnicismo un poco más complejo. Conforme al artículo 16 de la Constitución “no podrá librarse orden de aprehensión” sino en razón de “un hecho que la ley señale como delito sancionado con pena privativa de libertad”. Nótese que, desde el derecho penal, todo adquiere un sentido en parte distinto. Los mismos derechos humanos –fundamentales– y las garantías de esos derechos, encuentran una distinta interpretación. Desde el derecho penal es “cuestionable” el derecho al trabajo, de asociación, de libre expresión de las ideas, de libre comunicación vía telefónica, de intimidad, de privacidad. Pero, ese prisma que cambia el sentido de lo mismo, exige, que

haya algo distinto, más propiamente, que se encuentre en juego el bien común, los bienes jurídicamente protegidos, el derecho de otro.

Entonces, para “dudar” del derecho y de la garantía, es decir, para proceder, se requiere una denuncia o querrela por delito. Se exige, la existencia de un delito con pena privativa de libertad. Es decir, estamos hablando de excepciones que no pueden ser el fundamento de la acción represiva o preventiva, sino, de un delito. He aquí la importancia de lo técnico en el derecho penal y procesal penal. He aquí la especial importancia del derecho penal constitucional. A saber, la duda se ha de convertir en acierto; la probabilidad en certeza; la acción, en realidad.

Por eso, el artículo 16 de la Constitución de la República Mexicana plasma una serie de tecnicismos que ha de prever la “autoridad” en los actos de molestia, especial y prioritariamente, cuando esos actos pueden –repito– “preconstituir” prueba, es decir, que pueden “traer” la realidad que, en un proceso, involucra a un sujeto en un delito. “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

La última frase del párrafo de referencia consolida, aún más, el criterio de defensa técnica. ¿Por qué han de obrar datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y, por qué han de obrar datos que permitan comprobar la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión? Se trata de datos que prueban. Se trata de pruebas que comprueban. Se trata de medios de prueba que, para su credibilidad, han de ofrecer certeza. Esa certeza sólo se logra si el acto probatorio ha respetado el acto procesal probatorio.⁷

⁷ Desde mi criterio debe entenderse el acto procesal probatorio en sentido distinto al acto probatorio. El primero se comprende como el acto legitimador del segundo. Traduciendo el concepto conforme la jurisprudencia mexicana, el acto de molestia a que se refiere el artículo 16 de la Constitución Política, es el acto procesal probatorio, que, lógicamente, exige determinar la autoridad legitimada y, a la vez, su

Por eso, el mismo artículo 16 constitucional puede exigir, como requisito técnico u acto procesal probatorio que “en toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia”.

Advierta el lector la cantidad de requisitos técnicos –defensa técnica– que exige el cateo por mandato constitucional. Debe existir una orden de cateo, para cada lugar determinado. Ha de existir una autoridad judicial previamente legitimada –con jurisdicción y competencia–. Ha de existir una orden expedida por escrito. Debe existir, una solicitud del Ministerio Público. Consecuentemente, y, al parecer, no puede darse de oficio. Ha de expresar el lugar. Ha de esclarecer el objetivo preciso: inspección; persona a aprehenderse; objetos a encontrarse. Finalmente, como actuación técnica, requiere levantar un acta.

El cateo exige una solicitud formal del Ministerio Público; consecuentemente, una información policial precisa; una orden del juez; una notificación previa; un acta que consigne los distintos pasos de la diligencia. Esto para legitimar una inspección que, luego, dentro del domicilio, permita “actos probatorios” como el secuestro de evidencias o bienes –acta técnica–; la inspección ocular del lugar –acta técnica–; la inspección corporal del imputado –acta técnica con requisitos especiales–; hallazgo; pericias; etcétera.

Con mayor propiedad, por ser mayores las exigencias y, superiores los modos de “manipular” el resultado probatorio, se exige que “exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio

fundamentación y motivación. El acto probatorio, en contrario, es el medio de prueba que se logra a través de ese acto legitimador del acto de molestia.

Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada”.

La intervención de comunicaciones es una de las pruebas más técnicas que existen, actualmente, en el proceso penal. Se suma a ello, el problema de intervenir una conversación que, por lo general, implica a otras personas y comunicaciones no relacionadas con los hechos en investigación. Además, procura intervenir fax, Internet, teléfonos celulares, comunicaciones escritas y orales e introducir los medios técnicos para lograr su grabación. No se puede negar que toda comunicación puede ser manipulada. Desde la filmación de un suceso hasta la misma comunicación entre personas presentes o por vía telefónica es posible cambiar voces, implicar a sujetos que no estuvieron presentes y doblar los documentos, discos, cintas, papeles, fotografías, etcétera.

Por eso se ha dicho –*mutatis mutandis*– que al juez no interesa tanto que la sangre contenía alcohol etílico, para demostrar –por ejemplo en accidente de tránsito– un elemento subjetivo y objetivo de negligencia –incumplimiento del deber de cuidado–; sino, tener la certeza que esa sangre es la propia del imputado levantada en la escena del crimen o en el hospital o laboratorio respectivo. Con mayor precisión técnica para determinar voces, identificar personas, o comprobar que las imágenes son reales, ciertas, conforme a la realidad, sin simulación o manipulación alguna.

En intervención de comunicaciones “la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor” (*cfr.* art. 16 constitucional).

En el artículo 16 la reforma constitucional introduce, ahora, los “jueces de control”. Un nuevo requisito técnico que exige la defensa técnica. A ese juez corresponde resolver “en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación

de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos”. Se trata de un juez de garantías que, por lo general, en la fase preliminar del procedimiento –etapa de investigación–, se apersona u ordena los anticipos de prueba. Se trata de actos pre-procesales probatorios de naturaleza jurisdiccional. Se les llama, como prueba anticipada, actos probatorios definitivos e irreproducibles.

Los conceptos que hemos utilizado son, de por sí, conceptos técnicos. Son actuaciones jurisdiccionales que requieren la presencia del agente del Ministerio Público y el defensor letrado; la presencia, participación o representación del imputado. Actos procesales probatorios que pueden exigir la presencia de oficiales de policía. Algunos exigen pericias técnicas o científicas. Se trata de actos probatorios o prueba anticipada que debe consignarse en actas o cintas de video o grabación. Es decir, no sólo es técnico el acto probatorio sino, a la vez, los medios de control, comprobación e incorporación.

Se entiende así que la propia Constitución Política exija que “las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio” (*cfr.* art. 16) y que proteja la “correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas” de “todo registro”.

El derecho de defensa es prioritariamente técnico cuando se enfrenta a los plazos y razones constitucionales de detención; la audiencia de control de detención y vinculación a proceso; la determinación del tipo penal en relación con el hecho punible; los posibles peligros de fuga o obstaculización; la conveniencia o no de la prisión preventiva o medidas cautelares de carácter real o personal (art. 19, CPM). Es técnica, porque se desarrolla bajo sistemas procesales, bajo términos y plazos, y se somete a principios como los de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación (art. 20, CPM).

Pero, es especial y prioritariamente técnica porque, si cada acto probatorio exige de un acto procesal probatorio –un acto legitimador de la acción probatoria–; la ausencia del debido proceso, del derecho de defensa; del principio de control jurisdiccional; de

los protocolos de investigación y control de la evidencia; de los controles de cadena de custodia; la falta de capacitación de técnicos, policías y peritos; la falta de calidad de los procedimientos; etc., impide creer en el medio de prueba.

Es por esa realidad del medio de prueba que, con la finalidad de convertirse en elemento de prueba exige su certeza, que la defensa técnica resulta, a la postre, más eficaz e importante, que la propia defensa material y letrada. Esa realidad ha conminado al legislador ha discriminar entre el acto policial preventivo; policial represivo; policial técnico; policial científico y los actos que exigen de peritos y expertos. Igualmente ha exigido la participación y control del acto por parte del agente del Ministerio Público que, a la vez, requiere de su dirección y control (art. 21) o la presencia del juez en algunos de estos (art. 20, A).

En razón de la defensa técnica se entiende que “toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica” (art. 20, A, II); que, “para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio” (art. 20, A, III) y, con ese mismo objetivo de certeza científica o técnica de la prueba “la ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo” (art. 20, A, III). De hecho, “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula” (art. 20, A, VII).

Para proteger la defensa técnica el artículo 21 de la Constitución Política de la República Mexicana preceptúa que la “actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución”.

V. DERECHO DE DEFENSA Y ACTO PROCESAL PROBATORIO

Dispone el artículo 14 de la Constitución Política de la República Mexicana que “nadie podrá ser privado de la libertad o de sus

propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Este artículo no fue modificado con la reforma constitucional. Para comprender ese juicio seguido ante los tribunales, deben analizarse, más que normas secundarias procedimentales, algunas disposiciones importantes en la propia Constitución. Más propiamente y a la luz de los artículos 16, 17, 20, 21, 102, apartado A, y 107, fracciones XI y XV, comprender los órganos que actúan, en coadyuvancia con los jueces, en la administración de justicia en materia penal.

En el artículo 16 asoma el Ministerio Público. De hecho, lo hace cuando se ha detenido a una persona. La Constitución confía que ese detenido sea puesto a la orden de la autoridad y, sin demora, ésta lo haga ante el Ministerio Público. Admite, igualmente, que en casos de urgencia, por delito grave, y en peligro de fuga, este organismo ordene, bajo su responsabilidad, la detención del imputado.

Corresponderá entonces al Ministerio Público llevar registro de detenidos (art. 16, p. 4); proceder a la detención (art. 16, p. 5); retener al detenido hasta por cuarenta y ocho horas (art. 16, p. 9); solicitar el arraigo (art. 16, p. 7); solicitar el cateo (art. 16, p. 10); solicitar y realizar la intervención de comunicaciones privadas (art. 16, p. 12); comunicarse con cualquier autoridad, incluidos los jueces, particularmente, los jueces de control (art. 16, p. 13); solicitar medidas cautelares y/o la prisión preventiva del imputado (art. 19, p. 2); informar al imputado los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten (art. 20, B, III); admitir y facilitar la coadyuvancia de la víctima (art. 20, C, II); decidir sobre la necesidad o no de un medio de prueba (art. 20, C, II); solicitar al juez la reparación del daño causado a la víctima (art. 20, C, IV); organizar el programa de protección de víctimas, ofendidos y testigos (art. 20, C, V); resolver sobre la reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción o suspensión del procedimiento (art. 20, C, VII); realizar la investigación de los delitos (art. 21, p. 1); dirigir, coordinar y controlar a la policía

en esa función (art. 21, p. 1); ejercer la acción penal ante los tribunales (art. 21, p. 2); considerar la aplicación de criterios de oportunidad (art. 21, p. 7).

Conforme al artículo 102, A de la Constitución Política de la República Mexicana “incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine”.

El legislador prevé que el acto probatorio –testigo, documento, perito, evidencia, laboratorio, etc.– cuente con un acto procesal probatorio o decisión de autoridad que lo legitime. En algunos casos admite la actuación de la policía preventiva o represiva. En otros casos, exige la acción de los agentes del Ministerio Público. En muchos, el control del acto por parte del juez, que va desde la orden escrita, debidamente fundada y motivada, para ordenar el acto –intervención de comunicaciones, cateo de morada, inspección corporal, etc.–; hasta la presencia misma del juez en el acto probatorio, prueba anticipada.

Desde el criterio de la defensa técnica, todo acto procesal probatorio por el cual se obtiene un medio de prueba que se haya realizado contrario a derecho, invalida el acto procesal y, con él, el acto probatorio. Se trata de una defensa técnica porque no sólo contempla el procedimiento de acopio de prueba, sino, los métodos técnicos y científicos –acopio, protocolos de actuación, protocolos de control, cadena de custodia, embalaje, procesamiento, informes, peritos– que se utilizan para “convertir” la evidencia en prueba; para informar de esa prueba, en juicio; para incorporar el medio de prueba y, finalmente, para su valoración.

Finalmente requiere que se proceda conforme al procedimiento previsto para cada uno de los medios de prueba que han sido considerados en la legislación procesal, para su acopio, realización e incorporación. En este sentido debe considerar la autoridad legitimada para ordenar el acto procesal; la autoridad

legitimada para realizarlo y, el modo cómo debe realizarse. En este campo se integran las actas, las distintas formas de reconstrucción del acto –videos, cintas, grabación– y, lógicamente, las partes que debieron participar, obligadamente, en ellos. No es lo mismo una requisita que una inspección corporal o un simple cacheo. No es lo mismo una inspección ocular en lugar abierto que en casa de habitación. No es lo mismo el “testigo de oídas” que la grabación de conversaciones privadas entre presentes o por medios telefónicos. No es lo mismo la confesión del imputado, que la *confessio* interpósita persona. No es lo mismo la actuación técnica de la policía en la escena del crimen, que la actuación de peritos, expertos en una ciencia, arte o técnica. No es lo mismo una entrevista de un testigo que su declaración formal. Cada acto probatorio encuentra un acto procesal, cuyas formalidades deben respetarse. Actuar sin respetar el procedimiento –técnico, científico, ético, o jurídico– crea dudas y la duda exige anular el medio de prueba, porque se ha violado la defensa técnica.

VI. DERECHO DE DEFENSA Y ACTO PROBATORIO

Si “el derecho a la defensa técnica es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones que se realicen a partir de ese momento”,⁸ entonces, de principio, no puede haber actuación procesal probatoria sin defensor. Sin embargo, es claro que el imputado se identifica en el proceso porque existe una actividad procesal probatoria. ¿Cómo se comprende esta contradicción? Interpretar la norma “conforme a la letra” (*cfr.* art. 14 constitucional) exige anular todo lo actuado antes de la presencia del imputado en el proceso y, todo lo actuado después de su presencia si no se nombra defensor y se actúa en el acopio de prueba.

En efecto, es un dato de experiencia que cuando el defensor letrado ingresa al proceso ya existe un imputado. De hecho, es el imputado el que, por lo general, nombra a su defensor de confian-

⁸ *Cfr.* Artículo 7 de los códigos de procedimientos penales de Chihuahua, Oaxaca y Morelos.

za, salvo en aquellos casos en los cuales, por disposición legal –no constitucional–, más propiamente, en los anticipos de prueba,⁹ el juez inicie la diligencia probatoria con la presencia del agente del Ministerio Público, nombrando al “presunto” imputado un defensor público o de oficio.

Los nuevos códigos de procedimientos penales con sistema acusatorio consideran que la “defensa es un derecho inviolable en toda etapa del procedimiento”.¹⁰ Bajo ese criterio corresponde a los jueces garantizar la defensa sin preferencias ni desigualdades. Porque “el imputado tendrá derecho a ser asistido y defendido por un licenciado en derecho”.¹¹

En protección de los derechos del imputado previstos y exigidos por la Constitución Política, se consigna –en la normativa secundaria– que “toda autoridad que intervenga en los actos iniciales del proceso deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos”. A su vez, se admite que el imputado tenga derecho “a intervenir personalmente en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones”.¹²

La secuencia *ut supra* de criterios relacionados con la presencia del defensor letrado causa un incoherente vacío entre la realidad y la práctica que, de hecho, complica siempre a jueces

⁹ En los anticipos de prueba se ha considerado que “en caso de que todavía no exista imputado se designará un defensor público para que intervenga en la audiencia. Cuando exista extrema urgencia, las partes podrán requerir verbalmente la intervención del juez y él practicar el acto con prescindencia de las citaciones previstas, designando, en su caso, un defensor público. Se dejará constancia de los motivos que fundaron la urgencia” (*cfr.* artículos 267, CPPCH; 263, CPPO; 266, CPPM).

¹⁰ *Cfr.* Artículo 6, códigos de procedimientos penales de Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas, Baja California; artículo 12 del Código Modelo.

¹¹ *Cfr.* Artículo 7, códigos de procedimientos penales de Chihuahua, Oaxaca y Morelos. Mientras los códigos de Chihuahua y Oaxaca otorgan este derecho “desde la práctica de cualquier actuación policial, ministerial o judicial, que señale a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible” (*cfr.* art. 7), el Código de Procedimientos Penales de Morelos, por el contrario, hace una diferencia y dispone ese derecho “desde el momento de su detención o comparecencia ante la policía, el Ministerio Público o la autoridad judicial” (*cfr.* art. 7, CPPM).

¹² *Cfr.* Artículo 6, Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, Oaxaca y Morelos.

y fiscales, especialmente cuando el defensor letrado interpone incidencias de nulidad del medio de prueba. Si aceptamos y, por ende exigimos la protección del derecho de defensa letrada al extremo propuesto, nos encontramos con, por lo menos, los siguientes actos probatorios nulos:

1. El acto procesal probatorio y los actos probatorios que de ellos se desprenden para determinar, del hecho, un ilícito penal.
2. El acto procesal probatorio y los actos probatorios que de ellos se desprende para identificar al imputado de un hecho punible.
3. Los actos probatorios que se han ordenado para que los órganos policiales identifiquen hechos –posiblemente ilícitos– y los encaminados a identificar a los posibles culpables. Por ejemplo: vigilancias, seguimientos, intervención de comunicaciones y el propio cateo de morada.

Exigir un defensor letrado en la investigación que se encamina a identificar al autor de un delito es imposible. En cambio, desde el criterio en estudio, la exigencia se entiende si se conoce la diferencia entre defensa letrada, material y técnica a la que nos venimos refiriendo. Bajo este razonamiento es posible sostener siempre que en las actuaciones se protegió el derecho de defensa. Sólo cuando se compruebe que esas tres secuencias de derecho a la defensa no se protegió, el acto es nulo, absolutamente nulo y, es nulo, igualmente los actos probatorios que de ellos dependan (*cfr.* art. 27 bis del CFPP).¹³

¹³ “No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los requisitos establecidos por la ley para su realización, que impliquen agravio de derechos fundamentales, salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas previstas por este Código” (*cfr.* art 70, CPPM; art. 75, CPPCH; art. 76, CPPO). Cuando no sea posible sanear un acto, el juez, de oficio o a petición de parte, deberá, en forma fundada y motivada, declarar su nulidad o señalarla expresamente en la resolución respectiva; especificará, además, a cuáles actos alcanza la nulidad por su relación con el acto anulado y, siendo posible, ordenará que se renueven, rectifiquen o ratifiquen (*cfr.* art. 74, CPPM; art. 79, CPPCH; art. 80, CPPO).

No ignoro que el legislador, aunque quizá desconozca la distinción entre defensa material, técnica y letrada, está admitiendo al defensor letrado en todos los actos procesales probatorios, sin comprender, que eso es irrealizable. De hecho, el criterio sostenido por el Código de Procedimientos Penales de Morelos es el más acertado, porque es el que más se ajusta a la realidad.¹⁴

“Integra el derecho a la defensa, el derecho del imputado a entrevistarse personal, libre y privadamente con su defensor y a disponer del tiempo y de los medios adecuados para preparar su defensa. El derecho del imputado a entrevistarse con su defensor será inviolable y no podrá alegarse, para restringir este derecho, la seguridad de los centros penitenciarios, el orden público o cualquier otro motivo”.¹⁵ A la vez, “los derechos y facultades del imputado podrán ser ejercidos directamente por el defensor”.¹⁶

Se suma a estos derechos, los que ahora admite la reforma constitucional. El imputado tiene derecho, con el de defensa, y como parte de su propia defensa “a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa” (Art. 20, B, I); “a declarar o a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio” (Art. 20, B, II). Queda, además, prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio (Art. 20, B, II).

La reforma constitucional protege, de este modo, la información o prueba que se pueda obtener del imputado como sujeto activo de prueba. Procura que no se incorpore prueba alguna que haya violado los derechos del imputado, entre ellos,

¹⁴ Artículo 7. Defensa técnica.

Desde el momento de su detención o comparecencia ante la policía, el Ministerio Público o la autoridad judicial y hasta el fin de la ejecución de la sentencia que imponga una sanción penal, el imputado tendrá derecho a ser asistido y defendido por un licenciado en derecho. El derecho a la defensa técnica es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones que se realicen a partir de ese momento.

¹⁵ Cfr. Artículo 7 de los códigos de procedimientos penales de Chihuahua, Oaxaca y Morelos.

¹⁶ Cfr. Artículo 7 de los códigos de procedimientos penales de Chihuahua, Oaxaca y Morelos.

el derecho de defensa. Por eso obliga a “que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten” (Art. 20, B, III) y que se le reciban “los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley” (Art. 20, B, IV).

Sin embargo, la propia norma constitucional permite –y comprende al permitir– que existe una investigación previa, preliminar, que ha incorporado medios de prueba. Por eso “en delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra” (Art. 20, B, V) y, aun cuando no se trate de delincuencia organizada se exige facilitarle al imputado “todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso” (Art. 20, B, VI).

Porque la Constitución admite una investigación preliminar protege que “el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa” (Art. 20, B, VI).

VII. CONCLUSIÓN INCONCLUSA

No es lícito, el acto probatorio cuando no ha sido lícito el acto procesal probatorio, es decir, cuando las formalidades procesales

—garantías constitucionales o garantías procesales— se han violado para realizar el acto probatorio. Este es el procedimiento que marca la diferencia y discrimina entre defensa letrada —presencia del profesional en derecho— y defensa técnica —protección de los derechos y garantías en la actuación, aun sin la presencia del imputado— y que, finalmente facilita, con la presencia del imputado y el nombramiento de su defensor, la defensa material —capacidad de aportar pruebas y contradecir las existentes—, derecho que se centra, especialmente, en exigir su incorporación y valoración en la fase de juicio oral, en presencia de los jueces —inmediación— y confrontando testigos, policías y peritos —contradicción—.

La defensa técnica es —sin eliminar la letrada y la material—, cada vez más necesaria. La reforma constitucional ha permitido como prueba la grabación de comunicaciones privadas. Quien conoce de pruebas sabe el daño que puede causar la grabación de una conversación fuera de contexto. Hoy, el teléfono celular permite fotografiar, filmar y grabar con imágenes, situaciones, hechos, sucesos. Puede, igualmente, acumular esas imágenes, hechos y sucesos. Puede mezclar esas imágenes, hechos y sucesos.

Si la justicia mueve la prudencia del juez y si la prudencia del juez le encamina a la justicia, éste debe exigir, con el medio de prueba —acto probatorio—; el acto legitimador de ese medio de prueba —el acto procesal probatorio—. Por ende, la autoridad que ordena ese acto de prueba; la autoridad que realiza ese acto de prueba; los órganos que realizan o ejecutan ese acto de prueba; los instrumentos legitimados que sirvieron para conformar ese acto probatorio. La defensa del imputado a lo largo del proceso procura, en razón de la prudencia y la justicia, la verdad que atrae, al proceso, la realidad del hecho ilícito y la certeza de su autoría. Esto es posible con la participación del defensor letrado y su contribución a la defensa material. Sin embargo, el defensor letrado y la defensa material pueden verse burladas, si no se ha protegido, a lo largo de la investigación, la defensa técnica.

Recibido: 09-09-2009
Aprobado: 28-10-2009