

**VOTO CONCURRENTENTE Y PARTICULAR QUE  
FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR  
LELO DE LARREA EN EL AMPARO DIRECTO EN  
REVISIÓN 901/2015**

En sesión pública de 23 de enero de 2017, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el asunto citado al rubro en el sentido de confirmar la sentencia dictada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito en el juicio de amparo directo 295/2014 y, consecuentemente, negar el amparo al recurrente. En este orden de ideas, el Pleno determinó por unanimidad de votos que la expresión “estado de ebriedad” contenida en la fracción I del artículo 242 del Código Penal para el Distrito Federal no viola el principio taxatividad ni constituye una norma penal en blanco. Por otro lado, con una mayoría de ocho votos, el Pleno también decidió que no era violatorio del derecho de defensa adecuada del inculpado el hecho de no haber estado asistido por un defensor al momento de que se extrajo de su cuerpo una muestra de orina durante la averiguación previa.

En esta línea, comparto el criterio del Pleno en el sentido de que la fracción I del artículo 242 del Código Penal para el Distrito Federal no es inconstitucional, así como la decisión de considerar que en este caso concreto no se vulneró el derecho a la defensa del inculpado durante la averiguación previa. Mi desacuerdo con la sentencia se centra en dos aspectos muy puntuales. En primer lugar, no comparto el estándar utilizado para arribar a la conclusión de que en este caso

suplencia de la queja —como un tema de constitucionalidad susceptible de examinarse en esta instancia— la interpretación realizada por el Tribunal Colegiado respecto de los *efectos* que genera la violación al derecho de defensa adecuada cuando el inculpado declara en la averiguación previa sin la asistencia de un defensor con el carácter de licenciado en derecho y, posteriormente, ratifica esa primera declaración ante el juez del proceso.

## 1. El derecho a la defensa adecuada en la averiguación previa

Como lo reconoce la sentencia, esta Suprema Corte tiene una doctrina constitucional consolidada sobre el derecho a la defensa adecuada en su vertiente de asistencia técnica, en la que no sólo se ha establecido que este derecho impone la necesidad de que un abogado defensor asista al imputado durante el proceso penal,<sup>1</sup> sino que adicionalmente ese derecho tiene que garantizarse desde la averiguación previa.<sup>2</sup> Con todo, como también lo señala la sentencia, lo anterior no supone que “*en cualquier diligencia o actuación* que realice el Ministerio Público durante la indagatoria con la presencia del

---

<sup>1</sup> Al respecto, véanse por ejemplo las tesis de rubro “DEFENSA ADECUADA DEL INculpADO EN UN PROCESO PENAL. SE GARANTIZA CUANDO LA PROPORCIONA UNA PERSONA CON CONOCIMIENTOS TÉCNICOS EN DERECHO, SUFICIENTES PARA ACTUAR DILIGENTEMENTE CON EL FIN DE PROTEGER LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO Y EVITAR QUE SUS DERECHOS SE VEAN LESIONADOS” [Tesis: P. XII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Pleno, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, pag. 413, Tesis Aislada (Constitucional)] y “DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. LA FORMA DE GARANTIZAR EL EJERCICIO EFICAZ DE ESTE DERECHO HUMANO SE ACTUALIZA CUANDO EL IMPUTADO, EN TODAS LAS ETAPAS PROCEDIMENTALES EN LAS QUE INTERVIENE, CUENTA CON LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR QUE ES PROFESIONISTA EN DERECHO. [Tesis: 1a./J. 26/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, pag. 240, Jurisprudencia (Constitucional, Penal)].

<sup>2</sup> Entre otras, véanse las tesis de rubro “DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL

inculcado o imputado, necesariamente éste debe estar asistido de un defensor que legalmente lo asesore de manera previa o durante la misma, pues existirán diligencias o actuaciones que por su *especial naturaleza o particularidades del caso concreto*, no requerirán de tal asistencia para que puedan estimarse constitucionalmente válidas” (énfasis añadido, párrafo 113).

En este orden de ideas, en la sentencia se desarrolla un estándar constitucional para evaluar en *cada caso concreto* si se requiere la presencia del defensor para que asista al inculcado durante una actuación ordenada o realizada por el Ministerio Público durante la averiguación previa, de acuerdo con el cual hay que atender a tres tipos de factores: **(i)** la naturaleza de la diligencia o actuación ministerial realizada u ordenada por el fiscal; **(ii)** la urgencia en su desahogo o celebración; y **(iii)** el impacto que pueda tener al debido proceso penal la ausencia de defensor asesorando al inculcado o imputado en el caso particular.

Mi desacuerdo con el estándar propuesto consiste en que, desde mi punto de vista, para resolver el caso bastaba con establecer una *regla constitucional categórica* que atendiera a las circunstancias de este tipo de casos a través de una excepción. Al respecto, vale la pena recordar que en este asunto se obtuvo una muestra de orina del inculcado durante la averiguación previa, mientras éste se encontraba en calidad de detenido y sin la presencia de su abogado defensor. La

vehículos, específicamente cuando el agente conduzca en “estado de ebriedad” o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares.

En mi opinión, cuando la actuación realizada por el Ministerio Público supone una afectación a la *intimidad* o a la *integridad corporal*, por regla general siempre se requiere que en esa diligencia esté presente el abogado defensor. La excepción a esa regla sería en *casos de urgencia*: cuando la evidencia corporal que se pretende obtener corra el riesgo de desaparecer o ser destruida por el transcurso del tiempo. No hay que perder de vista que en este tipo de situaciones estas pruebas se obtienen en cuanto el acusado es puesto a disposición del Ministerio Público, puesto que se trata de una diligencia que requiere realizarse lo antes posible.

En este orden de ideas, para precisar el ámbito de aplicación de la regla constitucional en cuestión sobre el derecho a la defensa adecuada en su vertiente de asistencia técnica, es importante aclarar qué “aspectos corporales” no están comprendidos en la intimidad y la integridad corporal. Al respecto, hay que distinguir entre la evidencia sobre apariencia externa de la persona (*appearance evidence*) de la evidencia corporal propiamente dicha (*bodily evidence*).<sup>3</sup>

La *evidencia sobre apariencia externa* hace referencia a la información derivada de las características “corporales” o “personales” que comúnmente están expuestas al público. En materia penal, la evidencia perteneciente a esta categoría comprende aspectos tales

obtener fotografías, muestras de voz, muestras de escritura, huellas digitales, mediciones corporales, pruebas de coordinación corporal para establecer niveles de intoxicación, etc. Este tipo de evidencia aporta información sobre “características externas” de la persona que no afectan ni la intimidad ni la integridad corporal. En consecuencia, la evidencia sobre apariencia externa podría obtenerse del inculpado en una diligencia de averiguación previa incluso sin la presencia de un abogado defensor.

En cambio, la *evidencia corporal* hace referencia a evidencia física obtenida a través de inspecciones corporales sobre áreas o partes del cuerpo que no están expuestas al público, intervenciones más invasivas que supongan algún tipo de afectación a la integridad corporal, obtención de muestras biológicas o remoción de algún elemento extraño que esté dentro del cuerpo de una persona, entre otras. En este sentido, resulta incuestionable que la obtención de este tipo de evidencia supone una afectación a la *intimidad* y/o a la *integridad personal*.

Desde mi punto de vista, lo que plantea este caso es si la Constitución autoriza al Ministerio Público a ordenar la obtención de evidencia corporal del inculpado sin la presencia de su abogado defensor. Como ya señalé —al margen de otros derechos que también podrían estar involucrados, como el derecho a la no autoincriminación— mi criterio es que por regla general siempre se

evidencia, ya sea porque ésta corra el riesgo de desaparecer o destruirse por el transcurso del tiempo.

Por lo demás, también es importante aclarar que esta *situación de urgencia* no sólo supone *una excepción* a la regla sobre la necesidad de la presencia de un abogado defensor en las diligencias en las que intervenga el imputado durante la averiguación previa, sino también a la regla derivada del artículo 16 constitucional de acuerdo con la cual para afectar la intimidad o la integridad corporal se requiere una orden judicial que lo autorice<sup>4</sup>.

Ahora bien, en el caso concreto, me parece que se actualiza el supuesto de excepción a la regla general antes identificada, toda vez que de los elementos que obran en la causa puede apreciarse con toda claridad que se trata de una situación en la que era imprescindible obtener lo más pronto posible la muestra de orina, lo que justifica que en una situación así el inculpado no haya estado asistido en esa diligencia por un abogado defensor. Hay que recordar que la obtención de esa evidencia corporal era relevante porque se tenía que determinar si el inculpado había cometido el delito de daños culposos con motivo de la conducción de un vehículo en estado de ebriedad previsto en la fracción I del artículo 242 del Código Penal para el Distrito Federal. En este sentido, me parece que resulta evidente la urgencia de realizar cuanto antes la prueba en cuestión, puesto que el “estado de ebriedad” es una condición que se pierde con el transcurso del tiempo, de tal manera que de no haberse realizado esa prueba de forma inmediata se habría corrido el riesgo de que no

De acuerdo con lo anterior, podría decirse que mi desacuerdo con la sentencia es en realidad una cuestión *metodológica*, puesto que si bien llego a la misma conclusión, no lo hago a través de la aplicación de un estándar constitucional que involucra la consideración de diversos factores — algunos de los cuales incluso me parecen innecesarios en un caso como éste—, sino a través de la construcción de una regla categórica, en cuyo supuesto de excepción encuadra el caso que nos ocupa.

Finalmente, no hay que perder de vista que la doctrina sobre el derecho a la defensa adecuada ha sido establecida para operar en el marco del sistema de justicia penal mixto. En consecuencia, desde mi punto de vista, el problema que se nos presenta en esta ocasión, tendrá que ser objeto de una nueva reflexión cuando se estudie en el marco del sistema de justicia penal acusatorio, puesto que es evidente que las importantes diferencias que existen entre ambos sistemas procesales obligará a esta Suprema Corte a ir *adaptando* u *modulando* su doctrina sobre los derechos fundamentales en materia de manera paulatina penal al nuevo sistema penal.

## **2. Los efectos de la violación de un derecho como tema de constitucionalidad**

En segundo lugar, como ya adelanté, mi principal desacuerdo con la sentencia estriba en que no se analizó en su plenitud de la que

autoridad judicial y asistido de un defensor, ratifica la declaración ministerial. Como explico a continuación, la sentencia de amparo no atendió la doctrina constitucional que la Primera Sala de esta Suprema Corte ha desarrollado sobre los efectos de la violación al derecho fundamental en cuestión en el escenario fáctico antes descrito.

En este orden de ideas, dado que este tema no fue analizado en la sentencia, en lo que sigue expondré la manera en la que desde mi perspectiva tenía que haberse hecho ese estudio, bajo la premisa de que ese tema supone una genuina cuestión de constitucionalidad analizable en esta instancia y que el Tribunal Colegiado desconoció con su sentencia la doctrina de esta Suprema Corte sobre el derecho a una defensa adecuada en su vertiente de asistencia técnica.

En primer término, debe destacarse que en la demanda de amparo el quejoso hizo valer la transgresión a su derecho a una defensa adecuada, al sostener que al rendir su declaración ministerial estuvo asistido por persona de confianza y no por un abogado defensor. En relación con este argumento, el Tribunal Colegiado consideró erróneo que la Sala responsable le haya otorgado valor probatorio a la declaración ministerial, puesto que en esas condiciones la declaración del inculpado no podía utilizarse como prueba de cargo. No obstante, considero que el Tribunal Colegiado desatendió la doctrina constitucional de esta Suprema Corte porque no precisó de *forma completa* los efectos que produce el reconocimiento de la violación al derecho fundamental de defensa adecuada.



se declaren ilícitas por resultar violatorias del derecho en cuestión. Con todo, no debe perderse de vista que la declaratoria de ilicitud debe extenderse a todas las pruebas que deriven *directa* o *indirectamente* de la práctica de diligencia inicial en la que el imputado no estuvo asistido por su defensor.

En el caso concreto, el Tribunal Colegiado no hizo alusión a la ilicitud por vía de *consecuencia* de las pruebas que derivaran directamente de la declaración ministerial rendida por el quejoso sin asistencia de un abogado defensor. Más específicamente, no extendió los efectos de la ilicitud de la declaración ministerial a la ratificación de ésta realizada por el imputado posteriormente ante la autoridad judicial. En este orden de ideas, tomar en consideración una declaración rendida sin la asistencia del abogado defensor —en este caso, la declaración ministerial— con el argumento de que ésta fue ratificada en una diligencia en la que sí estaba asistido de un defensor supone de alguna manera validar la violación al derecho fundamental del inculpado ocurrida durante la averiguación previa.

Ahora bien, es importante señalar que la ilicitud de la declaración ministerial rendida sin la presencia de un abogado defensor no comporta un “efecto expansivo” de anulación que se proyecte hacia *cualquier declaración* que posteriormente se realice ante la autoridad judicial durante el desarrollo de las diversas etapas procedimentales. La declaratoria de ilicitud de esa primera declaración sólo debe

declaración—, pero no comprende las manifestaciones autónomas e independientes que realice el imputado en declaraciones posteriores con la asistencia de un abogado defensor en las que, por ejemplo, realice argumentos de exculpación o exponga alguna versión de los hechos que suponga la aceptación de responsabilidad.

En esta línea, al resolver el **amparo directo en revisión 44/2015**,<sup>5</sup> la Primera Sala de esta Suprema Corte determinó el alcance que debe tener la ilicitud de la declaración del imputado sin asistencia de un abogado defensor en relación con posteriores ratificaciones en el juicio penal. Al respecto, sostuvo que “la violación al derecho humano de defensa adecuada se actualiza cuando el imputado declara sin la asistencia jurídica de un defensor que tenga el carácter de profesional en derecho, por lo que no deberá considerarse para efectos de valoración al dictar cualquier resolución por la que se determine la situación jurídica de una persona sujeta a un procedimiento penal, sino que tendrá que excluirse como medio de prueba con independencia de su contenido”. Así, “por extensión, la posterior ratificación de la declaración por derivar directa o indirectamente de la práctica de aquella, también deberá declararse ilícita y ser objeto de exclusión probatoria”.

Con todo, en dicho precedente también se aclaró que “el efecto que produce el reconocimiento de la violación a dicho derecho humano, está acotado únicamente a la anulación y exclusión de valoración probatoria de la fracción o parte argumentativa de las citadas declaraciones en la que expresamente se ratifica la

formar parte de la serie de elementos que deben ser ponderados por el juzgador al realizar el ejercicio de valoración probatoria, todas las restantes manifestaciones vertidas por el procesado, al haberse emitido bajo la asistencia jurídica de un defensor con el carácter de profesionalista en derecho; incluso, al margen de que entre las declaraciones no exista un margen de diferencia argumentativa”; criterio que posteriormente fue recogido en las tesis de rubro **“DEFENSA ADECUADA. EFECTOS QUE COMPRENDE LA DECLARATORIA DE ILICITUD DE LA DECLARACIÓN INICIAL DEL INculpADO SIN ASISTENCIA DE UN PROFESIONISTA EN DERECHO”**.<sup>6</sup>

Finalmente, también me parece relevante destacar que, contrariamente a lo que sostuvieron algunos Ministros en la discusión pública del presente asunto, los *efectos* de una sentencia de amparo vinculados a la reparación de una violación de un derecho fundamental son una cuestión que indudablemente forman parte del contenido del derecho fundamental cuya violación ha sido declarada y, en consecuencia, examinar la corrección de los efectos decretados en una sentencia de amparo a la luz de la doctrina establecida por esta Suprema Corte sobre el derecho que el Tribunal Colegiado estimó violado es un tema que comporta una genuina cuestión de constitucionalidad susceptible de analizarse en esta instancia.

No debe perderse de vista que este Alto Tribunal ha desarrollado una amplia doctrina sobre el contenido de los derechos fundamentales

ocasiones además se ha ocupado de precisar los *efectos* que deben decretarse en las sentencias de amparo para *reparar* en el proceso penal las vulneraciones a los derechos fundamentales en los distintos escenarios en los que ocurren dichas violaciones. En este orden de ideas, por ejemplo, la Primera Sala ha establecido en diversos precedentes los efectos que conllevan la violación de derechos tales como la asistencia consular,<sup>7</sup> el régimen constitucional sobre las detenciones,<sup>8</sup> el derecho de todo detenido a ser puesto a disposición sin demora,<sup>9</sup> así como el propio derecho a la defensa adecuada en su vertiente de asistencia técnica,<sup>10</sup> por sólo citar unos cuantos.

Desde mi punto de vista, el carácter constitucional de los criterios de esta Suprema Corte sobre los efectos de las violaciones a los derechos fundamentales puede apreciarse claramente en el hecho de que la gran mayoría de esos criterios fueron establecidos en sentencias que resolvían *recursos de revisión* interpuestos en contra de sentencias de amparo directo dictadas por Tribunales Colegiados,

---

<sup>7</sup> Sentencia del **amparo directo en revisión 6015/2014** del 26 de agosto de 2015, resuelto por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, y Presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ausente la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

<sup>8</sup> **FLAGRANCIA. LAS CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL SON LA INVALIDEZ DE LA DETENCIÓN DE LA PERSONA Y DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA** [Tesis: 1a. CCI/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2006477, Primera Sala, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Pag. 545, Tesis Aislada (Constitucional, Penal)]. Respecto del supuesto de caso urgente, véase la sentencia del **amparo directo en revisión 3506/2014** de 3 de junio de 2015, resuelto por unanimidad de votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Los Ministros Zaldívar, Pardo, Sánchez Cordero y Gutiérrez, reservaron su derecho para formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

<sup>9</sup> **DERECHO DE LA PERSONA DETENIDA A SER PUESTA A DISPOSICIÓN INMEDIATA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. LA RETENCIÓN INDEBIDA GENERA COMO CONSECUENCIAS Y EFECTOS LA INVALIDEZ DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS**

**VOTO CONCURRENTENTE Y PARTICULAR EN EL  
AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 901/2015**

que es una vía procesal en la que este Alto Tribunal sólo puede ocuparse de cuestiones propiamente constitucionales.

Así, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, considero que no existe ninguna razón para que el Pleno de esta Suprema Corte no se haya ocupado de analizar en suplencia de la queja la interpretación realizada por el Tribunal Colegiado en relación con los efectos de la violación al derecho a la defensa adecuada en el escenario fáctico antes identificado, lo que en su caso lo hubiera llevado a revocar la sentencia amparo y a ordenar que se emitiera una nueva en la que se atendiera lo que dispone la doctrina de esta Suprema Corte sobre ese aspecto concreto.

**MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA**