

TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS, UN CASO DEL DERECHO DE DEFENSA ADECUADA

○ José Ramón Cossío Díaz,*
Raúl M. Mejía Garza y
Ana Marcela Zatarain Barrett

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor del
Instituto Tecnológico Autónomo de México.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Abogado defensor**

Defense attorney

○ **Muestras biológicas**

Biological samples

○ **Taxatividad**

Taxativity

○ **Proceso penal**

Criminal process

Resumen. Este artículo tiene como base el voto particular formulado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, en el Amparo Directo en Revisión 901/2015, fallado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este se resolvió, entre otros temas, que no se vulnera el derecho de defensa adecuada establecido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, último párrafo, de la Constitución Federal, vigente para el anterior sistema penal. Con ello se plantean una serie de interrogantes que serán examinadas en este artículo, consistentes en determinar si las facultades de investigación del fiscal durante la indagatoria llevan al extremo de eximir la presencia de un abogado defensor que asesore al detenido sobre la obtención de una prueba o indicio que será extraído del cuerpo del detenido y si sostenerlo de esa forma vulnera el derecho a gozar de una defensa adecuada.

Abstract. This article it's based on a particular vote cast by the Minister José Ramón Cossío Díaz. It is based on the human right of adequate defense that the Mexican Constitution establishes in Article 20 (A), section IX, last paragraph, and it is about the right of the impute to get an attorney even during de investigation.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Resolución dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo en revisión 901/2015. III. Razones por las cuales se disiente de la resolución del Tribunal Pleno. IV. Fuentes de consulta

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento reconoce el derecho fundamental del inculpado de gozar de una defensa adecuada, el cual consiste en que toda persona acusada de haber cometido un delito, cuente con la asistencia efectiva de un defensor letrado en derecho, entendiéndose como tal, tanto su presencia física, como una ayuda material y técnicamente efectiva. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera similar han sostenido que el derecho a gozar de una defensa adecuada nace desde el momento que se le atribuye a una persona una conducta delictiva y debe garantizarse durante el desarrollo de todo el proceso.

Sin embargo, existen diligencias o actuaciones durante la averiguación previa que por su urgencia o naturaleza, como acontece con la toma de muestras biológicas de orina del cuerpo del inculpado, conducen a plantearnos si en cualquier diligencia o actuación que realice el Ministerio Público durante la indagatoria con la presencia del inculpado o imputado, necesariamente este

debe estar asesorado de un defensor que legalmente lo aconseje de manera previa o durante la misma, para estimar que se respetó su derecho a gozar de una defensa adecuada reconocido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, último párrafo, de la Constitución Federal, aplicable al sistema anterior.

En este artículo se expondrán las razones del por qué, las facultades de investigación del fiscal durante la indagatoria, de modo alguno llevan al extremo de eximir la presencia de un abogado defensor que asesore al detenido sobre la obtención de una prueba o indicio que será extraído de su cuerpo y el por qué de sostenerlo de manera diversa, sí vulnera el derecho a gozar de una defensa adecuada e, incluso, el principio de igualdad de condiciones que debe regir el procedimiento penal.

II. RESOLUCIÓN DICTADA POR EL TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 901/2015

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoció del amparo directo en revisión 901/2015, resuelto en sesión de veintitrés de enero de dos mil diecisiete. Los antecedentes del asunto son los siguientes:

El caso derivó de una causa penal tramitada ante un Juzgado Penal de la Ciudad de México, en donde se dictó sentencia de condena al procesado por dos delitos de daño en propiedad

culposo agravado. Inconforme, aquel interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Tercera Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en el sentido de modificar la sentencia de primera instancia, únicamente sobre aspectos relativos a la individualización de las sanciones.

Contra dicha determinación el sentenciado promovió juicio de amparo directo, del cual conoció el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, quien dictó sentencia el quince de enero de dos mil quince. En la sentencia el órgano colegiado consideró correcto que la autoridad responsable tuviera por acreditado el delito de daño a la propiedad culposo agravado, previsto y sancionado por el artículo 242, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal, la responsabilidad penal del quejoso en su comisión y la individualización de sanciones fijadas por la Sala responsable, por lo que decidió negar el amparo solicitado.

Inconforme, el quejoso interpuso el recurso de revisión 901/2015 del que finalmente conoció el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien determinó que en la materia de la revisión debía confirmarse la sentencia recurrida y negar el amparo solicitado.

Una vez superada la cuestión de procedencia, el Pleno dilucidó varios puntos, entre otros, si el artículo 242, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal al no definir la expresión que emplea de “estado de ebriedad”, trasgrede el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, si la misma constituye una norma

penal en blanco al no hacer una remisión a un reglamento para dar contenido al concepto referido y si se vulneró en perjuicio del quejoso el derecho a gozar de una defensa porque durante la diligencia de extracción de muestras biológicas efectuada en la indagatoria no estuvo asistido de abogado defensor que lo asesorara previamente a su realización.

El Tribunal Pleno por unanimidad de votos resolvió que el artículo cuestionado no quebranta el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad. Lo anterior, en razón de que la expresión “estado de ebriedad” constituye un elemento normativo que al no estar dotado de significado especial por la ley requiere que sea valorado de forma cultural, de manera que para su encuadramiento el juzgador debe atender al contexto que socialmente tiene asignada la expresión “estado de ebriedad”.

Asimismo, porque consideró que el hecho de que no exista una definición legal de lo que debe entenderse por “estado de ebriedad” no significa violación al principio de legalidad, pues tal situación no depende de los vicios de redacción e imprecisión en que el legislador ordinario pueda incurrir, en atención a que este no se encuentra obligado a definir todos y cada uno de los términos que en los ordenamientos jurídicos se utilizan, al tenor de las consideraciones expuestas en la jurisprudencia (1ª./J. 117/2007) de rubro: LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO DEPENDE DE LOS VICIOS EN LA REDACCIÓN E IMPRECIACIÓN DE TÉRMINOS EN QUE EL

LEGISLADOR ORDINARIO PUE- DA INCURRIR.

Del mismo modo, por unanimidad de votos, se determinó que tampoco dicha norma constituye una norma penal en blanco por contener la expresión “estado de ebriedad” y no hacer remisión a un reglamento para dar contenido a la citada expresión. Lo anterior, en esencia, porque se trata de un elemento normativo de valoración cultural que deberá ser ponderado por el juzgador a efecto de dotarlo de contenido al momento de aplicar la norma y en todo caso ese aspecto comprenderá cuestiones de legalidad no así de constitucionalidad.

Luego, en la sentencia se examinó el tema relativo a determinar si se vulnera o no el derecho del inculcado a contar con una defensa adecuada contenido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, último párrafo, de la Constitución Federal, aplicable al caso¹, al extraerle muestras biológicas durante la averiguación previa, sin la asistencia de defensor oficial o particular. Al respecto la mayoría del Tribunal Pleno² consideró

que tal diligencia no requiere de la asistencia de un defensor que aconseje al inculcado o imputado para llevarla a cabo, por lo que si la misma se realizó sin asesoría alguna, ello no implica que existió vulneración al derecho a gozar de una defensa adecuada, pues el fiscal actuó en uso de sus facultades de investigación.

En efecto, en la citada sentencia se estableció que el derecho a gozar de una defensa adecuada tutelada en el citado numeral constitucional, nace en el momento que se le atribuye a una persona una conducta delictiva y debe garantizarse durante el desarrollo de todo el proceso. Por lo que, durante la averiguación previa ese derecho debe garantizarse y efectivizarse desde el momento mismo en el cual una persona es puesta a disposición de la representación social.

Sin embargo, se estimó que ello no constituía una regla absoluta pues

mayoritaria en cuanto a la procedencia, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Piña Hernández con precisiones, Medina Mora I., Laynez Potisek, Pérez Dayán con precisiones y Presidente Aguilar Morales, respecto del apartado VI, relativo a las consideraciones jurídicas, en su tercera pregunta —cuarta en el proyecto original—, denominada “¿Se vulnera el derecho de defensa adecuada, establecido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, último párrafo, de la Constitución Federal, si durante la indagatoria al inculcado le extraen muestras biológicas, sin la asistencia de defensor oficial o particular?”, en el sentido de que no es violatorio del derecho de defensa adecuada del inculcado no haber sido asistido por un defensor, sea abogado o persona de confianza, para la toma de una muestra biológica. Los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena y Cossío Díaz votaron en contra y anunciaron sendos votos particulares. La señora Ministra Piña Hernández anunció voto concurrente.

¹ El análisis de constitucionalidad se realizó conforme al contenido normativo constitucional vigente con anterioridad a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el dieciocho de junio de dos mil ocho, por tratarse de la norma jurídica base del control de constitucionalidad aplicable. Lo anterior, porque la sentencia definitiva reclamada en el juicio de amparo directo del que deriva el recurso de revisión, tiene su origen en un proceso penal instruido de conformidad con las reglas adjetivas que rigen el sistema procesal penal tradicional mixto, anterior al de carácter acusatorio incorporado con motivo de la mencionada reforma.

² Se aprobó por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Luna Ramos, obligada por la votación

existen diligencias o actuaciones que por su especial naturaleza o particularidades del caso concreto, no requerirán de tal asistencia para que puedan estimarse constitucionalmente válidas. El Tribunal Pleno sostuvo que la ausencia del defensor en tales supuestos no constituye, *per se*, vulneración al derecho del inculpado o imputado a gozar de una defensa adecuada; aunque, reconoció que habrá otros en los cuales su ausencia provocará, *de facto*, la invalidez de lo actuado por el fiscal, como sucede, por ejemplo, cuando el inculpado o imputado rinde su declaración ministerial sin defensor, pues al respecto existe disposición constitucional en cuanto a las condiciones en las que debe realizarse esa diligencia.

Con motivo de ello, determiné que para estar en aptitud de establecer si se requiere la presencia del defensor para que asista al inculpado o imputado durante una actuación o diligencia ordenada, o bien, realizada por el fiscal en la cual éste se encuentre presente y con ello preservar el derecho constitucional referido, el órgano de control constitucional debe valorar los puntos o factores siguientes: a) la naturaleza de la diligencia o actuación ministerial realizada u ordenada por el fiscal; b) la urgencia en su desahogo o celebración; y, c) el impacto que pueda tener al debido proceso penal la ausencia de defensor asesorando al inculpado o imputado en el caso particular.

Finalmente, después de realizar el estudio correspondiente la mayoría concluyó que tal actuación se tradujo en una diligencia que por sus

características peculiares o especiales no requirió necesariamente de la presencia del defensor asesorando al inculpado o imputado previamente a su realización, pues su ausencia no puso gravemente en duda el debido proceso penal ni tampoco lo cuestionó en su conjunto.

III. RAZONES POR LAS CUALES SE DISIENDE DE LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL PLENO

Coincidimos con el estudio relativo a que el artículo 242, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal es constitucional, dado que no vulnera el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad y porque no constituye una norma penal en blanco el que la expresión “estado de ebriedad” no haga remisión a reglamento alguno para darle contenido³; sin embargo, consideramos incorrecta la sentencia en relación con la determinación de que la diligencia

³ En el voto particular también hice la precisión de que en el caso sometido a consideración del Tribunal Pleno existió un tema adicional a los examinados en la sentencia que debió abordarse, específicamente, el consistente en que el órgano colegiado no hizo alusión a la ilicitud por vía de consecuencia de las pruebas que derivaron directamente de la declaración ministerial rendida por el quejoso sin asistencia de un licenciado en derecho, esto es, que fue rendida asistido de persona de confianza, en particular, de su posterior ratificación ante la autoridad judicial que conoció del proceso penal. Lo anterior, pues la omisión del órgano colegiado de examinar ese punto es contraria a la doctrina establecida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las jurisprudencias 1ª./J. 35/2015 y 1ª./J. 27/2015).

en cuestión no requiere de la asistencia de un defensor que aconseje al inculgado previamente a llevarla a cabo.

En aras de explicar adecuadamente la afirmación hecha en el párrafo anterior, consideramos oportuno exponer brevemente en qué consiste el derecho a gozar de una defensa adecuada como parte central del debido proceso, el alcance de ese derecho en la averiguación previa y por qué, en diligencias como la examinada, resulta necesaria la presencia de un letrado en derecho que asesore al inculgado, pues con ello, además, se efectiviza y garantizan otros derechos.

El debido proceso contiene el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales con la finalidad de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos (*cf.* Corte.I.D.H. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú: 2001, párr. 69; Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana: 2014, párr. 349 y Primera Sala, 1a./J. 11/2014 10a), y se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure su solución justa (*cf.* Corte. I.D.H Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador: 2015, párr. 151).

Por su parte, el derecho a gozar de una defensa adecuada, como lo sostuvo la propia mayoría en la sentencia objeto del presente artículo, al hacer suyas las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo (*cf.* Corte.I.D.H. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela: 2009, párr. 29 y Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador: 2015, párr.151). Lo cual, cobra especial relevancia tratándose del proceso penal, debido a los bienes jurídicos que se encuentran inmersos, como lo es la libertad del gobernado, de ahí que ese derecho deba tener un matiz especial y diferenciado tratándose de otras materias.

Al respecto, la Suprema Corte se ha pronunciado en diversos precedentes de manera exhaustiva sobre el alcance de la obligación de las autoridades del Estado sobre el respeto, la protección y la forma a garantizar el derecho a contar con una defensa adecuada como parte del derecho humano a un debido proceso del que debe gozar toda persona sujeta a un procedimiento penal.

Por ejemplo, la Primera Sala de la Suprema ha sostenido que para garantizar la defensa adecuada del inculgado, es necesario que esa defensa esté representada por una persona que cuente con estudios de licenciatura en derecho, lo que implica (en principio) que cuente con la capacidad técnica

para asesorar y apreciar lo que jurídicamente le es conveniente a aquel, características que no se satisfacen con la sola asistencia de una persona de confianza, de ahí que se estableciera que es necesario que la defensa recaiga en un profesionista en derecho.

Del mismo modo, se destacó que la garantía de defensa adecuada no es una mera formalidad, sino que requiere la participación efectiva del imputado y su defensa en el procedimiento. Por ello, la persona detenida puede ejercer el derecho a defenderse desde que es puesto a disposición del Ministerio Público y durante la etapa del procedimiento penal, contando desde ese momento con el derecho a que su defensa, entendida como asesoría legal, esté presente físicamente y en posibilidad de brindarle una asesoría efectiva (1a./J. 26/2015 10a).

Asimismo, como bien se dijo en la sentencia, la referida Primera Sala en los amparos directos en revisión 1424/2012, 2915/2013, 4532/2013, 341/2014 y 151/2014 precisó las razones por las cuales el legislador estableció que el derecho de defensa adecuada debe garantizarse desde la etapa ministerial y que por ello el inculpado debía contar con la asistencia efectiva de un letrado en derecho durante la misma.

En efecto, en tales ejecutorias, se estableció que la defensa adecuada debe observarse en aquellas diligencias o actuaciones en las que directa o físicamente participe o deba participar el inculpado, así como en aquellas en las cuales de no estar presente, se cuestionarían o pondrían gravemente en duda la certeza jurídica y el debido proceso,

por lo que concluyó que el derecho fundamental de adecuada defensa en materia penal, se actualiza desde que una persona es puesta a disposición de la autoridad ministerial y será a partir de ese momento en el cual deberá contar con la asistencia efectiva de un defensor, entendiéndose como tal, tanto su presencia física, como con la ayuda material y técnicamente efectiva del asesor legal.

Sobre el tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en su jurisprudencia que el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena (*cf.* Corte. I.D.H Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela: 2009, párr. 20 a 48; Caso Argüelles y otros Vs. Argentina: 2014, párr. 175 y Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador: 2015, párr. 153). En la misma línea argumentativa ha referido que lo opuesto implicaría supe-ditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse eficazmente, lo cual sería contrario a la Convención.

Sin embargo, respecto a la forma y tiempo en que debe efectivizarse tal derecho durante la averiguación previa para casos como el que nos ocupa,

consideramos que ello no debe conducirnos a sostener o afirmar que al llegar el inculpado a la agencia del Ministerio Público, forzosamente tiene que estar presente ya su abogado defensor para tener por satisfecho el citado derecho, pues tal condición surgirá a partir de que aquél es presentado ante el fiscal. Así como tampoco, que el fiscal deba esperar a que se encuentre presente la defensa particular de aquel para que se tome la muestra que se intenta recabar del cuerpo del detenido.

De no ser posible la asistencia de un letrado particular y dada la urgencia de algunas diligencias, el agente del Ministerio Público, en aras de garantizar el derecho a gozar de una defensa adecuada del detenido y para no obstaculizar la correcta integración de la investigación correspondiente, deberá asignarle de inmediato al inculpado un defensor de oficio para que asesore al imputado sobre la pertinencia o no de que se obtenga la muestra de su cuerpo, en tanto arribe al lugar el letrado particular, si es que aquel optó por éste.

En efecto, dentro de la averiguación previa la garantía de defensa adecuada, sea que la misma recaiga en un letrado oficial o particular atendiendo a las circunstancias o demora del caso, debe observarse y efectivizarse en todas aquellas diligencias o actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar la persona involucrada en la investigación y que se encuentra detenida. Lo anterior resulta forzoso en diligencias en las cuales por la naturaleza de la prueba o indicio que se intenta conseguir, éste no podría recabarse

sin la presencia del inculpado porque tal indicio, prueba o vestigio se obtiene directamente de él, esto es, se extrae de su cuerpo, por lo que en estos casos la ausencia de letrado en derecho que aconseje al inculpado no puede tener justificación o validación bajo concepto alguno.

Así, desde nuestro punto de vista, no es factible afirmar que existen diligencias en las cuales la ausencia del letrado es constitucionalmente válida o justificable sólo porque el fiscal actuó en uso de sus facultades constitucionales, la demora o urgencia del caso así lo requerirían y porque fue nulo el impacto que tuvo esa prueba en el proceso.

Lo anterior, en primer lugar, porque ello nos conduciría al extremo de sostener que el Ministerio Público en uso de sus facultades de investigación puede realizar prácticamente cualquier diligencia sin control alguno, validando prácticamente cualquier actuación de aquél. En segundo lugar, porque la supuesta “demora o urgencia” del caso, se subsana o enmienda si el representante social de inmediato le designe un defensor de oficio para que asesore al inculpado, sobre todo si el fiscal advierte que por las circunstancias del caso concreto será necesario extraer del cuerpo del imputado alguna prueba o indicio que a la postre puede convertirse en una prueba de cargo en su contra. Por último, porque el impacto del que se habla en la sentencia difícilmente se conocerá dentro de un plazo tal que permita al imputado, de serle desfavorable, ofrecer una prueba de la misma naturaleza que recabó el fiscal, o bien, una diversa

para refutar o contradecir la presentada por éste, pues el indicio habría desaparecido o no se tomaron las medidas necesarias para preservar excelentes condiciones éste.

En efecto, la asistencia del defensor no sólo garantizará que se respete el derecho a gozar de una defensa adecuada, eje central del debido proceso al tenor de las consideraciones expuestas, sino que además permitirá que el principio de igualdad de condiciones entre las partes sea garantizado, en el supuesto de que la prueba que derive de la obtención de muestras biológicas sirva al órgano acusador para sostener su petición de condena. Debe recordarse que por las características tan especiales de ciertas pruebas, algunas de éstas ya no pueden recabarse con la misma efectividad o contundencia como aconteció en la indagatoria, debido a que con el transcurso del tiempo desaparece o se altera el vestigio o indicio objeto de la prueba, sobre todo si no se tomaron las medidas adecuadas para conservar la muestra o indicio⁴, de forma tal que impiden al inculcado o imputado recabar

⁴ Tal es el caso de cuando se toma la muestra de orina para determinar el estado de intoxicación por consumo de alcohol, a fin de acreditar una agravante del delito, cuyo vestigio de acuerdo con la opinión de los expertos se modifican o desaparecen con el transcurso del tiempo, por lo que regularmente tales muestras tienden a desecharse; incluso, algo similar acontece con las muestras de sangre en las que si no se toman las precauciones necesarias el resultado también puede alterarse o desaparecer, pues para este tipo de muestras con la finalidad de conservarla y a la postre realizar un dictamen en igualdad de condiciones tal como fue tomada la muestra de manera inicial, se recomienda agregar fluoruro de sodio porque así se conservan mejor las muestras a 25° C se

una prueba obtenida de similar naturaleza, o bien, refutarla o contradecirla en igualdad de condiciones que el fiscal frente al juez del proceso.

Lo anterior produce que a la postre el inculcado que es llevado a juicio se encuentre en franca desventaja respecto a su contraparte, pues para acreditar algún hecho (en el caso presencia de alcohol en el cuerpo) sólo se contará con la prueba de cargo que aporte el órgano acusador y que fue recabada en la indagatoria, la cual, incluso, podrá servir de indicio de cargo en contra del imputado, sin que éste haya tenido una verdadera posibilidad de aportar otra prueba para contradecirla o refutarla de la misma naturaleza o en igualdad de circunstancias con el fiscal.

A nuestro juicio, la anterior circunstancia hace aún más necesaria la presencia del defensor durante la averiguación previa, pues no debe soslayarse, como se indicó, que el derecho de defensa adecuada, se hizo extensivo a la averiguación previa, precisamente porque la mayoría de los medios que se obtienen durante esa etapa se convierten en el sustento principal para tener por actualizado el delito, así como la plena responsabilidad penal del inculcado.

Así, en el supuesto de que el resultado de la prueba sea desfavorable a los intereses del inculcado y se convierta en una prueba de cargo, con la presencia del abogado defensor se garantizará a dicha parte la posibilidad de que

_____ pueden preservar dos semanas, a 5° C tres meses y a -15°C hasta 6 meses.

se encuentre en aptitud real de ejercer su defensa respecto a la autenticidad de la muestra y correspondencia para su posterior confrontación a juicio, lo que obliga a la observancia de los parámetros de cadena de custodia, para que la muestra no se vea alterada. Incluso, si la premura del tiempo lo hace factible, la presencia del abogado hará factible que con una adecuada asesoría y si el caso concreto lo permite, el inculpado se encuentre en posibilidades de ofrecer durante la indagatoria una prueba de la misma naturaleza y en igualdad de circunstancias que la representación social, o bien, otra prueba de distinta naturaleza, en aras de confrontar y refutar la que ofrezca el fiscal frente al juez de la causa, de llevarse el caso a juicio.

Lo anterior propiciará que la contradicción de la prueba se realice en igualdad de condiciones, por lo que la presencia del abogado defensor garantizará e impactará, a su vez, en el ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales con los que cuenta el inculpado, como lo es, el principio de igualdad de condiciones, de llevarse a juicio esa prueba por el fiscal.

En efecto, el principio de igualdad de condiciones de las personas ante la ley constituye uno de los principios generales del Derecho a que se refiere el artículo 14 de la Constitución Federal, pues dentro de la garantía del debido proceso legal que permite a los justiciables acceder a los órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma efectiva, está implícita la igualdad procesal, ya que ese acceso a los órganos

jurisdiccionales para hacer valer sus derechos debe realizarse en condiciones de igualdad procesal, esto es, las partes en el proceso deben tener una idéntica oportunidad tanto para alegar como para probar lo que consideren oportuno (1a./J. 141/2011 9a).

La prohibición de que se produzca indefensión constituye una garantía que implica el respeto del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes en posición de igualdad dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimen conveniente, lo que significa que en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictorio de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses.

A su vez, el artículo 20, apartado A, fracción V, constitucional establece el derecho que tiene el inculpado a que se le reciban sus testigos y las pruebas que ofreciera, y el *onus probandi* corresponde a la parte acusadora, por lo que las partes deben tener igualdad procesal para establecer la acusación o la defensa respectivamente. Con lo que se consigna constitucionalmente dicho principio procesal. De hecho, en el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra la igualdad procesal en el artículo 24 el cual prevé que “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley”.

En tal virtud, el debido proceso legal existe cuando un justiciable puede hacer valer sus derechos y defender sus

intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables, pues el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible la solución justa de una controversia, y para tal fin atiende al conjunto de actos de diversas características generalmente reunido bajo el concepto de debido proceso legal con base en el que los Tribunales deben dirimir los conflictos sobre los derechos de las personas mediante un procedimiento que otorgue a las partes la posibilidad efectiva e igual de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones.

Derivado de lo anterior, es factible concluir que el principio de igualdad de condiciones constituye un elemento esencial del derecho a gozar de un juicio justo, porque busca garantizar, entre otras cosas, que cada parte del proceso penal presente sus argumentos bajo ciertas condiciones, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presenta la facultad del material probatorio que deba recabarse por las partes del proceso penal, de tal manera que no se genere una posición de desventaja de una de las partes frente a la otra, como lo que podría suceder entre el ente acusador y el acusado, a favor del primero y detrimento del segundo.

El principio de igualdad de condiciones supone que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal de la defensa,

optimizando en la medida de lo posible los derechos y garantías de la defensa, entre los que se encuentran su derecho a gozar de una defensa adecuada y la posibilidad de refutar la prueba. Así, el derecho de defensa en materia penal encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en el principio de igualdad de condiciones, pues con el primero se procura y busca, entre otros, garantizar la protección del inculcado frente a aquellas situaciones o actuaciones del fiscal que desequilibran en perjuicio del imputado su actuación en el proceso.

Bajo esta tesis, a fin de efectivizar los citados derechos, consideramos que tales criterios de interpretación constitucional son plenamente aplicables para la diligencia de obtención de muestras biológicas del inculcado recabadas por la autoridad ministerial y que son relevantes para determinar la actualización de supuestos normativos penales en que se finque el ejercicio de la acción penal, por lo que en ese tipo de diligencias será necesaria la presencia del abogado defensor.

Lo anterior es así, porque con ello no sólo se garantiza el derecho de defensa adecuada del inculcado y se buscará asegurar el respeto al principio de igualdad de condiciones, sino que además garantizará el respeto a otros derechos humanos del imputado, en el caso, su dignidad, pues este tipo de pruebas por su naturaleza tan especial requieren de cierto grado de intromisión en la intimidad del inculcado o imputado, de ahí que previamente a dar su consentimiento para otorgar la muestra, es necesaria

la presencia del letrado en derecho, sea de oficio o particular, para que lo asesore respecto a la pertinencia o no de aportar la muestra.

Con motivo de ello, consideramos que cuando se ordene la toma de muestras biológicas del cuerpo del inculpa-do con la finalidad de recabar pruebas, será necesario que previamente se encuentre asistido de abogado defensor ya sea de oficio o particular, conforme a las circunstancias y demora del caso lo permitan, pues esto garantizará su derecho a contar con una defensa adecuada, lo cual, a su vez, le permitirá mayores posibilidades de defenderse en igualdad de condiciones y controvertir el resultado del perito de la representación social ante el juez de la causa, de llevarse a juicio la prueba o indicio obtenido de esa muestra.

Lo anterior fue una de las finalidades por las cuales el legislador estableció que el derecho de defensa adecuada se hacía extensivo y debía observarse también durante la averiguación previa, pues en la mayoría de los medios de prueba del sistema anterior, que se obtienen durante esa etapa se convierten en el sustento principal para tener por actualizado el delito, así como la plena responsabilidad penal del inculpa-do; y porque además

algunas de las pruebas que se recaban durante la indagatoria, por su especial naturaleza, después difícilmente podrán volver a obtenerse para el fin encomen-dado en las mismas condiciones, pues con el transcurso del tiempo los vestigios o indicios que produjeron la prueba desaparecen o se alteran, de ahí la importancia de la defensa adecuada durante la averiguación previa.

IV. FUENTES DE CONSULTA

Tesis 1ª./J. 117/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVI, Septiembre de 2007.

Tesis 1ª./J. 35/2015 y 1ª./J. 27/2015. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época.

Tesis 1a./J. 11/2014 (10a). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo I, Febrero de 2014.

Tesis 1a./J. 26/2015 (10a). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, Mayo de 2015.

Tesis 1a./J. 141/2011 (9a). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 3, Diciembre de 2011.