

EL PAPEL DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO

SUMARIO: I. Introducción II. Modalidades de la defensa penal en el decurso de la historia III. Evolución del defensor de oficio a la defensoría pública en México IV. El papel de la defensoría pública en el nuevo sistema procesal penal acusatorio V. Conclusiones VI. Bibliografía.

Oscar Uribe Benítez

(2012)

I

Introducción

La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, que estableció los sistemas procesal penal acusatorio y de reinserción social, impactó en los protagonistas de los mismos: agente del ministerio público, defensor público y privado, autoridad judicial y víctima u ofendido.

Efectivamente, habida cuenta de que al agente del ministerio público le quitó el monopolio de la acción penal y la obligación de ejercitar la acción penal, al otorgarle la facultad a los particulares de ejercer también acción penal en los casos que señale la ley; y al arrogarle la facultad al agente del ministerio público para aplicar criterios de oportunidad.

Con respecto al Poder Judicial se le dio omnipresencia en todo el procedimiento penal y en la ejecución de la pena, en virtud de que se crearon las figuras del juez de control, precisamente para controlar la investigación del agente del ministerio público; el juez de la audiencia de juicio, ante el que se esgrimen los argumentos y se desahogan los medios probatorios para que emita la sentencia

respectiva; y el juez de ejecución de penas, como garante de los derechos de los sentenciados.

En cuanto a la víctima u ofendido se reiteraron y ampliaron los derechos humanos fundamentales con los que contaba.

Y por lo que hace al defensor privado y público, se les otorgaron mayores instrumentos y deberes para cumplir con sus servicios profesionales en forma adecuada y de calidad.

De todos estos protagonistas, en este trabajo exploraremos las funciones que tiene el defensor público, que serán las mismas para el defensor privado, y con las cuales pondremos de relieve el nuevo papel que se le ha asignado, dada la escasa producción bibliográfica de tan importante tema.

Por ello, consideramos emprender nuestro trabajo con una breve exposición, en el capítulo II, de las modalidades de la defensa penal en el decurso de la historia. En el capítulo III, damos un panorama en torno a la evolución del defensor de oficio a la defensoría pública en México, para ubicarnos en la defensoría pública dentro del sistema procesal penal acusatorio en el capítulo IV, en el que analizamos en principio las funciones que actualmente tiene, para después plasmar las funciones que vamos desprendiendo de los diversos artículos constitucionales que están relacionados con el sistema procesal penal acusatorio, lo cual nos permitió en nuestras conclusiones plasmadas en el capítulo V, destacar a nuestro entender el papel del defensor público y lo que se requiere para ello. Finalmente, en el siguiente capítulo señalamos la bibliografía que utilizamos.

II

Modalidades de la defensa penal en el decurso de la historia

El vocablo defensa, según el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, significa acción y efecto de defenderse o defender.¹

Defenderse es alegar a favor de uno mismo; y defender es alegar en favor de alguien; es decir, la autodefensa y el defensor, ya sea privado o público, que son precisamente las modalidades que se han observado en la historia de los sistemas procesales penales, de las cuales daremos cuenta brevemente a continuación.

A) *Autodefensa*. Esta modalidad puede ser considerada como el tipo de defensa originaria, sin asistencia jurídica ajena, la cual se conoció en todas las épocas.²

Un ejemplo antiguo de esta modalidad de autodefensa, se encuentra en el proceso seguido en contra del filósofo griego Sócrates, del que Platón en la Apología que hace de aquél refiere que la acusación consistió en impiedad y perversión a la juventud, cargos de los que el propio estagirita se defendió con su discurso que no convenció a los jueces del pueblo y fue condenado a la pena capital mediante la bebida de cicuta.³

Otro ejemplo, es el proceso de Jesús acusado de incitar a la nación a la revuelta, impedir pagar los impuestos al César y decirse el Cristo-Rey, quien fue interrogado por Poncio Pilatos, prefecto de Judea, y respondió pero también optó por guardar silencio, el pueblo judío solicitó la pena de muerte y Pilatos ante la presión, se lavó las manos y lo condenó a muerte en la cruz.⁴

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Tomo I, Editorial Espasa Calpe, España, 2001, p. 737.

² MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, Traducción de Pedro Dorado, reimpresión, Temis, Colombia, 1991, p. 246.

³ DEMANDT, Alexander, *Los grandes procesos de la historia*, Traducción de Enrique Gavilán, Editorial crítica, España, 2000, pp. 15 a 17.

⁴ IMBERT, Jean, *El proceso de Jesús*, Traducción de Rosalinda Hernández, Publicaciones Cruz O., México, 1995, pp. 61, 62, 76 y 78.

B) *Defensor privado*. En el derecho penal romano, al lado de autodefensa, surgió el procurador o agente, el *patronus*, de manera idéntica como apareció en el procedimiento civil, como asistencia jurídica, la cual dependía de la libre elección y voluntad de las partes. Además de los procuradores intervenían los consejeros, *advocati*, quienes no intervenían en la sustanciación y discusión del asunto, sino que auxiliaban a la defensa dando consejos y dictámenes sobre cuestiones de derecho.⁵

El acusado, tanto en el procedimiento de cognición o inquisitivo y en el acusatorio, ocupaba una posición inferior con respecto al acusador, ya que aquél si bien tenía derecho a presentar testigos, no lo tenía para citarlos obligatoriamente a diferencia del acusador.⁶

En el derecho español estuvo vigente como derecho principal el Fuero Juzgo, en el que establecía la autodefensa y los mandaderos o personeros, que se convertían en representantes y defensores; y en el Fuero Real, estaba prevista la figura del Bozero que alegaba por el acusado, pero pierde el carácter de personero o representante del acusado.⁷

En la actualidad esta modalidad de defensor privado subsiste y es la más solicitada.

C) *Defensor de oficio*. Como incipiente aparición del defensor de oficio en nuestra cultura jurídica occidental tenemos que España, en el marco del Tribunal del Santo Oficio, Nicolau Eymeric, inquisidor general de Aragón, con respecto al procedimiento inquisitorial, en su Manual de Inquisidores escrito en la mitad del siglo XIV, consideró que si el reo estaba confeso, era inútil nombrarle defensor; en caso contrario la propia Inquisición lo designaba, sin dejarle ese derecho al procesado; la función principal del defensor era convencer a su

⁵ MOMMSEN, Teodoro, *Op. Cit.*, pp. 246 y 247.

⁶ Ibidem, p. 265.

⁷ PÉREZ PALMA, Rafael, *Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1974, p. 312.

defendido de que confesara, la cual una vez lograda se revocaba al defensor pues su función era ya inútil.⁸

Efectivamente, en España al procesado se le asignaba casi siempre un consejero, ya que no podía elegirlo pero sí entre los dos o tres nombrados por el tribunal; y en las condiciones relatadas por Eymeric el consejero no realizaba una defensa verdaderamente completa y eficaz. Inclusive tanto Eymeric como el otro gran inquisidor Bernard Gui establecieron que los defensores acusados de herejía, pudieran llegar a ser perseguidos como protectores de los herejes y por ello pocos querían correr ese riesgo.⁹

En Francia, en 1498, el derecho de defensa fue suprimido; el defensor fue excluido, como personaje nefasto y perjudicial a la investigación de la verdad y a la aplicación de la ley.¹⁰

Es de llamar la atención que en *La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, no se previó como derechos la autodefensa; el ser asistido por abogados de su elección; o el de pedir que los asigne un juez; pese a que estos derechos el señor Boislandry los propuso en el artículo 32 de su proyecto para ser incluidos en dicha Declaración, según los archivos parlamentarios de 21 de agosto de 1789.¹¹

En el sistema criminal inglés de la mitad del siglo XVI, según Langbein existió el juicio “en que el acusado habla”, basado en el principio de que una persona acusada de un crimen serio tenía prohibido contar con un abogado defensor, cuyas razones eran que a la Corte se le consideraba defensora del prisionero, consistente sólo en cuestiones de derecho y no de hecho, la protección era contra procedimientos ilegales y falsas acusaciones.¹² Se consideraba al

⁸ ZAMORA-PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 4ª. edición, Porrúa, México, 1990, pp. 334 y 335.

⁹ TURBERVILLE, Arthur Stanley, *La inquisición española*, Traducción de Javier Malagón Barceló y Helana Pereña, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 56.

¹⁰ PÉREZ PALMA, Rafael, op. cit., p. 312.

¹¹ FAURÉ, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Traducción de Diana Sánchez y osé Luis Núñez Herrejón, FCE y CNDH, México, 1995, p. 271.

¹² Citado por HENDLER, Edmundo S., *Las garantías penales y procesales Enfoque histórico-comparado*, Ediciones del Puerto, Argentina, 2004, p. 47.

abogado testigo privilegiado del acusado, por lo que no necesitaba ningún defensor ya que de ser inocente sería igual de efectivo que un abogado y en caso de ser culpable podía revelar la verdad.¹³

En el nuevo enjuiciamiento penal del *common law* se reconoció la figura del defensor como controlador del proceso penal, lo cual permitió que el acusado se mantuviera en silencio y no confesar de manera forzada, así como de que se afianzara un procedimiento adversarial.¹⁴

Un ejemplo en México acerca del defensor de oficio, lo tenemos en la causa formada al cura José María Morelos y Pavón por el Tribunal del Santo Oficio, cuyo Promotor Fiscal José María Tirado y Priego, el 24 de noviembre de 1815, lo acusó ante el Inquisidor Manuel de Flores, en forma general y en particular de lo que de su proceso resulte, de lo siguiente:

Por pasar de su puro y santo gremio *al feo, impuro y abominable de los herejes Hobbes, Helvecio, Voltaire, Lutero y otros autores pestilenciales deístas, materialistas y ateístas, que seguramente ha leído e intentado suscitar sus errores revolucionando todo el reino y siendo causa principalísima de las grandes herejías y pecados que se han cometido y aún cometen: todo lo cual y demás que expondré lo constituyen hereje formal, apóstata de nuestra sagrada religión, ateísta, materialista, deísta, libertino sedicioso, reo de lesa majestad, divina y humana, enemigo implacable del cristianismo y del Estado, seductor, protervo, hipócrita, astuto, traidor al Rey y a la Patria, lascivo, pertinaz, contumaz y rebelde al Santo Oficio.*¹⁵

En esa misma audiencia José María Morelos y Pavón dio respuesta a la acusación general y a las contenidas en los 26 capítulos de la acusación, habiendo el Inquisidor ordenado dar copia y traslado de la acusación y publicación para que responda y alegue contra ellas de su justicia lo que viere que le conviene, y *con parecer de uno de los letrados que ayudan a las personas que*

¹³ Ibidem, pp. 47 y 48.

¹⁴ Ibidem, p. 50.

¹⁵ TORIBIO MEDINA, José, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México*, 2ª edición, Ediciones Fuente Cultural, México, 1952, p. 380.

*tienen causa en este Santo Oficio, que son el Licenciado don José María Gutiérrez de Rozas, Licenciado don Pablo de las Heras y doctor don José María Aguirre, y habiendo citado los propuestos, eligió al Licenciado don José María Gutiérrez de Rozas. El día siguiente, 25 de noviembre de 1815, se realizó la audiencia de comunicación con el abogado José María Gutiérrez de Rozas, quien le dijo a Morelos, entre otras cosas, que lo que convenía para el descargo de su conciencia, breve y buen despacho, era decir y confesar la verdad...*¹⁶

En el mismo continente americano, al norte de nuestro país, la Constitución de los Estados Unidos de América, en su enmienda VI, ratificada el 15 de diciembre de 1791, previó el derecho del acusado, entre otros, de contar con la ayuda de un abogado que le defienda.¹⁷

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América en la *certiotari* *Powell v. Alabama* 287 U.S. 45 argumentó el 10 de octubre de 1932 y decidió el 7 de noviembre de ese mismo año, lo siguiente:

1. *La regla que deniega el auxilio a personas acusadas por delitos graves, que existió en Inglaterra cuando la Constitución de los Estados Unidos fue formada, fue rechazada en éste país por las Colonias antes de la Declaración de Independencia, y no es un test de si el derecho a asistencia por un abogado en cada caso está abarcado en la garantía del debido proceso legal.*
2. *La regla que no parta de la Constitución será tratada como superflua, lo que es una ayuda en cada construcción, en alguna instancia, quizá conclusiva, pero lo cual debe producir más consideraciones obligatorias cuando ellas existan.*
3. *El hecho de que el derecho de una persona a tener asistencia de un abogado para su defensa fue garantizado expresamente (con respecto al gobierno federal) por la Sexta Enmienda, a pesar de la presencia de la cláusula del debido proceso en la Quinta Enmienda, no excluye ese derecho del concepto del debido proceso.*
4. *El derecho del acusado, como mínimo en caso capital, de tener la ayuda de un abogado para su defensa, lo que incluye el*

¹⁶ Ibidem, pp. 386-389.

¹⁷ HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *El Federalista*, Traductor Gustavo R. Velasco, 2ª. edición, FCE, México, 2001, p. 396.

derecho a tener suficiente tiempo para aconsejarse con su abogado y para preparar una defensa, es uno de los derechos fundamentales garantizados por la cláusula del debido proceso de la Décima Cuarta Enmienda.

5. En un caso capital, donde el acusado es incapaz para emplear abogado y es incompetente para hacer su propia defensa adecuada por ignorancia, debilidad mental, analfabetismo o por gusto, es el deber de la Corte, sea requerido o no, a asignar abogado para él como un requisito necesario del debido proceso legal, y ese deber no está descargado por una asignación en un momento y bajo cada circunstancia como para evitar el dar la ayuda efectiva en la preparación y juicio del caso.

6. En un caso como este, el derecho a tener abogado designado, cuando sea necesario, es un corolario lógico para el derecho a ser oído por un abogado.

7. En tales circunstancias, el Tribunal tiene poder, incluso en ausencia de estatuto, para nombrar a un abogado del acusado, y el abogado, como funcionario de la corte, está obligado a servir.¹⁸

En este caso, el Tribunal anuló las condenas de muerte de ocho jóvenes negros.

Otro antecedente, lo tenemos en el caso *Johnson v. Zerbst* 304 U.S. 458, en el que la Corte Suprema argumentó el 4 de abril de 1938 y decidió el 23 del mismo año, lo siguiente:

1. Una persona acusada de delito en un tribunal federal está facultada por la Sexta Enmienda a la asistencia de un abogado para su defensa.

2. Este derecho puede ser renunciado, pero la renuncia debe ser inteligente, y si estaba tal deber dependiendo de los hechos particulares y circunstancias, incluyendo antecedentes, experiencia, y conducta del acusado.

¹⁸ Cornell University Law School, *Página principal de Cornell University Law School*, Legal Information Institute (6 de diciembre de 2012), Traducción libre, disponible desde: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0287_0045_ZS.html

3. Es un deber de un tribunal federal en el juicio de una causa penal, proteger el derecho del acusado a un abogado, y, si él no tiene abogado, para determinar si él es inteligente y competente para renunciar al derecho. Sería conveniente que cada determinación sea hecha en cuestión de registro.

4. Si el acusado no es representado por un abogado y no tiene competencia e inteligencia para haber renunciado a su derecho constitucional, la Sexta Enmienda se erige como una prohibición jurisdiccional para una condena válida y sentencia que lo prive de su vida o libertad.

5. La cuestión de si la renuncia a la asistencia de un abogado fue inteligente y competente por el acusado en un juicio puede estar determinada en el procedimiento de habeas corpus sobre pruebas referentes a otra fuente.¹⁹

Pese a los anteriores precedentes, del deber de los tribunales de nombrar un defensor al acusado, excepto en caso de renuncia a este derecho bajo las circunstancias señaladas, en el caso *Betts v. Brady* 316 U.S. 455 argumentado el 13 y 14 de abril de 1942 y resuelto el 1 de junio del mismo año, se sostuvo que el nombramiento de un abogado para los acusados indigentes en casos penales no es un derecho fundamental, esencial a un juicio.²⁰

Este criterio fue revocado en el caso *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335, argumentado el 15 de enero de 1963 y decidido el 18 de marzo del mismo año, en el sentido de que el derecho a la defensa de un acusado es un derecho fundamental, por lo que el juicio y la condena sin la asistencia de un abogado del acusado viola la decimocuarta enmienda.²¹

¹⁹ Cornell University Law School, *Página principal de Cornell University Law School*, Legal Information Institute (6 de diciembre de 2012), Traducción libre, disponible desde: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0304_0458_ZS.html

²⁰ Cornell University Law School, *Página principal de Cornell University Law School*, Legal Information Institute (6 de diciembre de 2012), Traducción libre, disponible desde: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0316_0455_ZS.html

²¹ Cornell University Law School, *Página principal de Cornell University Law School*, Legal Information Institute (6 de diciembre de 2012), Traducción libre, disponible desde: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0372_0335_ZS.html

D) *Defensor público*. El jurista italiano Luigi Ferrajoli advierte que Gaetano Filangieri, Jeremias Bentham, Francesco Carrara y Luigi Lucchini, propusieron la creación de una magistratura pública denominada defensor público, Ministerio Público de defensa o tribunado de la defensa, como una figura similar a la del Ministerio Público de la acusación y con los mismos poderes para proteger la inocencia de los acusados, pero separada de las de enjuiciamiento y de las de acusación, bajo el presupuesto de que la tutela de los inocentes y la contradicción de las pruebas de culpabilidad corresponden a funciones de interés público tanto como las de castigo de los culpables y recolección de pruebas de cargo.²²

III

Evolución del defensor de oficio a la defensoría pública en México

A) *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824*. Este texto constitucional no estableció derechos fundamentales; por consiguiente, no figuró el derecho a defenderse por medio de algún abogado, ya sea privado o de oficio.

B) *Leyes constitucionales de 1836*. En la Primera de estas leyes, en su artículo 2º se establecieron los derechos del mexicano. Y en la Quinta Ley se dispuso en el apartado denominado *Prevenciones generales sobre la administración de justicia en lo civil y en lo criminal*, del artículo 41 al 51 diversas garantías de los derechos fundamentales, tales como los requisitos para la orden de aprehensión; para la prisión preventiva; detención; prohibición del uso del tormento en la averiguación de delitos; prohibición de la pena de confiscación; prohibición de que la pena sea trascendental, etc.²³

En estas leyes constitucionales si bien se establecieron ciertos derechos fundamentales y garantías para los mismos, no se contempló el derecho fundamental a ser asistido por un abogado.

²² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón Teoría del garantismo penal*, Traductora Rocío Cantarero Bandrés, 6ª edición, Trotta, España, 2004, pp. 583 y 656.

²³ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, 24ª edición, editorial Porrúa, México, 2005, pp. 205, 206, 238 y 239.

Sin embargo, durante la vigencia de estas Leyes Constitucionales, el presidente constitucional José Joaquín de Herrera expidió el 6 de julio de 1848 la *Ley Sobre el modo de juzgar a los ladrones, homicidas y heridores*, en cuyo artículo 16 facultó al juez de primera instancia, para que una vez realizada en forma perfecta la averiguación el alcalde o complementada por dicho juez, notificara al reo que nombrara defensor, y si no lo hiciera en el acto le *nombrará de oficio*, encargo que nadie podría rehusar sino por verdadero impedimento.

En el artículo 17 se previó que en el Distrito Federal recaerá el *nombramiento de oficio* en uno de los letrados residentes en el mismo, que no estén empleados en el servicio público, fuera de las plazas de abogados de pobres, y que se hallen expeditos legalmente para ejercer la abogacía, los cuales turnarán rigurosamente en el desempeño del encargo por el orden de su antigüedad. El juez de mayor edad llevará este turno, con presencia de la lista que le pasará el rector del colegio de abogados. En los territorios desempeñará el encargo, también por turno riguroso que llevará el juez, los vecinos de la cabecera de cada partido, *que sepan leer y escribir*: en los siguientes artículos inmediatos se describen las atribuciones del defensor.²⁴

C) *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857*. De su artículo 1º al 29 se establecieron los derechos del hombre, precisándose en el artículo 20, fracción V, la garantía del acusado en todo juicio criminal de que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de *defensores de oficio*, para que elija el que, o los que le convengan.²⁵

Bajo la vigencia de esta Constitución, el Licenciado Benito Juárez, en su carácter de presidente constitucional interino, expidió el 17 de diciembre de 1859 un Decreto, en cuyo artículo 1º se estableció que habría un *defensor de oficio* titular y dos suplentes en cada uno de los juzgados de distrito y tribunales de

²⁴ DUBLÁN, MANUEL, y LOZANO, José María, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república*, Tomo V, imprenta del comercio, México, 1876, pp. 402 y 403.

²⁵ TENA RAMÍREZ, Felipe, Op. cit., p. 609.

circuito; en el artículo 2º, fijó el sueldo y la prohibición de cobrar honorarios por asuntos que esta ley le asigna; en el artículo 3º, se señaló como requisitos para ser defensor de oficio titular o suplente, ser letrado, tener veintiún años cumplidos, y no haber sido condenado en proceso legal a pena infamante; en el artículo 4º se dispuso que los *defensores públicos* suplentes reemplazarán a los titulares en sus faltas y vacantes; en el artículo 5, se señaló como atribuciones de los defensores de oficio titulares o suplentes promover cuando crean de justicia a favor de los encausados; formalizar las defensas de los reos que se juzguen por el juzgado o tribunal de que dependan, cuando la causa se halle en estado y los reos no tengan defensor especial; consultar y dirigir en los juicios respectivos a los pobres; y en el artículo 10, se dispuso que los defensores de oficio titulares y suplentes no quedan inhábiles para ejercer su profesión; pero los jueces y tribunales cuidarán de que por ningún motivo demoren el despacho de los asuntos que se les encomiendan en la presente ley.²⁶

Un magistrado de circuito de Celaya, en el mes de agosto de 1869, consultó a la Suprema Corte de Justicia si los defensores de oficio o abogados de pobres de los lugares en que residan los juzgados y tribunales de la federación, están o no obligados a desempeñar también su encargo en las causas de que conocen dichos tribunales federales, y en caso de que no deban reportar tal obligación qué práctica ha de observar para el nombramiento de defensores de oficio, supuesta la prevención del artículo 5 de la Constitución Federal.

Esta consulta fue turnada al presidente de la república, quien respondió el 28 de agosto de 1869, por conducto del ministerio de justicia e instrucción pública, en el sentido de que los abogados de pobres y presos de los juzgados y tribunales de los estados, no están obligados a desempeñar las atribuciones de su empleo de los juzgados y tribunales de la federación, pero éstos en los casos en que fuere necesario, pueden nombrar de oficio al abogado que les parezca conveniente de entre los que residan en el lugar donde se halle

²⁶ DUBLÁN, MANUEL, y LOZANO, José María, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república*, Tomo VIII, imprenta del comercio, México, 1877, pp. 730 y 731.

establecido el juzgado o tribunal federal, a fin de que el nombrado patrocine y defienda al pobre o preso que se le encomiende, pues a ello están obligados los abogados, como una obligación anexa a la profesión, según la ley 13, título 23, libro 5 de la Novísima, en los términos de la circular de 4 de noviembre de 1800, cuyas disposiciones no están derogadas por el artículo 5° constitucional. Las leyes antiguas califican el trabajo del abogado como servicio público y es evidente que se presta a la humanidad, por lo que está conciliado con las disposiciones constitucionales, por lo que los jueces federales no admitirán como excusa lo previsto en la primera parte del artículo 5 constitucional.²⁷

El 19 de noviembre de 1880, fue publicado por el entonces presidente de México, Porfirio Díaz, un decreto por el cual el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, creó una plaza de *defensor de oficio* exclusivamente adscrito a los juzgados y tribunales de la federación existentes en el Distrito Federal, con el sueldo de 2,400 pesos anuales.²⁸

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1880, en su artículo 162 se dispuso que si el inculcado no tuviere persona de su confianza a quien nombrar defensor, se le mostrará la lista de los *defensores de oficio*, para que, si quiere, elija de entre ellos. En el siguiente artículo, se previó que en cualquier estado del proceso, después de la declaración indagatoria, puede el inculcado nombrar defensor y variar o revocar los nombramientos que hubiere hecho.²⁹

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales de 6 de julio de 1894, en su artículo 107, estableció que terminado el interrogatorio, se hará saber al detenido que puede nombrar

²⁷ DUBLÁN, MANUEL, y LOZANO, José María, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república*, Tomo X, imprenta del comercio, México, 1878, p. 698.

²⁸ DUBLÁN, MANUEL, y LOZANO, José María, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república*, Tomo XIV, imprenta y litografía de Eduardo Dublán y Comp, México, 1886, p. 646.

²⁹ DUBLÁN, MANUEL, y LOZANO, José María, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república*, Tomo XV, imprenta y litografía de Eduardo Dublán y Comp, México, 1886, p. 18.

defensor. Si no hiciere nombramiento por no tener persona de su confianza, se le mostrará la lista de los *defensores de oficio*, para que, de entre ellos, elija el que o los que quisiere. El artículo 112, dispuso que los defensores pueden promover todas las diligencias e intentar todos los recursos legales que creyeren convenientes, excepto en el caso de que de autos conste la voluntad del procedimiento de que no se practiquen las primeras o de que no se intenten los segundos, teniéndose por tal voluntad la conformidad expresa con las sentencias o autos contra los que pudiera intentarse el recurso. En su artículo 115, se estableció la responsabilidad de los defensores para con los procesados, de los daños y perjuicios que originen por no haber intentado los recursos que procedían o por haberse desistido o abandonado los promovidos. Y el 116, prohibió ser defensores los que se encuentren detenidos o presos, los que están ausentes del lugar donde se instruye la acusa, o en su caso, donde el juicio deba celebrarse y los que siendo abogados, estén impedidos para ejercer la profesión.³⁰

El Código de Justicia Militar de 11 de junio de 1894, en su artículo 71 dispuso que los *defensores de oficio* no podrán recibir de sus clientes remuneración alguna.³¹ Su artículo 218, refirió que el juez al notificar el auto motivado de prisión al acusado, le advertirá a éste que nombre defensor.³²

El Reglamento del Ministerio Público en el Distrito Federal, de 25 de abril de 1900, otorgó en su artículo 1º, fracción VI, al procurador de justicia la facultad general de dar cuenta al secretario de justicia acerca del desempeño de los *defensores de oficio*, en especial de las faltas siguientes: no asistir a las audiencias del jurado o al juzgado puntualmente cuando fueren citados; negarse a defender a los reos que carezcan de defensor particular, o procurar de cualquier modo que se les revoque el nombramiento; defender a los reos que tengan defensor particular, a no ser en los casos expresamente determinados por la ley;

³⁰ DUBLÁN, MANUEL, y LOZANO, José María, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república*, Tomo XXVIII, imprenta de Eduardo Dublán, México, 1899, pp. 130 y 131.

³¹ Ibidem, p. 12.

³² Ibidem, p. 27.

desertar de un recurso legalmente interpuesto, o dejar de interponer el de indulto en caso de pena capital; y dirigir palabras ofensivas a los jueces y agentes del ministerio público, sin que por esto se entienda restringido el derecho para combatir las constancias procesales, o demostrar la deficiencia, irregularidad o faltas que a su juicio se noten en las causas, según el artículo 5.³³

D) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*. Fueron incluidos también los derechos del hombre pero con la denominación de garantías individuales, en cuyo texto primigenio del artículo 20, fracción IX, se estableció el derecho de defensa en el sentido de que en todo juicio criminal el acusado tendrá la garantía de que se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los *defensores de oficio* para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le *nombrará uno de oficio*. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite.³⁴

El 9 de febrero de 1922, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se expidió la Ley de Defensoría de Oficio Federal, cuyos defensores formaban parte de la Suprema Corte de Justicia, con facultades para nombrarlos y removerlos.³⁵

Por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 1993, se reformó el artículo 20, fracción IX, constitucional, en el sentido de que desde el inicio del proceso del acusado será informado de los derechos que en su favor consigna la Constitución y tendrá derecho a una defensa

³³ DUBLÁN, MANUEL, y LOZANO, José María, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república*, Tomo XXXII, talleres tipográficos de Arturo t Alfredo G. Cubas, México, 1904, pp. 213 y 216.

³⁴ TENA RAMIREZ, Felipe, Op. cit., p. 824.

³⁵ Instituto Federal de Defensoría Pública, *Página principal del Instituto federal de Defensoría Pública* (13 de diciembre de 2012), disponible desde: <http://www.ifdp.cjf.gob.mx/Quees/antec.asp>

adecuada, por sí, por abogado o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un *defensor de oficio*. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera. Y en su párrafo penúltimo, se dispuso que las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II, no estará sujeto a condición alguna.³⁶

Posteriormente, a través de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994, en el artículo 94 se creó el Consejo de la Judicatura Federal.³⁷

Por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 26 de mayo de 1995, se expidió la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que abrogó la anterior de 5 de enero de 1988, en la que se creó la Unidad de Defensoría del Fuero Federal a cargo del Consejo de la Judicatura Federal.³⁸

En el Diario Oficial de la Federación de 28 de mayo de 1998, se publicó la Ley Federal de Defensoría Pública, en cuyo artículo 3° se creó el Instituto Federal de Defensoría Pública.³⁹ En cumplimiento al artículo sexto transitorio del Decreto de dicha ley, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación de 26 de noviembre de 1998, las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto, cuyas reformas han sido publicadas en el Diario

³⁶ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Página principal de la Cámara de Diputados* (13 de diciembre de 2012), disponible desde: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

³⁷ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Página principal de la Cámara de Diputados*, (13 de diciembre de 2012), disponible desde: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm

³⁸ Instituto Federal de Defensoría Pública, *Página principal del Instituto Federal de Defensoría Pública* (14 de diciembre de 2012), disponible desde: <http://www.ifdp.cjf.gob.mx/Quees/antec.asp>

³⁹ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Página principal de la Cámara de Diputados* (14 de diciembre de 2012), disponible desde: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

Oficial de la Federación de 19 de febrero de 2002, 13 de septiembre de 2004 y 19 de mayo de 2008.⁴⁰

La citada Ley Federal, en su artículo 4º, señala que los servicios de la defensoría se prestarán a través de defensores públicos en los asuntos del orden penal federal, desde la averiguación previa hasta la ejecución de las sentencias; y de asesores jurídicos, en asuntos de orden no penal, salvo los expresamente otorgados por la ley a otras instituciones.

Mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se estableció el sistema procesal penal acusatorio, el que en su artículo 20, apartado B), fracción VIII, se contempló que 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 par 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.⁴¹

⁴⁰ Instituto Federal de Defensoría Pública, *Página principal del Instituto Federal de Defensoría Pública* (14 de diciembre de 2012), disponible desde: <http://www.ifdp.cjf.gob.mx/Quees/antec.asp>

⁴¹ Idem.

IV

El papel de la defensoría pública en el nuevo sistema procesal penal acusatorio

A) *Análisis del informe anual 2011-2012 de la Defensoría Pública Federal.* El Informe Anual de Labores 2011-2012, rendido por el Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública, señala que se han impartido los Diplomados sobre el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México, desde la perspectiva constitucional, y sobre las Reformas Constitucionales en Materias de Amparo y Derechos Humanos, entre otros, así como seminarios de actualización sobre el sistema penal acusatorio y oral.

Dicho informe en su página nueve menciona que existen 776 defensores públicos, de los cuales 255 están adscritos en las Agencias Investigadoras del Ministerio Público de la Federación; 357 adscritos en Juzgados de Distrito; y 158 adscritos en los Tribunales Unitarios de Circuito.⁴² Si realizamos la suma de los defensores públicos adscritos en agencias, juzgados y tribunales arrojan la cantidad de 770 y no de 776, lo cual genera incertidumbre en el número preciso de defensores públicos que existen actualmente.

Respecto a los defensores públicos adscritos en las Agencias Investigadoras del Ministerio Público de la Federación, según el referido informe, se realizaron 72,750 aceptaciones del cargo de defensa, integradas por 545 asistencias en acta circunstanciada, 3,152 asistencias a testigos que solicitaron la presencia de un defensor para rendir su declaración y 69,053 indiciados defendidos, además de que se promovieron 579 juicios de amparo.⁴³

Este universo de aceptaciones del cargo, 72,750, si lo dividimos entre los 255 defensores públicos, les corresponderían 285 aceptaciones del cargo a cada uno durante el año; y si estas 285 las dividimos entre doce meses, arrojan 23 aceptaciones del cargo por cada mes por cada uno de los defensores públicos; de manera que en promedio cada defensor público atiende menos de

⁴² Instituto Federal de Defensoría Pública, *Página principal del Instituto Federal de Defensoría Pública* (14 de diciembre de 2012), disponible desde: <http://www.ifdp.cjf.gob.mx/>

⁴³ Idem.

una aceptación al día, la cual implica entrevistarse con el indiciado para asistirlo, proporcionar sus generales, los cuales ya los tiene el agente del ministerio público para en caso de que sea nombrado, dar lectura del expediente para hacer algún pedimento u ofrecer algún medio probatorio y asistir al desahogo del mismo; es decir, la actuación del defensor público es *in situ* y de revisión del expediente durante el tiempo de 48 horas en que el agente del ministerio público debe resolver la situación jurídica del indiciado si está detenido; y en caso de no haber detenido debe promover y darle seguimiento en todas las indagatorias hasta que se determine la misma. Desafortunadamente, en el informe no se señaló cuántas de las 72,750 aceptaciones del cargo, motivaron la libertad del indiciado en las Agencias del Ministerio Público de la Federación o en los Juzgados de Distrito.

Según el informe en comento, en los Juzgados de Distrito, los 357 defensores públicos adscritos a aquéllos representaron a 50,429 inculcados.⁴⁴ Si dividimos este universo entre los 357 defensores públicos les correspondería de manera proporcional a cada uno al año 141 asuntos para atender, los cuales divididos por doce meses les corresponderían por atender a cada uno 11 aproximadamente cada mes y por semana atenderían 2 o 3; además de los 1,615 juicios de amparo, que si fuesen promovidos por los 357 defensores públicos durante un año, cada uno hubo de haber promovido 4 por año; es decir, uno cada tres meses. Dicho informe tampoco por desventura indica cuántas libertades o absoluciones obtuvieron de los 50,429 inculcados que defendieron.

Y en los Tribunales Unitarios de Circuito, según el citado informe, los 158 defensores públicos realizaron 47,733 defensas.⁴⁵ Si dividimos éstas entre los 158 defensores públicos, en promedio realizaron cada uno durante el año 302 defensas, las cuales si las dividimos entre 12 meses, realizaron cada uno 25 defensas cada mes; es decir, una defensa diaria o en menos de un día. Tampoco en el referido informe se indica cuántas revocaciones de sentencias condenatorias se obtuvieron de las 47,733 defensas.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

B) *Funciones legales actuales de los defensores públicos federales.* La Ley Federal de Defensoría Pública, expedida en 1998 sin reforma alguna a diciembre de 2012, prevé en su artículo 11 que el servicio de defensoría pública ante el Ministerio Público de la Federación comprende: Atender solicitudes del indiciado o del Agente del Ministerio Público; solicitar la libertad caucional si procediera o el no ejercicio de la acción penal cuando no haya elementos para su consignación; entrevistar al defendido para conocer su versión, los argumentos y pruebas que le sirvan para justificar o explicar su participación en los hechos ante el representante social; asistir al defendido en el momento en que rinda su declaración ministerial y en cualquier otra diligencia; informar al defendido y familiares del trámite legal que debe desarrollarse; analizar constancias que obren en el expediente a fin de contar con mayores elementos para la defensa; procurar dar continuidad y uniformidad de criterios en la defensa; y las demás promociones necesarias para una defensa conforme a derecho y que propicie una impartición de justicia expedida y pronta.⁴⁶

Por lo que respecta a la defensoría pública ante los Juzgados de Distrito y Tribunales Federales, según el artículo 12 de la precitada Ley, comprende: Atender las solicitudes del inculpado o del juez de la causa; solicitar la libertad caucional si procediere; hacer valer los medios que desvirtúen los elementos del tipo penal o la probable responsabilidad del defendido, en cualquier etapa del proceso, ofreciendo las pruebas y promoviendo los incidentes, recursos, alegatos y demás diligencias necesarias para una eficaz defensa; asistir al defendido en su declaración preparatoria y hacerle saber sus derechos; formular conclusiones en el momento procesal oportuno; informar al defendido y a sus familiares el trámite legal que se debe desarrollar en la apelación; analizar las constancias de autos a fin de contar con mayores elementos para la formulación de los agravios en el momento procesal oportuno, durante la segunda instancia; practicar visitas a los centros de reclusión para comunicar a su defendido el estado procesal del asunto, requisitos para la libertad caucional y aquéllos para

⁴⁶ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Página principal de la Cámara de Diputados* (17 de diciembre de 2012), disponible desde: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

obtener los beneficios preliberacionales que correspondan; vigilar el adecuado cumplimiento de las sentencias, procurando para sus representados los beneficios que establezcan las disposiciones legales aplicables; y las demás promociones que sean necesarias para una adecuada defensa conforme a derecho.⁴⁷

Las Bases de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, añade, en su artículo 23, a las funciones del defensor público en la averiguación previa, la de promover el juicio de amparo cuando sea procedente y contra la orden de aprehensión y mantener estrecha relación con el defensor público adscrito al órgano jurisdiccional.⁴⁸

El artículo 26 de dichas Bases, agrega a las funciones de los defensores públicos adscritos a los Juzgados de Distrito, las siguientes: Analizar los expedientes judiciales para obtener los elementos de juicio que benefician al inculcado; debe ofrecer pruebas que favorezcan a su defendido y para la individualización de la pena; evitar la vía sumaria cuando existan pruebas que ofrecer, preparar y desahogar; la estructura de los escritos de conclusiones; cuando interponga apelación, enviar a su homólogo de segunda instancia un escrito explicando los motivos que tuvo para ello y una copia del planteamiento de defensa para orientar la estrategia; promover ante autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales los medios de defensa necesarios para obtener la libertad anticipada de un sentenciado, incidentes de concesión de condena condicional, sustitutivos penales, traslación de tipo, adecuación de la pena o extinción de la sanción penal.⁴⁹

Y en cuanto a los defensores públicos adscritos a los Tribunales Unitarios de Circuito, el artículo 27 de las aludidas Bases, se les adicionaron las funciones siguientes: Coordinarse con el defensor público que apeló adscrito al Juzgado de Distrito, para solicitarle copia de su estrategia; solicitar beneficio de la libertad provisional; tiene prohibido señalar que no tiene agravio alguno, salvo caso justificado y abstenerse de manifestar que solicita la suplencia de la

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Instituto Federal de Defensoría Pública, *Página principal del Instituto Federal de Defensoría Pública* (17 de diciembre de 2012), disponible desde: <http://www.ifdp.cjf.gob.mx/Quees/marco.asp>

⁴⁹ Idem.

deficiencia de los agravios; formular agravios y participar en la audiencia de vista, así como contestar alegatos de los agravios que formule el representante social; procurar ofrecimiento de pruebas.⁵⁰

C) *El papel de la defensoría pública a la luz del nuevo proceso penal acusatorio.* Analizadas las anteriores funciones de los defensores públicos, tanto de los adscritos en las Agencias del Ministerio Público como de los adscritos en los Juzgados de Distrito, podemos advertir claramente que su marco legal, es decir, la Ley Federal de Defensoría Pública y las Bases de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, no está acorde con las reformas constitucionales de 18 de junio de 2008, mediante la cual se estableció el sistema procesal penal acusatorio; y de 6 y 10 de junio de 2011, por virtud de las cuales se reformó la Constitución en materia de juicio de amparo y se modificó la denominación de garantías individuales por la de derechos humanos y se incorporaron con jerarquía constitucional los derechos humanos previstos en los tratados internacionales en los que México es Parte, entre otras cosas.

En efecto, a continuación expondremos los artículos constitucionales que superaron las funciones actuales de la defensoría pública, así como nuestras reflexiones y consideraciones en torno al nuevo papel desglosado por funciones.

El artículo 19, párrafo segundo, parte primera, constitucional, dispone que el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar, entre otros fines de la prisión preventiva, el desarrollo de la investigación. Es decir, en el proceso se realizará la investigación, pero ¿quién la realizará, el agente del ministerio público, el imputado y su defensor privado o público, el juez o todos ellos?

El artículo 20, apartado A, fracción I, constitucional, dispone que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. Respecto al esclarecimiento de los hechos ¿Quién lo va a hacer, el agente del ministerio público para demostrar su acusación; el imputado o

⁵⁰ Idem.

a través de su defensor, para desvirtuarla y dejar incólume la presunción de su inocencia; o el juez, para estar convencido de la culpabilidad del imputado o de su inocencia?

El artículo 21, párrafos primero y segundo, constitucional, disponen que la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las Policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. Y que el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. También señala que la ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. Esta última parte, nos está indicando que ¿El agente del ministerio público va a investigar y los particulares van a ejercitar la acción penal, en los casos que establezca la ley; o el particular para ejercitar la acción penal, está facultado para realizar su propia investigación?

El artículo 20, apartado A, fracción V, constitucional, establece como principio general el que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Y que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente. ¿Esta igualdad procesal significa que el imputado y su defensor tienen también la facultad de investigar para desvirtuar la imputación o acusación del Ministerio Público?

El artículo 20, apartado C, fracción II, constitucional, establece como derechos de la víctima u ofendido, el que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. ¿La víctima tiene que investigar para recopilar esos datos o elementos de prueba para aportarlos?

El artículo 17, párrafo séptimo, constitucional, dispone que la Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán 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.

El Título Primero de la Constitución, capítulo I, lleva la denominación De los derechos humanos y sus garantías; y en su artículo 1º, párrafo primero, establece que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución dispone.

Y en el artículo 103, fracción I, constitucional, se previó que los Tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución y por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

De los anteriores preceptos constitucionales e interrogantes, podemos advertir y responder que el proceso es el método para buscar la verdad de los hechos, en el que los protagonistas son el agente del ministerio público y la policía para demostrar la culpabilidad; el imputado, para sostener su defensa ante el agente del ministerio público, juez de control, juez de audiencia de juicio y juez de amparo; la víctima u ofendido, para lograr la condena del imputado y con ello hacer efectivo su derecho a la reparación del daño; y el juez para decidir si el inculpado es culpable o inocente e imponer la pena que corresponda, con base en los argumentos y pruebas recopiladas, procesadas, aportadas y desahogadas por el agente del ministerio público y el defensor ya sea particular o público. Es decir, quienes están facultados para realizar la investigación del delito y acerca del autor del mismo es el agente del ministerio público y la policía; el imputado y su defensor privado o público; y la víctima u ofendido, los cuales tienen que convencer al juez de control y, en su caso, al juez de la audiencia de juicio acerca de su postura o teoría del caso, lo que implica que el juzgador no debe intervenir en la investigación, pues de hacerlo se retornaría al sistema inquisitivo o mixto,

salvo en las reglas para el desarrollo del proceso y salvaguarda de los principios constitucionales que rigen el proceso penal acusatorio.

En Estados Unidos, LaFave e Israel sostienen que en ese país el sistema de proceder criminalmente es adversarial y el proceso que dentro de ese sistema sirve para imponer las penas, es acusatorio, por lo que los términos adversarial y acusatorio, se complementan pero no significan lo mismo. Adversarial significa que *son las partes las que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y sus pruebas al proceso, de ahí que sean ellas quienes deban investigar los hechos*, así como la responsabilidad de desarrollar los aspectos legales que los fundamenten, interpretándolos de manera más favorable al Estado/gobierno (Ministerio Público) o del acusado (abogado defensor); en tanto que acusatorio significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente el Ministerio Público porque tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado; pero que la evolución del sistema adversarial y acusatorio, lleva a considerar que el juez no es un mero espectador, un decisor inactivo, sino que debe tener mayor protagonismo y entender que no se permite a las partes desarrollar el caso enteramente por su cuenta en función de sus intereses, o sea, por ejemplo, a sujetarse a determinadas reglas garantistas.⁵¹

La doctora peruana María Elena Contreras González sostiene que tanto el Fiscal como la defensa, deben tener los mismos derechos procesales para alcanzar las fuentes de información, procesarla e integrarla en interés a su teoría del caso que presentará ante el órgano jurisdiccional. Carlos Manuel Lee Vásquez, defensor de oficio de Panamá, refiere que en el sistema acusatorio, el abogado defensor debe realizar su propia investigación, ha de lograr su propia información del caso si quiere tener éxito en desvirtuar la pretensión del fiscal que quiere demostrar ante el juez.⁵²

⁵¹ Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008, pp. 28 y 29.

⁵² Citados por HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Investigación policial y teoría del caso*, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., México, 2011, pp. 75 y 76.

Desde las perspectivas constitucionales del sistema procesal penal acusatorio, del juicio de amparo y de los derechos humanos y sus garantías, expondremos el papel constitucional que les corresponden a los miembros de la defensoría pública federal, estatal y del Distrito Federal.

1. *Asistir al lugar de los hechos o escena del crimen.* El artículo 16, párrafo quinto, constitucional, autoriza a cualquier persona detener al indiciado sin orden judicial, en el momento en que esté cometiendo el delito o inmediatamente después de haberlo cometido. Y el artículo 20, apartado B), fracción VIII, constitucional, establece como derecho del imputado una defensa adecuada por abogado, el cual podrá elegir libremente desde el momento de su detención.

Con apoyo en el mencionado derecho humano fundamental del imputado, al momento de ser detenido en la calle, en una oficina privada o pública, en un aeropuerto, etc., en el que se haya cometido un delito, tiene el derecho de elegir a un defensor privado o público. En este sentido, si el imputado no puede solicitar los servicios de un abogado particular, debe existir un acceso rápido y fácil a la defensoría pública federal, estatal o del Distrito federal, según el ámbito de competencia, a efecto de que de las opciones que se le ofrezcan al imputado pueda elegir un defensor público, quien tendrá la obligación de trasladarse al lugar de los hechos y en su caso al lugar donde haya sido detenido si es distinto al de los hechos, con la finalidad de entrevistarlo y explicarle sus derechos humanos fundamentales, identificar fuentes de información tales como testigos, evidencias, objetos e instrumentos relacionados con el delito, tomar fotografías, elaborar croquis, etc., con el objeto de ir construyendo su teoría del caso, realizar su defensa en principio ante la policía y agente del ministerio público, evitar la omisión y alteración de las fuentes de información y aportar datos de prueba.

2. *Investigar los hechos.* El artículo 20, apartado A), fracción V, parte segunda, constitucional, establece el principio de igualdad de armas entre el agente del ministerio público y el imputado y su defensor. En este sentido y con respecto a la facultad del agente del ministerio público para investigar hechos delictivos, se deriva para el imputado y su defensor público federal también la

facultad para realizar su propia investigación de tales hechos delictivos, a efecto construir su teoría del caso e identificar las fuentes de información.

En el mismo sentido Benavente Chorres sostiene que el principio de igualdad de armas o de partes, postula que todo aquello que la ley permita o faculta realizar a una de las partes, también lo podrá hacer la otra. En ese sentido, si el Ministerio Público puede ordenar la realización de un peritaje, el defensor podrá hacer el propio; si la autoridad ministerial puede realizar entrevistas, igual y por su propia cuenta el abogado defensor. Y agrega que el procedimiento a seguir para que el defensor investigue es identificar posibles fuentes de información (personas, lugares, objetos, etc.), contactarlas (ejemplo, a través de entrevistas o peritajes), obtener la información que permita confirmar hipótesis y desechar las demás.⁵³

3. *Acceder a los registros de investigación.* El artículo 20, apartado B), fracción VI, párrafo segundo, constitucional, establece como derecho humano fundamental del imputado el 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 el juez, para preparar su defensa.

Con esta facultad el defensor público podrá confirmar o no si las fuentes de información son las mismas localizadas en el lugar de los hechos y si fueron o no alteradas o manipuladas, lo que en su caso, podrá atacar o desvirtuar con los datos de prueba que recopile en su investigación.

4. *Aportar los datos de prueba en la etapa de investigación.* Como corolario del anterior artículo 20, apartados A), fracción V, parte segunda; y B), fracción VIII, constitucional, se deriva que el defensor público está facultado para aportar los datos de prueba recopilados en su investigación a fin de que sean incorporados al registro de la investigación, denominado en algunas legislaciones estatales como carpeta de investigación.

⁵³ BENAVENTE CHORES, Hesbert, *La audiencia de control de la detención en el proceso penal acusatorio y oral*, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., México, 2011, pp. 97, 98 y 101.

Al respecto, Benavente Chorres opina que las investigaciones del defensor deben estar registradas en cualquier soporte o medio que asegure su existencia, reproducción y confiabilidad; por ejemplo, redactar preguntas y respuestas por escrito con la firma del entrevistado, lugar, día y hora de inicio y final de la entrevista, o inclusive fedatear la firma; o bien, grabar la entrevista con un sistema de audio y/o video; que el peritaje del perito contratado sea dado por medio de un informe escrito, etc. Sugiere que estos datos de prueba se entreguen por escrito al agente del ministerio público para que sean incorporados a la carpeta de investigación; o bien, anunciándolos en la audiencia de vinculación a proceso, teniendo a la mano el soporte material o físico, para que, si se da la oportunidad, los pueda exhibir para su valoración.⁵⁴

5. *Argumentar en favor del imputado con base en los datos de prueba que existan en los registros de investigación o en los que solicite se incorporen.* El artículo 20, apartado B), fracción VIII, constitucional, establece el derecho humano fundamental del imputado a una defensa adecuada por abogado. El defensor público, además de ser abogado, para realizar una defensa adecuada no basta que se constriña a negar u objetar los datos de prueba existentes en la carpeta de investigación, sino que debe argumentar las inconsistencias y contradicciones que existan en los mismos, así como argumentar su defensa con base en los datos de prueba que recopiló en su investigación y que solicita se incorporen a la carpeta de investigación, sin perjuicio de que apoye sus argumentos también en algún dato de prueba aportado por el agente del ministerio público que le beneficie a su defendido.

6. *Comunicarse con el imputado.* El artículo 16, párrafo decimotercero, constitucional, prohíbe a la autoridad judicial federal otorgar intervención de cualquier comunicación privada, en el caso, entre otros, de las comunicaciones entre el detenido con su defensor.

De esta prohibición constitucional, se deriva el derecho humano fundamental del imputado relativo a que no sea intervenida cualquier

⁵⁴ Ibidem, pp. 102-104.

comunicación (telefónica o escrita) que tenga con su abogado defensor, que podría ser un defensor público. De este derecho humano fundamental, se advierte que el defensor público debe mantener comunicación directa con el imputado para poder realizar su defensa.

7. *Explicar y someter a consideración del imputado la elección de un mecanismo alternativo de solución.* El artículo 17, párrafo cuarto, constitucional, dispone que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias; y en la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Algunos de los mecanismos alternativos de solución de controversias, son la conciliación, la mediación, el arbitraje, etc. El defensor público deberá ponderar si es procedente y conveniente para su defendido la elección de alguno de estos mecanismos en lugar de una defensa infructuosa hasta la audiencia de juicio y sentencia. Esta ponderación deberá explicarla y someterla a consideración del imputado para que éste tome la decisión y asuma con pleno conocimiento y conciencia la responsabilidad y las consecuencias que se deriven de la forma en que se solucione el conflicto.

8. *Brindar un servicio de calidad.* El artículo 17, párrafo sexto, constitucional, dispone que la Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población.

En términos de este mandato constitucional, los defensores públicos para realmente brindar un servicio de calidad a la población, consideramos que deben poseer una serie de propiedades y cualidades, tales como tener suficientes conocimientos de criminología; criminalística; dogmática constitucional; derechos humanos, comprendiendo los previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales en los que México es Parte; teoría del delito; proceso penal acusatorio; penitenciario; argumentación jurídica; control constitucional y convencional, criterios hermenéuticos de interpretación, como el de

proporcionalidad, razonabilidad y ponderación; jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc.

Adicionalmente, deben tener iniciativa para innovar, capacidad de comprensión, reflexión y síntesis; capacidad para exponer razonamientos de manera clara y precisa; capacidad para utilizar estrategias y técnicas de litigio, etc.

9. *Comparecer en todos los actos del proceso y cuando se le requiera.* El artículo 20, apartado B), fracción VIII, párrafo segundo, constitucional, dispone que el imputado 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.

Estos deberes del defensor público, tienen la finalidad de que el abogado vigile el respeto a los derechos humanos fundamentales del imputado, y despliegue todos los actos conducentes a una defensa de calidad en todas las etapas del proceso penal acusatorio.

10. *Promover demanda de amparo contra privación de libertad ordenada por el agente del ministerio público en caso urgente; por retención mayor a 48 horas; y por violación de cualquier otro derecho humano por parte de la policía y agente del ministerio público en la etapa de la investigación.*

En términos de los artículos 1º, párrafo primero, y 103, fracción I, constitucionales, es factible que el defensor público con anuencia del imputado promueva juicio de amparo por violaciones a sus derechos humanos fundamentales previstos en la Constitución y en tratados internacionales en los que México es Parte, tales como la privación de su libertad sin reunir los requisitos constitucionales exigidos a la policía y al agente del ministerio público; privación de su derecho a guardar silencio al ser coaccionado física y moralmente para responder a preguntas inculpatórias; violación de la presunción de inocencia, al darle la policía y el agente del ministerio público el tratamiento de inculpado, sin previa condena, ya sea por declaraciones y comunicados oficiales, etc.

11. *Promover demanda de amparo en contra orden de aprehensión; arraigo; ratificación de la detención en casos de urgencia y flagrancia; auto de vinculación a proceso; prisión preventiva; o revocación de la*

libertad, dictados por el juez de control o autoridad judicial, por no reunir los requisitos constitucionales o convencionales. Esta facultad del defensor público se deriva por la defensa que tiene que hacer de los derechos humanos fundamentales del imputado ante la autoridad judicial o juez de control, con el objeto de evitar o suspender privaciones de la libertad arbitrarias, al no colmarse los casos y las condiciones previstos en la Constitución para restringir el derecho humano fundamental de la libertad personal o deambulatoria.

Las restricciones de la libertad del imputado mediante las figuras e institutos mencionados, se encuentran previstas en los artículos 16 y 19 constitucionales.

12. *Solicitar al responsable del centro de reclusión ponga en libertad al imputado, y en su caso promover amparo, por omisión del dictado del auto de vinculación a proceso o de la prisión preventiva dentro del plazo constitucional.* El artículo 19, párrafos primero y cuarto, establecen que el plazo para dictar el auto de vinculación a proceso es de 72 horas, las cuales corren a partir de que el indiciado es puesto a disposición de la autoridad judicial; plazo en el cual si el responsable del establecimiento donde está internado el indiciado no recibe copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva o de la prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y si no recibe la constancia mencionada dentro de las 3 horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

En la práctica dada las relaciones institucionales, no se da el caso de que el responsable del establecimiento llame la atención al juez, por lo que es necesario que el defensor público le solicite por escrito al responsable del centro de reclusión deje en libertad a su defendido por no existir documento alguno que justifique la privación de la libertad; y en el supuesto de que no sea puesto en libertad, el defensor público tiene la opción de promover el amparo en contra de esa detención arbitraria.

13. *Solicitar prórroga del plazo para dictar el auto de vinculación a proceso.* El artículo 19, párrafo cuarto, constitucional, dispone que el plazo para

dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley.

Es claro que la solicitud de la prórroga es para que el defensor público tenga el tiempo necesario para argumentar su defensa y aportar datos de prueba que no están incorporados en los registro de la investigación y sean valorados por el juez de control o autoridad judicial, a fin de obtener la libertad del imputado.

14. *Participar en el cumplimiento de los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; así como los relativos al esclarecimiento de los hechos y proteger a su defendido.* Estos principios están contemplados en el artículo 20, párrafo primero, y apartado A), fracciones I, II y VI, constitucional, los cuales deben aplicarse en todas las audiencias preliminares a la del juicio, en la audiencia de juicio y en la audiencia de explicación de la sentencia.

15. *Solicitar admisión y desahogo de prueba en forma anticipada.* El artículo 20, apartado A), fracción III, constitucional, dispone que para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.

Pueden darse casos en que se requiera la admisión y desahogo de un medio de prueba de manera anticipada; por ejemplo, algún testigo que por su estado de salud le quede poco tiempo de vida y sea importante su declaración.

16. *Explicar y poner a consideración del imputado la terminación anticipada del proceso.* El artículo 20, apartado A), fracción VII, constitucional, establece que una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia.

La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

17. *Explicar y poner a consideración del inculpado, procesado o sentenciado el negociar con el agente del ministerio público.* El artículo 20, apartado B), fracción III, párrafo segundo, constitucional, dispone que la ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada.

El agente del ministerio público tiene facultades para investigar y perseguir delitos, por lo que si le presta ayuda el inculpado, procesado o sentenciado para el ejercicio de esas facultades, la ley le otorga ciertos beneficios, los cuales el defensor público tendrá que explicar y ponderar su conveniencia para que el interesado tome la decisión de aceptar colaborar en la investigación y persecución de delitos del crimen organizado.

18. *Inducir la aplicación de los criterios de oportunidad.* El artículo 21, párrafo séptimo, constitucional, le otorga la facultad al Ministerio Público de considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

Lo que animó al Poder Revisor incluir los criterios de oportunidad fue una política criminal racional en la persecución de los delitos para administrar eficazmente los recursos públicos y aplicarlos a la persecución de los delitos que más ofenden y lesionan bienes jurídicos de superior entidad. Por lo que el defensor público debe demostrar, si es el caso, ante el agente del ministerio público que el delito que investiga es de poca importancia, sea doloso o culposo; no lesiona el interés público y se haya reparado el daño, en su caso, para solicitarle que aplique los criterios de oportunidad a efecto de que no ejercite acción penal o se desista de ella.

19. *Aportar medios de prueba.* El artículo 20, apartado B), fracción IV, constitucional, establece como derecho humano fundamental del imputado el que se le reciban los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndole 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.

En este precepto constitucional, se encuentra previsto el derecho de ofrecer pruebas, el cual el defensor público lo materializará una vez que se haya cerrado la investigación, a efecto de que el juez de control se pronuncie sobre su admisión y preparación para su desahogo ante el juez de la audiencia de juicio. Las etapas de ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo son importantes, ya que para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como pruebas las que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, según el artículo 20, apartado A), fracción III, constitucional.

En el ofrecimiento de pruebas o en una audiencia preliminar, según lo disponga la legislación procesal, el defensor público deberá exponer las razones por las que considere que deben admitirse los medios probatorios que haya ofrecido

20. Objetar los medios de prueba ofrecidos por el agente del ministerio público para que no sean admitidos por estar afectados de nulidad. El artículo 16, párrafos decimosegundo, decimotercero y decimoquinto, constitucionales, regulan las comunicaciones privadas, señalando en este último párrafo 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.

El valor probatorio lo otorga el juez al dictar la sentencia, pero para efecto de que no tome en cuenta el medio probatorio que esté afectado de nulidad, el defensor público sabedor de esta sanción puede oponerse a que no se admita ese medio probatorio, dando las razones por las que no se ajustaron los resultados de la intervención, relativas al incumplimiento de los requisitos o rebasamiento de los límites legales, ofreciendo los medios de prueba que sustenten tales razonamientos. Lo mismo puede decirse respecto a los resultados de una orden de cateo.

21. Objetar los medios probatorios aportados por el agente del ministerio público y que fueron obtenidos por la policía o por aquél con violación

de derechos fundamentales. El artículo 20, apartado A), fracción IX, constitucional, establece como principio general que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

Este principio corresponde a la regla creada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, denominada *exclusionary rule*, cuyo fundamento es la evidencia obtenida vulnerando los derechos y garantías procesales reconocidas en la IV, V, VI y XIV Enmiendas de la Constitución de ese país.⁵⁵

En relación con la *exclusionary rule*, en los Estados Unidos de América se ha desarrollado *The fruit of the poisonous tree doctrine*, la cual recoge el cuerpo de reglas jurisprudenciales según las cuales los materiales probatorios obtenidos lícitamente, pero como consecuencia del aprovechamiento de la información contenida en materiales probatorios obtenidos previamente en violación de los derechos constitucionales del acusado, están igualmente viciados y deben ser también inadmitidos en la fase decisoria del proceso penal.⁵⁶

Es decir, la doctrina de los frutos del árbol envenenado, no solamente excluye la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales o garantías, sino también las que sean consecuencia o se deriven de la o las pruebas excluidas.

Sin embargo, se han desarrollado también doctrinas en las que no opera la doctrina de los frutos del árbol envenenado, a saber: doctrina de la fuente independiente; doctrina de la conexión atenuada; y doctrina del descubrimiento inevitable. La *exclusionary rule* en los Estados Unidos de América cuenta con tres excepciones la buena fe, la tacha y error inocuo.⁵⁷

Con estos antecedentes de la cláusula de exclusión, sus excepciones y la doctrina de los frutos del árbol envenenado, el defensor público podrá objetar con apoyo en el precepto constitucional invocado los medios

⁵⁵ LIZCANO BEJARANO, Jesús Eduardo, *La cláusula de exclusión*, ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2012, p. 17.

⁵⁶ FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2003, p. 434.

⁵⁷ Ibidem, pp. 437-463.

probatorios ofrecidos por el agente del ministerio público, con el fin de que no sean admitidos por estar afectados de nulidad, exponiendo las razones que se tienen para ello y ofreciendo los medios de prueba que las sustenten, en torno a su obtención con violación de derechos fundamentales.

22. *Hacer valer los derechos humanos fundamentales del imputado.* El artículo 20 contiene principios constitucionales que constituyen derechos humanos fundamentales del imputado, tales como el derecho a no ser condenado si no existe convicción de su culpabilidad; a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez; a declarar o guardar silencio; derecho a no ser incomunicado, intimidado o torturado, a que se le informe por el agente del ministerio público o por el juez los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten; a ofrecer pruebas; a ser juzgado por un juez o tribunal en audiencia pública; derecho de objetar e impugnar las actuaciones del agente del ministerio público que no se reproduzcan en el juicio y aportar pruebas en contra, tratándose de delincuencia organizada; a que se le faciliten todos los datos para su defensa y consten en el proceso; a acceder a los registros de la investigación para preparar su defensa; a ser juzgado 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 tiempo para su defensa; a una defensa adecuada por abogado, al que elegirá libremente; a que se le designe un defensor público; a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso; a que no se prolongue su prisión o detención por causa de responsabilidad civil u otro motivo análogo; a que la prisión preventiva no exceda del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivar el proceso, la cual no será superior a dos años, salvo que sea para ejercer su derecho de defensa; a que se le ponga en libertad de inmediato si ha estado dos años en prisión preventiva y no se ha dictado sentencia; a que se le compute el tiempo de su detención de la pena de prisión que se le imponga por sentencia, etc.

23. *Promover demanda de amparo en contra de una ley con base en la cual se impone una pena que no sea proporcional al delito que se sancione y*

al bien jurídico afectado. El artículo 22, párrafo primero, parte segunda, constitucional, establece que toda pena deberá ser proporcionada al delito que sancione y al bien jurídico afectado. Lo que implica un derecho humano fundamental que consiste en que el legislador no debe establecer penas desproporcionadas en relación al delito y al bien jurídico tutelado.

En caso de que en algún código penal o en una ley donde se prevea una pena desproporcionada al delito y al bien jurídico tutelado, y se aplique a su defendido, el defensor público podrá combatirla a través del juicio de amparo, con base en lo dispuesto por el artículo 103, fracción, constitucional.

24. *Solicitar, en caso de que proceda, los beneficios que prevea la ley a favor de los sentenciados.* El artículo 18, párrafo segundo, constitucional, establece que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

Si se actualiza alguno de los supuestos que se prevean en la ley para obtener algún beneficio en favor del sentenciado, el defensor público deberá solicitar la aplicación de ese beneficio.

25. *Defender a adolescentes.* El artículo 18, párrafo cuarto, constitucional, dispone que la Federación, los Estados y el Distrito Federal, establecerán en el ámbito de sus competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce la Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos.

Este precepto constitucional dejó de considerar como inimputables a los menores de edad, reconociéndoles la calidad de sujetos responsables y por ende con derechos fundamentales, de entre los que se encuentra en nuestra Constitución el derecho a una defensa adecuada y de calidad, la cual debe brindar

un defensor particular o un defensor público. Desafortunadamente, en el ámbito federal, el Congreso de la Unión no ha expedido la ley que establezca el sistema de justicia penal para adolescentes, pese a que la reforma al artículo 18 constitucional que previó dicho sistema se publicó el 12 de diciembre de 2005, pero ello no obsta para que el Instituto Federal de Defensoría Pública realice la especialización de defensores públicos para adolescentes, quienes podrán desplegar todas las anteriores funciones de los defensores públicos compatibles con el sistema de justicia penal para adolescentes.

26. *Solicitar que la pena firme impuesta al sentenciado se ejecute en el centro penitenciario más cercano a su domicilio, con el objeto de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social.* Esta solicitud la pueden realizar con base en el artículo 18, párrafo octavo, constitucional, el cual dispone que los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

27. *Presentar queja en nombre del imputado ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos.* La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la que México es Parte, en su artículo 44 dispone que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen garantías externas para los derechos humanos de los mexicanos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En tal virtud, y dado que la defensa penal no está constreñida a las garantías internas nacionales, el defensor público puede continuar su

cometido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los términos que marca la Convención. En efecto, ya que de conformidad con el artículo 1°, párrafo primero, constitucional, los derechos humanos contenidos en la precitada Convención están incorporados en la Constitución, cuya violación y reparación la pueda plantear y solicitar el defensor público ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y/o ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia, así como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido reconocida por el Estado mexicano.

El anterior listado de funciones del defensor público no está agotado, es el resultado de una exploración limitada por el tiempo otorgado para este trabajo: en efecto, pues lo deseable sería un estudio exhaustivo de nuestro texto constitucional y de los instrumentos internacionales en los que México es Parte.

Esquina Muñoa refiere la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención; y Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobados en la Habana, Cuba, en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.⁵⁸

Las anteriores funciones del defensor público, por supuesto que también le corresponden al abogado defensor particular, pues el defensor en palabras de Roxin es el garante jurídico-constitucional de la presunción de inocencia para el inculcado.⁵⁹ Siguiendo esta idea, agregaríamos que el defensor público es también un garante jurídico-convencional de la presunción de inocencia del imputado.

⁵⁸ ESQUINCA MUÑO A, César, *Las defensorías de oficio en México*, Porrúa, México, 2006, pp. 3-7.

⁵⁹ ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Traducción de Oscar Julián Guerrero Peralta, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 39.

Conclusiones

1. El marco jurídico de la defensoría pública (Constituciones estatales y normativa secundaria federal y local), debe reformarse, antes de que entren en vigor las reformas o los nuevos Códigos de Procedimientos Penales, Federal y estatales, para estar acorde con el sistema procesal penal acusatorio previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, excepto en aquellas entidades federativas en que ya opera este sistema y la defensoría pública está de conformidad con el mismo.

2. Con la sustitución del sistema procesal penal mixto por el sistema procesal penal acusatorio, la defensoría pública deja de tener un papel reactivo para desempeñar un papel proactivo. Efectivamente, en el papel reactivo, la defensoría pública reacciona cuando el agente del ministerio público ya identificó y recopiló indicios o medios probatorios, analizándolos y realizando su defensa con base en ellos. En cambio, en el papel proactivo el defensor público, con base en el principio de igualdad de armas o igualdad procesal, está facultado para realizar su propia investigación que le permite ir construyendo su teoría del caso, identificar fuentes de información, tales como testigos, lugares, objetos, instrumentos del delito, etc., tener contacto con ellas para entrevistarlas o solicitar la realización de peritajes, etc., y para solicitar la incorporación de ellas en los registros de investigación y en su momento procesal oportuno ofrecerlas como medios probatorios y poderlos desahogar en la audiencia de juicio para que sean tomados en cuenta en la sentencia.

3. Otro papel del defensor público, también del privado, es el de ser asesor para transigir con el agente del ministerio público, a efecto de obtener beneficios en favor de su defendido; para asesorar en la terminación anticipada del proceso penal con ciertos beneficios para el propio imputado; y para elegir formas alternativas de solución del conflicto penal.

4. Los abogados defensores privados también deben realizar un papel proactivo en lugar de reactivo.

5. Para que los defensores públicos puedan realizar ese papel proactivo, es necesario que se les apoye con los recursos económicos suficientes para crear la infraestructura que les permita realizar sus investigaciones y puedan prestar sus servicios de manera fácil y rápida desde el momento en que alguna persona es detenida en el lugar de los hechos y solicita la intervención de un defensor público.

6. Los defensores públicos para que brinden un servicio de calidad a la población, como lo mandata el artículo 17 constitucional, así como los defensores particulares, deben poseer una serie de propiedades y cualidades, tales como tener suficientes conocimientos de criminología; criminalística; dogmática constitucional; derechos humanos, comprendiendo los previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales en los que México es Parte; teoría del delito; proceso penal acusatorio; penitenciario; argumentación jurídica; control constitucional y convencional, criterios hermenéuticos de interpretación, como el de proporcionalidad, razonabilidad y ponderación; jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc.

Adicionalmente, deben tener capacidad de comprensión, análisis, reflexión y síntesis; capacidad para exponer razonamientos de manera clara y precisa; capacidad para utilizar estrategias y técnicas de litigio, etc.

7. Las anteriores propiedades y cualidades de los defensores públicos y privados, nos llevan a llamar la atención sobre la colegiación obligatoria de abogados, cuya reflexión y discusión será benéfica para aquellos en los que está en juego su libertad, su honra, familia, proyectos de vida, etc.

VI

Bibliografía

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *La audiencia de control de la detención en el proceso penal acusatorio y oral*, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., México, 2011.

DEMANDT, Alexander, *Los grandes procesos de la historia*, Traducción de Enrique Gavilán, Editorial crítica, España, 2000.

DUBLÁN, MANUEL, y LOZANO, José María, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república*, Tomo V, imprenta del comercio, México, 1876; Tomo VIII, imprenta del comercio, México, 1877; Tomo X, imprenta del comercio, México, 1878; Tomo XIV, imprenta y litografía de Eduardo Dublán y Comp, México, 1886; Tomo XV, imprenta y litografía de Eduardo Dublán y Comp, México, 1886; Tomo XXVIII, imprenta de Eduardo Dublán, México, 1899; y Tomo XXXII, talleres tipográficos de Arturo t Alfredo G. Cubas, México, 1904.

ESQUINCA MUÑOA, César, *Las defensorías de oficio en México*, Porrúa, México, 2006.

FAURÉ, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Traducción de Diana Sánchez y osé Luis Núñez Herrejón, FCE y CNDH, México, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón Teoría del garantismo penal*, Traductora Rocío Cantarero Bandrés, 6ª edición, Trotta, España, 2004.

FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2003.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John, *El Federalista*, Traductor Gustavo R. Velasco, 2ª. edición, FCE, México, 2001.

HENDLER, Edmundo S., *Las garantías penales y procesales Enfoque histórico-comparado*, Ediciones del Puerto, Argentina, 2004.

HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Investigación policial y teoría del caso*, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., México, 2011.

IMBERT, Jean, *El proceso de Jesús*, Traducción de Rosalinda Hernández, Publicaciones Cruz O., México, 1995.

LIZCANO BEJARANO, Jesús Eduardo, *La cláusula de exclusión*, ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2012.

MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, Traducción de Pedro Dorado, reimpresión, Temis, Colombia, 1991.

PÉREZ PALMA, Rafael, *Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1974.

ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Traducción de Oscar Julián Guerrero Peralta, Rubinzal-Culzoni, 2007.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, 24ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

TORIBIO MEDINA, José, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México*, 2ª edición, Ediciones Fuente Cultural, México, 1952.

TURBERVILLE, Arthur Stanley, *La inquisición española*, Traducción de Javier Malagón Barceló y Helana Pereña, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

ZAMORA-PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 4ª edición, Porrúa, México, 1990.

Diccionarios

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Tomo I, Editorial Espasa Calpe, España, 2001.

Páginas electrónicas

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, disponible desde: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

Cornell University Law School, Legal Information Institute, disponible desde: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics>

Instituto Federal de Defensoría Pública, disponible desde: <http://www.ifdp.cjf.gob.mx/Quees/antec.asp>