



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

278
37

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

EL DEFENSOR DE OFICIO Y EL ARTICULO 20 FRACC. VIII DE LA CONSTITUCION



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ROBERTO LUIS PERDIGON HDEZ.



ASESOR: ANTONIO SOLANO SANCHEZ GAVITO

ACATLAN EDO. DE MEX.,

1997

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

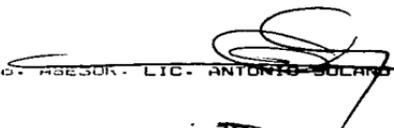
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

ACATLAN

NOMBRE DEL ALUMNO: ROBERTO LUIS PERDIGON HERNANDEZ

NOMBRE DEL TRABAJO: " EL DEFENSOR DE OFICIO Y EL ARTICULO 20
FRACCION VIII DE LA CONSTITUCION ".


~~Vd. Bc. ASESOR. LIC. ANTONIO SOLANO SANCHEZ GAVITO~~

 U.N.A.M.
SECRETARIA DE ENSEÑANZA

ACATLAN. ESTADO DE MEXICO. FEBRERO DE 1997.

D E D I C A T O R I A S

A D I O S :

Por fin es la oportunidad de vivir en el momento preciso, en el lugar indicado y poner en mi camino a toda la gente que he conocido, a quienes les he aprendido cosas valiosas como lo son: enmendarse, sus errores y perfeccionar sus actitudes, y sobre todo a las personas que tengo a mi lado, pues gracias a ellos he podido constatar que cada momento de mi vida es el más bello. G R A C I A S

A MI MADRE MARIA ELENA HERNANDEZ CRUZ:

A quien admiro y quiero mucho, le dedico este modesto trabajo, y a quien debo mi formación como ser humano, GRACIAS mamá por tu amor, por tu comprensión, por tus grandes sacrificios, por tu apoyo incondicional, por tu incansable deseo de salir adelante con la fuerza del trabajo y sobre todo por la confianza que has depositado en mí, la cual representa el compromiso y el aliento para continuar firme en mis anhelos e ideales.

A MI PADRE CARLOS FERRIGNO VICENTENO:

A quien quedaré eternamente agradecido, por el estímulo y apoyo recibido en el largo trayecto de mi superación, por hacer realidad este momento y como humilde respuesta a sus invaluable consejos acertados, sacrificios y anhelos, y de quien siempre estare orgulloso. G R A C I A S

A MI ESQUELITA COQUITA:

Mujer singular, exemplar y de mucha fe y cara quieta, con especial respeto y admiración dedico el presente trabajo, pues al decir también es amor, y abrazos de él, el eterno agradecimiento por haberme guiado a lo largo de la vida, y por todos los hermosos momentos de ciencia, amor, comprensión y dedicación brindados. **G R A C I A S**

En especial este modesto trabajo esta dedicado a MARIA DEL REFUGIO DE LOS SANTOS PLANIZ, persona que representa uno de los motivos de superación y lucha constante, a quien le agradezco todo su amor, impulso, constancia, apoyo, confianza y sobre todo su paciencia y comprensión en los momentos más difíciles y quién sin su ayuda no hubiera podido alcanzar uno de las metas más anheladas en la vida.
GRACIAS POR TODO COQUITA, TE AMO.

**A MIS HERMANOS: PATRICIA, CARLOS, GUSTAVO
Y RICARDO.**

Por haber demostrado que son magníficos hijos y hermanos, agradeciéndoles sus demostraciones de cariño, su paciencia, apoyo incondicional y unidad familiar, y a quienes también les dedico este modesto trabajo, como si lo hubieran realizado juntos, para ver culminados los deseos y anhelos de nuestros padres.

INDICE

INTRODUCCION	1
--------------------	---

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA INSTITUCION DE LA DEFENSA.

A. Antecedentes Históricos Baseados de la Institución de la Defensa	2
B. Antecedentes Históricos de la Institución de la Defensa en México	13
B.1 La Defensa en la Época Prehispánica	13
B.2 La Defensa en la Época Colonial	15
B.3 La Defensa en el México Independiente	16

CAPITULO II

LA GARANTIA DE DEFENSA.

A. El Derecho de Defensa	25
B. Los Derechos a ser informado, a Rendir Declaración y a Ofrecer Pruebas	30
C. El Derecho a tener Defensor	38

C A P I T U L O I I I

LA GARANTIA DE BREVEDAD.

A.	Generalidades	56
B.	La Defensa Penal	65
C.	El Derecho de Defensa	70
D.	La Asistencia en la Defensa	72

C A P I T U L O I V

EL DEFENSOR.

A.	Naturaleza Jurídica	75
A.1	El Defensor como parte	76
A.2	Procuraduría y Abogado	78
B.	Capacidad	81
C.	El defensor de Oficio	85
C.1	Defensoría de Oficio Federal	87
C.2	Defensoría de Oficio del Distrito Federal	88
C.3	Defensoría de Oficio Estatales	89
D.	Responsabilidad	91

C A P I T U L O V

ESTUDIO INTEGRAL DEL DEFENSOR.

A. Momento Procedimental en que debe hacerse la Designación de Defensor	97
B. Aceptación del Cargo - Renuncia al mismo	102
C. Principales Deberes TécnicoAsistenciales del Defensor	106
D. Secreto Profesional	107
CONCLUSIONES	112
BIBLIOGRAFIA	114

I N T R O D U C C I O N

En primer lugar deseo declarar que, al elaborar este modesto trabajo hemos puesto nuestros menores deseos y un profundo interes; pero al mismo tiempo reconocemos nuestras limitaciones con respecto al amplio campo del derecho procesal penal.

El estudio del presente trabajo, nos hara saber que el Abogado debe ser una persona de integridad etica y moral intachable, sumamente discreto por la intinidad de los asuntos que su cliente le confia, honrado ante las oportunidades de enriquecerse, paciente ante los alapes del adversario, pero al mismo tiempo enérgico al defender las cosas justas y perseverante ante los dificiles, sobre todo en la que esta de por medio la libertad e integridad fisica y moral de las personas; con profundo sentido altruista para ayudar a quienes carezcan de suficientes recursos. Porque el defensor esta para asesorar a su defensor y que este a su vez se acorra a aquellas disposiciones legales que tiendan a atenuar las penas aplicables al delito cometido, porque esto es ya un adelanto en cuanto a que la justicia sea pronta y expedita, principio Constitucional este, el cual debe cumplir cabalmente el juzgador, con el objeto de garantizar el cumplimiento de las garantias individuales que la ley otorga a los ciudadanos para mantener la convivencia y el orden pacifico en nuestro pais.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS
DE LA INSTITUCION DE LA DEFENSA

A. ANTECEDENTES HISTORICOS UNIVERSALES DE LA INSTITUCION DE LA DEFENSA.

Etimológicamente de acuerdo con su significado la palabra o vocablo defensa, deriva del latín "Defensa", que pasa al Español como defensa, y no es otra cosa sino, la acción y efecto de defender o defenderse. (1) Gramaticalmente el Diccionario Enciclopédico Bruquera consigna que la palabra defensa significa "razón o motivo que se alega en el juicio para contradecir o desvirtuar la acción del demandante", también significa abogado defensor del litigante o del presunto responsable, para finalizar acotando que también implica la connotación de "amparo, protección, socorro". (2) Jurídicamente, según Guarneri, (3), el concepto defensa es correlativo al de la acusación y constituye, en la dialéctica procesal de los contrarios, el momento de la antítesis. Como quiera que sea, al igual que la acusación, la defensa representa en el proceso penal una institución del Estado, pues el legislador la considera indispensable para la consecución de la verdad.

- (1) DICCIONARIO ENCICLOPEDICO BRUGERA. Edit. Bruquera Mexicana De Ediciones, S. A. México 1952. 16 Volúmenes. Tomo II pág.448
- (2) Ídem.
- (3) GUARNERI, José. Las Partes del Proceso Penal. Edit. José Maria Cajica Jr., Puebla. México 1952. Pág. 328

Es oportuno acotar que desde el punto de vista jurídico se puede decir que la defensa es el derecho de toda persona a exigir justicia, constituyendo una de las principales funciones del abogado en el ejercicio de su profesión dando protección o tutela, salvaguardando los intereses jurídicos del individuo ante la sociedad.

Por otra parte, la Enciclopedia Jurídica Omeba expone diferentes clases de defensa, mismas que únicamente serán nombradas en virtud de que no constituyen el motivo principal de la teleología del presente trabajo. A mayor abundamiento, dicha Enciclopedia consigna que existen tantas acepciones, clases o modalidades de defensa, cuantas ramas de la ciencia o del arte existen a manera de ejemplo: se puede considerar la Defensa Agrícola, La Defensa Civil, La Defensa Colectiva, la Continental, La Defensa de Juicio, La Defensa Legítima, La Defensa Nacional, La Defensa Propia o Autodefensa, La Defensa Punitiva, La Defensa Social, La Defensa de Confianza, La Defensa de Menores, Incapacitados y Ausentes, La Defensa de Pobres y Defensa de Oficio, entre otras, sin poder llegar a la consideración de que no existen otros tipos de defensa. (4)

a) La Defensa en Grecia.- Es precisamente donde nace el procedimiento penal, como resultado de las costumbres de los Atenenses, siendo esto una secuencia general de los usos y

(4) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Edit. Bibliográfica Argentina S.R.L. Buenos Aires, Argentina. Tomo VI. 1957 pags. 21 a 96.

conocimientos que transmitían los padres a los hijos y los maestros a sus discípulos.

El Rey, el Consejo de Ancianos y la Asamblea del Pueblo, ocasionalmente sancionaban a las personas que contravenían las costumbres que imperaban en esa época, llevando a cabo juicios orales de carácter público.

El propio ofendido tenía que sostener de viva voz sus pretensiones, las cuales las hacía ante el Magistrado a quién se le confía el gobierno de Atenas después de la muerte de Codro, (5), el cual, en delitos públicos y de acuerdo al caso concreto, se encargaba de convocar a los tribunales, los que podían ser el de los Ephetas, el de los Holíostas o el de Areópago. Presentando el caso ante los tribunales, el acusado comparecía ejerciendo su defensa por sí mismo; posteriormente se le permitía a este auxiliarse por algún eminente orador, con la finalidad de convencer con el don de la palabra a los integrantes del tribunal. De esa época destaca en forma relevante Demastenes, quién era muy solicitado entre los oradores de ese tiempo, por su hábil y experta facilidad de palabra. Rápidamente se generalizó el uso de haberse representar en juicio, con la facultad de invocar hechos e interpretar leyes a nombre del acusado; de donde surgieron desde principios de la civilización los

(5) DICCIONARIO ENCICLOPEDICO UNIVERSAL, EDITORIAL credsa. Barcelona, España. 10 Vols., T.I, 1972, pág. 326; Véase también Nock Emil y Wagner, Wilhelm, "Grecia", Trad. Francisco Pavarol Ed. Labor, S.A., Barcelona, España, 2a. Ed. 1972, pág. 135.

primeros abogados y es así como la Institución de la Defensa alcanza su relieve. (6)

B) La Defensa en Roma: El Imperio Romano adquirió las Instituciones jurídicas griegas tras la conquista de Grecia, realizada por el Censul Flaminio, y, al decir de González Bustamante, "El Foro Romano adquirió la brillantez y el esplendor de las Instituciones Helénicas, perfeccionadas por el espíritu latino". (7)

Perfeccionando los antecedentes del Derecho Griego, el romano supera ampliamente a éste, con la intervención de sus grandes jurisconsultos, dando inicio a la etapa del procedimiento penal moderno, al adoptarse el juicio oral ante el pueblo y desarrollarse públicamente el proceso en la Plaza de Agora o en el Foro Romano. (8)

En el Derecho Romano se instituyó el "Patronato", que imponía a los Patricios (quienes en el imperio romano eran los constituían la clase social más alta) la obligación de ejercer actos de defensa, de aplicar la ley a sus patrocinados.

Posteriormente cuando el conocimiento del Derecho se hace accesible a los plebeyos (personas que no eran nobles), surge el

(6) Iden.

(7) GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. México Bn. Ed. 1985. pág 10.

(8) Se quiere consultar a Tacit. Cornelio. Anales. Trad. Carlos Coloma. Edit. Porrúa. S.A. Colec. Sepan Cuantos. No. 291. Méx. 1975. pags. 147 y ss.; Livio Tito, Historia Romana. 1a. Década. Edit. Porrúa. S. A. Colec. Sepan Cuantos. No. 304. Méx. 1976. pág. 107; Coulanges Fustel. La Ciudad Antigua. versión directa de la edición original por José Manuel Villalaz. Ed. Porrúa. S.A. Colec. Sepan Cuantos. No. 181. Méx. 1974. pags. 62 a 65.

procedimiento formulario, publicado por Gneo Flavio de Claudio, siendo Tiberio Caruncano, el primero en obtener el pontificado, según el maestro Briseño Sierra, (9). Nacieron dos clases de abogados, el "Patronus" u abogado informante, o defensor orador, elocuente conocedor del arte de la oratoria; y el "Advocatus" abogado consultante o jurisperito, experto en el conocimiento de la jurisprudencia y adiestrado en los aspectos forenses, mismo que asesoraba al abogado informante, unificándose estas dos clases en una sola persona posteriormente.

El Colegio u Orden de Abogados fue creado por el Emperador Justiniano, al cual tenían que pertenecer todos los que se dedicaban a la defensa de los ciudadanos.

Por otra parte los "Advocatus" constituyeron una profesión especial, mismos que gozaban de grandes privilegios, entre los cuales se elegía con frecuencia a los magistrados o a los altos funcionarios del Estado. (10)

(9) BRISEÑO SIERRA, Humberto- Derecho Procesal. Cárdenas Editores y Distribuidor, 1a. Ed. Tomo II, Méx. 1949, pág. 448; véase Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa S.A., 5a. Ed. Méx. 1979, pags. 179 y 180.

(10) Idem.
Vid. et Diccionario Enciclopédico Bruquera, Op. Cit. pág. 665
Kunkel, Wolfgang, Historia del Derecho Romano. Edit. Ariel.
Trad. Juan Miguel, 4a. Ed., Barcelona, 1973, pags. 74 a 76;
Margadant S., Guillermo F. El Derecho Privado Romano. Ed. Esti-
tinge, S.A., 4a. Ed. Méx. 1950, pags. 28 y 29; Nack Emil y
Wagner, Wilhelm. Roma, Ed. Labor, S.A., Barcelona, España,
Trad. Juan Godo Costa, 2a. Ed. 1956, pags. 271 y ss.; García
Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal, S.A., 2a.
Ed. Méx. 1977, pág. 74.

En el Proceso (Colección de las decisiones del Derecho Romano que entra en vigor con fuerza de Ley el 30 de Diciembre de 1533, siendo por encargo de Justiniano y que consta de 50 libros) se reclamaron las funciones de los defensores, en el primer libro, en los títulos denominados "De Postulato" y "De Procuratoribus et Defensoribus". (11)

C) La Defensa en Europa.- En Francia en el esplendor del Sistema Inquisitivo, con la Ordenanza de 1670, se prohibió de una forma generalizada que el acusado tuviera la asistencia jurídica del defensor, de tal manera que al entrar en vigor se suprimió de una forma total la intervención del defensor, pues no obstante que la representación jurídica estaba limitada grandemente en las leyes anteriores a dicha ordenanza, estas disposiciones eran poco respetadas por no ser tan rigoristas como el sistema inquisitivo.

El Edicto de 8 de Mayo de 1777, trajo consigo reformas positivas a la ordenanza anteriormente citada, entre las que se pueden enotar la suspensión del tormento o la exigencia para los jueces de motivar sus sentencias, obligándolos a fundar jurídicamente las mismas.

Con base en el Edicto de 1777 y debido a la pérdida paulatina de fuerza del sistema inquisitivo, el defensor que teniendo

(11) DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO BRUGUERA. Op. Cit. pág. 665. Vid Petit, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Nacional. Trad. José Fernández G. Reimp. Méx. 1971. págs. 628 y ss.

al paso del tiempo intervención, hasta que nuevamente fué suprimida la misma por la Revolución Francesa de 1789, reestableciéndose la asistencia jurídica con las levas expedidas por la Asamblea Constituyente del mes de Septiembre de 1791, donde se le dieron al acusado de una manera formal algunas garantías, tales como el derecho a la defensa, con obligación por parte del Juez de proporcionársela de forma oficiosa sino lo hubiera designado el propio inculpado.

El Código de Instrucción Criminal de 1808, se mantuvo vigente en Francia y mediante el cual se acepta la defensa y la hace obligatoria en algunos casos, sufriendo varias reformas pero manteniendo la esencia que se le dió desde la época Napoleónica. (12)

En Alemania, según el ilustre Jurista Alcalá-Zamora, (13), la figura típica que prevaleció en el Derecho Germánico fue la Autodefensa, desarrollándose el proceso en forma oral y pública, de carácter solemne y ritualista, cuyo objeto principal era lograr la composición para evitar venganzas de la sangre.

(12) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit. Págs. 20 y 21, Y González Bustamante, Juan José. Op. Cit. Págs. 14 y 15.

(13) Citado por García Ramírez, Sergio. Op. Cit. Pág. 74; cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Levene hijo, Ricardo. Derecho Procesal Penal, Ed. Guillermo Kraft. Ltd. Buenos Aires, Argentina. Tomo I, 1945. Pág. 62

A su vez la competencia, se limitaba por la Asamblea de los Hombres Libres en quienes radicaba la jurisdicción. Esa Asamblea era presidida por el Juez Director de Debates, pero la propuesta del fallo recaía en el Juez permanente, en los Jurisperitos o en los urteilsfinder. (14)

Como se puede observar y como ya quedó anotado, el procedimiento tenía las características de oral, público, independientemente de que se llevaba a cabo un estricto formalismo. Por ello, desde la antigüedad se convirtió en costumbre hacerse representar al acusado por el Intercesor, el cual tenía la función de hacer las declaraciones requeridas por las disposiciones y costumbres que imperaban en ese momento en que se basaba el procedimiento ritualista.

Progresivamente fué adquiriendo un verdadero carácter de defensor, la Constitución Carolina de 1532 contiene una reglamentación de la defensa, así como su intervención autorizada; en los casos de cierta gravedad, la defensa se declaraba obligatoria y, si el acusado confesaba, la función del defensor se concretaba a pedir el perdón para su representado. La única persona a quien se le permitía enmendar sus errores era al "Intercesor", el cual podía rectificarlos, en tanto que las declaraciones manifestadas por las partes tenían la característica de ser irrevocables. El ofendido exigía su derecho por medio de la venganza.

(14) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, S.A., México 1989. pág 102.

Aplicandose el juicio de Dios, las Ordalias, y el Juramento Purgatorio. (15)

En España el Fuero Juzgo, que fué una compilación de leyes establecidas por los Reyes Godos, en una de sus partes menciona a los defensores y "Mandadores" (Libro II, Título III, Ley I), diciendo que los mandadores eran los encargados de buscar la verdad como perseguidores de un delito; y los defensores, representantes técnicos del acusado, con la limitación de que hubiera una igualdad socio-económica de la ciudadanía, esto es, que entre los contendientes no existiera ninguna ventaja, ya que estaban impedidas las partes a nombrar representantes de mayor fortuna que la de su adversario.

También se le da a los jueces atribuciones para apremiar a los Abogados del Foro y a los Profesores de Derecho, obligándolos a ceder una parte de su tiempo, con el fin de abogar por los pobres y desvalidos, cuando sus derechos fueren quebrantados. Posteriormente, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de Septiembre de 1892, se estableció para los integrantes de los Colegios de Abogados la obligación de representar a las personas que estaban imposibilitadas económicamente para cubrir los gastos de un

(15) BRISENO SIERRA, H. Op. Cit. Manual de Derecho Penal Mexicano Editorial Porrúa, S.A. Sa. Edición, México 1982, pags. 49 a la 56, el cual habla ampliamente sobre la venganza Divina, Privada o Pública.

defensor particular, los cuales no tenían el derecho de excusa, sino únicamente por motivos de fuerza mayor o verdaderamente personal, y que estaban supeditados a la aprobación de los Decanos de los Colegios de Abogados o por el Tribunal donde les correspondía desempeñar su función.

En España se reconoció el beneficio de pobreza, llamándoseles defensores de pobres a los que desempeñaban esta actividad, en la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal antes citada, se establecía que los procesados tenían que ser representados por un Procurador y defendidos por Letrado, los que podrían designarlo desde el momento en que se les notificaba el auto de formal procesamiento, teniendo el derecho de nombrar a un defensor gratuito y si no lo hiciera y habiéndoseles requerido para ello, se les asignaba de oficio.

Existieron en España otras Leyes importantes como el Fuero Real, en el que se restaura la Unidad Jurídica, después de la reconquista de Alfonso X, y Las Siete Partidas, ordenadas en igual forma por el Rey Alfonso X, las que fueron el resultado de la influencia Romanista y Canonista en España. En estas Leyes a los defensores se les llamó "Voceros" y "Procuradores", teniendo estos escasa intervención en la representación del acusado.

Las Leyes de Estilo sirvieron para la aplicación e interpretación de las normas haciendo la función de jurisprudencia o

doctrina en el Derecho, aclarando las lagunas que había en la legislación. En la Constitución de Cadiz de 1812, se suprime el absolutismo, delimitando las atribuciones de los gobernantes. En esta Constitución se otorgan muy pocos derechos a las personas que se les imputaba alguna acusación criminal.

Los Fueros consistían en diversos ordenamientos legales, que promulgaban los diferentes monarcas en sus reynados, normalmente los asuntos civiles y penales y la relación jurídica entre los ciudadanos. (16)

Según el maestro Briseño Sierra, se declaró libre la función de la abogacía el 8 de Junio de 1823, sin obligación de inscribirse en Corporación o Colegio Especial. Señala también que los antecedentes del Estatuto General de la Abogacía de 28 de Junio de 1947, el cual fué ratificado el 19 de Junio y 28 de Noviembre del mismo año, fueron los Estatutos para el Régimen de los Colegios del 28 de Mayo de 1833, la Ley Orgánica de 1870, así como la adicional de 1882. (17)

- (16) BRISEÑO SIERRA, Humberto. Op. Cit. págs. 448 y T.I. págs. 147 a 166; Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. págs. 21 a 23 y 180; González Bustamante, J.J. Op. Cit. págs. 87 y 88.
 (17) Idem. Tomo II. pág. 449.

B. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA INSTITUCION DE LA DEFENSA EN MEXICO.

B.1 LA DEFENSA EN LA EPOCA PREHISPANICA.

Las dos culturas que más sobresalieron en México fueron lo Aztecas y la Maya, las dos con una sorprendente organización jurídica y un derecho de tipo consuetudinario, el cual era transmitido de padres a hijos y de ancianos a jóvenes. El pueblo Azteca, según los historiadores, inició un largo peregrinar, guiados por el sacerdote Tenoch, hasta llegar, según la profecía, al islote del gran lago donde encontrarían un águila posada sobre un nopal devorando una serpiente, señal esta donde debería establecer su ciudad.

Señala J. Kohler, (18) que en el derecho de los Aztecas el procedimiento penal se seguía de oficio y se iniciaba con el rumor público de que se había cometido un hecho ilícito, para iniciarse la persecución.

En el pueblo Azteca, dice el ilustre Lucio Mendieta y Nuñez, (19) no se tienen antecedentes de haber existido funciones de abogacía y que al parecer ejercían esta actividad los mismos ofendidos o acusados, dando a su vez una explicación a este, como es

- (18) KOHLER J. El Derecho de los Aztecas. Trad. del Alemán por el Lic. Carlos Robalo y Fernández. Ed. Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, Méx. 1924. pág. 75.
- (19) MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial. Edit. Porrúa S.A., México, 4a. Edición 1981. pág. 144.

que el sistema jurídico, así como el mecanismo judicial, era completamente accesible al pueblo debido a su simplicidad y sencillez. Sin embargo, algunos otros autores mencionan que si existían actos de defensa en la Cultura Azteca y que se encargaban de representar al desvalido llamándosele "Iepantlatos", pero estando de acuerdo estos autores en el sentido de que no existían Leyes que reglamentaran la defensa como un derecho del hombre. En la Enciclopedia México a través de los Siglos, (20) se menciona que no existía la pena pecuniaria, por la falta de moneda, ni la prisión como pena; los delitos se consideraban leves o graves; en los leves, la pena consistía normalmente en azotes, golpes con palos o piedras, exhibiciones públicas, o sea primordialmente penas corporales; y los graves consistían en esclavitud, la pena del tallón o la muerte.

El límite para resolver los litigios eran de 80 días como máximo y se dice que obraban como Tribunal Colegiado, consistiendo éste de cuatro Jueces los que discutían la suerte que seguiría el acusado, dictando la sentencia por mayoría de votos o por unanimidad.

El Derecho Maya se rigió en forma similar al de los Aztecas, con algunas peculiaridades, como se caracterizaban por ser extremadamente rígidos en las sanciones que imponían, castigando al

(20) RIVA PALACIOS. D. Vicente y otros. México a Través de los Siglos. Editorial Cumbre, S.A., Méx. 8 Vols. T-II. 17a. Ed. 1981. pags. 202 y 203.

que atentara contra las buenas costumbres, la paz y la tranquilidad social, no existiendo ningún recurso en contra de las sanciones o sentencias que se pronunciaban. (21)

B-2 LA DEFENSA EN LA EPOCA COLONIAL.

México en esta época tenía una gran influencia española debido a la conquista; paulatinamente el Derecho Peninsular fue desplazando el sistema jurídico de las culturas indígenas de la Nueva España. Los primeros antecedentes de la introducción del Derecho Hispano en México fueron las Ordenanzas que expidió Hernán Cortés, las cuales fueron un pequeño Código.

En los inicios de la organización y administración del poder en todos sus aspectos y formas fue depositado en personas de origen español, los cuales eran nombrados por los Reyes de España, y los Virreyes y otras altas autoridades, siendo hasta la Cédula Real del 9 de Octubre de 1549, donde se exigió que se seleccionara entre los indígenas a las personas más idóneas para desempeñar, entre otros cargos, los de Jueces, Alcaldes, Alguaciles, Regidores y Escribanos.

En cuanto a la asistencia jurídica por parte de abogados de México, es completamente similar a la de España y que ya se trató con anterioridad al hablar del Derecho Hispano. El sistema

(21) Idem.

juridico en la Nueva España se llevó a cabo al introducir la mayoría de los Leves, que regulaban el Derecho Peninsular, en cada una de las épocas.

El procedimiento penal hasta poco después de proclamarse la Independencia de México, se rigió por el sistema de enjuiciamiento inquisitorio, el cual, como ya se dijo antes se caracterizaba por la falta de garantías y derechos para el acusado: con el exceso de facultades que investía a los jueces, convirtiendo su voluntad en hechos inapelables o que la confesión se consideró la reina de las pruebas, pues era arrancada por medio del tormento, la incomunicación y la privación indefinida de la libertad. (22)

B-3 LA DEFENSA EN EL MEXICO INDEPENDIENTE.

Al proclamarse la Independencia en México, se carecía totalmente de ordenamientos propios, por lo que fue necesario que continuaran rindiendo provisionalmente las normas y procedimientos que habían implantado los Españoles: El Sistema Inquisitorio siguió rigiendo, hasta que la Constitución de Cádiz de 1812, así como las ideas renovadas de la Revolución Francesa, transformaron el pensamiento, las leyes y el procedimiento tanto en España como en México. Lo anterior tuvo como resultado que se promulgara en México "El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana",

el día 22 de Octubre de 1814, el que no llegó a tener vigencia, pero que se considera de gran importancia por ser el antecedente de las Constituciones de 1824, 1837 y 1857. El Constituyente de Apatzingán recogió lo más útil de las bases jurídicas y filosóficas de la Revolución Francesa y de la Constitución de Cádiz.

El 4 de Septiembre de 1824, se proclamó la primera Constitución de la República Independiente, bajo el Sistema Federal; esta Ley Suprema mejora la administración de justicia y los procedimientos judiciales, otorgando garantías a los gobernados, teniendo como antecedentes el derecho de defensa el que nadie debería ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente. Esta Constitución y las Leyes Secundarias sufrieron grandes modificaciones, durante el régimen centralista del General Antonio López de Santa Ana, a partir de 1835, así como los constantes cambios de gobierno, la intervención Norteamericana los cuartelazos que afectaron a la nascente República Mexicana.

La Constitución de 1857, también llamada Constitución Liberal y que consagra las ideas de la Reforma, se puede considerar como el resultado del descontento y las injusticias, principalmente del régimen dictatorial del General López de Santa Ana.

En esta Carta Magna es donde se consagran los derechos del hombre, considerando por primera vez en la República Mexicana,

garantías que tuvo notorias deficiencias, por no estar debidamente especificadas cuales eran sus facultades, finalidades y competencias.

En esta Constitución, es donde nace la Defensoría de Oficio, resultado de una madurez humana y jurídica; después de haber sufrido las injusticias más grandes, el pueblo de México ya no imploraba justicia, sino la exigía. En la Constitución de 1857, se aprueban las iniciativas que todo acusado tenía el derecho de defenderse por sí mismo o por persona de su confianza, y en caso de no tener quien lo defienda se le presentará la lista de los defensores de oficio para que designe a los que considere convenientes; este derecho estaba establecido en la fracción V del artículo 20. Asimismo, en esta Constitución se cambia el nombre de "personero" al de "Defensor", en tanto que se consagran otras garantías en el artículo 20. El acusado tenía el derecho de saber el motivo de su enjuiciamiento y el nombre de su acusador, si lo había; Que se le recibiera su declaración preparatoria dentro de las 48 horas, contadas a partir de que se le ponía a disposición del Juez; Tenía el derecho de ser careado con los testigos que deponían en su contra y de que se le facilitaran los datos necesarios y que constaran en el proceso, para la preparación de su defensa. (23)

(23) : ARIENDO SIERRA, Humberto. Op. Cit. T.I., pags. 225 y ss.; Colín Sánchez Guillermo, Op. Cit. pags. 42 a 54; García Ramírez, Sergio. Op. Cit. pags. 81 a 83; González Bustamante Juan José. Op. Cit. pags. 18 a 25.

En la Constitución de 1917, es donde se da una verdadera importancia al derecho de la Defensa Gratuita, otorgada por el Estado y en la cual se consagran los postulados de la Revolución Mexicana. Nuestra Carta Magna vigente es uno de los más preciados logros del pueblo mexicano, después de la dictadura de Porfirio Díaz, quien duró en el poder desde el año de 1876 a 1911.

En nuestra Ley Suprema se consagran diversas garantías, pero las que se analizan, por ser motivo del presente trabajo, son las contenidas en el artículo 20 Constitucional, en sus diez fracciones y que se detallan a continuación:

Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de la caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido, así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez puede revocar la libertad provisional:

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio:

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria:

IV.- Siempre que lo solicite, será careado en presencia del Juez con quienes depongan en su contra:

VI.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y facilitándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite siempre, que se encuentren en el lugar del proceso:

VII.- Será juzgado en audiencia pública por un Juez o Jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que este pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación:

VIII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso:

IX.- Será 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 plazo para su defensa:

X.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa 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 la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera: ✓

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fija la ley al delito que motivare el proceso.

En todo pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones I,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 la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia

cuando la requiera v. las demás que señalen las leyes. (24)

Cuando puede verse dicho artículo consagra las garantías a que toda persona, sea nacional o extranjera tiene derecho en las causas penales al serle imputado un delito. Al hacer el estudio sobre las violaciones a este artículo, el jurista José R. Padilla nos dice:

"Violación a las fracciones I, VIII y X del artículo 20 Constitucional, procede el Amparo Indirecto ante el Juez de Distrito por violación a esas fracciones referente a la libertad cautional, el término para ser juzgado y la prolongación de la prisión". Y "Violación de las demás fracciones del artículo 20 Constitucional", en estos casos procede atacar la sentencia en Amparo Directo ante la Suprema Corte o el Tribunal Colegiado de Circuito procediendo de acuerdo al artículo 160 de la Ley de Amparo. (25)

La diferencia que existe entre la Constitución de 1857 y la vigente de 1917, en lo que respecta a la garantía de la

(24) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Edit. Sista. S.A., Méx., 1995. cfr. Pérez Palma, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor, Méx., 1980, pag. 39; Martínez Lavín José. Constitución Política Concordada, Esc. Nacional de Artes Gráficas, Méx., 1a. Ed. 1974, págs. 25 y ss.; Montiel Duarte, Isidro. Estudio sobre Garantías Individuales. Ed. Porrúa, S. A., México 2a. Ed. 1972, págs. 418 a 420.

(25) PADILLA JOSE R. Síntesis de Amparo. Edit. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México 2a. Ed. 1978, págs. 154 y 155.

defensa, es que mientras en la primera se concretaba únicamente a anunciar que el acusado tenía el derecho de defenderse por sí o por persona de su confianza, o por ambos, y en el supuesto caso de no contar con defensor, pudiera elegir uno de oficio; la segunda impone al Juez la obligación de nombrarle un defensor de oficio al acusado que se niegue a hacerlo y a tener el derecho de nombrar defensor desde que sea comprendido, aunque en la práctica sea esto último lo que sucede.

CAPITULO II

LA GARANTIA DE DEFENSA

A. EL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defenderse es aquel que tiene el procesado penal para oponerse a la acusación.

El concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción, son los tres pilares básicos sobre los que descansa la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y válida administración de justicia dentro del Estado de Derecho. Ante la pretensión penal, como tesis que sostiene en forma monopólica el Ministerio Público (artículo 21 Constitucional), la defensa sostiene la antítesis y queda reservado al poder jurisdiccional el efectuar la síntesis. Luego entonces, si se concibe al juicio como la necesaria síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto lleva a destacar, por razones de lógica y legalidad, que la defensa, en cuanto concepto contrario a la pretensión penal, es de igual rango y necesidad que ésta.

El derecho de defensa comprende, a su vez, una serie de derechos. De ellos, el artículo 20 consagra, con rango Constitucional, los siguientes: 1) El derecho a ser informado de la

acusación. 2) El derecho a rendir declaración. 3) El derecho a ofrecer pruebas. 4) El derecho a ser careado y 5) El derecho a tener defensor; entre otras.

Es necesario recordar que cada uno de esos derechos representa una conquista sobre los principios aplicables en el procedimiento inquisitorial, el cual era secreto, coaccionaba la confesión del reo mediante el tormento, limitaba su derecho a ofrecer pruebas y le negaba totalmente el de ser careado con sus acusadores y, por último, condicionaba de tal manera la intervención del defensor que la hacía inútil.

Nicolau Eymeric, Inquisitor General de Aragón, escribió a mediados del Siglo XIV. una obra llamada "Manual de Inquisidores", que resumía los procedimientos seguidos por la Inquisición y que sirvió como regla de práctica y código criminal en todas las inquisiciones del orbe cristiano. Esa obra nos informa que el procedimiento era secreto para el reo y que, cuando finalmente, encontrándose vista la causa para sentencia, se le corría traslado de la acusación, ésta se le comunicaba tan sólo parcialmente, suprimiendo y deformando la información, con el expreso propósito de impedirle un conocimiento cabal de la misma. Dice Eymeric: "cuando se le da traslado de la acusación al reo es cuando más particularmente es de recelar que adivine quiénes son los testigos que contra él han declarado. Los medios de precaverlo son los

siguientes: 1o. Intervertir el orden en que están sus nombres en el proceso, atribuyendo al uno la declaración del otro; 2o. Comunicar la acusación sin los nombres de los testigos, y aparta los nombres de éstos, intercalando con ellos los de otros que no hayan declarado contra el acusado. Podría comunicarse la acusación al reo suprimiendo absolutamente los nombres de los delatores y testigos y entonces tiene aquél que sacar por conjeturas quiénes son los que contra él han formado esta o aquella acusación y recusarlos, o debilitar su testimonio y éste es el método que ordinariamente se practica. Son indispensables estas precauciones y otras semejantes, porque siendo el punto que más importa preservar de todo riesgo a los testigos, se han de usar para ello todos los medios imaginables, para que no se arredren los delatores, de lo cual resultarían gravísimos perjuicios a la república cristiana. En esta parte, la práctica de la Inquisición de España puede servir de dechado; en ella se comunica la acusación, suprimiendo todas las circunstancias de tiempo, lugar y personas, y cuanto puede dar luz al reo para adivinar quiénes son sus delatores". (26)

Dado el inviolable secreto en el que debería quedar sepultados los nombres de los testigos que declaraban en contra del reo, resulta evidente que, en los tribunales de la Inquisición, jamás

(25) --EYMERIC, Nicolau. Manual de Inquisidores. 2a. Edición. Barcelona, España. Editorial Fontamara, S.A. 1982. pág. 29.

se concedía a éste el derecho de carearse con aquellos. Por ello, Eymeric nos informa que: "... en el proceso de herejía no se sigue la práctica de los demás tribunales, ni se carea al reo con los testigos, ni se le hace saber quienes sean éstos, providencias todas tomadas en defensa de la fe". (27)

Por lo que hace al defensor: La Inquisición consideraba que si el reo estaba confeso era inútil nombrarlo; en caso contrario la propia Inquisición lo designaba, sin dejar al procesado ese derecho; su función principal era convencer a su defensor de que confesara; una vez lograda la confesión se revocaba al defensor, puesto que su función era ya inútil. Dice Eymeric: Cuando confiesa un acusado el delito por el cual fue preso por la Inquisición, es inútil diligencia otorgarle defensa, sin que obste que en los demás tribunales no sea bastante la confesión del reo, cuando no hay cuerpo del delito formal. En punto de herejía, la confesión del reo, basta por sí sola para condenarle, porque como la herejía es delito del alma, muchas veces no puede haber de ella otra prueba que la confesión del acusado. Al acusado no se le señala abogado si no niega los delitos que se le imputan y eso después de amenazarle por tres veces que diga la verdad. El abogado ha de ser varón justo, docto y celador de la fe. Le nombra el Inquisidor, y le

toma juramento de defender al reo conforme a verdad y derecho, y de guardar inviolable secreto en cuanto viere y oviere. Será su principal esmero exhortar a su cliente a declarar verdad y pedir perdón de su delito si fuere culpable. El preso no se comunicará con el abogado, como no sea en presencia del Inquisidor...., no es lícito abogar en ningún modo ni en causa ninguna por un hereje notorio; empero, cuando es todavía dudoso el delito de herejía no estando aún convicto el acusado ni por declaraciones de testigos ni por ninguna otra prueba legal, puede el abogado con enuencia y autorización de la Inquisición, alegar en defensa del reo, haciendo juramento de que abandonará la causa así que se prueba que es hereje su cliente, y ésta es la loable práctica de todos los tribunales de Inquisición".

(28)

B- LOS DERECHOS A SER INFORMADO A RENDIR DECLARACION Y A OFRECER PRUEBAS.

En buena lógica, el primer derecho del reo consiste en conocer la acusación. Si se le mantiene ignorante de ella, se le imposibilita la defensa. Por ello, el artículo 20 fracción VII, ordena que le sean "facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso". Y la Ley de Amparo (artículo 160, fracción VIII), establece que, en los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: "cuando no se le ministren los datos que necesite para su defensa".

Así, pues ninguna actuación podrá mantenerse secreta para el acusado. Este y su defensor, tienen acceso a todas y cada una de las constancias de la causa. Pueden leerlas, pueden tomar notas de su contenido, pueden solicitar copia de las mismas. Actualmente, el amparo de este derecho, y gracias a la existencia de máquinas fotocopadoras, el acusado puede obtener copia fiel e íntegra del expediente del proceso. De hecho, todo abogado puede iniciar su labor como defensor haciéndose de esa copia, para conocer la acusación y preparar su defensa.

El artículo 20 Constitucional, se refiere una vez más al derecho del reo a ser informado de la acusación. Dice, en su fracción III: Se le hará saber, en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el

nombre de su acusador, la naturaleza y la causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria".

La fracción transcrita consagra el derecho del reo a ser informado de la acusación dentro de una serie de condicionantes. De forma: En audiencia pública; De tiempo, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia; De contenido, el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación, y le fije a esa información una finalidad específica: que el reo conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria.

"En todo proceso del orden penal corresponde al Ministerio Público la función acusadora. El juez no proporcionaría al procesado ninguna información útil si le dijera que su acusador es dicho funcionario. Por ello, debemos interpretar que la Constitución no emplea el término "acusador" en su sentido técnico procesal, sino en el común gramatical, que designa a cualquiera que imputa a uno algún delito. La doctrina, uniformemente, admite que el "acusador" al que se refiere la Constitución es el denunciante o querellante a cuyo impulso se ha gestado el procedimiento". (29)

(29) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. 4a. Ed. Méx. Editorial Porrúa, 1967. pág. 151

También la Ley de Amparo (artículo 160 fracción I), afirma que, en los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: Cuando no se le haga saber la causa de la acusación y el nombre de su acusador particular si lo hubiere.

En nuestra opinión, la Constitución emplea el término "acusador" en forma genérica y amplia, como antes indicaba, para designar a cualquiera que imputa a uno algún delito.

Entendido así, el concepto incluye, desde luego, al denunciante o querellante, pero también a todos aquellos que, con el carácter de testigos, hacen cargos al indiciado. Así parecen entenderlo los Códigos Procesales Penales, pues el del Distrito (artículo 290, párrafo 1o.); impone al juez la obligación de hacer saber al detenido, además del nombre de su acusador, si lo hubiere, el de los testigos que declaren en su contra; y el Federal, ordena se le hagan conocer los nombres de las personas que le imputen la comisión del delito. (artículo 159).

Debe el juez también hacer saber al indiciado "la naturaleza y causa de la acusación". Por naturaleza de la acusación debemos entender el delito por el cual se le consignó ante la autoridad judicial. Pero el Constituyente evitó intencionalmente el empleo de la palabra delito, por cuanto es un término cuya comprensión pudiera escapar al procesado. "Por esto quiso el legislador que el juez emplease los términos más sencillos y

adecuados al hacer saber al inculpado el hecho punible que se le atribuye para facilitarle su comprensión". (30)

Por causa de la acusación, debemos entender "las pruebas y las razones que sirven de fundamento para presumir la responsabilidad del imputado". (31)

Conforme al texto Constitucional a estudio, el juez deberá informar al indiciado el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, mediante su declaración preparatoria. De donde resulta que la declaración es uno de los medios de defensa que garantiza la Constitución al acusado.

Para que el acusado pueda contestar adecuadamente el cargo, mediante su declaración preparatoria, la propia Constitución establece las condiciones en que ésta debe rendirse: En audiencia pública, después de que se le haya proporcionado la información adecuada para que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y después, también de haber nombrado defensor que lo asista en la diligencia.

(30) - GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Ob. Cit. pág. 151

(31) PEREZ PALMA, Rafael. Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición, México 1946. pág. 123.

A pesar de todas las protecciones otorgadas a la declaración del acusado, éste puede negarse a declarar por completo, o bien hacerlo selectivamente manifestando lo que a su derecho convenga y negándose a responder a las preguntas del Ministerio Público, por ejemplo, lo cual es perfectamente lícito, puesto que no puede ser compelido a declarar en su contra.

De donde resulta que, como lo afirmamos oportunamente en párrafos anteriores, conforme a la Constitución, la declaración del imputado ha dejado de tener importancia como prueba de cargo, y subsiste, casi únicamente como medio de defensa.

Además, y tan luego que la causa queda radicada ante el juez, el indiciado tiene el derecho de que se le reciban las pruebas que ofrezca. El artículo 20 Constitucional consagra este derecho en su fracción V, que dice: "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso".

La Ley de Amparo, en su artículo 160, dispone que, en los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: "VI. Cuando no se le reciban las pruebas que ofrezca legalmente, con arreglo a derecho".

Ahora bien, nuestra Constitución política consagra, entre otras, la garantía de audiencia, aplicable tanto en materia civil como en materia penal. La garantía de audiencia comprende, a su vez, varios derechos, uno de los cuales es el de ofrecer pruebas, el cual constituye una de las formalidades esenciales del procedimiento, puesto que, "...toda resolución jurisdiccional debe decir el derecho en un conflicto jurídico apeándose a la verdad o realidad, y no bastando para ello la sola formación de la controversia (litis en sentido judicial), mediante la formulación de la oposición del presunto afectado, es menester que a éste se le conceda una segunda oportunidad dentro del procedimiento en que tal función se desenvuelva, es decir, la oportunidad de probar los hechos en los que finque sus pretensiones opositoras (oportunidad probatoria).

Por ende, "toda ley procesal debe instituir dicha oportunidad en beneficio de las partes del conflicto jurídico, y sobre todo, en favor de la persona que va a resentir en su esfera de derecho un acto de privación". (32)

No obstante, la fracción V del artículo 20 Constitucional, no se limita a la que sería inútil repetición del derecho a probar, contenida ya en la garantía de audiencia, sino que

(32) BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 18a. Edición. Editorial Porrúa. México 1984. pág 54B

establece ciertas características propias de ese derecho en el proceso penal. En primer lugar; al afirmar que "se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca...". la Constitución nos lleva a la obligada conclusión de que se le recibirán todas las pruebas que ofrezca.

Es decir que, conforme al texto en estudio, en el proceso penal el acusado, tiene garantizado el sistema de prueba libre, y queda en absoluta libertad para escoger los medios con que pretende obtener la convicción del juez, respecto de los hechos del proceso; por oposición al sistema de prueba legal, que limita las admisibles a aquellas taxativamente enumeradas en la Ley.

Así lo entienden los Códigos de Procedimientos Penales. El Federal dispone: " Se admitirá como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda constituirlo, a juicio del funcionario que practique la averiguación. Cuando éste lo juzgue necesario, podrá por cualquier medio legal establecer la autenticidad de dicha prueba (artículo 206)". El del Distrito Federal, aún cuando enumera los medios de prueba reconocidos por la ley, concluye afirmando: "también se admitirá como prueba todo aquello que se presente como tal, siempre que, a juicio del funcionario que practique la averiguación, pueda constituirlo. Cuando éste lo juzgue necesario podrá, por cualquier medio legal, establecer la autenticidad de dicho medio de prueba (artículo 135)".

En segundo y último lugar, el derecho a ofrecer pruebas concedido al procesado penal se distingue del genérico derecho probatorio contenido en el artículo 14, porque incluye, a nivel Constitucional, la obligación impuesta a las autoridades judiciales de auxiliarlo (con los medios de apremio), para obtener la comparecencia de sus testigos.

C. EL DERECHO A TENER DEFENSOR

La fracción IX del artículo 20 Constitucional, consagra el derecho a tener defensor en los siguientes términos:

"IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa 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 este tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requieran, y ...".

El análisis de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, nos obliga a determinar cual es la naturaleza procesal del defensor, a saber si el defensor debe ser necesariamente abogado y a precisar el momento en que surge el derecho a la intervención del defensor.

Ello equivale a responder a las preguntas: ¿Qué es, quién es y cuándo actúa el defensor?. Procederemos a ocuparnos de estos temas en el orden en que los hemos mencionado.

"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", dice la fracción IX del artículo 20 Constitucional, de donde resulta que el defensor es no solamente un derecho del procesado, sino también una figura indispensable del proceso penal, y que deberá ser nombrado incluso en contra de la voluntad del acusado. Luego entonces, podemos afirmar que: no hay proceso penal sin defensor.

Por ello, el artículo 160 de la Ley de Amparo afirma que, en los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes de procedimiento, de manera que su infracción afecte las defensas del quejoso: "fracción II.- Cuando no se le permita nombrar defensor, en la forma que determine la ley; Cuando no se le facilite, en su caso, la lista de defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscrito al juzgado o tribunal que conozca de la causa, si no tuviere quien lo defienda; Cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; Cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio".

El hecho de que el defensor deba existir, si ello es necesario, en contra de la voluntad del procesado, nos permite ya afirmar que no es un mandatario de éste, puesto que el mandato es siempre libremente otorgado. Luego no debe regirse por las reglas del

mandato, ni ajustar sus actos a la voluntad del procesado.

Tampoco tiene el defensor el mero carácter de auxiliar de la administración de justicia; si así fuere, estaría obligado a violar el secreto profesional y a comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiese recibido del inculcado. (33)

Este es el concepto del defensor que consagraban las legislaciones de la Italia fascista y de la Alemania nazi, las cuales como Estados Totalitarios, deseaban obligar al abogado a entregar su lealtad a los intereses del Estado, antes que a los intereses individuales de su cliente.

La moderna doctrina procesal reconoce en el defensor penal una naturaleza compleja que le da caracteres de asesor del procesado, de representante y de sustituto procesal de éste.

Ya Carnelutti señalaba que: "... al defensor, en ciertos casos, le compete el carácter de sustituto procesal ...". (34)

(33) -Ob. Cit. pág. 91 y 92

(34) CARNELUTTI, Francisco. Cuestiones sobre el Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961 págs. 222 y 223.

Guarneri firma que: "Verdaderamente, el defensor penal tiene una naturaleza poliédrica, y unas veces se presenta como representante, otras como asistente, y finalmente como sustituto procesal". (35)

Por su parte Leone afirma: "Contemplando al defensor en su configuración general, prescindiendo, por tanto, de aquellos casos en que la ley le confiere expresamente una posición de representación ..."; nos encontramos entonces, en presencia de una serie de tentativas encaminadas a definirlo jurídicamente: representación; nunciatura; sustitución procesal; titularidad de un oficio; relación a intereses subordinados. Se trata de tentativas cada una de las cuales toca un aspecto del disputadísimo problema, pero incapaz de resolver en su integridad. (36)

El defensor es asesor del encausado en cuanto que lo aconseja, con base en sus conocimientos técnicos y en su experiencia, informándolo sobre las normas substanciales y procesales en relación con el hecho y las peculiaridades de su caso.

"Asimismo, esta asistencia implica la vigilancia del abogado interviniente en los diversos actos, verificando el cumplimiento de los términos, el diligenciamiento correcto de las

(35) GUARNERI, José. Las Partes en el Proceso Penal, Editorial José M. Cajica, Puebla, 1952, págs. 334 y 338.

(36) LEGNE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas, Europa-América 1961, pág. 574.

incidencias y manifestando una atención constante hacia el curso del proceso. Por último, esta función se concreta a través de la presencia del abogado en todos aquellos actos que como la declaración indagatoria, exigen el comparendo personal del imputado". (37)

El defensor es representante y sustituto procesal del acusado puesto que actúa por sí sólo, y sin la presencia de éste, en un gran número de actos procesales, tales como el ofrecimiento y desahogo de las pruebas, la interposición de recursos, la formulación de conclusiones, la demanda de amparo, etc.

A medida que el proceso penal alcanza mayores niveles técnicos, aumenta la intervención del defensor y disminuye la del procesado, al grado en que apenas se requiere su presencia para algunos actos aislados de carácter personalísimo, tales como la declaración preparatoria y los cargos. Luego se justifica la afirmación de que el defensor se ha convertido en el sustituto procesal del acusado.

Nuestra Constitución al establecer que deberá oírse al acusado en defensa "por sí o por persona de su confianza", tuvo sin duda la intención de dejar en sus manos una elección sin cortapisas

(37) VAZQUEZ ROSSI, Jorge E. La Defensa Penal. Santa Fe, Argentina Rubinzal y Calzoni, S.C.C. 1978, pag. 130.

y de prohibir a las autoridades que impidieran el libre nombramiento de defensor. No obstante, al abstenerse de señalar requisitos de capacidad en el defensor, la norma constitucional pone en peligro el derecho mismo de defensa que pretende proteger.

Dados los términos amplísimos de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, nada impediría que el procesado designara defensor a un menor de edad o a un analfabeta, o incluso, que decidiera defenderse por sí un psicópata.

El Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 160), ha tratado de remediar esta situación disponiendo que no pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados, ni los abogados que hayan sido condenados por delitos cometidos en el ejercicio profesional, ni los ausentes que, por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacersele saber su nombramiento a todo defensor. A pesar de la evidente bondad de los fines que persiguió el autor de este código, la norma citada resulta ser a la Constitución, pues pretende limitar la libertad de nombrar defensor, misma que, en nuestro texto fundamental es irrestricta.

Ahora bien, "la posibilidad técnica de ser defensor no está abierta a cualquiera, sino que, dado que el proceso penal es un

sistema normativo de alto nivel de especialización técnica, sus mecanismos de comprensión y aplicación se encuentran estrictamente reservados a un grupo profesional que lo interpreta, realiza y actúa". (38)

El proceso penal mexicano caracterizado por la casi desaparición del jurado popular y la entrega de las facultades jurisdiccionales a jueces profesionales, exige, consecuentemente, una mayor preparación técnica de los defensores. Carece de importancia para estos fines, que se trate de defensores de confianza o de oficio.

Una razón más para exigir que los defensores sean abogados es que el representante del Ministerio Público, en nuestro país, es siempre letrado; Luego, se rompería la igualdad de las partes sino lo fuera el defensor.

Por lo que hace a la autodefensa, ésta es inadecuada incluso en la hipótesis de que el procesado sea un experto en Derecho Penal. En primer lugar porque, involucrado personalmente en el problema que trata de resolver y teniendo en juego la libertad, el honor y el patrimonio propios, el procesado carece de la tranquilidad de ánimo necesaria para actuar como su propio defensor. Enseguida

porque frecuentemente privado de su libertad por las medidas de prisión preventiva, el procesado carece de movilidad indispensable para una defensa eficaz. Quien se defiende a si mismo tiene, en verdad a un loco por cliente.

Al respecto, el artículo 28 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, tras confirmar la disposición Constitucional diciendo que: "En materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por si o por medio de persona de su confianza o por ambos, según su voluntad", agrega: "Cuando la persona o personas de la confianza del acusado designados como defensores, no sean abogados, se le invitara para que designe, además un defensor con título. En caso que no hiciere uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio". (39). Esta norma es ejemplar como la ley secundaria que, respetando y reiterando el derecho constitucional a la libre designación de defensor, lo perfecciona al agregarle, además, un nuevo derecho: El de tener un defensor abogado.

No obstante, es recomendable, dado el carácter local de la Ley de Profesiones, una reforma constitucional que consagre el derecho a que la defensa quede en manos de abogados.

Máximo interés presenta el determinar a partir de qué momento nace, para el individuo sometido a procedimiento de tipo penal, el derecho a nombrar defensor y a que este intervenga en su favor. Concretamente el problema consiste en saber si goza de ese derecho el indiciado dentro de la averiguación previa ante el Ministerio Público o si le está reservado al procesado ante las autoridades judiciales.

El párrafo inicial del artículo 20 Constitucional afirma que las garantías concedidas en su texto pertenecen al acusado en todo proceso del orden penal. No obstante partiría por una falsa ruta quien pretendiera concluir, de los términos acusado y juicio, que el artículo a estudio reserva sus disposiciones tan sólo a la etapa jurisdiccional de los procedimientos penales. Por cuanto al término acusado, está bien claro por el artículo 20 Constitucional lo emplea en forma genérica, para designar a todo aquel que es sujeto de procedimientos penales, sin hacer distinciones entre las diversas etapas de dichos procedimientos, y no en el restringido sentido técnico que designa a aquella persona contra la cual el Ministerio Público ha formulado conclusiones acusatorias. (40)

Por lo que hace al concepto de juicio, es igualmente evidente que aún cuando la mayor parte de las garantías enumeradas en

el artículo 20 Constitucional tiene su campo propio de acción dentro de la etapa judicial del procedimiento; otras extienden su protección a la etapa de la averiguación previa. Baste, a manera de ejemplo, señalar el caso de la garantía de no autoincriminarse (artículo 20 fracción II), aplicable al indiciando durante la averiguación previa, según lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (41)

En realidad, el problema que nos ocupa ha sido resuelto, en forma clara y terminante, por el propio constituyente.

Olga Islas y Elpidio Ramírez, encuentran tan claro el texto constitucional, que al enumerar las garantías de las que goza el procesado penal, se limitan a transcribirlo, diciendo: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que se aprehendido". (42)

Prado Reséndiz afirma: "Otro de los temas que surge a este respecto y el cual ha suscitado polémica también, es el de que si desde el momento de ser aprehendida una persona puede nombrar defensor o no y este, pueda entrar a la etapa misma de la averiguación previa al desempeño de su cometido".

(41) AMPARO DIRECTO 3057/58, Informe 1959, Primera Sala, Pág. 30
 (42) ISLAS, Olga y Elpidio Ramírez. El Sistema Procesal Penal en la Constitución, México, Editorial Porrúa, S.A. 1979 pág. 22

Mi opinión es en sentido afirmativo, ya que tal derecho es una garantía consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Penal en Materia Común y en la Ley de Amparo. (43)

Para Arilla Bas, no cabe duda de que el defensor puede intervenir en las diligencias de Averiguación previa aunque esto resulte un tanto indiferente, puesto que el momento oportuno para la designación de defensor es en el momento en que el detenido va a rendir su declaración preparatoria, porque en ese momento es cuando el juez le va a dar conocer bien el hecho punible que se le atribuye para que pueda contestar el cargo, en virtud de que la actitud de la defensa es provocada por el ejercicio de la acción penal.

Para García Ramírez, en cuanto al momento para el nombramiento de defensor la fracción IX del artículo 20 Constitucional es explícita: "Desde el momento en que sea aprehendido (el indiciado)". Explica que la voz aprehensión "puede interpretarse, favor rei, como sinónimo de detención o bien, en términos más rigurosos, como aprehensión en sentido estricto, esto es, como ejecución de un mandamiento de autoridad". (45)

- (43) PRADO RESENDÍZ, Heriberto. La Flagrancia y la Cuasi Flagrancia Revista Dinámica del Derecho Mexicano, número 2. Procuraduría General de la República México, 1974, pág. 188.
 (44) ARILLA BAS, Fernando. El procedimiento Penal en México. Editores Mexicanos Unidos, S.A. 1975, pág. 83.
 (45) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Ob. Cit. pág. 308

Cervantes (46), señala acertadamente, que el constituyente, emplea el término aprehensión como sinónimo de detención, así, por ejemplo, el artículo 16 de nuestro máximo ordenamiento afirma que, en los casos de flagrante delito, cualquier persona puede aprehender al delincuente, a pesar de que en ese caso no se refiera al cumplimiento de un mandato de autoridad. Por lo anterior, considera que, cuando el artículo 20 fracción IX de la Constitución, en su penúltima parte, dice que el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, se refiere al nombramiento de defensor en la averiguación previa, porque no tendría sentido pensar que esta parte se refiere a la facultad de designar defensor a partir de que está en presencia del órgano jurisdiccional, pues tal situación se encuentra ya prevista en la tercera parte de la propia fracción.

Por decreto publicado en el diario oficial de fecha 29 de diciembre de 1981, se reformó el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, adicionándole un artículo 134 Bis. En su parte final, este artículo dice "los detenidos, desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio". Este artículo, es inútil desde el punto de vista teórico, puesto que nada nuevo agrega a las disposiciones de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, tiene

(46) Citado por García Ramírez, Ob. Cit. pág. 382.

en cambio, desde el punto de vista práctico, una gran importancia, por cuanto representa el reconocimiento, por parte del legislador local de la correcta interpretación de la norma constitucional.

En la práctica. La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, ha ido más allá de la Constitución: Actualmente permite que nombren defensor todos los indiciados, aún los que no están detenidos, en el momento en que comparecen ante la Procuraduría.

Por lo que hace al procedimiento Federal, por decreto publicado en el diario oficial de 27 de diciembre de 1983, se reformó, entre otros, el artículo 128 del Código de la Materia. El nuevo texto, en su párrafo tercero, dispone: "desde el momento en que se determine la detención, el Ministerio Público hará saber al detenido, la imputación que se le hace y el derecho que tiene para designar persona que lo defienda, dejando constancia de esta notificación en las actuaciones. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor oportunamente aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta, como legalmente correspondan, en el acto de consignación o de liberación del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el pleno desahogo de pruebas de la defensa, se reservarán los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial, y el Ministerio Público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para el ejercicio de la acción penal."

El derecho del indiciado a asistirse de un defensor durante la averiguación previa y a partir del momento en que es detenido, consagrado por la Constitución, reconocido por la doctrina, reiterado por la ley procesal penal y admitido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (como veremos más adelante), responde a necesidades técnicas, lógicas y jurídicas inderogables.

El defensor, cuando interviene en un caso en el que su defenso ha sido detenido durante la averiguación previa, tiene una función primordial; la de estar presente en todo interrogatorio que se le haga al indiciado, a fin de cerciorarse de que se respeta su derecho a guardar silencio, o bien que sus declaraciones son libremente emitidas.

Así, el respeto a la garantía de defensa sirve de protección a la garantía de no autoincriminarse. En caso contrario, si no se protege la libertad del indiciado en el momento de rendir declaración durante la averiguación previa, el proceso judicial puede iniciarse sobre la base de una confesión coaccionada. A partir de ese momento, y dada la jurisprudencia de la Suprema Corte conforme a la cual debe dársele preferente valor probatorio a esa declaración inicial..

El proceso se convierte en un rito vacío, de resultado prefijado. Al impedir la intervención del defensor durante la averiguación previa hacemos inútil su posterior actuación durante el proceso.

"La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica se ha valido de la presencia del defensor para proteger la libertad del reo al declarar".

En Francia, por ley de fecha 8 de diciembre de 1897, se reformó el Código de Procedimientos Penales, a fin de establecer el principio de que el defensor debe estar presente en todos los interrogatorios a que su cliente sea sometido durante la averiguación previa, a fin de controlarlos y evitar los abusos del juez de instrucción (a quien la legislación francesa confía la investigación de los delitos). El día 18 de mayo de 1897, al discutirse la reforma del senado, Jean Dupuy dijo;

"Pensamos que la presencia del abogado en el despacho del juez de la instrucción, durante los interrogatorios y las confrontaciones, constituye una garantía capital, la primera de las garantías que sea necesario dar al inculcado. Sin esta garantía, todas aquellas que puedan ustedes votar, todas las reformas que puedan adoptar serian incompletas, e incluso ilusorias. Mientras no

la inscribamos en nuestro Código no habremos hecho nada". (47)

Garcón nos informa del resultado de esa reforma legislativa. "Después de la promulgación de la ley de 1897, la instrucción de los procesos, en lo que toca a la regularidad de los interrogatorios y de las confrontaciones ordenadas por los jueces, sólo muy raramente han dado lugar a reproches. Las objeciones que se habían hecho a la reforma durante los debates parlamentarios se han revelado vanas. Los jueces, regularmente, han prevenido a los inculcados que tenían derecho a responder sin la asesoría de un defensor. Los abogados han asistido a sus clientes; y prácticamente no hay casos, desde entonces, en que los inculcados hayan impugnado la exactitud de las actas de sus declaraciones levantadas por los jueces (de instrucción). El curso de la justicia no ha sido impedido, pero ha sido saneado. El interrogatorio se ha convertido realmente en lo que debe ser, es decir, únicamente un medio de defensa, desde que no puede ejercerse ninguna coacción para obtener respuesta". (48)

Nuestra Suprema Corte ha dictado Jurisprudencia Definida en la cual, si bien reconoce, como no puede menos de hacer lo que, conforme a la Constitución, el indiciado tiene la facultad de

(47) GARCÓN, Maurice. Défense de la Liberté Individuelle. Paris. Librairie Arthème Fayard, 1937, pág. 77

(48) GARCÓN, Ob. Cit. pág. 81

asistirse de defensor a partir de su detención, afirma que ese derecho no corresponde a una obligación, por parte de las autoridades, de ver que efectivamente tenga el auxilio de un abogado. Dice la Corte:

" Defensa, Garantía de. La obligación impuesta a la autoridad de instancia por la fracción IX del artículo 20 Constitucional, surte efectos a partir de que el indiciado es puesto a disposición de la autoridad judicial, y esta al recibir la declaración preparatoria del presunto responsable tiene la obligación ineludible de designarle defensor si es que aquél no lo ha hecho, más la facultad de asistirse de defensor a partir de la detención del acusado concierne única y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido esa omisión es imputable al propio acusado y no al juez instructor".

El absurdo es evidente. La constitución confía al Ministerio Público la averiguación previa. El Juez no interviene en ella. Luego entonces, el derecho que la fracción IX otorga al acusado de nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, es, constitucionalmente, correlativo de una obligación del Ministerio Público no del juez, durante la averiguación previa. El Ministerio Público está obligado a respetar el derecho del detenido de nombrar defensor y está obligado a permitir la presencia del

defensor en los interrogatorios a que sometan al detenido. Toda confesión obtenida por el Ministerio Público de un detenido que declara sin asistencia de defensor, es contraria a una ley de orden público y por ello, es nula y sin valor, conforme al principio consagrado en el artículo 8° del Código Civil.

CAPITULO III

LA GARANTIA DE BREVEDAD

A. GENERALIDADES

Que el proceso sea breve quiere decir que sea de corta duración; que se termine dentro de poco tiempo; que se tramite con celeridad. En ello están interesados el Estado y el procesado.

El primero, fundamentalmente, porque sólo mediante procesos breves puede lograr la finalidad de que la pena sea ejemplar. A los ojos de la sociedad, la sentencia condenatoria que se dicta años después de cometido el delito, más parece inútil crueldad que razonada sanción, al acto que la comunidad ha olvidado ya.

Accesoriamente, el proceso breve disminuye los gastos que el Estado debe erogar para el enjuiciamiento y encarcelación del acusado. Por lo que hace a éste último, es obvio el interés que tiene en el rápido fin de las molestias y el descrédito ajenos al proceso. Ese interés se convierte en angustiosa espera cuando el procesado se encuentra sujeto a prisión preventiva, diversa de la prisión definitiva, sólo en el nombre, y sometido, por tanto, en un momento en que debemos presumirlo inocente, a una privación de su

libertad tan afflictiva como aquella de que será objeto cuando, declarado culpable, se le imponga sanción carcelaria.

La prisión preventiva, unida a la lentitud del procesamiento produce una drástica inversión de los valores procesales. CANCELAMOS el principio de inocencia y obligamos al procesado a cumplir por anticipado una pena en momentos en los que aún ignoramos si tenemos derecho a imponerle tal castigo. La posible absolución posterior resulta una declaración hueca e inútil.

Por ello, Secaria Arrianda, que para que una pena no sea simple violencia contra un ciudadano, debe tener, entre otras, la característica de ser pronto. (47)

El artículo 20, fracción VIII, de la Constitución de 1917, garantiza al acusado en todo proceso del orden penal que: "Cera juzgado antes de cuatro meses si se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa".

Con esta norma, el Derecho Constitucional Mexicano conquistó cimas inalcanzadas. La garantía de brevedad no se encuentra

(49) CÁMERA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Editorial Porrúa, México, 1994. 7a. Edición, pág 407.

en los textos constitucionales de las principales naciones de Occidente, con excepción de los Estados Unidos de Norteamérica, pero, aún en el caso de esta nación, los términos fijados y claros que señala nuestro artículo 20 para la consumación del proceso se comparan favorablemente, por su precisión, con la vaga oferta de "un juicio rápido", a que se limita la Carta Norteamericana.

Por la misma razón, el texto de nuestro artículo 20 Constitucional, supera al del artículo 5° de la Carta suscrita en Roma, Italia, el día 4 de Noviembre de 1950 por la "Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales", pues éste se limita a recomendar que toda persona detenida tenga "el derecho a ser juzgada en un plazo razonable".

La fracción VIII del artículo 20 Constitucional, cuyo texto garantiza al acusado que será juzgado antes del vencimiento de determinados plazos, fija, de una manera clara y precisa, la duración máxima de los juicios penales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que los plazos señalados por la fracción VIII se cuentan a partir de la fecha del auto de formal prisión.

"La garantía que establece la fracción VIII del artículo 20 Constitucional, sobre el término en que deben fallarse

los procesos -ha dicho la Corte en Tesis de Jurisprudencia Definida- se refiere al acusado y no a los simples indiciados y los expedientes instruidos a efecto de recibir todas las pruebas que pueden servir para la persecución de un hecho delictuoso, mientras no pasen de simple averiguación, esto es, en tanto no haya acusación contra determinada persona, sujeción a proceso y restricción de libertad, no tienen término constitucional para su conclusión.

Ser Juzgado, quiere decir sentenciado. El artículo 20 Constitucional garantiza al procesado que, dentro de los plazos fijados por su fracción VIII, el órgano jurisdiccional dictará resolución que resuelva sobre el fondo del asunto, poniendo fin a la instancia.

Sin duda, el más importante problema que deben resolver los intérpretes de la fracción VIII, es el de determinar cuáles deban ser las consecuencias de que un proceso se prolongue, por mayor tiempo que el señalado por la Constitución, sin ser fallado.

Toda garantía individual se manifiesta como una relación jurídica que existe entre el Estado y sus autoridades, por un lado; y el gobernado, por el otro, a virtud de la cual surge para éste un derecho subjetivo público, con la obligación estatal

correlativa, la cual implica o bien una abstención (respeto), o bien un hacer positivo. (50)

La garantía de ser juzgado dentro de un lapso determinado, impone al Poder Judicial la obligación jurídica de dictar sentencia, en todos los procesos penales, dentro de ese lapso, y no después. Dicha garantía impone igualmente al Poder Legislativo la obligación de regular el proceso penal mediante leyes redactadas en tal forma que establezcan plazos y términos procesales que permitan concluir el proceso y dictar sentencia dentro del plazo constitucionalmente precisado.

El procesado, quien, en aras de su mejor defensa, puede renunciar a ser juzgado en los términos que establece la fracción VIII del artículo 20 Constitucional, puede también, a mayoría de razón, renunciar a los plazos que fija la legislación ordinaria.

Mucho se ha repetido que el Derecho Penal busca la verdad material, y no se conforma con la verdad formal. En el campo de los delitos no es aceptable que al individuo que exhibe la prueba irrefutable de su inocencia se le conteste: "Usted Dispense. El término venció ayer".

Pero alguien podría afirmar que la limitación a la garantía de defensa no está en la ley, sino en la Constitución misma. En efecto, la fracción V del artículo 20, garantiza al procesado que: "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca" "pero agrega- "concediendosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto". Luego la Constitución deja al cuidado de la ley ordinaria, de la ley reglamentaria, en este caso del Código de Procedimientos Penales, la fijación de los plazos que estime necesarios para el ejercicio de la garantía.

Ello nos obliga a estudiar con mayor detenimiento el ordenamiento procesal penal, a fin de determinar en forma cabal el sistema probatorio que establece.

Semejante estudio nos indica que el Código otorga una oportunidad probatoria mucho más amplia que la que resulta, aparentemente, de la simple consulta de las reformas de 1971.

La Confesión Judicial es admisible en cualquier estado del proceso, hasta antes de pronunciarse sentencia definitiva (artículo 137, C.F.P.D.F.).

Los Documentos Públicos y Privados podrán presentarse en cualquier estado del proceso, hasta antes de que se declare visto, y aún después, si quien los presenta protesta formalmente no haber

tenido noticias de ellos anteriormente (artículo 243, C.P.P.D.F.).

La Inspección deberá practicarse cuando ya esté terminada la instrucción. También podrá practicarse durante la vista del proceso o la audiencia del jurado, aún cuando no se haya practicado en la instrucción (artículo 144, C.P.P.D.F.).

En cuanto a los Testigos presentes, el Juez no podrá dejar de examinar a aquellos cuya declaración soliciten las partes durante la instrucción (artículo 190, C.P.P.D.F.). Y aún deberá examinarlos después de cerrada ésta si por cualquier modo aparece necesario su examen (artículo 189, C.P.P.D.F.).

Los Careos de los testigos entre si y con el procesado, o de aquellos y de éste con el ofendido, deberán practicarse durante la instrucción, sin perjuicio de repetirlos después de cerrada ésta, cuando el Juez lo juzgue oportuno, o cuando surjan nuevos puntos de contradicción (artículo 225, C.P.P.D.F.).

Todavía durante la vista de la causa (artículo 328, C.P.P.D.F.), o durante la audiencia del Jurado Popular (artículo 354, C.P.P.D.F.), en su caso, pueden desahogarse pruebas. (51)

Cabe también la recepción de probanzas en segunda instancia, si bien la testimonial no se admitirá sino respecto de

hechos que no hayan sido materia de examen en la primera instancia (artículos 428 y 429, C.P.F.D.F.).

Por último, dictada la sentencia, confirmada en apelación, agotado el amparo, el reo conserva aún el derecho de probar, mediante el procedimiento de Indulto Necesario. Aunque limitado, ese derecho le permite aún demostrar que su condena se fundó en documentos o declaraciones de testigos que, después de dictada, fueron declarados falsos en juicio: exhibir documentos que invaliden la prueba en que descansó la sentencia; ofrecer pruebas irrefutables de que vive aquél por cuya muerte fue condenado, o bien, probar que ha sido juzgado por el mismo hecho a que la sentencia se refiere, en otro juicio en que también ha recaído sentencia irrevocable (artículo 614, C.P.F.D.F.).

Queda, pues, establecido que entre las garantías de defensa y de brevedad, la primera es de mayor jerarquía que la segunda. Los plazos que otorgan los Códigos Procesales para ofrecer y desahogar pruebas han sido establecidos en beneficio del procesado, y pueden ser renunciados por éste para su más adecuada defensa.

El Código de Procedimientos Penales, que parece limitar el derecho de defensa en el artículo 314, salvaguarda en realidad dicho derecho mediante otros artículos que permiten el desahogo de pruebas durante toda la instrucción e incluso en la vista

de la causa.

Escaparon a la vista del legislador de 1971 otros actos procesales para los cuales otorga el Código más tiempo del necesario, y sobre los cuales deberá hacer sentir la acción de sus tijeras la próxima vez que recuerde que los procesos deben ser breves. Me refiero a los plazos otorgados para formular conclusiones (artículo 351, C.P.P.D.F.), y para pronunciar sentencia (artículo 329, C.P.P.D.F.), y que son, respectivamente, de cinco y quince días, si el expediente excediera de cincuenta fojas (y será extraño el caso en que no lo haga), por cada veinte de exceso o fracción se aumentará un día más.

Cierto que el plazo de que disponen las partes para redactar sus conclusiones debe aumentar si el expediente es voluminoso, pero en todo caso, no debería exceder de diez días hábiles. El plazo que se otorga al juzgador para sentenciar debería también de limitarse, o, incluso, podría exigirsele que dictará los puntos resolutivos de su sentencia en la vista, y concedersele un plazo razonable para engrosar su fallo, como se hace ya para el juez que preside un jurado popular (artículos 380 y 385 C.P.P.D.F.).

B. LA DEFENSA PENAL

El cometido principal, aunque no el único, del defensor es la defensa.

No se discute en la actualidad si el derecho a la defensa es o no un derecho natural. La disquisición se enfoca más a tratar de definir qué es la defensa, y esto importa mucho a nuestra época, en la cual aún se sostienen conceptos y prácticas aberrantes.

DEFENSA

Indica Ovalle Favela que defensa, proviene de defendere, " el 'rechazar un enemigo', 'rechazar una acusación o una injusticia' ". (52)

Dos son cuando menos las acepciones que la voz defensa tiene en el derecho procesal:

A). Como una actitud del demandado a oponerse a los hechos (causa petendi) invocados por el actor; actitud consistente en oponerse a hechos impositivos, modificativos o extintivos. Aunque este significado va más allá a lo material, es el que deriva del

(52) OVALLE FAVELA, José. "Defensoria de Oficio", en Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1992, 5a. Edición Tomo D-H, pág 846.

del artículo 453 del C.P.P. del Distrito Federal.

B). Como cualquier actitud (legal) tendiente a sostener un derecho de libertad alegado.

Mientras que el primer significado resulta más estrecho que el segundo, pues sólo implica una reacción a los hechos propuestos por el actor; en el segundo, su connotación es más amplia, puesto que no sólo implica reacción a los hechos, sino también al derecho invocado, a las pretensiones e incluso al proceder mismo (excepcionarse).

Aunque esta segunda acepción no suele ser estudiada por los conocedores de la Teoría General del Proceso, es la acepción que los textos legales y precedentes penales asignan a la voz defensa.

En este amplísimo sentido, la defensa del imputado, como reacción, tiende a interrumpir la seriación, a contrapretender, anular, modificar o aclarar hechos, incluso a oponerse a las razones legales.

Salvo excepciones, en la generalidad de los estudiosos, se confunde la defensa con el defensor, esto es, la función con el sujeto que puede realizarla.

Entre quienes tratan de conceptualizar a la defensa (obviamente, a la del enjuiciamiento penal), los criterios no han sido uniformes. Por respuesta a la interrogante, ¿qué es la Defensa?, nos coloca en el terreno de su esencia o naturaleza jurídica.

Para González Bustamante, la defensa es la función encaminada a "destruir las pruebas de cargo existentes, de tal manera que la resolución judicial que se pronuncie, se traduzca en una exculpación o, al menos, en una muestra de la situación jurídico-procesal que queda el inculpaado". (53)

Según Herrera y Lasso, la defensa es "El derecho de probar contra la prueba el derecho a demostrar que la autoridad probó errónea o insuficientemente"; incluso, más adelante agrega: aprovechar la oportunidad de desequilibrio que en el proceso se presente (este desequilibrio no debe propiciarlo el acusado o el defensor), "aunque ello se traduzca en una resolución de inculpabilidad del culpable, o de culpabilidad atenuada del que tuvo mayor". (54)

En opinión de Fenech, "Se entiende por defensa en sentido amplio, toda actividad de las partes encaminadas a hacer

(53) GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. Op. Cit. pag. 140

(54) SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla, México 1995, 2a. Edición pag. 195 y 196.

valer en el proceso penal sus derechos e intereses, en orden a la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento, en su caso, o impediría según su posición procesal". (55)

Según la idea de Rafael de Pina, la defensa es la "actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en el proceso". (56)

En el ambiente curialesco o postulante -especialmente el mexicano, salvo excepciones- se palpa el aberrante criterio de que la defensa es conceptualizada como una misión que tiende a demostrar que "lo negro es blanco". Multitud de defensores le llaman defensa a actividades tales como sobornar a jueces y secretarios, inventar testigos, pruebas y hechos inexistentes, urdir la mentira, engañar a la justicia, fraugar mecanismos para escapar al proceso, poner en práctica triquiñuelas, etc., son algunas de las características que pretenden cobijar el amparo de la defensa.

Por desgracia, esos pseudodefensores olvidan que convierten su noble misión en verdadera delincuencia. Ni nuestra ley, ni ley alguna, ni la ciencia del derecho permiten o toleran que al amparo de la función de la defensa, los defensores se conviertan en

- (55) GARCIA RAMIREZ, Sergio y Adato de Ibarra Victoria. Prontuario de Derecho Procesal Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México 1993, 7a. Edición, pág. 104.
 (56) PINA, Rafael de. "Defensa" en Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa, México, 1984, 12a. Edición, pág. 121.

autores intelectuales de delitos de cohecho, falsedad en declaraciones, etc. La actividad de la defensa lleva como respaldo a la propia ley, la legalidad.

La idea de defensa sólo puede ser forjada en el marco conceptual de la legalidad.

Ciertamente la defensa es una función, una actividad que, enarbolando la bandera de la legalidad, debe tratar de impedir que durante la aplicación de la ley se cometan excesos. La defensa ha de impedir que el funcionario se extralimite en sus funciones legítimas y ha de aclararle lo que le es confuso o lo que ignora.

En sentido todavía más amplio, la defensa no sólo es actividad de los órganos de la defensa, sino pasividad. Así, también legalizada dentro de la defensa, cabe el omitir proporcionar ciertos datos que de otra manera serían perjudiciales. Esto está apoyado por los textos legales que conceden al imputado el derecho a callar (no declarar en su contra), o al defensor a guardar el secreto profesional.

La defensa a la vez, el derecho a enterarse del motivo de la acusación, así como de los actos procesales que han de practicarse. (57)

(57) Cfr. Silva Silva. Op. Cit. pág. 197.

C. EL DERECHO DE DEFENSA

Tal derecho, Silva Silva lo explica de esta manera:

"La defensa no se queda en la mera oposición a la pretensión del actor, sino que también implica reacción a la misma".

Considerando a la defensa como derecho, resulta que implica al mismo derecho de acción, pero puesto en manos del sujeto pasivo del proceso. Se le conoce también como derecho de contradicción o como derecho de contrapretensión.

Es el derecho de defensa un derecho autónomo con respecto al derecho material; es decir, que aún cuando no le asista al imputado un derecho material (el derecho a la legítima defensa, el derecho a ejercer un derecho, el derecho a cumplir un deber), el derecho de defensa, existe.

El derecho contradictorio supone a la vez, de manera necesaria, una pretensión; es decir, la pretensión del imputado (demandado). A esta pretensión del demandado también se le conoce como contrapretensión.

A través de esa contrapretensión (canalizada por la vía de la defensa) el sujeto pasivo del proceso introduce su excepción (defensa de fondo) o su defensa estricta (defensa procesal).

Pero el derecho de defensa no sólo implica el derecho de contradicción, sino también el conocer el motivo de la acusación, el disponer del tiempo necesario, interponer los medios impugnativos correspondientes, alegar, presentar pruebas, etcétera.

"En el ejercicio del derecho de defensa, el derecho de audiencia se torna indispensable, no sólo por la bilateralidad que implica, sino por las trascendentales implicaciones que surgen, desde el simple escuchar al contrapretensor, pasar por su instar y recoger su pretensión".

"Sería difícil encontrar enjuiciamientos penales fundados en la unilateralidad de la instancia del acusador (procesos monitorios). La bilateralidad no sólo parece ser la más aceptable, sino también la más justa e incluso democrática". (58)

(58) Ibidem. Ob. Cit. pags. 197 y 198.

D. LA ASISTENCIA EN LA DEFENSA

Básicamente son dos los sistemas conocidos en torno a los sujetos que realizan la defensa:

- a). Que sea el mismo enjuiciado quien se defienda (defensa por sí). o.
- b). Que sea otra persona quien realice la defensa (defensa por otro).

El primer sistema, que podemos calificar como de autodefensa en juicio, se ha conocido desde tiempos remotos. En este, el imputado realiza la propia actividad de defensa; no existe defensor ajeno, ni se permite nombrarlo. Tal era el sistema de la ordenanza Criminal Austriaca de 1803. De hecho, este sistema coarta la verdadera defensa, sobre todo cuando el imputado carece de los conocimientos y la práctica suficiente, a lo que generalmente ha de agregarse su detención y prisión preventiva.

El segundo sistema establece la posibilidad de que otra persona realice la actividad de defensa. Este sistema fue acogido por la Ordenanza Criminal Prusiana de 1805.

En México el sistema es mixto, comenzando porque nuestra Constitución permite que la defensa la realice el propio imputado o su defensor.

Los sistemas que permiten un defensor se desdibujan a la vez en diversas categorías, desde las que permiten la existencia de defensor sólo en algunas fases procesales, hasta aquellas en las que le da facultades de intervención en todas las fases. Se encuentran en estas direcciones, a la vez, la posibilidad de nombrar defensor, hasta la legislación que no admite proceso sin asistencia de defensor. Es decir, permitida la posibilidad de que la defensa también la puede realizar una persona ajena al imputado, la asistencia conocida puede ser de dos tipos:

- a). Prescindible o Facultativo, en que el proceso es válido, con o sin defensor, aunque es tolerable que éste intervenga. Aquí sólo existe la posibilidad de que el proceso soporte un defensor.

- b). Imprescindible o Obligatorio, en que el defensor es imprescindible, a grado tal que esta considerado como sujeto procesal indispensable. Ningún proceso debe de carecer de defensor. De los abogados (específicamente de los defensores), dice Guarnieri: "Igual que de las mujeres, es más fácil hablar mal, que prescindir de ellos". (59)

En México, las leyes establecen el sistema de imprescindibilidad u obligatoriedad (con el proceso judicial), a grado tal que aún contra la voluntad del enjuiciado debe el tribunal designarlo, e inclusive sancionar como nulo el acto procesal al que no se hubiere llamado al defensor.

CAPITULO IV

EL DEFENSOR

A. NATURALEZA JURIDICA

Aunque decíamos que el defensor es un sujeto que realiza la defensa, esto no nos lo define, por lo que es necesario tratar de precisar su naturaleza.

El maestro Guillermo Colin Sánchez, enumera algunas ideas, según las cuales ciertos estudiosos lo consideran un mandatario civil, idea que rechaza, pues el defensor goza de libertad para ejercer su función, sin que sea necesaria la consulta previa para realizarla, ni permiso para impugnar; Otros lo consideran como asesor, pero el citado autor no lo acepta, porque la actividad del defensor nose reduce a la consulta técnica; Otros más lo consideran auxiliar de la administración de justicia, idea que asimismo rechaza, porque argumenta que de ser así, esto lo llevaría a romper el secreto profesional; Por último el propio Colin Sánchez, afirma que es un colaborador en sentido amplio, pero sin explicar su connotación. (60)

(60) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México 1995. 15a. Edición. pags. 173 y 179.

A-1. EL DEFENSOR COMO PARTE

Comencemos por resolver, si el defensor es parte en el proceso o no lo es. Al respecto podemos encontrar dos tesis:

- a). Positiva: Esto es, que afirma que si es parte, y
- b). Negativa: Que le niega la calidad de parte.

El ilustre autor Cipriano Gómez Lara, por ejemplo, afirma que el defensor si es parte en el proceso "ya que su posición en el proceso, no es la de un mero mandatario, ya que puede llegar a tener atribuciones autónomas e independientes de la voluntad del procesado, a grado tal que la voluntad de este, puede ser totalmente irrelevante para los fines procesales". (61)

En sentido opuesto el jurista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, al examinar el precepto del Código Michoacano, que afirma que el defensor es parte expresa y que aún en el caso de que el defensor pueda realizar actos sin el consentimiento del inculcado, esto sólo es una "consecuencia directa de la función que como representante procesal, patrocinador le incumbe en el proceso". Parte es sólo el destinatario de la pretensión punitiva. El defensor no es ese destinatario. El defensor es órgano patrocinador de la parte. (62)

(61) GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del proceso. Editorial Harla, México 1991. pág. 201.

(62) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. El Nuevo Código Procesal Penal del Estado de Michoacán. Editorial Porrúa, 1974 Tomo I. págs. 330 y 331.

"A nuestro parecer, el citado autor Alcalá-Zamora, está en lo correcto. Porque ya habíamos afirmado que en el proceso penal sólo hay dos partes (acusadora y acusada) y no más; y que aún cuando existan varios imputados, sólo habrá pluralidad de sujetos demandados (litiscóncordio pasivo), pero no pluralidad de partes. El penalmente enjuiciado o los penalmente enjuiciados, sólo son parte. El defensor únicamente es defensor en función de la existencia del imputado. No puede existir por sí y con independencia del imputado, el defensor sólo lo representa.

Esto último también nos lleva a la afirmación de que el defensor no está legitimado en el proceso. El legitimado (ad causam y ad processum) es el imputado. El defensor tiene personería; actúa en atención a la existencia del imputado. Sin imputado no habrá defensor. Al defensor no le asiste la legitimación, sino la capacidad de postulación, en atención al ius postulandi.

A la carencia de algún requisito en el defensor no se podrá oponer la falta de capacidad o de legitimación (sea en la causa o en el proceso), sino la falta de personería (no se confunda con falta de personalidad), al no poder realizar la postulación.

Nuestra ley afirma que el defensor. No obstante, ha de advertirse que no basta ese dictado del legislador para que así lo sea. El simple decreto no transforma la naturaleza de las cosas,

porque es tan ilógico que un decreto que dijera que las piedras son seres hablantes, cuando por naturaleza no lo son.

Lo que en todo caso el legislador quiso indicar fue que el defensor pueda actuar directamente en el proceso (que tiene personería) y aún contra la voluntad de su representado. Pero esto no es nota que caracterice a la parte.

A. 2- PROCURADOR O ABOGADO

En otros países, el ejercicio profesional se suele diferenciar en dos vertientes:

- a). Procuradores, Lawyers (Estados Unidos), Barrister (Inglaterra), Avoués (Francia), y
- b). Abogados, Litigant (Estados Unidos), Solicitor (Inglaterra), Avocats (Francia).

El Procurador o postulante es el que se apersona ante las autoridades en nombre de su representado realizando los actos procedimentales necesarios. Sin que el interesado intervenga directamente, el procurador es el que firma las promociones, alega y escucha.

En cambio, el Abogado (advocatus, ad-cerca de v vocatus) no interviene en la actividad procesal de manera directa. El

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

DE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

Abogado es el conocedor y especialista en el derecho o una de sus ramas, que solo asesora a los jueces: es el que da los consejos de lo que deben de hacer otros. El maestro Sergio García Ramírez afirma que es -el que dirige la actividad procesal de la parte, es decir, el conductor o manejador legal. (63)

En tiempos remotos había personas que escribían los discursos que se habían de pronunciar ante los jueces y otros que los recitaban. Los primeros eran los abogados y los segundos -los oradores- los procuradores. La historia recuerda los casos de Isócrates como Antífon, Iseo, Licias, Osócrates, Demóstenes, Etc., como preparadores de defensa que otros loían.

Aunque en México esta diferenciación en el ejercicio profesional se ha perdido, pues es sabido que el defensor, además de dirigir al imputado, generalmente interviene en el proceso a través de promociones y alegatos. Tal vez producto de esta fusión de actividades es que muchos se anuncien diciendo que son abogados y postulantes.

No obstante, la regulación de nuestra ley procesal se refiere más al procurador que al abogado. Respecto a este último, su

(63) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, México, 1989. pag. 302

actividad la veremos al plantear la del director de la defensa, que en ocasiones coincide con el representante común de los defensores.

Una máxima que no debe olvidarse: "El defensor -Asentó Manzini- no es un patrocinador de la delincuencia, sino del derecho y la justicia en cuanto pueden estar lesionadas. El defensor que no profesa esta santa máxima, es un despreciable y peligroso intrigante. Es un encubridor del delincuente y no un defensor del imputado". (64)

(64) MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial Ejea, Buenos Aires 1952, Tomo II, pags. 376 y 377.

B. CAPACIDAD

En orden a la capacidad personal o subjetiva del defensor penal, llamamos la atención al título, el sexo, y la edad. Lo relativo al número lo trataremos más adelante.

En cuanto al título, los sistemas conocidos establecen la intervención letrada imprescindible (monopolio de la defensa), o la intervención letrada prescindible, donde no se requiere título para ejercer la defensa penal.

Nuestra ley, comenzando por la Constitución, no exige título de Licenciado en Derecho para ejercer la defensa penal. No obstante, para el caso de que un imputado designe como defensor a un leigo, el tribunal lo "invitará para que designe, además, un defensor con título. En caso de que no hiciera uso de ese derecho, se le nombrará el defensor de oficio", (artículo 28 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5° Constitucional).

El defensor será la "persona de la confianza" del imputado (artículo 20 Constitucional), requisito que en alguna época se estableció dada la ausencia en todo el país de licenciados en derecho. Hoy en día convendría su modificación, para exigir que todo defensor sea titulado. La práctica ha revelado que los defensores carentes de título comprometen la seguridad del enjuiciado, además de que en el fondo no son verdaderas "personas de su confianza", sino negociantes.

En lo que hace al sexo, no existe discriminación entre hombres y mujeres. Refiere el ilustre profesor Eduardo Pallares, que originalmente las mujeres podían ser defensoras, pero que en la época de los viejos pretores, Cava Afronia cansó la paciencia por sus excesos de la palabra, al punto que prohibieron que las mujeres ejercieran la defensa. (65)

Nuestra Legislación nada dice acerca de la edad, aunque por disposición del Código Civil, establece que la capacidad de ejercicio requiere de un mínimo de 18 años.

Por lo que se refiere a la capacidad subjetiva en concreto, el defensor debe carecer de impedimentos, a grado tal que, por ejemplo, los defensores de oficio pueden excusarse, (artículos 464 y 466).

Nuestra legislación pone el acento en quienes carecen del ius postulandi, al señalar que "no pueden ser defensores (artículo 160 del C.F.P.F.) los que se hallen presos, ni los que estén procesados, tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el Capítulo II, Título Décimo Segundo del Libro II del Código Penal, (artículos 231, 232 y 233), ni los ausentes que, por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las 24 horas en que deba hacerse su nombramiento".

(65) PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, México 1976, págs. 169 y 170.

De acuerdo al Código de Justicia Militar, tampoco pueden ser defensores aquellos militares que sean superiores al Juez (artículo 87).

Una de las condiciones para el acceso al cargo con la aceptación del mismo y la protesta o juramento, lo que se tratara más adelante.

En la importante misión de la defensa, con el transcurso del tiempo el defensor ha ido adquiriendo o perdiendo, algunas prerrogativas, las que responden a la realidad imperante de un país y época determinados. En algunos lugares adquiere mayor importancia que en otros.

Las prerrogativas otorgadas al defensor responden a la vez a la cercanía o lejanía de los principios inquisitivo o acusatorio.

En nuestro país encontramos como prerrogativas que el defensor no es un mero vocero o intermediario, pues en la mayoría de las ocasiones es un procurador. Así, es el que promueve, oye o alega; tiene la posibilidad de interrogar directamente al imputado y testigos (artículos 106 y 249 C.F.P.P.); puede objetar la redacción del interrogatorio al jurado (artículo 335 del C.F.P.P.); comunicarse con el imputado en cualquier diligencia (artículo 89 del C.F.P.P.),

aunque una inconstitucional reforma le impide, en la declaración preparatoria, alegar en segundo lugar (derecho a la última palabra, (artículo 345 del C.F.P.P.).

Pese que atañe más a la defensa que el defensor, nuestra legislación establece que además de tener que estar presente en cualquier otro acto procesal (presencia obligatoria), el defensor puede ser sancionado en el caso de ausencia, con medida disciplinaria (artículo 87 del C.F.P.P.). Pero importantísimo para la defensa es que la audiencia a la que no asista no puede verificarse (artículo 88 del C.F.P.P.), llegando hasta la nulidad del acto al que el defensor no asista (artículo 308 fracción II del C.F.P.P.).

Si el defensor no asiste a una audiencia, el funcionario debe diferir la fecha (artículo 88 del C.F.P.P.).

En otra serie de prerrogativas concedidas al defensor en diversos países (en el nuestro no existen), encontramos que pueden gozar de inmunidad de palabra, de manera que puede hablar, probar y alegar, sin temor a ser sancionado; inmunidad de su bufete y talego, para que no sea revisado su despacho, ni su portafolios, ni las pruebas que se le han confiado; conocer previamente la causa de la acusación, para poder preparar eficazmente la defensa (en México, el defensor sólo se entera hasta la declaración preparatoria; igualdad

de condiciones que la contraparte, etcétera. (66)

En nuestro país priva una desigualdad manifiesta entre el Defensor y el Ministerio Público. Mientras que el último tiene en su favor el imperium, presupuesto especial de gastos, vehículos disponibles, órganos técnicos, personal especializado, equipos de informática y telecomunicación, puede sacar expedientes del juzgado, escuchar en sigilo ciertas notificaciones judiciales, etc., el defensor no cuenta con nada de esto.

C- EL DEFENSOR DE OFICIO

El patrocinio a procesados cuando éstos carecen de defensor surge inicialmente como expresión de caridad, e inclusive con carácter religioso, para luego institucionalizarse como derecho del imputado.

El jurista Héctor Fix Zamudio, señala que la historia de la "Defensoría de Oficio se remonta en México a la época colonial, con los 'defensores y protectores de indios', así como los abogados y procuradores de los pobres, establecidos por varias Leyes de Indias, a lo cual debe agregarse el antecedente más inmediato de los procuradores de los pobres del Estado de San Luis Potosí, estableci-

(66) Cfr. SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. Cit. pags. 201 y 202.

dos por la Ley de 5 de Marzo de 1847". (67)

El defensor de oficio debe diferenciarse del llamado abogado de pobres. Mientras que al primero no le debe importar si el imputado posee o no bienes, el segundo sólo atiende a los menesterosos. El primero actúa, además, debido a la imprescindibilidad de la defensa, cosa que no ocurre en el segundo caso.

En México se establecen Defensorías de Oficio (patrocinio de oficio) aunque también, según algunas disposiciones de los Estados, funcionan las defensorías de pobres o menesterosos (patrocinio gratuito).

Por desgracia, la defensoría de oficio ha sido hasta hoy la dependencia más olvidada de cuantas posee el gobierno, a grado tal que la prometida lista de defensores que el juez deba proporcionarle al imputado, en el mejor de los casos se reduce a una sola persona.

El presupuesto económico asignado a la defensoría de oficio en nuestro país, no se acerca ni al 02% de los que se otorga

(67) FIX ZAMUDIO, Héctor. Asesoramiento Jurídico en Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1992. 5a. Edición Tomo D-H, págs. 855 a 857.

al Ministerio Público.

La defensa de oficio debe implicar en México la asistencia Letrada, Obligatoria y Gratuita. Letrada, porque debe ser proporcionada por un especialista en Derecho (por lo menos Licenciado en Derecho); Obligatoria por ser imprescindible; y Gratuita por estar exenta de costas a cargo del beneficiario.

C. 1. DEFENSORIA DE OFICIO FEDERAL

La Defensoría de Oficio Federal, se encuentra regulada en la Ley de la Defensoría de Oficio Federal y el Reglamento de la misma.

A nivel nacional se organiza unitariamente con un Jefe de defensores de oficio, el cual es designado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El jefe tiene entre sus funciones la de imponer medidas disciplinarias a los defensores y designarlos provisionalmente.

Entre las obligaciones de los defensores de oficio, figuran:

- a) Defender a los imputados que lo designen.

- b) Recurrir al amparo contra resoluciones contrarias.
- c) Patrocinar al sentenciado para obtener el indulto.
- d) Patrocinar al sentenciado para obtener la libertad preparatoria.
- e) Patrocinar al sentenciado en el procedimiento de revocación de la condena condicional.
- f) Asistir a las penitenciarías o prisiones.
- g) aconsejar a los reos para su "regeneración moral".

Los defensores de oficio tienen prohibido ejercer la abogacía en asuntos ajenos a su cargo (artículo 11 de la L.D.O.F.); esto es, se les niega capacidad de postulación, salvo en litigios penales a que han sido llamados, y por lo tanto, no pueden ejercer la profesión.

C. 2. DEFENSORIA DE OFICIO DEL DISTRITO FEDERAL

En el Distrito Federal, la defensoría de oficio está regulada por un reglamento expedido por el Presidente de la República que data de 1940.

La defensoría posee un Jefe designado por el jefe del Departamento del Distrito Federal, entre cuyas funciones está la de ser consultor de los defensores, acompañarlos a sus visitas y presidir las juntas mensuales.

Según la paupérrima regulación, debe éste visitar a los inculcados desde antes de la declaración preparatoria, ofreciéndoles sus servicios y preparándoles sus defensas, así como visitarlos periódicamente para indicárles la forma de obtener la libertad bajo caución.

A diferencia del defensor de oficio en lo federal, al cual se le prohíbe ejercer la profesión en asuntos ajenos, el defensor de oficio del Distrito Federal sólo está impedido de ejercerla en el área de su función.

El defensor de oficio sólo puede rechazar el cargo o renunciar por causas de impedimento o por "ofensas o denuestos del acusado".

C. 3. DEFENSORIAS DE OFICIO ESTATALES

En cada uno de los Estados parte de la Federación se organiza a su vez la defensoría de oficio local, aunque con diversos nombres. En Durango se regula en la Constitución Local con el nombre de Servicio Social para la Defensa de Indigentes; En Morelos se denominan Defensoría Pública; En Veracruz, se denomina Defensores de Pobres, etcétera.

No existe uniformidad en todas las Entidades en cuanto a su dependencia. En algunas Entidades los defensores dependen del Poder Ejecutivo Local, que es quien los nombra (emulando así a la re-

culación del distrito Federal), y en otras depende del Tribunal Superior de Justicia (también llamado Supremo Tribunal de Justicia), emparentándose con el sistema establecido en la ley federal.

Aunque en algunos Estados se enfoca a lo penal, en otros sus funciones se amplían a tareas civiles. En algunos como Colima, se establece una diferencia entre el defensor de oficio penal y el civil, pues en el primero el defensor opera en ausencia del particular, en tanto que los defensores de lo civil, se establecen para indigentes.

La Legislación de Jalisco (Decreto de fecha 9 de Marzo de 1945), dispuso que la defensoría de oficio se traslade a la Universidad de Guadalajara, facultándose al Ejecutivo para su reglamentación, y a su vez, se autorizó al Ejecutivo para delegar tal facultad reglamentaria en el Consejo Universitario. A poco menos de un mes (Decreto del 28 de Marzo de 1945), se abrogó el decreto anterior y la defensoría de oficio regresó a la Secretaría General de Gobierno). (68)

La Ley de la Defensoría de Oficio de Baja California (29 de Enero de 1954), como dato curioso establece que se permite a los defensores excusarse de intervenir en "La defensa de patrones

contra trabajadores, de terratenientes contra campesinos o de ejidatarios, y todos aquellos que afectaren la beneficencia pública (artículo 13)". (69)

D. RESPONSABILIDAD

Por último, el defensor ha de responder por sus acciones u omisiones, incluso mediante sanciones civiles y penales.

A consecuencia de la conducta realizada, pueden tipificar delitos, tales como los de no promover pruebas, abandono de defensa (artículo 232 del Código Penal) e inclusive si se trata del defensor de oficio, puede éste ser destituido (artículo 233 C.P.).

Pero en lo moral --- y aquí no resistimos la tentación de recordar parte del célebre memorándum redactado por Don Vicente Riva Palacio y Rafael Martínez de la Torre, que se le envió al Presidente Juárez al solicitar el indulto de Maximiliano de Habsburgo---, "El defensor es el médico que busca en los secretos de su ciencia el más eficaz remedio contra el roedor poder de aguda enfermedad. Es un hombre afligido, que alentado con el sagrado deber de su encargo, se hace superior a las penas de su temor, y se convierte en su atleta que lucha contra la adversidad que hace de un

pobre la víctima de todo su poder. Es el filósofo con funciones de cierto sacerdocio que poniendo en una balanza la ley y los hechos criminales, depura la conducta del reo, exponiendo de un lado cuanto puede ayudar su causa. Es, por último, al ver descargado el rudo golpe de la sentencia, el representante de la familia, el amigo más íntimo y sincero del acusado, el intérprete de todos los sentimientos de piedad y clemencia en el hombre para pedir el perdón de la vida. ¡Que horrible sensación la de un defensor que no libera del patíbulo a un acusado!. Cuanto más hondamente penosa es, si tras ese patíbulo hay muchas otras víctimas cuyas familias lloran el negro porvenir de un padre, de un hermano o de un hijo que devora a solas, en un escondite, las amarguras de un nublado horizonte de la vida que va a perder, dejando en el abandono, en la miseria, en el dolor, en la orfandad, a las personas queridas de su corazón". (70)

Después de examinar la función de la defensa propia del cometido del defensor, pasemos a la regulación formal que se inicia con la elocución del defensor y llega hasta el fenecimiento de su cargo.

Hay elección de defensor cuando se nombra a la persona

que se hará cargo de la defensa. Así, llegado el momento el elector designa o nombra a la persona o personas que desea se encarguen de la defensa.

El elector, como regla general, es el imputado. Es éste a quien le corresponde elegir a la o las personas que desea que lo defiendan. Si acaso no cuenta con alguna persona para ello, en nuestro sistema podrá elegir de una lista de personas que el juez le proporcione, a uno o varios para que lo defiendan.

No obstante, hay casos en que el elector no lo es el imputado, como cuando éste se niega a nombrar defensor, caso en que lo hará el juez.

En cuanto al momento de la elección, éste puede ser desde el momento de la detención del imputado (caso en que nuestra jurisprudencia lo ha visto como facultativo), desde la declaración preparatoria (momento a partir del cual es indispensable su elección), o en cualquier momento del proceso para el caso de sustitución del defensor.

Luego de la nominación, lo más lógico y natural es que el funcionario debe hacer saber tal designación a la persona nominada, a fin de que acepte o rechace el cargo conferido.

La elección o nominación de su defensor no supone que necesariamente deba contarse con el asentimiento de éste. La aceptación o rechazo es posterior.

La designación de defensor, para el profesional, constituye ante todo un honor y un orgullo. Supone que a él se están confiando bienes tan preciosos como la libertad o la vida. Es un reconocimiento a sus cualidades profesionales. Podría pensarse que esto obliga a aceptar el cargo; no obstante, ello es sólo una posibilidad, ya que en ocasiones se puede justificar (no sólo explicar) el rechazo, y en otras sólo habrán de revelar en el elegido falta de madurez y cobardía. Luis XVI, el rey de Francia, designó como su defensor a Target, quien declinó su nombramiento por miedo a represalias de la Convención. Target, en lugar de ganarse amigos, logró el desprecio de la Asamblea.

En México fungió como defensor de Maximiliano, de Habsburgo, don Vicente Riva Palacio, quien nunca dejó por ello de ser un hombre respetado y de reconocidísimos méritos.

A la aceptación del cargo, en la práctica le sigue la propuesta o juramento de que el defensor habrá de cumplir su cometido con toda su ciencia (artículo 270 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal). En el viejo derecho

romano, al iniciarse una causa el profesional prestaba el iuramentum calumniae. Así, por cada asunto se juraba su cumplimiento. En Francia, Felipe III (23 de Octubre de 1274) dispuso que ese juramento debería hacerse al inicio de la profesión (no en cada causa), aunque renovarse anualmente. En México, este "juramento general" solo se da por los Licenciados en Derecho al recibir el título en la Universidad, pero no existe en el caso de los leigos, a los que nuestra ley les permite ejercer la defensa.

Aunque la actividad de la defensa no debe cesar en nuestro sistema, si puede ocurrir la sustituya al defensor designado y termine para este el cargo.

Cuando por sustitución del defensor termine éste su cargo dicha sustitución puede surgir por revocación o por renuncia.

En la revocación, el elector decide que el defensor concluya su cargo, en tanto que en la renuncia, el propio defensor (después de haberlo aceptado) abdica.

Sea cual fuere el medio de sustitución, en el sistema que establece la defensa permanente, tal revocación o renuncia no puede ni debe tener efecto sino hasta que se elija y acepte el cargo otro defensor, e inclusive, en algunos países (Estados Unidos), hasta

que el nuevo defensor conozca bien el asunto de que se hace cargo.

La simple designación de un defensor transcurre el proceso, no significa que cesa en su función de defensor previo. Aunque en Italia, el nombramiento de un particular supone revocado el del oficio. (71).

(71) Cfr. SILVA SILVA, Jorge Alberto, Op. Cit. págs. 206 y 207.

CAPITULO V

ESTUDIO INTEGRAL DEL DEFENSOR

A. MOMENTO PROCEDIMENTAL EN QUE DEBE HACERSE LA DESIGNACION DE DEFENSOR.

Es importante precisar, en qué momento puede hacerse la designación del defensor.

De acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 20 fracción IX, y en el artículo 290 párrafo primero, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se designará defensor en la diligencia en que se vaya a tomar la declaración preparatoria.

En relación con esto, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se ordena en el artículo 294, que: "terminada la declaración u obtenida la manifestación del indiciado de que no desea declarar, el Juez nombrará al procesado un defensor de oficio, cuando proceda, de acuerdo con la fracción tercera, del artículo 269".

"Lo indicado en este precepto, entendido en sentido contrario, falta al espíritu del Constituyente de 1917, porque para

después.

"De lo hasta aquí anotado, se advierte un criterio estrictamente ajustado a la letra y espíritu de la fracción IX, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente; no obstante, la ortodoxia que en ese orden se observa durante mucho tiempo, en reciente adición al Código Federal de Procedimientos Penales, en la fracción tercera del artículo 128, a la letra dice:

"III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y particularmente en la Averiguación Previa, de los siguientes:

- a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor;
- b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiera o no pudiera designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;
- c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación;

d) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y a su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa;

e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda concediéndosele el tiempo necesario para ello siempre que no se traduzca en enorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquélla se lleva a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculcado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas, y

De la información al inculcado sobre los derechos antes mencionados, se dejara constancia en las actuaciones ..." (72)

El derecho previsto en esta fracción no se opone a la garantía establecida para el proceso en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el precepto correspondiente. Además ya era tiempo que la vaciedad imperante, respecto a la designación de

en la averiguación previa, fuera resuelta en la forma amplia en que esta redactada. Lo único, que a mi juicio, propicia franco margen para hacer nugatoria la actuación, tanto del indiciado como su defensor, es la facultad otorgada al agente del Ministerio Público para decidir que: "Cuando no sea posible el pleno desahogo de las pruebas de la defensa, se reserven los derechos de esta para ofrecerlos ante la autoridad judicial", porque, atendiendo a la realidad mexicana, mucho me temo que se convierta en un estribillo que, tal vez, se invoque con frecuencia tan marcada que, por eso mismo se convierta en costumbre, máxime, aunque con el tiempo inveterada.

Supongo, que cuando el "desahogo pleno" de dichas pruebas, no sea posible, el agente del Ministerio Público razonará y fundará su posición jurídica, pero, aún así, tal determinación no está ausente de subjetivismos en los que se ampare la parcialidad y la prepotencia de muchos de los representantes del interés social en la persecución de los probables autores ilícitos penales.

" El 18 de diciembre de 1981, entre otras de las reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el párrafo cuarto del artículo 134 bis, quedó establecida: " Los detenidos, desde el momento de su aprehensión podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa.

A falta de uno o de otro el Ministerio Público le nombrará uno de oficio".

Lo ordenado en el texto transcrito, no es tan amplio como lo indicado en el Código Federal de Procedimientos Penales: Sin embargo, estimo acertado que el agente del Ministerio Público designe un defensor de oficio a falta de defensor particular. Si esto hubiera sido incluido, en la legislación federal, el propósito que eniñó la redacción del artículo correspondiente sería mayormente positivo.

En relación a las funciones de los defensores de oficio, durante la averiguación previa, nada se indica en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: Empero la Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común en el Distrito Federal, la señala, y son las siguientes: "Estar presente en el momento en que su defendido rinda su declaración ante la autoridad correspondiente; Entrevistarse con el inculcado o inculcador para conocer de viva voz la versión personal de los hechos y los argumentos que pueda ofrecer a su favor, para hacerles saber ante la autoridad del conocimiento; Asesorar y auxiliar a su defenso en cualquier otra diligencia que sea requerido por la autoridad correspondiente; Señalar en actuaciones los lineamientos legales adecuados y conducentes para excusar, justificar o atenuar la conducta de su representado;

Solicitar al Ministerio Público del conocimiento, el no ejercicio de la acción penal para su defensa cuando no existan datos suficientes para su consignación, vigilar que se respeten las garantías individuales de su representación; Establecer el nexo necesario como defensor de oficio adscrito al juzgado, cuando su defensa haya sido consignado, a efecto de que exista uniformidad en el criterio de defensa; y las demás que coadyuvan a realizar una defensa conforme a derecho que propicie la impartición de justicia pronta y expedita (artículo 18)". (73)

Aunque, en el precepto transcrito se omitió lo referente a la libertad bajo caución, es obvio que es deber del defensor de oficio solicitarla cuando ésta proceda, así como también, promover diligencias y aportar pruebas conducentes a los intereses que representa.

B. ACEPTACION DEL CARGO Y RENUNCIA AL MISMO

Para que los actos de defensa principien a tener vigencia es indispensable que el defensor acepte el nombramiento, de tal manera que, deberá hacerlo ante el órgano o autoridad correspondiente, tan pronto como se le dé a conocer su designación.

y para que surta efectos legales constará en el expediente respectivo.

A partir de ese momento el defensor cumplirá con las obligaciones inherentes a su función.

Lo afirmado, me conduce a pensar que, los actos de defensa implican necesariamente el nombramiento de defensor y también a la aceptación del cargo: Empero, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, esto no es así, porque "en todas las audiencias el acusado podrá defenderse por sí mismo o por las personas que nombre libremente". El nombramiento de defensor no excluye el derecho de defenderse por sí mismo... (artículo 67).

Cuando el defensor renuncie al cargo o incurra en alguna causa que lo haga cesar en el mismo, nada se expresó en nuestras leyes procedimentales, sin embargo, aún cuando no se señale expresamente que para la práctica de las diligencias el procesado debe estar asistido por el defensor, si aquel no ha designado persona de su confianza que lo sustituya, el juez le presentará la lista de defensores para que escoja, y solamente cuando no lo haga, lo designará el propio juez.

Este criterio prevalece durante el procedimiento pues

sin la asistencia de defensor (particular o de oficio) se incurre en violación a la garantía Constitucional. La legislación procesal penal, señala que: "las partes deberán estar presentes en la audiencia. En caso de que el Ministerio Público o el defensor no concurre, se citará para nueva audiencia dentro de tres días. Si la ausencia fuere injustificada, se aplicará una corrección disciplinaria al defensor particular y se informará al procurador y al jefe de la Defensoría de Oficio. En su caso, para que imponga la corrección que proceda a sus respectivos subalternos y puedan nombrar sustituto que asista a la nuevamente citada". (Artículo 326).

Relacionado con esta misma cuestión, el legislador al referirse al Jugado Popular, establece: "Siempre que el defensor dejare de asistir a la audiencia, si no fuere de oficio, el juez lo hará saber al acusado y le presentará la lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convenzan" (artículo 338 del C.F.P.D.F.).

La violación de garantías en que se incurre, cuando el procesado no está asistido por su defensor, da lugar a la nulidad de todo lo actuado y por ende, a la reposición del procedimiento (artículo 431 fracción III del C.F.P.D.F.)

Cuando el Defensor no cumple el cargo que se le ha conferido, incurre en la comisión de un delito, según se desprende de

lo dispuesto en el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 231 que a la letra dice: " se impondrán de dos a seis años de prisión, de cien a trescientos días multa y suspensión e inhabilitación hasta por un término igual al de la pena señalada anteriormente para ejercer lo profesional, o los abogados a los patronos, o a los litigantes, que no sean ostensiblemente patrocinados por abogados, cuando cometan algunos de los delitos siguientes: Alegar a sabiendas hechos falsos, o leyes inexistentes o derogadas; Pedir términos para probar lo que notoriamente no puede probarse o no ha de aprovechar su parte; Promover artículos o incidentes que motiven la suspensión del juicio o recursos manifiestamente improcedentes o de cualquier otra manera procurar dilaciones que sean notoriamente ilegales; A sabiendas y fundándose en documentos falsos o sin valor o en testigos falsos ejercite acción u oponga excepciones en contra de otro, ante las autoridades judiciales o administrativas; Y simule acto jurídico o un acto o escrito judicial o altere elementos de prueba y los presente en juicio, con el fin de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley". De igual manera el artículo 232 señala "además de las penas mencionadas, se podrán imponer de tres meses a tres años de prisión; Por patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos, en el mismo negocio o en negocios conexos, o cuando se acepte el patrocinio de alguno y se admite después el de la parte contraria; Por abandonar la defensa de

un cliente o negocio sin motivo justificado y causando daño; Y al defensor de un reo sea particular o de oficio que sólo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad caucional que menciona la fracción I del artículo 20 de la Constitución, sin promover más pruebas ni dilucidarlo en su defensa".

En cuanto a los defensores de oficio, el mismo Código indica: Cuando estos " Sin fundamento no promuevan las pruebas conducentes en defensa de los reos que los designen, serán destituidos de su empleo..." (artículo 233).

C. PRINCIPALES DEBERES TECNICO-ASISTENCIALES DEL DEFENSOR

El defensor, particular o de oficio, además de los deberes técnico-asistenciales, señalados para la averiguación previa, tiene los siguientes: Estar presente en el acto en que el procesado rinda su declaración preparatoria; Solicitar cuando proceda inmediatamente la libertad bajo caución o bajo fianza y hacer los trámites necesarios hasta lograr la excarcelación; Promover todas las diligencias que sean necesarias en favor de su defenso, durante el término constitucional de setenta y dos horas y estar presente durante el desahogo de las mismas; Interponer los recursos procedentes al notificarse de la resolución pronunciada por el juez, al vencerse el término mencionado; Promover todas las diligencias y pruebas que sean necesarias, durante la instrucción, y en segunda

instancia, en los casos permitidos por la ley: Asistir a las diligencias en las que la ley lo considera obligatorio, pudiendo interrogar al procesado, a los peritos, a los testigos y a los intérpretes, e interponer los recursos que para cada caso señale la ley; Prover la acumulación de procesos cuando la situación así lo demande; Desahogar las vistas de las que se le corra traslado; y Formular sus conclusiones dentro del término de ley.

D. SECRETO PROFESIONAL

El secreto profesional, tiene sus antecedentes en la doctrina eccléstica y tal fue su importancia que con el tiempo se consolidó, a grado tal, de constituir un pecado mortal para quien lo quebrantara.

Más tarde, el secreto se circunscribe a la confesión realizada ante cualquier representante de la iglesia católica; finalmente, la revelación de secretos se instituye como delito.

El secreto profesional, no es sólo un deber jurídico, sino también un deber moral.

En el ámbito penal, el defensor deposita su confianza en el defensor, con la absoluta convicción de que éste no lo engañará

en todo lo confiado, en situación diversa no lo habría hecho, ni habría solicitado sus servicios.

La revelación de secretos, es traición: ¿Qué quedaría de la defensa en esas condiciones?

El ilustre Francisco Carrara, en su Programa de Derecho Criminal, señala, entre otros deberes inherentes a la defensa, la fidelidad, significando con ello que el defensor no traicione a quien le ha confiado secretos, concretamente en el "secreto de confesión".

De igual manera Fernando Serrano, manifiesta: "Al abogado se le confían los secretos del honor, de los que depende, a veces, la tranquilidad de las familias...; Aquellas confidencias en las que juegan, no sólo los intereses, sino la honra y la libertad e inclusive la vida...; Conocerá así, el abogado, los errores, y a veces, los horrores de los hombres, sus pasiones íntimas, los motivos tentadores, las flaquezas del alma, los egoísmos, las concupiscencias, la codicia humana y también los callados sacrificios heroicos, los dolores que atenazan el alma; Los afectos sinceros, y, en fin, cuanto hay de abyecto y sublime en el alma de sus confidentes.

El abogado salvando las diferencias teleológicas, es como el confesor: Si este es confidente e intermediario ante el Tribunal de la justicia divina, aquél lo es ante el de la justicia de

los hombres. Por eso, tradicionalmente, en todos los pueblos y en todas las épocas, desde que fue reconocido el derecho de defensa, que arranca del derecho natural, el secreto profesional del abogado le fue impuesto como uno de sus más sagrados deberes, y se respeta siempre en la ley, considerándolo inviolable..." (74)

El deber que contrae el defensor, en relación con quien le ha confiado un secreto, no debe ser quebrantado nunca, porque si así fuese, resultaría afectado, no solo el derecho de defensa del procesado, sino también el interés social. Si bien es cierto, que la obtención de la verdad es fin específico del proceso, aún así, el órgano jurisdiccional está obligado a guardar un respeto absoluto a todo aquello que constituya actos de defensa, y por ello no permitir ni aceptar ningún acto en el que se constriera al defensor para que falte a un deber moral y legal de tanta trascendencia y que por otra parte lleque a darse un acto delictuoso, puesto que la revelación del secreto profesional está así tipificado y cuya tutela penal, tiene por objeto la protección de la libertad individual y la integridad social.

En el primer aspecto, se afecta a la vida privada del sujeto, y en el segundo, el normal desenvolvimiento social se altera en esferas tan importantes como lo son: la moral y las buenas costumbres.

(74) "EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS", en Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano, Editorial Porrúa, México 1960, pág. 8 y 9.

En el Código Penal para el Distrito Federal, en relación con este problema, establece lo siguiente: "Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto". (artículo 210)

"La sanción será de uno a cinco años multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta sus servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial". (artículo 211)

Dentro de estos preceptos, no solamente quedan comprendidos los funcionarios y empleados públicos, sino también el defensor.

La revelación del secreto profesional, en principio, es inviolable, y como se hizo notar, es un deber jurídico y moral; Sin embargo, en algunos casos excepcionales, en los que existen valores en pugna, debe preferirse el más trascendente y en esas condiciones el defensor debe hacer saber parte o todo lo que le ha sido confiado, por ejemplo: Cuando se trata de la patria o cuando el

simple silencio se lesionara la situación de un inocente.

Respecto a este problema Clara Olmedo indica: "El defensor tiene el deber de no respetar el secreto profesional, cuando sea necesario hacer pública la reserva de la confidencia para evitar la condena de un inocente, quien se habria confesado culpable por razones sentimentales o de otro orden, altruista o no; Si así lo hiciere, traicionaria su misión específica, convirtiéndose en defensor de un tercer culpable, con sacrificio conciente de su asistido no culpable. Si posible le fuera salvar a ambos, podrá mantener la reserva; Pero la duda al respecto es acicate bastante para decidir afirmativamente el conflicto entre callar y hablar".

(75)

CONCLUSIONES

PRIMERA.-

La defensa es un hecho, además de un loaro jurídico es un hecho natural. Toda vez que quien está acusado de haber cometido un delito, desde tiempos inmemoriales a la fecha tiene el mínimo derecho de ser escuchado en sus argumentos frente a los que esgrimieron la acusación, hecho por la cual propongo que quien acusa la defensa lo haga con la convicción de que el interés del estado está por sobre cualquier otro y debe dedicarse a defenderlo frente a cualquier situación.

SEGUNDA.-

Es indeseable que el inculpado padezca de inseguridad jurídica respecto a sus mínimos derechos, en virtud de que, constitucionalmente le existe el derecho de la defensa y esta no se le otorga como debe ser, se ubica en un estado de indefensión, por ello propongo que los jueces y defensores sean particulares o de oficio, se entreguen a su trabajo pensando acerca de la responsabilidad que tienen frente al inculpado, frente así mismo a con relación a la sociedad.

TERCERA.-

Resulta innegable que el defensor juega un papel trascendente en la relación procesal y funge como un

eseo de equilibrio entre el acusado, el Juez y el Ministerio Público, por ello el defensor debe pugnar por su vida e integridad, a fin de que el Derecho Penal no salga victorioso, dentro de los parámetros legales, con el fin objetivo de resaltar por sobre todas las cosas, la Justicia que debe imperar en toda relación de Derechos.

CUARTA.-

Debe advertir, que no se pretenda modificar todo un sistema, pero sí el modo de pensar conciencia de que el individuo sujeto a proceso, se le deben de respetar sus garantías individuales y darle su lugar como persona que es, y no tratarlo como un ser despreciable de la sociedad, ya que por más abominable que parezca el criminal, siempre debe de contar con la protección de las leyes, el respeto ineluctable a sus garantías individuales y con la más amplia libertad en la preparación de su defensa.

B I B L I O G R A F I A

- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Nicato. El Nuevo Código Procesal penal del Estado de Michoacan. Editorial Porrúa, México 1974, T. I.
- ARILLA SAS, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Editores Mexicanos Unidos, S.A., México 1984.
- BUREDA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 8a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1979.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, S. A. 15a. Edición. México 1995.
- DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Tratado sobre las Pruebas Penales. Editorial Porrúa S.A., México. 1991.
- DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Teoría de la Acción Penal. Editorial Textos Universitarios, México. 1974.
- DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Terminos Usuales en el Proceso Penal. Editorial Porrúa, S.A., México. 1986.

- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Federal de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa, 2a. Edición, México 1989.
- EYMERIC, Nicolas. Manual de Incisidores. 2a. Edición. Barcelona Editorial Fontamara, S.A., 1982.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, México 1992. 5a. Edición. Tomo D-H.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. S.A., México 1987.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria. Prontuario de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa. S.A., 7a. Edición, México 1993.
- GARCON, Maurice. Défense de la Liberté Individuelle. Paris. Librairie Arthème Fayard, 1957. Traducción de Ana Luisa Chávez López.
- GÓMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. Editorial Harla. México 1991.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios del Derecho Procesal Penal Mexicano. 4a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1967

- GUARNERI, José. Las Partes en el Proceso Penal. Editorial José M. Cédica. Puebla 1902.
- HERNANDEZ LOPEZ, Aaron. Manual de Procedimientos Penales. Editorial Pac. S.A. de C.V., México 1991.
- HERNANDEZ LOPEZ, Aaron. El Proceso Penal Federal. Editorial Porrúa S.A., 3a. Edición, México 1994.
- ISLAS, Olga y Elpidio Ramírez. El Sistema Procesal Penal en la Constitución. Editorial Porrúa, S.A., México 1979.
- LESNE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas. Europa-América, 1961.
- MENDIETA Y FUREZ, Lucio. El Derecho Precolonial. Editorial Porrúa, S.A., México 1981, 4a. Edición.
- MANZINI, Vicenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial Ejea. Buenos Aires, Argentina. 1952 Tomo II.
- PADILLA, José R. Síntesis de Amparo. Editorial Cárdenas. Editor y Distribuidor, México 1978, 2a. Edición.

- FALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A., México 1983.
- FEREZ PALMA, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., México 1974.
- FINA, Rafael De. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, S.A. 12a. Edición. México 1984.
- FRADO RESENDIZ, Heriberto. La Flagrancia y la Cuasi-Flagrancia. Revista Dinámica del Derecho Mexicano. Número 2. Procuraduría General de la República. Méx. 1974.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla, México 1995. 2a. Edición.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge E. La Defensa Penal. Sanra Fé, Argentina. Rubinzal y Calzoni, S.C.C., 1978.
- ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Editorial Porrúa. 7a. Edición. México 1994.

L E G I S L A C I O N

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal para el Distrito Federal.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Código de Justicia Militar.
- Ley de Amparo.
- Ley Reglamentaria del artículo 5° Constitucional.
- Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común.
- Ley de la Defensoría de Oficio Federal y su Reglamento.

D I V E R S O S

- Amparo Directo 3057/58. Informe 1959. Primera Sala.
- Diccionario Enciclopédico Bruguera. Editorial Bruguera-Mexicana de Ediciones, S.A., México 1952.
- Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano, Editorial Porrúa, México 1940.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliografía Argentina, S.R.L., Buenos Aires, Argentina 1957.