



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

‘‘ARAGON’’

191
2ej

**La Defensa como un Derecho Subjetivo Público del
Inculcado en el Procedimiento Penal Mexicano
en el Orden Común**

T E S I S

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

MA. LUCIA LAZCANO VELAZQUEZ

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

San Juan de Aragón, Edo. de México 1991



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 está 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.

INTRODUCCION

La conducta que mediante la acción u omisión es tipificada penalmente, dá motivo al Procedimiento Penal, lo cual trae consigo una serie de actividades tendientes a la aplicación de la norma abstracta al caso concreto.

Dicha acción persecutoria es puesta en manos del Estado, el cual despliega actos de autoridad en la esfera jurídica del gobernado para establecer su responsabilidad o inocencia -- frente al hecho delictuoso.

En torno a tal situación se originan cuestiones importantes, la creación de un equilibrio jurídico entre las partes que integran la relación procedimental penal y el derecho de defensa de quien es señalado como presunto responsable, el cual es reconocido dentro del ordenamiento jurídico.

Así bien, este derecho de defensa reviste características tales que representen para el Estado una obligación frente al titular de dicho derecho.

En primer término el derecho de defensa debe ser reconocido como fundamental del hombre, por lo que cualquier limitación al mismo, significa la existencia de un poder arbitrario y tiránico.

Por ello es necesario determinar cuáles son los aspectos que deben tomarse en cuenta en la legislación penal procedimental, a fin de dar todas las posibilidades al ejercicio de este derecho a favor del indiciado.

Las controversias más continuas en torno a la defensa del inculpado son en el sentido de establecer cuál es la importancia de su existencia dentro de la conducción del procedimiento, y una vez establecida ésta, determinar de qué forma puede hacerse respetar y ejercitar.

Por otra parte, es de analizarse cuál es la forma -- que la ley establece para objetivizar la defensa en juicio, situación que implica determinar los derechos que encierra la garantía de defensa.

Un aspecto importante dentro del Procedimiento Penal es el relativo a la intervención del abogado defensor, para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de un inculpado, pues de que sirve la existencia teórica de dichos derechos, si su titular no sabe como ejercerlos o ni siquiera los conoce.

Por ello, es necesario determinar cuál es su posición dentro del Procedimiento, ya que a tal cuestión ha sido imposible unificar criterios, por lo que en el presente trabajo se realiza un análisis de cuales son las características que invisten al defensor.

Por otra parte, se presenta el planteamiento de la - defensa formal, cuya finalidad es suplir las deficiencias del - acusado que no posee los conocimientos profesionales necesarios para contrarrestar la acusación hecha en su contra.

La Constitución y la Ley adjetiva penal son omisas a este respecto, pudiendo designar defensor a cualquier persona - de la confianza del inculpado aunque no sea Licenciado en Derecho, resultando gravemente afectado debido al desconocimiento - técnico de quien así fué designado.

Por tanto, debe ampliarse el derecho de defensa en este sentido, siendo una obligación del Estado frente al inculpa- do la existencia de la defensa técnica y en el caso de que la persona de la confianza del inculpa- do no sea Licenciado en Dere- cho, debe hacerse además el nombramiento del defensor de ofi- cio.

Asimismo, es importante establecer el momento en el que nace el derecho a la intervención del defensor, pues la po- sición de nuestra Constitución Política es la de determinar di- cho derecho solo en favor de los procesados (dejando fuera a -- cualquiera que se encuentre sujeto a la averiguación previa de un delito), siendo que este momento podría ser decisivo para e- vitar daños a veces irreparables, al no tener posibilidad el Mi- nisterio Público y la Policía Judicial de adoptar una actitud -- totalmente inquisitoria y arbitraria frente al inculpa- do, de- biéndose además extender, en la propia Ley Suprema, la designa- ción del defensor de oficio a cargo del Estado, cuando en la e- tapa de la averiguación previa el indiciado no nombra defensor o cuando el designado no sea perito en derecho.

Únicamente cuando estas cuestiones sean resueltas -- con claridad en nuestra Ley Suprema, podrán atacarse más direc- ta y fundadamente, en cualquier Estado de la República, toda -- violación que se pretendiera, dentro de un procedimiento penal, de los derechos de un gobernado señalado como responsable.

Es por ello, que pretendemos realzar, mediante este estudio, lo esencial de que nuestro sistema procedimental penal reconozca plenamente LA DEFENSA COMO UN DERECHO SUBJETIVO PUBLI- CO DEL INculpADO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO EN EL ORDEN COMÚN.

CAPITULO I

DESARROLLO HISTORICO DE LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

LA DEFENSA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

La mayor o menor posibilidad del derecho de defensa del inculcado, ha dependido del mismo desarrollo que a través de la historia ha tenido el proceso penal, así se habla de los diversos sistemas de enjuiciamiento penal adoptados, una vez - que evolucionaron las primeras ideas de justicia, como la fórmula del Talión y el sistema de composiciones.

El que primero aparece históricamente es el sistema acusatorio, cuyas características le dan dicha denominación.

A este respecto es necesario señalar la observación que hace Carnelutti, en cuanto a que el carácter del sistema acusatorio no depende tanto de la existencia de la acusación, si no más bien de la mediación entre el juez y el inculcado de la acusación y la defensa. (1)

En efecto, en este sistema de enjuiciamiento se presenta una marcada separación entre las tres funciones que conforman el proceso penal: la acusación, la defensa y la decisión que son actividades encomendadas a Organos propios, totalmente independientes, en virtud de que sus fines son distintos, por lo que no podrían reunirse dos en una misma persona.

(1) Cit. por Guillermo Borja Cuervo. Derecho Procesal Penal. - México, Ed. Cajica, S. A. 1969, pág. 31.

Esta característica permitía que la función de decisión estuviera investida de imparcialidad y objetividad, ya que las facultades del juez estaban concretadas a solo decidir sobre la relación jurídica penal, permaneciendo alejado de los intereses contrapuestos del acusador y el imputado.

En el sistema acusatorio se da la separación de funciones, pues el interés prevaleciente es el particular, los sistemas de enjuiciamiento, señala Rivera Silva, son resultado de los diversos criterios que se ha tenido sobre la ofensa que entraña el delito. (2)

Mientras se considera que una conducta delictiva va en detrimento de intereses individuales y no ocasiona lesiones al orden social, se da un procedimiento de partes, en el que el propio ofendido y el individuo a quien se imputa el delito defienden sus posiciones y un Organó imparcial resuelve sobre la controversia.

Dadas las anteriores consideraciones, el enjuiciamiento penal de tipo acusatorio procede a partir de la acusación. Inicialmente solo el afectado por el delito o sus parientes tenían el derecho de pedir la aplicación de la pena correspondiente y la reparación de los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado. Posteriormente, al reconocer la trascendencia de las lesiones que ocasiona el delito hacia los intereses colectivos, la acusación podía ser realizada por cualquier persona en su calidad de ciudadano, y por tanto, integrante de la sociedad afectada (acusación o acción popular).

(2) Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. 15 ed., México, Ed. Porrúa, S. A., 1935, pág. 188.

A los derechos y facultades del acusado recaen las - del imputado, el cual tiene amplia libertad de defensa, formando parte como sujeto dentro del proceso, existiendo por lo tanto, una igualdad procesal en el enfrentamiento que entre acusador y acusado se origina.

Al tener poder cualquier ciudadano para denunciar -- contra algún individuo la comisión de un delito, se reconocía - al imputado el derecho de probar su inocencia o menor responsabilidad, ante el Organó encargado de aplicar la justicia, y a - tal efecto, en el sistema acusatorio el procesado puede presentar cualquier elemento de convicción y el juzgador tiene amplia libertad en la apreciación de las pruebas.

Se reconocen en este sistema los principios de publicidad, oralidad e igualdad, de tal forma que la tramitación del procedimiento se hace en público, por lo que se permite la participación del elemento popular en el juicio; constituye la palabra el medio de comunicación entre las partes y el Tribunal y se otorga "igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y el de la defensa, de acuerdo con el axioma que dice: no debe ser lícito para el actor, lo que no se permite al reo".(3)

Así es que, haciendo a un lado a los pueblos salvajes, en que el procedimiento y el derecho de penar tenían los - caracteres propios de la venganza privada, se partía del concepto de que la persecución del delito correspondía a las personas aunque se admitía en el castigo la intervención del Estado; la iniciativa y prosecución del procedimiento se dejaba en manos -

(3) Luis Dorantes Tamayo. Elementos de teoría general del proceso. México, Ed. Porrúa, S. A. 1983, pág. 211.

del ofendido o de sus familiares. Se planteaba la situación -- contradictoria entre las partes, teniendo libertad de acción y promoción, y entre ellas el juez imparcial se limitaba a lo que le pedían, autorizaba las pruebas y el debate público y oral, y pronunciaba su decisión.

El sistema acusatorio se manifestó en las instituciones de Grecia y en la Roma antigua, antes de la caída del Imperio romano, en los primitivos pueblos germanos y en los fueros municipales españoles.

En el derecho griego, cuando se ejecutaba un acto de lictuoso, el ofendido o cualquier ciudadano acudía al Arcontado a hacer su acusación verbalmente, el cual convocaba al Tribunal del Areópago, de los Ephetas o de los Heliastas. El juicio se realizaba ante la presencia del pueblo, en donde las partes, acusador y acusado defendían sus posiciones por sí mismos, sin que se permitiera la intervención de terceros. El acusado podía preparar su defensa mediante los "logógrafos", que eran los instrumentos en los cuales redactaba su defensa; asimismo, podía presentar las pruebas que creyere convenientes.

El arcontado y el Tribunal de los Heliastas resolvía condenando o absolviendo, después de escuchar los alegatos y la apreciación de las pruebas ofrecidas por las partes.

En la Roma antigua, los actos de acusación, defensa y decisión eran encomendados a personas distintas. La acusación era libre y cualquier ciudadano romano podía poner en movimiento a los Tribunales, los que realizaban los actos procesales -- públicamente en la Plaza del Agora o en el Foro romano.

Los patronos (patricios concededores de la ley) eran los defensores de los plebeyos. El patronus o causidicus debía

ser auxiliado en sus recursos legales por el advocatus, perito en la ciencia jurídica.

Los alegatos los realizaba el patronus ante todo el pueblo, que se reunía a la Plaza o Foro, valiéndose de cualquier elemento o medio, para defender los intereses de su cliente. La prueba ocupó un lugar secundario, puesto que la elocuencia era determinante en el ánimo de los oyentes. La sentencia era pronunciada conforme a la conciencia del juzgador.

LA DEFENSA EN EL SISTEMA INQUISITORIO

El sistema de enjuiciamiento de tipo inquisitorio, surge con los regímenes monárquicos, en la Edad media, y se perfecciona en la llamada Santa Inquisición de la Iglesia romana.

Los intereses de la colectividad que se ven lesionados ante una conducta contraria a la ley, son protegidos en extremo en este sistema; predomina el interés social sobre el particular, por lo que la oficiosidad adquiere gran significación, a fin de que no se deje al arbitrio de los particulares la persecución del delito y evitar el riesgo de que quede impune la conducta socialmente dañosa.

El procedimiento inquisitorio se inicia a partir de la acusación, delación o pesquisa, que eran los medios por los que el Tribunal era puesto en conocimiento de la conducta de los particulares.

La característica peculiar de este sistema es la concentración de funciones en el Tribunal. El juzgador posee amplias facultades y poderes, ejerce funciones de acusación, de juez y es parte; denuncia, instruye y decide el proceso, colocándose en una posición, en relación de la cual señala Zacherías: "Es algo absurdo exigir al inquisidor estar ya de un lado o ya del otro, y con ambas armas luchar contra sí mismo, pero al mismo tiempo, también dirigir la disputa como árbitro". (4) Y en efecto, tal era la posición del inquisidor, de tal forma que la participación tanto del acusador, como del procesado, era totalmente nula.

(4) Cit. por García Ramírez Sergio. Derecho Procesal Penal. -- 2 ed., México, Ed. Porrúa, S. A., 1977, pág. 88.

El juzgador tiene la facultad de allegarse de todos los medios o elementos de convicción, para demostrar la existencia de la conducta realizada por el imputado, teniendo absoluta libertad para aplicar los procedimientos que crea convenientes, para llegar a la verdad de los hechos, tales como el tormento, los azotes, las marcas, etc.

En este sistema existe una total subordinación del imputado, el cual no es más que el objeto de la pesquisa, no interviene como parte en el proceso, por lo tanto, no existe una verdadera relación jurídica. A este respecto manifiesta Beccaria: "el juez se convierte en enemigo del reo, no busca la verdad del hecho, sino que busca en el preso al delito". (5)

Inquirir jurídicamente significa investigar, indagar secretamente, y en efecto, el proceso inquisitorio desde la instrucción y el debate, hasta la terminación, seguía los lineamientos del principio procesal del secreto, no solo en relación con los ciudadanos, sino con el mismo procesado, el cual desconocía inclusive el cargo que se le imputaba, el nombre de su acusador y de los testigos que deponían en su contra.

El juez tenía facultades para iniciar el procedimiento, integrar la verdad de acuerdo con los elementos de convicción de que el mismo se allegara, tenía libertad en la búsqueda, adquisición y valoración de las pruebas, sin tomar en cuenta el comportamiento de las partes, respecto al seguimiento del proceso.

(5) Cit. por García Ramírez Sergio. Op. cit. pág. 87.

Todas las actividades eran realizadas en ausencia y desconocimiento total del imputado, al cual se le comunicaban las piezas del proceso una vez integrado éste, en su última fase. Las actuaciones se desenvolvían según el principio de escritura, ya que las declaraciones del inculcado y de los testigos se asentaban por escrito, a fin de que se conservaran y pudieran valorar con posterioridad.

Estas características limitaban en extremo la defensa del inculcado, dado que el conocimiento del hecho que se le imputaba era en la etapa final del proceso, carecía de tiempo suficiente para preparar sus pruebas y su propia defensa. El ofrecimiento de las pruebas por parte del inculcado, era además restringida y la valoración de las mismas, tanada.

Existía la figura del defensor, pero éste formaba -- parte del Tribunal y debido a la concentración de funciones no era independiente, por lo que esta actividad es considerada --- prácticamente nula.

En el sumario se prohibía definitivamente la presencia de abogados defensores y poca importancia se daba a la defensa llevada a cabo por el imputado, en su intento por demostrar su inocencia, ya que el juez interpretaba a su modo las de claraciones o pruebas aportadas por aquel.

La confesión era la prueba por excelencia y el juzgador podía emplear el tormento y métodos inhumanos, a fin de arrancar las confesiones, que dadas esas circunstancias, pocas veces concordaban con la verdad. La sentencia se pronunciaba a comodidad del juez y el procesado era condenado ante su confesión, aun siendo inocente. De esta manera, simplemente se perseguía y castigaba un delito, sin importar sobre quien cayera el castigo, cometándose injusticias.

La tortura era aplicada durante la instrucción de la causa, con la finalidad de arrancar al reo la confesión del delito y de su culpabilidad y de igual manera era aplicada a la persona condenada a muerte, con el objeto de obtener del condenado las declaraciones tendientes a descubrir a sus cómplices.

En el procedimiento penal canónico, el Tribunal del Santo Oficio empleaba el sistema de tipo inquisitorio, introducido por Lucio III, que en el año de 1184 reglamentaba en el -- Concilio de Verona la pesquisa general, ordenando a los obispos que realizaran al menos una vez por año, una visita a los lugares donde se presumiera la presencia de herejes o de aquellos que hicieran reuniones ocultas en contra de la Iglesia, obligando a tres o cuatro personas a dar los nombres de los culpables, (puesto que la acusación era obligatoria so pena de excomunión) y los presentarían al castigo sealar.

Posteriormente el Papa Inocencio III en el Concilio de Tolosa, reglamentó la inquisición episcopal, facultando a un eclesiástico y dos laicos para realizar la pesquisa de los que incumplían los mandamientos de la Iglesia.

Podía haber acusación por parte de testigos sobre la conducta contraria a la fe, realizada por alguna persona, y en tal caso, el inquisidor procedía contra esta persona (pesquisa especial). El culpable era puesto a disposición de Tribunal -- Del Santo Oficio, en donde se le escuchaba su declaración apegándose a que si confesaba, la pena podía atenuarse.

Existía la figura del promotor fiscal, parte integrante del Tribunal, el cual realizaba su acusación y las respuestas del acusado quedaban asentadas por escrito, se admitían las pruebas propuestas por el inculcado, el que hasta ese momento desconocía los nombres de sus deponentes.

Es maravillosa la forma de proceder a la constitución de la prueba en la investigación de los delitos, señala -- Borja Osorno (6), pues se recomienda a los comisarios de Corte, (primeros inquisidores episcopales), se tome el sumo cuidado en las preguntas para que no sean viciosas y el declarante no pueda deducir lo que se trata de descubrir; no deben citarse nombres, para que el testigo no acomode sus respuestas, las cuales se asientan textualmente para que la persona al escribir, no la interprete y cambie la idea del deponente.

Antes de pronunciar la sentencia podía aplicarse el tormento, respecto del cual Inocencio IV recomendaba a los inquisidores que "fuesen clementes con aquellos que demostrasen su arrepentimiento por abjuración pública y auto de fe, a los clérigos herejes y a los laicos relapsos se les imponía el suplicio del fuego y se les confiscaban sus bienes". (7)

Dictada la sentencia se enviaba al Consejo Supremo de la Inquisición para que la confirmara o modificara.

(6) Op. cit. pág. 39

(7) Juan José González Bustamante. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. 7 ed. México, Ed. Porrúa, S. A. --- 1984, pág. 9.

LA DEFENSA EN EL MODERNO PROCESO PENAL

Siguiendo los lineamientos que marca el interés pre-
valeciente en la relación jurídica penal, el sistema acusatorio
tiende a proteger el interés particular, bajo la consideración
de que los alcances del delito se dirigen esencialmente hacia -
el ofendido, el cual da los medios para la iniciación y segui-
miento del proceso y en el que el imputado puede defenderse y -
así contrarrestar la fuerza de la acusación. El sistema inquisi-
torio, contrariamente, tutela el interés colectivo, pues se con-
sidera que es la sociedad la que sufre directamente los daños -
que ocasiona el hecho delictuoso, por lo que es la misma, por -
medio del Estado, la más interesada en la persecución y castigo
del delito.

Una nueva concepción reconoce a la comunidad social
como principal dañada, pero al mismo tiempo, considera al Esta-
do como culpable directo por la comisión del delito, pues son -
las condiciones sociales (de las que es responsable el Estado)
las que determinaron en el delincuente la realización de dicha
conducta, resultando éste, en cierto modo víctima y por consi-
guiente interesado al igual que el Estado en la investigación -
de las causas y alcances del delito.

Surge de esta forma un sistema procesal penal común
o mixto que atiende a los dos intereses sociales señalados por
Enrico Pessina: que ningún culpable escape al castigo y que a -
nadie se someta a una pena si no se demuestra su responsabili-
dad y solamente en los límites de ella. (2)

(2) Cit. por Borja Osorno Guillermo. Op. cit. pág. 39.

La sociedad representada por un Organó estatal y el inculpado son los contendientes en el proceso penal mixto, al primero corresponde la acusación y la demostración de la culpabilidad del imputado y éste debe probar su inocencia o menor -- responsabilidad ante el juzgador, que realizará la aplicación -- de la norma abstracta al caso concreto, allegándose además por propia cuenta de los elementos que a su consideración fortalezcan su decisión.

El monopolio de la acusación es la nota peculiar del sistema mixto y que le da una esencia propia, por lo que los -- juristas coinciden al determinar que este sistema no es solo la combinación de dos distintos sistemas de enjuiciamiento, sino -- que es un proceso que responde a las exigencias del Estado moderno, dando satisfacción a las necesidades sociales conforme a las relaciones entre ciudadano y Estado.

La acusación es ejercitada exclusivamente por un Organó Estatal (Ministerio Público), respecto de lo cual Francisco Carrara manifiesta en su programa de derecho criminal: "El proceso mixto presupone un funcionario investido de poderes especiales para deferir los delitos al conocimiento de la justicia y para sostener la persecución de ellos. Pero este funcionario no es un ierenarca, ni un abogado fiscal que solo busca lo -- que pueda perjudicar al indagatorio, sino que es un agente de Ministerio Público que representa a la ley y que por ello debe -- adoptar la imparcialidad de ésta y mostrarse indiferente ante -- los resultados de sus pesquisas, con tal que estos resultados aparezcan conformes con la verdad externa". (9)

(9) Carrara Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volumen II, 2 ed. Bogotá, Ed. Temis, 1953, págs. --- 310-311.

El proceso penal común se divide en dos fases, en la primera se observan características principalmente inquisitivas y la segunda tiende hacia el proceso de tipo acusatorio.

En la primera fase denominada de instrucción se siguen los principios de escritura y secreto, presentando gran simpatía por la prisión preventiva del imputado y en la averiguación del delito se sigue un procedimiento analítico, la decisión es secreta y durante todo este periodo solo es posible la defensa escrita en cuanto a la prisión preventiva y llamamiento a juicio del imputado, pero en cuanto a la indagación de delito su defensa no tiene relevancia alguna, pues es el Organó inquisidor quien realiza de acuerdo a su libre convicción y sin subordinación alguna, la integración de los medios que fortalezcan su acusación.

La segunda etapa denominada plenario o juicio, se inspira en los principios de publicidad, oralidad y contradictorio, en ella el ministerio público sostiene su acusación y el acusado, en todo momento asistido de su defensor, realiza la negación de la pretensión punitiva, garantizándosele para tal efecto la información sobre todos los actos del proceso y el conocimiento de los testimonios en que se basa la acusación.

Consecuentemente a la libre defensa, el acusado y su defensor tienen derecho a proponer las pruebas convenientes que contribuyan a la aclaración de los hechos.

El sistema mixto constituye el moderno proceso penal y es el resultado de una nueva ideología que tiene como punto de partida la conciencia que hacen despertar las aspiraciones e ideales de la Revolución Francesa y que se propaga hacia todos los países ansiosos de libertad política.

Es primeramente la declaración de los derechos del hombre, aprobada el 26 de agosto de 1789, lo que realiza los conceptos de libertad, igualdad, propiedad y seguridad jurídica, otorgando especial importancia a las garantías personales para los casos de arresto y enjuiciamiento. Posteriormente la ley de 29 de septiembre de 1791 dió al proceso penal un nuevo matiz al determinar garantías al acusado dentro del juicio, de tal forma que podía nombrar defensor desde el momento de su consignación y en caso de no hacerlo, el juez tenía la obligación de -- nombrárselo, decretando la publicidad y oralidad y la prisión -- preventiva solo cuando el delito mereciera pena corporal.

CAPITULO II

LA DEFENSA COMO ELEMENTO DEL PROCESO PENAL

ETAPAS PROCESALES DEL JUICIO PENAL MEXICANO

En la preservación del orden social es necesaria la actuación del Estado, que mediante las normas jurídicas del derecho penal, obliga coactivamente a los particulares a respetar los intereses de los demás individuos.

Mas cuando las leyes penales se ven quebrantadas y existe un peligro en la estabilidad social, debido al caracter esencialmente punitivo del derecho penal, el Estado en uso de sus facultades y en cumplimiento de una obligación, lleva a cabo una serie de actividades tendientes a la aplicación de una sanción o pena que corresponda a la conducta antisocial.

Esta serie de actividades no son arbitrarias, sino que se encuentran previamente reglamentadas en un ordenamiento jurídico de carácter público que através de un conjunto de disposiciones, determina los actos y formas que deben observarse en la aplicación de las consecuencias que el derecho penal sustantivo prevee. Ello justifica la existencia del procedimiento penal, lo que el maestro Rivera Silva sintetiza al manifestar: "el procedimiento penal intenta, con cierta reglamentación que quiere impedir la anarquía en la actuación, comprobar la existencia de los datos que la ley fija como condicionantes de la sanción, para poder dar vida, en casos concretos, a las normas contenidas en el derecho penal material y así hacer efectivas - las formas de conducta que el propio derecho penal señala como idóneas para la buena vida gregaria al través de las cuales se

pugna por la feliz verificación de la personalidad humana. (1)

El procedimiento penal, para el logro de su finalidad comprende diversas etapas o períodos que siguen una secuencia lógica, conforme a los diferentes aspectos que durante su desenvolvimiento se van presentando. El procedimiento se inicia desde que se tiene conocimiento de la comisión de un hecho que puede ser delictuoso, por el Ministerio Público y hasta la consumación de la finalidad de las normas procedimentales: la aplicación de la norma abstracta al caso concreto, mediante una sentencia definitiva emitida por el Órgano Jurisdiccional.

Las etapas que conforman el Procedimiento penal mexicano son:

Período de preparación de la acción procesal;
 Período de preparación del proceso, y
 Período del proceso.

Cada período encierra la realización de determinados actos y formas que tienden hacia un fin específico, así en el primer período se reúnen los elementos necesarios para ejercitar la acción procesal penal; en el segundo se determina si el proceso debe o no existir, y en el tercero, las partes fijan -- sus puntos de vista respecto al hecho delictuoso, culminando -- con la aplicación del derecho, mediante una sentencia.

Las etapas del procedimiento se conforman implicando cada una de ellas una nueva situación jurídica, del sujeto señalado como responsable del delito.

(1) Op. cit. pág. 43.

Los Códigos de procedimientos penales reglamentan el desenvolvimiento de las etapas del procedimiento, en general, - de la siguiente manera:

1. PERIODO DE PREPARACION DE LA ACCION PROCESAL PENAL. Los medios que dan inicio a este período son la denuncia y la querrela, a partir de las cuales el Ministerio Público, como autoridad investigadora, debe iniciar la investigación.

La denuncia la realiza cualquier persona ante el Ministerio Público, narrando los hechos que se consideran delictuosos, con la finalidad de que se conozcan esos hechos, en tanto que la querrela debe ser realizada exclusivamente por el sujeto ofendido, ante la misma autoridad, en forma potestativa, - con el deseo de que se persiga el delito.

Solo en casos excepcionales, bien especificados por la ley, la Policía Judicial puede recibir la denuncia, pero debe dar cuenta inmediatamente al Ministerio Público, de este acto.

Una vez que se ha presentado denuncia o querrela, el Ministerio Público, tiene la obligación de iniciar el procedimiento al abrir la investigación, debiendo apearse a lo dispuesto por la ley procedimental, al practicar las diligencias señaladas para los delitos en general y para determinados delitos, así como todas aquellas que la misma averiguación previa requiera.

Realizadas las investigaciones necesarias, el Ministerio Público tiene los fundamentos para ejercitar o no la acción procesal penal, ante el Organó Jurisdiccional competente debiendo ponerlo a su disposición a efecto de que se siga ante esta autoridad la siguiente etapa del procedimiento.

No se ejercita la acción penal si durante este período se presentan situaciones de hecho, es decir, situaciones materiales que impidan la práctica de las diligencias, o si bien, concluidas éstas, la investigación no se comprueba en cuanto a la existencia del delito o la responsabilidad presunta de un sujeto.

Mas si de los datos que arroje la averiguación, se estima que se integra el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de una persona, el Ministerio Público debe ejercitar la acción procesal penal, poniendo en movimiento al Organó Jurisdiccional.

2. PERIODO DE PREPARACION DEL PROCESO. A partir del ejercicio de la acción penal, por la estimativa de la existencia del delito, el Ministerio Público pide al Organó Jurisdiccional la aplicación de la norma abstracta al caso concreto, haciendo la consignación con o sin detenido.

Si durante las diligencias de averiguación previa, el probable responsable está a disposición del Ministerio Público, al ejercitarse la acción procesal penal debe ser puesto a disposición del Juez que conozca del asunto, sin demora alguna.

Cuando no se ha logrado detener el probable responsable, el Ministerio Público debe solicitar al Juez que gire orden de comparecencia si el delito merece pena alternativa o no privativa de libertad, o bien, debe girar orden de aprehensión, que es la forma normal para privar de la libertad a un individuo a quien se le imputa la comisión de un delito sancionado con pena corporal.

La flagrancia, cuasiflagrancia y casos urgentes, son casos excepcionales de detención legal y Constitucional; en las que obviamente no existe mandamiento escrito del Organó Jurisdiccional.

ccional, pero concurren circunstancias especiales por las que -- la privación de la libertad es necesaria.

Una vez que el Juez ha tenido conocimiento de un hecho considerado delictuoso, emite el auto de radicación en el cual se fija la jurisdicción, que implica el deber, derecho y poder a que deben sujetarse las partes, que en este momento toman forma.

El auto de radicación debe señalar la hora, lugar y fecha en que se dicta, pues marca el inicio del término constitucional de setenta y dos horas, en las que debe establecerse la situación jurídica del inculpado.

La primera obligación del Juez es tomar en audiencia pública la declaración preparatoria del inculpado, dentro de -- las cuarenta y ocho horas siguientes a la consignación, haciéndole saber íntegramente la imputación que se le hace, el nombre del denunciante o querellante y de los testigos que deponen en su contra. En el mismo acto debe darle a conocer el derecho de realizar su defensa por sí mismo o por persona de su confianza, indicándole que de no hacerlo se le nombrará un defensor de oficio.

A partir de que se rinde la declaración preparatoria el Juez debe establecer si hay o no bases para iniciar el proceso, teniendo para ello setenta y dos horas máximas.

Concurrido el término constitucional, si se integró debidamente el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, el Organo Jurisdiccional debe dictar auto de formal prisión, si el delito es sancionado con pena privativa de libertad, o auto de sujeción a proceso, si el delito merece pena pecuniaria o alternativa, a fin de que quede fundamentada la existencia del --

proceso, se fije tema al mismo, se demuestre el cumplimiento -- del término constitucional y se justifique la prisión preventiva con el auto de formal prisión o la libertad preventiva con el auto de sujeción a proceso.

Cuando no haya pruebas sobre la existencia del delito o la probable responsabilidad, el juez debe dictar auto de libertad por falta de méritos, y en este caso el sujeto obtiene temporalmente la libertad, hasta la reunión de datos posteriores que permitan al Ministerio Público integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y poder así solicitar al Organismo Jurisdiccional que declare el derecho.

3. PERIODO DEL PROCESO. La tercera etapa que conforma el procedimiento penal es el proceso, y está constituido por una serie de actividades que realiza el Organismo Jurisdiccional, una vez -- que ha sido puesto en movimiento por el Ministerio Público, a fin de resolver sobre la relación jurídica que se plantea.

El proceso comprende cuatro partes que se suceden lógicamente y son:

Instrucción
Preparación a la audiencia
Audiencia
Juicio, fallo o sentencia.

La instrucción es la parte del proceso en la cual se aportan al juez los elementos probatorios que conllevan a la resolución del caso concreto. El fin que se persigue en esta parte del proceso es ilustrar al Organismo Jurisdiccional sobre el hecho delictuoso, la situación concreta en que se cometió y las circunstancias especiales del inculcado.

Se inicia a partir de que se notifica el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, señalándose a las partes un término común para ofrecer las pruebas que estimen convenientes, las cuales deben ser debidamente admitidas y desahogadas, cuando su constitución sea posible. La instrucción concluye -- cuando el Organó Jurisdiccional dicta el auto de "cerrada la -- instrucción", iniciándose la preparación a la audiencia.

La segunda parte del proceso tiene su fundamento en la determinación de la postura de las partes. Una vez que en la instrucción se han aportado los datos suficientes en torno al hecho delictuoso, las partes dan a conocer su punto de vista -- respecto a éste: defensor e inculpaado realizan sus conclusiones en base a la defensa y el Ministerio Público precisa su acusación.

La preparación a la audiencia inicia cuando el Organó Jurisdiccional dá vista al Ministerio Público y a la defensa para que formulen conclusiones. El Ministerio Público debe señalar en las conclusiones el delito imputado y las sanciones -- concretamente, fundando sus peticiones en la ley y la jurisprudencia, si transcurrido el término dicho funcionario no presenta conclusiones, o bien, si éstas son no acusatorias, el juez -- debe dictar auto de sobreseimiento y ordenar la inmediata libertad del procesado; si es la defensa la que no presenta conclusiones, se tendrán éstas por formuladas en favor del procesado, pudiendo éste defenderse por sí mismo.

Al admitirse las conclusiones, el proceso continúa -- con la tercera parte que es la audiencia, la cual se celebra el día y hora que para tal efecto se señala.

La audiencia se celebra a fin de que el juez oiga a las partes con respecto a su punto de vista y en relación al -- hecho delictuoso.

Antes de iniciarse la audiencia, el Juez tiene la obligación de cerciorarse de que se encuentren presentes el defensor, el inculcado y el Ministerio Público, debiendo resolver sobre la celebración de la audiencia; si es el Ministerio Público quien falta, puede diferirla o continuar sin él y en ausencia del defensor, debe requerir al inculcado para elegir uno de entre los que están presentes o se le nombra uno de oficio.

En la audiencia de ley se reciben las pruebas que legalmente puedan presentarse, se dá lectura de las constancias que las partes señalen y se oyen los alegatos de las mismas, -- con lo cual se finaliza la diligencia, dictando el Juez el auto que declara "visto el proceso".

El período del proceso concluye al emitirse el fallo o sentencia, la cual tiene como fin resolver el caso concreto, aplicando la norma abstracta y puede ser condenatoria, absoluta o mixta.

La sentencia condenatoria es el reconocimiento de la existencia plena del ejercicio de la acción penal, en ella el Juez aplica una sanción en especial para el delincuente. Esta resolución es apelable en ambos efectos.

La sentencia absolutoria reconoce que no se puede demostrar el cuerpo del delito o no se puede hablar de plena responsabilidad penal del imputado o de aplicación de penas, por lo que el sujeto debe ser puesto en libertad.

La sentencia mixta opera cuando hay acumulación de delitos o de delincuentes y en ella se condena a la vez que se absuelve.

El legislador a fin de hacer más pronta la impartición de justicia en materia penal, reglamentó el juicio sumario el cual procede solo si se satisfacen las siguientes circunstancias:

- a) Que el sujeto haya confesado;
- b) En caso de flagrancia;
- c) Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad menor de cinco años, en su término medio aritmético;
- d) Que el delito merezca pena alternativa o pecuniaria;
- e) Cuando notificado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, las partes manifiestan que no tiene pruebas por ofrecer y se conforman con el auto.

El juicio sumario consta de dos partes solamente; en la primera, las partes aportan al Juez los elementos probatorios para ilustrarlo en torno al hecho delictuoso; en la segunda las partes precisan su posición al respecto y el Juez las oye, emitiendo su resolución definitiva.

La primera parte se inicia con la notificación del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, a partir de lo cual las partes pueden ofrecer sus pruebas, teniendo la defensa el derecho de determinar si se sujeta al proceso sumario o cambia al ordinario.

Si no hay ofrecimiento de pruebas, se continúa el proceso con las conclusiones, o bien, al concluir la proposición de probanzas, el Juez debe analizar si éstas pueden o no ser admitidas y posteriormente señala día y hora para la celebración de la audiencia, a la cual desde luego, deben asistir el inculcado y su defensor, así como el Ministerio Público.

La segunda parte comprende el desahogo de pruebas, - la formulación de conclusiones y la sentencia o fallo.

En esta parte del proceso sumario, debe celebrarse - una audiencia pública y una vez desahogadas las pruebas deben - formularse las conclusiones verbalmente, a menos que una de las partes solicite hacerlo por escrito; finalmente se emite la sen tencia al concluir dicha audiencia.

DEFINICION DEL DERECHO DE DEFENSA

El hombre en esencia posee la facultad de ser libre, más considerando que por su propia naturaleza es un ser social, dicha libertad encuentra su límite en donde se inicia la actividad de los demás miembros del cuerpo social.

En su estado natural, el hombre para lograr el respeto a su libertad, no cuenta con medios que sean acatados voluntariamente por los demás, la única forma de garantizar el ejercicio de sus facultades naturales es la fuerza.

Cuando se ve amenazado de peligro en su patrimonio material o moral, se produce en el hombre una reacción inmediata que tiende a la defensa, alcanzando inclusive el derecho de castigar al agresor.

Esta defensa como poder de cada individuo de proteger su existencia y todo lo que conforma su acervo personal, es una facultad inherente a la vida misma que se fundamenta en el instinto de conservación; es un derecho original, esencial y absoluto del que nadie está privado, un atributo del ser que no puede ser desconocido, ni negado, fundamental para garantizar las condiciones necesarias de vida y la preservación de la humanidad.

La defensa no es un bien jurídico otorgado por la ley, dice Francisco Carrara "no es un privilegio o una concepción exigidos por la humanidad, sino un verdadero derecho original del hombre y por consiguiente, inalienable". (2)

(2) Op. cit. pág. 457, parágrafo 977.

La defensa originaria fué sin duda alguna, la autodefensa, basada en consideraciones subjetivas sobre lo justo y lo injusto y no es, sino hasta que el individuo se encuentra integrado en una organización política estatal en donde el poder subjetivo de defensa se transforma en un derecho objetivo de defensa.

El Estado nace y vive porque los hombres que lo integran han tenido necesidad de él, señala Efraín Moto Salazar --- (3). De esta forma, en su estado natural el hombre puede tener una concepción equivocada de lo justo y las leyes naturales que lo rigen son insuficientes para mantener el orden social. Ante la necesidad de regular las relaciones sociales, es preciso el establecimiento de normas de conducta que tengan la característica de ser cumplidas y respetadas obligatoriamente, el conjunto de estas normas constituyen el derecho positivo de donde emana la seguridad jurídica y que justifica la existencia del Estado.

En la concepción del Estado como una Institución que tiene como fin la consecución del bien común y la protección a la persona humana, el hombre encuentra un sistema de seguridad jurídica que le proporciona un derecho de defensa legal.

La defensa sin límites traducida originalmente en -- "hacerse justicia por sí mismo", es eliminada por la intervención coactiva del Estado; el establecimiento de un orden jurídico que regula la conducta externa de los hombres, implica el -- desconocimiento de la defensa mediante la fuerza, que cede ante el poder de defensa reconocido por la ley.

(3) Moto Salazar Efraín. Elementos de derecho, México, Ed. Porrúa, S. A., 1985, pág. 57.

El Estado tiene como función hacer cumplir coactivamente el orden jurídico, imponiendo los preceptos jurídicos a fin de mantener el orden social, asume la impartición de justicia delimitando la forma en que el agredido puede llevar a cabo su defensa, pero estableciendo las reglas de defensa para evitar las arbitrariedades que se ocasionaban cuando cada hombre por sí mismo protegía lo que consideraba propio, excediendo en la mayoría de los casos el contra ataque.

Pero no debe pensarse que es el Estado quien otorga o concede a sus gobernados el derecho de defensa; el Estado solamente debe reconocerlo y mediante el ordenamiento jurídico establecer los derechos que a cada quien corresponden y como pueden hacerse valer ante los Organos competente, los cuales, con base a normas objetivas, obligan a los miembros de la sociedad a respetar la libertad y los derechos de los demás.

La intervención del Estado no implica perder la libertad natural de defensa, sino asegurar el libre ejercicio de un derecho que a los demás les está prohibido afectar o impedir y que debe ser respetado obligatoriamente. La defensa realizada por el agredido mediante la fuerza, es eliminada por una defensa racional, inserta en la estructura legal, que garantiza la aplicación de la justicia.

Más aún, al reconocer el derecho de defensa, el hombre no solo posee la facultad de protegerse de sus semejantes, sino también de las injerencias del Estado, en su esfera de libertad.

Este aspecto de el derecho de defensa toma forma en el momento en que se establece como derecho fundamental, sustentado por todos los hombres, sin distinción alguna, inalienable e imprescriptible, que inviste al hombre por derecho natural.

Es la Ley Suprema la que acoge a los derechos fundamentales del hombre, tras una larga lucha social que culmina en el sistema mixto de enjuiciamiento penal, el cual, como anteriormente señalamos, toma su esencia de las aspiraciones liberales de la Revolución Francesa.

"Hasta lograr su actual situación preeminente, su -- presente reconocimiento universal, los derechos del hombre cursaron una lenta y difícil historia. Fueron primero derechos por reflejo, esto es, mera consecuencia de los deberes impuestos al monarca, no facultades dadas directamente a los hombres. A continuación se les entendió como privilegios conferidos a estamentos y corporaciones, mas no a los individuos en su calidad de tales. Finalmente se llegó a su actual forma, acaso definitiva, como derechos del hombre". (4) ..

Al elevarse el derecho de defensa a rango constitucional, el hombre se inviste de una coraza que lo protege contra cualquier alteración que se pretenda sobre su libertad y -- sus derechos de propiedad e igualdad; tiene un derecho objetivo absoluto que puede ejercer en cuanto convenga a su persona y sobre todo que marca límites al poder de imperio del Estado, impidiendo el despliegue de actos en demérito de su integridad y de sarrollo.

(4) Alcalá Zamora. 20 años de evolución de los derechos humanos. México, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM. 1974, pág. 156.

El carácter anterior y superior del derecho de defensa frente al poder público, justifica su inviolabilidad. No puede impedirse lo que por ley natural fué concedido al hombre para su conservación. La penetración del Estado en este derecho fundamental, solo se justifica por la obligación que adquiere éste, de proteger y asegurar a los hombres el respeto a sus prerrogativas, mediante un poder coactivo.

Al Estado se encomienda la custodia de los poderes subjetivos del hombre, pero no puede violarlos ni directa, ni indirectamente; por ello el derecho de defensa tiene el carácter de absoluto y el hombre puede oponerlo frente al poder público siempre que sea necesario.

La Constitución, como Ley Suprema a la cual se subordinan los poderes estatales, establecen un finito número de prerrogativas que protegen las libertades humanas, de tal forma se instituyen garantías de igualdad, propiedad, libertad y seguridad jurídica, esta última como facultades del hombre frente al Estado obligado a respetar determinadas condiciones para realizar un acto de autoridad en la esfera jurídica del gobernado. Este cúmulo de facultades jurídicas consagradas por la Constitución, cuya fuente es el derecho de defensa, están destinadas a amparar la integridad de la persona.

En su aspecto adjetivo el derecho de defensa, implica la inviolabilidad en el ejercicio de las facultades jurídicas del hombre, conforme a esta garantía, ninguna autoridad estatal puede impedir o restringir los medios procesales de defensa. El Estado está obligado a ceñirse a los Mandamientos Constitucionales, al no hacerlo, se destruyen los fines por los cuales fué constituido; es ir en contra de la estabilidad social.

El pleno reconocimiento del derecho de defensa como derecho fundamental del hombre, implica por un lado, el establecimiento en la estructura normativa de facultades jurídicas que garanticen al hombre una defensa absoluta, total y auténtica, - para el desarrollo de su propia personalidad; y por otro lado, significa el establecimiento de garantías que lo protejan contra los actos arbitrarios de las autoridades encargadas de impartir justicia, tendientes a impedir el libre ejercicio de las facultades que el derecho sustantivo le confiere.

Estas consideraciones nos muestran que el poder natural de defensa comprendido dentro del marco jurídico, no implica restricción alguna, el derecho de defensa encuentra su límite donde comienza la seguridad de la persona en su aspecto material y moral; en tanto exista respeto a las facultades del hombre, no hay necesidad de invocar dicho derecho, mas si el ejercicio de sus prerrogativas es transgredido o limitado, debe interponerse la garantía de defensa, no solo frente a la acción de los individuos, sino frente al mismo Estado, que en todo momento debe estar sujeto a los Mandamientos Constitucionales; el poder público no es superior al derecho de defensa, si éste fuera desconocido o quebrantado, el Estado se manifestaría como extraño al gobierno de una comunidad civilizada.

Si en su estado natural el hombre sólo puede garantizar el respeto a su integridad, mediante la fuerza, dentro del Estado de derecho, debe de contar con los medios legales -- que conforme a la justicia y de manera objetiva le garanticen -- el respeto a todas sus facultades para el desarrollo de sus potencialidades humanas.

La apreciación de los rasgos esenciales del derecho de defensa, nos permiten ya determinar su definición en los siguientes términos:

EL DERECHO DE DEFENSA, ES UNA FACULTAD NATURAL DEL HOMBRE, INHERENTE A LA VIDA MISMA, QUE SE OBJETIVIZA AL SER RECONOCIDA POR EL ESTADO DE DERECHO DENTRO DE LA ESTRUCTURA NORMATIVA, EN LA CUAL ES ELEVADO A RANGO CONSTITUCIONAL, COMO DERECHO FUNDAMENTAL DEL HOMBRE POR SER ANTERIOR Y SUPERIOR AL ESTADO.

ESTA CONSTITUIDO POR EL CONJUNTO DE FACULTADES JURIDICAS PRESUPUESTAS POR EL ORDENAMIENTO JURIDICO Y POR LA GARANTIA DE INVIOIABILIDAD EN EL PLENO EJERCICIO DE DICHAS FACULTADES, QUE ASEGURAN AL INDIVIDUO SU ESPERA DE LIBERTAD CONTRA LA AFECTACION DE CUALQUIER PODER INDIVIDUAL Y CONTRA LAS INJERENCIAS DEL PODER PUBLICO.

IMPORTANCIA DE LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO

Una de las funciones que justifica la existencia del Estado es la creación y conservación del orden social, lo cual le es posible lograr a través de un poder coactivo. Varios son los factores que intervienen en la preservación del orden social, pero existen intereses de importancia incalculable que necesariamente deben de ser asegurados; para conseguir tal objetivo, el Estado tiene la facultad de crear medios de naturaleza punitiva que repriman la realización de conductas que tienden a transgredir los bienes jurídicamente tutelados. Las leyes penales determinan cuales son esas conductas antisociales que en -- cierto tiempo y lugar se erigen como delitos y cuales son las medidas de seguridad o penas que se derivan de la actitud delictuosa de quien se aparta de lo establecido por el orden jurídico.

Cuando en el mundo fáctico se realiza una conducta delictuosa, se produce como condición necesaria para su persecución el procedimiento penal, que mediante una serie de actividades pretende una justa aplicación de la norma abstracta del derecho penal al caso concreto.

Cada una de las actividades procedimentales que obedecen a una secuencia lógica, son elementos esenciales para determinar todo lo relativo al delito; por ello, desde el acto -- por el que se tiene conocimiento de que se ha infringido una norma penal y hasta que se ha aplicado la sanción prevista por el derecho penal al caso concreto, el Estado debe garantizar la -- plena seguridad jurídica de que el derecho se declarará conforme a la justicia.

Al iniciarse el procedimiento penal se ponen en juego diferentes intereses; por un lado el interés individual de g

que a quien se le imputa la comisión de un delito, que en todo momento usará de cualquier medio para repeler la acusación hecha en su contra; a esta actitud se opone el interés privado -- del ofendido por el delito, para que se declare el derecho, se aplique una pena y le sean reparados los daños y perjuicios sufridos; unido a tales pretensiones, el interés social exige la persecución del delito y la aplicación de una pena a fin de mantener y restablecer el orden social.

Dentro del procedimiento penal mexicano, el interés colectivo es de gran peso, pues en realidad el delito es una -- conducta socialmente dañosa; la sociedad sufre una grave lesión al romperse el orden social y por ello su principal pretensión es la persecución del delito, pero a su vez le es necesario que se imparta justicia y sea castigado el verdadero culpable en la justa medida de su responsabilidad.

Por ello, el interés de la sociedad representa tanto a la pretensión del ofendido, como a la del sujeto a quien se le imputa el delito. Si dicho interés tendiera a favorecer alguna de ambas pretensiones se presentaría un gran desequilibrio -- en la balanza jurídica en demérito nuevamente del orden social, pues esto representaría violaciones muy serias a los derechos -- del hombre.

En el procedimiento penal mexicano, la actividad estatal comulga en gran medida con el interés del ofendido por el delito y descarga toda su fuerza persecutoria contra quien resulte probable responsable, quien para resistir este peso, posee el derecho de defenderse de las imputaciones hechas en su -- contra, el cual debe serle reconocido total y absolutamente.

Castigar al verdadero culpable y en la justa medida de su responsabilidad, es una tarea de gran importancia que el Estado debe de asumir, pues nada hay más cierto que las palabras de Lamouignon, quien manifestaba: "Entre todos los males -- que pueden ocurrir en la administración de la justicia, ninguno es comparable al de hacer morir a un inocente; más valdría absolver a mil culpables" (5). A la fuerza de la acusación, debe recaer igual fuerza de la defensa, pues si es trascendente el castigo al culpable, más lo es el reconocimiento de la inocencia.

Dado que dentro del Estado de derecho la única forma de defensa reconocida es la defensa en juicio, cuyo ejercicio está reglamentado por el derecho procedimental, es justamente dentro de las disposiciones procesales que deben darse todas -- las posibilidades de defensa al acusado, y con mucha mayor razón, tratándose de imputaciones de tipo penal, pues la sanción prevista para los delitos es de magnitud tal que reprima la realización de conductas delictuosas y repercuten directamente -- en la vida, la libertad o posesiones de quien es considerado -- culpable.

Para la creación justa e imparcial de una norma jurídica individual, es necesario que el juzgador valore todos los elementos contradictorios de la acusación y la defensa, en cada una de las fases del procedimiento, desde su iniciación que en el procedimiento penal mexicano parte de la acusación que ante el Órgano estatal competente se realiza.

(5) Cit. por Carrara Ferracese. Op. cit., pág. 453.

En la primera etapa del procedimiento penal, en la preparación de la acción procesal penal, el Ministerio Público como representante del Estado, realiza todas las investigaciones pertinentes con auxilio de la Policía Judicial, para determinar si existe el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado. En esta etapa del procedimiento son muy importantes los actos de defensa, pues puede impedirse la privación de la libertad que sufre quien se encuentra sujeto a investigación, y ejercer gran influencia sobre la determinación de si debe o no ejercitarse la acción procesal penal, lo cual puede obstar para que prospere la siguiente etapa del procedimiento y evitar, desde luego, graves daños a veces irreparables como lo es el hecho de que desde esta etapa el inculcado quede privado de su libertad.

En la segunda etapa, de preparación del proceso, el inculcado es consignado ante la autoridad judicial y el Ministerio Público, como representante de la sociedad, adquiere la posición de parte acusadora; haciéndose notar que las actividades que se realizan, son necesarias para fundamentar la existencia del Procedimiento; para lo cual, el Organismo Jurisdiccional debe determinar si la persona puesta a su disposición es probable responsable del delito que se le atribuye.

La defensa del inculcado tiende a obstaculizar el avance del proceso contraponiendo aquella circunstancia que desvirtúa la integración del cuerpo del delito y/o la probable responsabilidad, sobre todo mediante la declaración preparatoria que debe de rendir el propio inculcado.

La violación al derecho de defensa puede ocasionar que se clasifique equivocadamente la conducta delictiva o que no se justifique plenamente la privación de la libertad o el auto de sujeción a proceso, lo cual podría inducir a muchos errores en la siguiente etapa.

En la etapa del proceso debe decidirse el caso concreto mediante una sentencia, ya sea condenatoria, absolutoria o mixta, en base a los datos arrojados por las dos etapas que anteceden y a una serie de elementos que deben aportarse, lo que permitirá emitir un juicio acertado para la decisión del caso concreto.

En esta etapa la defensa es de extrema importancia, pues con mayor acentuación pretende comprobar la existencia de alguno de los elementos negativos del delito, es decir, la actividad defensiva tiende a probar: la ausencia de conducta, la ausencia del tipo, la falta de adecuación de la conducta al tipo penal, la existencia de alguna causa de justificación, de inimputabilidad o de inculpabilidad, la falta de condición objetiva y/o la concurrencia de excusas absolutorias.

Todos los medios que las partes pongan al alcance de la autoridad judicial en cada una de las fases de esta tercera etapa (instrucción, preparación a la audiencia y audiencia), -- son de enorme importancia; la deficiencia en la defensa fortalece la acusación y la eficacia de la misma puede llegar a comprobar la existencia de algún elemento negativo del delito, la aplicación de una pena menor o la absolución definitiva del reo.

Así, en cada momento del proceso penal, la parte acusadora sostiene su acusación y la parte defensora rapele dicha acusación ante el Órgano Jurisdiccional.

Como puede desprenderse del análisis que antecede, -- la defensa, es el derecho de aquel que sufre la imputación de un delito para resistir la acusación y la persecución del mismo y que está a cargo de los Organos del Estado.

Solo la contradicción de los elementos con que se cuenta, puede proporcionar mayor convicción al juzgador a fin de evitar una decisión injusta. "La defensa permite el ingreso de elementos probatorios y técnicas de descargo como ingredientes necesarios para una más justa aplicación del derecho". (6)

Si en cualquier estado del procedimiento se limitara o impidiera la actividad defensiva, la sentencia tendería cada vez más a ser condenatoria, por no existir los medios suficientes de contradicción que determinen la verdad, acerca de la inocencia o menor responsabilidad del procesado.

Nuestra ley procedimental reconoce muchas posibilidades de defensa durante el proceso, sin embargo no es así en la etapa previa al proceso, donde también implica gran importancia para la decisión del caso concreto, pues desde ese momento puede llegar a consignarse a un sujeto por un delito que no cometió, lo cual es injusto y cruel.

La defensa en todo momento tiende a restarle eficacia a la acusación y la persecución, por ello, siempre que se dé posibilidades a ésta, debe existir ante un igual plano de posibilidades de defensa, ya que una situación contraria rompería el equilibrio jurídico que debe existir entre las partes.

Por consiguiente, un régimen procesal debe dar un realce total al derecho de defensa, dada su trascendencia, a fin de fortalecer la democracia en un Estado de derecho.

(6) Claría Olmedo, Jorge. Tratado de derecho procesal penal. - La actividad procesal. T. IV, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1964, pág. 481.

LA DEFENSA COMO UN DERECHO SUBJETIVO PUBLICO DEL INculpADO

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha sido en todos los tiempos, el documento más trascendental de protección del ser humano en su calidad de persona y de aseguramiento en su pleno desarrollo dentro de la comunidad.

Los principios en ella contenidos, han sido recogidos por la mayoría de los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad Internacional, como reconocimiento a la libertad, la justicia y la paz social, lo que en cada uno de ellos ha implicado sobre todo, las limitaciones y restricciones impuestas a las autoridades ostentantes del poder dentro del Estado, para obtener de esa forma el respeto a los derechos que el hombre posee y que se realzan sobre cualquier poder existente.

Así, en igual forma en nuestro orden jurídico, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, manifiesta dichos derechos fundamentales a través de garantías individuales, como un producto del sentir del Constituyente originario, que preocupado por las violaciones que pudieran cometer los Organos del Estado, elaboró los instrumentos jurídicos para proteger y hacer respetar, por parte de las autoridades, los derechos de los gobernados.

En efecto, las garantías individuales son la máxima expresión de los derechos de los gobernados y aun cuando no se ha logrado una exacta definición de la garantía en derecho público, con exactitud se han determinado los siguientes elementos en su definición: derecho, subjetivo, público.

El maestro Ignacio Burgoa, al referirse a la garantía individual como derecho público, nos dice, que ésta "se tra

duce jurídicamente en una relación de derecho existente entre - el gobernado como persona física o moral y el Estado como entidad jurídica y política con personalidad propia y sus autoridades". (7)

Ahora bien, en todo Estado de derecho existen tres tipos de relaciones que son las de coordinación, las cuáles se establecen entre dos o más personas físicas o morales, en su calidad de gobernados; las relaciones de supraordinación que se entablan entre los Organos estatales o gobiernos de un mismo Estado entre sí mismos, y las relaciones de supra a sub-ordinación, que se establecen entre las autoridades del Estado y el gobernado.

En las relaciones de supra a subordinación interviene el Estado en su carácter de entidad soberana, actuando unilateral, imperativa y coercitivamente en la esfera jurídica del gobernado, esto es, son las relaciones que existen entre los gobernantes y sus gobernados, las cuales son motivo de regulación en la Constitución, en la que se establece el campo de acción de las autoridades, debiendo éstas por lo tanto sujetar sus actos a las limitaciones, restricciones y condiciones impuestas por la misma.

Todas aquellas limitaciones y condiciones impuestas a la autoridad para realizar un acto en la esfera jurídica del gobernado, implican correlativamente una facultad jurídica del mismo para hacer valer frente a las autoridades estatales los derechos que le son reconocidos por la propia Constitución y es lo que constituye el derecho subjetivo.

(7) Buzón Ignacio. Las garantías individuales. 2 ed. México, Ed. Porrúa, S. A., 1935, pág. 155.

Por una parte, la relación que dentro del marco jurídico se entabla entre el Estado, en ejercicio del poder público traducido en actos de autoridad y el gobernado, y por la otra, la potestad de este último en base a dicha relación jurídica de exigir a las autoridades del Estado el respeto de sus prerrogativas, hacen de tal potestad un derecho subjetivo público del gobernado. Esto es, los derechos fundamentales del hombre, aquellos que son inherentes a la persona por su sola calidad de ser humano y que se encuentran reconocidos en la Ley Suprema, son derechos del gobernado, porque se encuentran en el marco jurídico, son públicos por cuanto a la relación de supra a subordinación y son subjetivos por existir el gobernado como titular de la garantía y el Estado como obligado frente a esa garantía.

En nuestra Constitución los primeros veintiocho artículos constituyen las garantías individuales y reconocen derechos subjetivos públicos de libertad, igualdad, propiedad y seguridad jurídica.

Las garantías de igualdad reconocen la situación de las personas que se encuentran en un mismo plano, de tener los mismos derechos y obligaciones que aquellas otras que se encuentran en la misma situación jurídica, y están contenidas en los artículos 1, 2, 4, 12 y 13 de la Constitución.

Las garantías de libertad reconocen la prerrogativa de los gobernados de realizar conductas positivas o negativas, mismas que están tuteladas por el Derecho y que en consecuencia deben ajustarse a él y son establecidas por los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 24, 25 y 28 Constitucionales.

Como derecho público subjetivo, la propiedad privada está tutelada en el artículo 27 Constitucional y se traduce en una potestad del gobernado frente al Estado para exigir el respeto de la propiedad, no afectando, ni impidiendo el ejercicio de este derecho.

Las garantías de seguridad jurídica protegen el cumplimiento de las prerrogativas de igualdad, libertad y propiedad consagradas en la Constitución, y son el conjunto general de condiciones o requisitos sobre los cuales la autoridad Estatal puede generar una acción válida en la esfera jurídica del gobernado, misma que se integra por el conjunto de derechos públicos subjetivos. Tales garantías están contenidas en los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 26 de la Constitución.

Las garantías de seguridad jurídica, desde luego, -- también comprenden aquellos derechos subjetivos públicos que enfrenta todo gobernado frente al Estado, cuando sus actos de autoridad afectan bienes tan esenciales como lo son la vida, la propiedad y la libertad, es decir, para poder intervenir en tales bienes, el Estado y sus autoridades deben cumplir con una serie de requisitos impuestos por la ley.

Especial importancia merece la situación que provoca el inferir en las propiedades o libertad de un gobernado que está sujeto a un juicio penal, en virtud de que por considerarse la comisión de un delito como un daño social, quien es señalado como responsable, sufre toda la fuerza del poder público que -- pretende resarcir dicho daño, lo que en muchas ocasiones da lugar a que el trato que se da al imputado es de un verdadero delincuente, enemigo o desadaptado social, para el cual no debe haber consideraciones.

A lo largo de la historia, hemos visto que los derechos fundamentales del hombre, han sido motivo de graves violaciones e injusticias, tratándose de juicios criminales, so pretexto de proteger a la sociedad, por lo que todos aquellos Estados que preocupados por darle mayor legalidad a sus gobiernos - han hecho importantes reconocimientos de los derechos subjetivos públicos de sus gobernados a través de sus ordenamientos jurídicos.

En nuestros ordenamientos legales, la Ley Suprema ha instituido como obligaciones para el Estado el respeto de requisitos fundamentales a cumplir, tratándose de un juicio penal, y en especial el artículo 20 Constitucional, en términos generales establece lo siguiente:

Artículo 20.- En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

- I. Será puesto en libertad provisional bajo caución, si el delito que se le imputa merece pena privativa de libertad, no mayor de cinco años de prisión en su término medio aritmético, a cambio de una caución bastante para asegurarla;
- II. No puede ser compelido a declarar en su contra, - quedando prohibida la incomunicación;
- III. Se le debe informar el motivo de la acusación y - el nombre de su acusador, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación;
- IV. Será careado con los testigos que depongan en su contra;
- V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca;
- VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o - jurado de ciudadanos;
- VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

- VIII. Será juzgado antes de cuatro meses, si el delito merece pena no mayor de dos años de prisión y antes de un año si la pena excede de ese tiempo;
- IX. Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza y en caso de no tener quien lo defienda, se le nombrará un defensor de oficio. El acusado puede nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido;
- X. No podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, tampoco --- puede prolongarse la prisión preventiva y en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Todas las fracciones contenidas en el artículo 20 -- Constitucional, establecen la forma que debe seguirse en el proceso penal mexicano, las que fundamentalmente tienden a reconocer la defensa de quien es acusado de un delito.

Sin embargo, por la terminología utilizada en el precepto Constitucional, ha sido posible un cierto desamparo dentro del procedimiento penal, de quien se encuentra sujeto a él, manifestándose la propia Constitución Política, en sí misma, como causa de una restricción o negación atentatoria del derecho de defensa.

En primer término, la Constitución debía reconocer que el derecho de defensa por ser fundamental e ilimitado, es inviolable, y por otra parte es de reconocerse dicho derecho -- durante todo el procedimiento penal, señalando en principio la Constitución: "ES INVOLABLE EL DERECHO DE DEFENSA EN TODO -- PROCEDIMIENTO CRIMINAL".

Asimismo y tomando la diferenciación que señala Sergio García Ramírez (8), es de considerar que la Constitución debe establecer garantías del inculcado (término que implica a toda persona sujeta a un procedimiento penal, desde que se formula denuncia o querrela en su contra y hasta que se emite sentencia definitiva), y no solamente del procesado (persona que ha quedado sujeta al proceso penal, desde su consignación ante el Organó Jurisdiccional y hasta que se dicta la sentencia definitiva).

Pues el cambio de situación jurídica entre indiciado y acusado, no implica que deba haber más o menos Derechos Subjetivos Públicos entre ellos, de tal forma que el artículo 20 --- Constitucional debe establecer: "EN TODO PROCEDIMIENTO DEL ORDEN CRIMINAL TENDRA EL INCULPADO LAS SIGUIENTES GARANTIAS..."

Ahora bien, es esencial dicho reconocimiento del derecho de defensa, ya que las leyes que emanan del Pacto Federal deben estar estricta y obligatoriamente a lo que en él se estatuye, porque como manifiesta Daunou, lo que contradice la letra de una ley Constitucional y no está conforme a su espíritu, se destruye su autoidad por consultarse algo diferente a lo establecido en dicho texto Constitucional (9)

En esa virtud, las leyes procedimentales, todas, contemplarían forzosamente en sus disposiciones a la defensa como un Derecho Subjetivo Público del inculcado en el Procedimiento Penal

(8) Op. cit. págs. 268-269.

(9) Cit. por Seco Villalba, José Armando. El derecho de defensa. La garantía Constitucional de la defensa en juicio. -- Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma, 1947, pág. 42.

Tales modificaciones son de gran trascendencia, porque el Estado mexicano haría la declaración del derecho de defensa en juicio, como absoluto, tal y como lo es, del cual es titular toda persona, por lo que no debe limitarse a alguien -- tan solo por su situación jurídica, porque reiteramos nuevamente, tanto derecho posee aquel contra quien se ha formulado una acusación y está sujeto a investigaciones que permitan presumir lo responsable, como aquél en contra del cual se ha ejercitado acción procesal penal, siguiéndose en juicio la demostración de su culpabilidad.

Igual derecho tiene un indiciado y un procesado de tener obligatoriamente un defensor que auxilie en la conducción del procedimiento, de ofrecer pruebas de descargo, de carearse con sus acusadores, etc; pues al ejercitar tales derechos, el inculcado podría demostrar, antes del ejercicio de la acción -- procesal penal, la verdad de los hechos en su favor, evitando -- así un cambio en su situación jurídica, de indiciado a procesado, y por lo tanto, una indebida afectación en sus propiedades o libertad, obteniéndose la pronta administración de la justicia.

La contemplación de los anteriores señalamientos en los preceptos Constitucionales implicarían, desde luego, determinadas adiciones en las diferentes garantías contenidas en las fracciones del artículo 20 Constitucional, de tal forma que deban extenderse hacia todo el procedimiento penal. Dichas modificaciones son motivo de análisis en posteriores capítulos.

Ahora bien, la falta de tal reconocimiento ha motivado que en la realidad efectivamente existan violaciones a los derechos fundamentales del hombre por parte del Estado y sus autoridades, en especial en la etapa de preparación de la acción procesal penal, y tan es así, que por decreto del 5 de junio de 1990, se creó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la

cual tiene como objeto proponer y vigilar el cumplimiento de la Política Nacional en materia de respeto y defensas de los derechos humanos (artículo primero) y de denunciar ante las autoridades competentes los actos de que conozca que puedan comportar violaciones a los derechos humanos, (artículo octavo, fracción IV). (10)

El establecimiento de dicho organismo, es una manifestación de preocupación del gobierno por observar y salvaguardar los derechos básicos de los ciudadanos y constituye también un reconocimiento implícito de que en nuestro país se realizan atropellos a tales garantías y de que es necesario complementar a las Instituciones para extirpar de la sociedad tales prácticas legal y moralmente inadmisibles, sobre todo impedir aquellas transgresiones de las leyes por parte de los elementos de las corporaciones policiales, encargadas en principio de hacerlas valer y la dimensión que tiene al respecto, la práctica de la tortura, en especial en los juicios penales.

Sin embargo, no es necesaria la creación de tal organismo, pues en principio de cuentas, el mismo es dependiente -- del propio Estado y no tiene más poder que el de hacer "recomendaciones" a las autoridades que violan los derechos humanos, -- tan solo debe hacerse el reconocimiento a la inviolabilidad de la defensa como un Derecho Público Subjetivo del inculcado, --- pues es la única manifestación legítima que posee éste para oponerse a las pretensiones del Estado, de la sociedad y de sus semejantes y resume la suprema razón de ser del orden jurídico Estatal, ya tenga éste por finalidad la seguridad jurídica o la justicia.

(10) Publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 6 de junio de 1990. Tomo CDXLI, No. 4, págs. 3-4.

GARANTIAS QUE ENCIERRA EL DERECHO DE DEFENSA

Reconocido el derecho de defensa como absoluto e independiente, como fundamental e inherente a la vida misma del hombre, el cual solo es posible hacer valer en juicio y a efecto de que se ejerza plenamente ante y frente a los Organos Estatales, la Ley Suprema estatuye garantías Institucionales que -- constituyen un sistema de seguridades Constitucionales.

La inserción de tales garantías que contienen principios esenciales de fondo y de procedimiento en materia penal, dentro de la Constitución, obedece a que como afirma el maestro Juventino V. Castro, "... esta disciplina está íntimamente relacionada con la vida, la libertad, las propiedades y otros derechos vitales del individuo, los cuales en el pasado fueron desconocidos por los soberanos, motivando el que las clases gobernadas materialmente arrancaran reconocimientos protectores de tales derechos, empeñándose tales grupos en que se plasmara en la más alta disposición que rige en un país". (11)

Dichas prerrogativas Constitucionales que establecen los lineamientos a los cuales deben apegarse las autoridades y las leyes reglamentarias en los juicios penales, están contenidas en especial en el artículo 20 Constitucional, que a través de sus diversas fracciones, establece las siguientes garantías esenciales que comprende el derecho de defensa:

- I.- La garantía de ser puesto en libertad provisional bajo fianza, cuando se reúnan determinados requisitos.

(11) V. Castro, Juventino. Garantías y A par., 2 Ed., México, -
El Porf. S. A., 1977, pág. 235.

La primera reacción de cualquier persona que se ve inmersa en una investigación penal, como inculpada en la comisión de un delito, es el de evitar perder su libertad, realizando de esta forma y desde este momento su defensa, repeliendo -- así la acusación que se le hace.

Es por ello que la libertad bajo fianza se ha elevado a rango Constitucional, pues constituye un derecho de defensa que pretende subsanar la situación creada por la prisión preventiva a que queda sujeto quien es considerado probable responsable de la comisión de un delito, y ha sido consignado ante el Organó Jurisdiccional, otorgándole el derecho de gozar de su libertad mediante una caución, en tanto se instruye el proceso y se resuelve sobre su culpabilidad.

"La privación de la libertad de una persona inculpada de un delito, en estricto sentido, parece una arbitrariedad legalizada" (12), porque si bien, el fin de la prisión preventiva es evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la -- justicia, sin embargo, la privación de la libertad debía corresponder exclusivamente a quienes ha quedado debidamente comprobado que cometieron un delito, mas no a quien por meras especulaciones o indicios queda sujeto a un procedimiento penal.

Por otra parte, la Constitución señala como requisito para que proceda la libertad bajo caución, que el delito perseguido se castigue con una pena que no exceda de cinco años de prisión en su término medio aritmético, lo cual consideramos, -- no tiene fundamento alguno, pues lo mismo es injusto para aquél a quien se le imputa un delito de mayor penalidad, el sufrir -- una privación en su libertad por un delito, sin que se haya determinado su culpabilidad.

(12) Juventino V. Castro. Op. cit. págs. 256.

Por decreto del 22 de diciembre de 1990 (13), en el Distrito Federal, se pretende terminar con la situación creada por la prisión preventiva, reformándose el artículo 132 del Código de Procedimientos Penales, en el sentido de ser solo el Ministerio Público quien determine que personas queden en calidad de detenidos, considerando dicho funcionario que solo puede haber detención tratándose de casos urgentes y flagrante delito.

Con tal disposición, si bien es cierto, pudiera no resolverse en su totalidad el problema, si ha sido un gran acierto que representa mayor seguridad al respeto de los derechos del indiciado, en cuanto que limita la prisión preventiva únicamente al supuesto de flagrante delito y casos urgentes, a efecto de evitar una detención arbitraria por el Ministerio Público y la Policía Judicial como con frecuencia sucede en los últimos tiempos.

Por tal motivo, consideramos que dicha disposición debe ser contemplada en todas las leyes adjetivas penales en nuestro país, con lo cual se corregirían innumerables injusticias.

II.- Derecho a ser informado de la acusación y a rendir declaración preparatoria.

Esta garantía Constitucional encierra los derechos fundamentales, sin los cuales sería imposible la reparación de la defensa.

(13) Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 3 de enero de 1991, Tomo CDXLVIII, No. 5, entrando en vigor a partir del primero de febrero de 1991.

Señala la obligación de la autoridad judicial de enterar al inculpado sobre la acusación que se le hace y de tomarle su declaración preparatoria, sobrepasando así el principio de secreto que caracteriza el enjuiciamiento de tipo inquisitorio.

Por ello, en principio establece el artículo 20 Constitucional en su fracción VII el derecho del procesado de que le sean facilitados los datos necesarios para su defensa y que consten en el proceso, y en su fracción III, el Estado reconoce como requisito esencial de la defensa del inculpado, el conocimiento del mismo sobre la acusación de que ha sido objeto, señalando los elementos que deben hacérsele saber.

En primer término dispone que el inculpado debe ser informado del nombre de su acusador, entendiéndose por ello, no al Ministerio Público como parte acusadora, sino a cualquier persona que le haya atribuido la comisión de un delito, mediante una denuncia o querrela e incluso los testigos que hayan depuesto en su contra, todo ello, a fin de que sepa de que debe defenderse.

Debe hacérsele saber además la naturaleza y causas de la acusación, lo que implica que el inculpado conozca porque delito se le consignó ante el Órgano Judicial y cuáles han sido los motivos y las razones por las que se le ha considerado culpable de la comisión de dicho delito.

Asimismo impone la obligación al Estado de que se dé esta información al presunto responsable en un término comprendido dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores a su consignación; de esta manera, estará en posibilidades de contestar el cargo que se le ha hecho, lo cual se lleva a cabo al rendir declaración preparatoria, que dentro del proceso penal es el momento en que podríamos decir, queda planteada la litis.

La declaración preparatoria es un importante acto -- procesal, en el cual por primera vez se encuentra el inculpado frente al que ha de ser su juzgador, contestando sobre la acusación que se le hace.

De ahí que nuestra Carta Magna la constituye como un derecho del inculpado frente al propio Estado y señala la forma en que ha de realizarse, lo que explica el eminente jurista Guillermo Borja Osorno, al decir, que la declaración preparatoria constituye para el Juez obligaciones de ineludible observancia y que debe regirse por los principios procesales de inmediativdad, publicidad, oralidad y la libertad en la exposición del detenido. (14)

La primera prohibición a la autoridad, es la de --- conaccionar al procesado a declarar, ya que el mismo debe de gozar de absoluta libertad para decidir si se niega a declarar, o bien lo hace selectivamente y hasta puede negarse a responder a las preguntas que le hiciere el Ministerio Público. Debe tener el inculpado en ese momento la más amplia libertad para expresarse en cualquier sentido, aunque fuere muy alejado de la realidad, pues el objeto de la declaración preparatoria, es definitivamente la defensa del probable responsable.

Dicha garantía se encuentra además reafirmada por la fracción II del propio artículo 20, que dispone que nadie puede ser compelido a declarar en su contra y prohíbe además la incomunicación que entorpece la preparación de la defensa del inculpado.

(14) Op. cit. pág. 191.

Tales actuaciones en la declaración preparatoria, de den realizarse en audiencia pública, es decir, a la vista de todas aquellas personas que deseen asistir, de tal forma que la autoridad judicial actúe ante la opinión pública que vigilará su proceder.

Y desde luego, a partir de este momento procesal, -- surge como obligación del Estado, la existencia del defensor al lado del inculcado, respecto de lo cual, es de llamar la atención el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el sentido de que el mismo obliga al Estado a nombrar defensor de oficio, cuando el procesado no lo haga, una vez "terminada la declaración y obtenida la manifestación del detenido de que no desea declarar". Dicho artículo debe ser derogado, pues la presencia del defensor, tal y como lo señala el artículo 290 reformado, del propio ordenamiento, es obligatoria en el momento mismo de rendir la declaración preparatoria.

III.- Derecho a ofrecer pruebas.

Constituye este derecho una verdadera garantía de defensa del inculcado, por la que podrá manifestar, justificar o hacer patente la certeza de los hechos en que finca su pretensión por la que se opone a la acusación.

Representa en principio el derecho de la parte defensora de aportar todos aquellos medios probatorios que considere idóneos para demostrar su inocencia o menor responsabilidad ante el Organó Jurisdiccional.

La Constitución através de su fracción V, del artículo 20, deja totalmente ilimitado dicho ofrecimiento de pruebas, al disponer que "se le recibirán los testigos y demás pruebas, que ofrezca...", mientras que los Códigos de Procedimientos Penales aún cuando establecen cuales son los medios de prueba reconocidos por la ley, finalmente, admiten cualquier otra que -- las partes ofrezcan, siempre que las mismas puedan constituir-- se.

Por otra parte, el precepto Constitucional en estudio, sin embargo, es omiso al ofrecimiento de pruebas en la etapa de preparación de la acción procesal penal, es decir, en la averiguación previa, pues se refiere expresamente al derecho de el procesado dentro del juicio, situación que no constituye una obligación para las leyes reglamentarias de contemplar la admisión de pruebas por el Ministerio Público, que aún cuando si -- bien es cierto, esta etapa no es de juzgamiento, también lo es que de ser desahogadas pruebas esenciales que demostraran la inocencia del inculpaado, se evitaría su consignación y desde luego su injusta prisión preventiva.

La admisión de pruebas en esta etapa, consideramos -- que no retardaría el procedimiento penal, sino que más inmediatamente podría o bien integrarse el cuerpo del delito o la probable responsabilidad, o bien, la inocencia del indiciado.

La fracción V del artículo 20 Constitucional, por lo tanto, debería establecer: "SE LE RECIBIRAN LOS TESTIGOS Y DEMÁS PRUEBAS QUE OFREZCA DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PENAL, 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 DENTRO DE LA JURISDICCION."

IV.- Derecho a ser careado

Esta prerrogativa es de gran necesidad del inculpado al enfrentarse a quien lo acusa y a quienes den testimonio en su contra.

Derecho que ha sido una conquista sobre los principios del sistema inquisitorio eminentemente secreto, en el que era negado el derecho de carearse con sus acusadores, de tal manera, nos informa Nicoleau Eymeric (15), que en el proceso penal inquisitorio, se alteraban los nombres de los testigos en el proceso, atribuyendo a uno la declaración de otro, o bien, señalando tal testimonio a quien no hubiera declarado en su contra.

Dicho procedimiento se practicaba con el fin de proteger de todo riesgo a los delatores para evitar que se acobarren o intimiden por temor; pero estos métodos implicaban que el procesado no tuviera elementos para quitar eficacia a tales declaraciones, ya que solo mediante conjeturas debía deducir de que se trataba la acusación y en base a ello intentar su defensa.

Nuestra Constitución Política reconoce el derecho -- del inculpado a ser careado, en razón de que el mismo requiere para su defensa, conocer y tener físicamente ante sí a quienes hayan formado alguna acusación en su contra, para que éstos declaren en su presencia y contesten a las preguntas que les formulen.

(15) Cit. por Zamora Pierce, Jesús. Op. cit. pág. 160.

Los Códigos de Procedimientos Penales, como son el de Nuevo León, en sus artículos 305 al 309; Hidalgo, artículos 145 a 147; Oaxaca, artículos 267 a 270; Tlaxcala, artículos -- 258 a 261; Morelos, artículos 264 a 267; Puebla, artículos 188 y 189 y Baja California, artículos 223 a 227, también instituyen el derecho de careo, distinguiendo entre careo Constitucional y careo procesal, al señalar: "Con excepción de los mencionados en la fracción IV del artículo 20 Constitucional, los careos se practicarán cuando exista contradicción en las declaraciones de dos personas, pudiendo repetirse cuando el Tribunal lo estime oportuno o cuando surjan nuevos puntos de contradicción.

El fin perseguido en el careo Constitucional es que el procesado tenga una visión mas amplia y certera de la acusación, en cuanto a quienes la fortalecen y en base a qué, y pueda así contestar el cargo; el careo procesal tiene por objeto el cotejo y confrontación entre los testigos o entre éstos y el procesado, los cuales se contradicen en sus declaraciones de -- tal forma que se presente ante el juzgador más claridad sobre los hechos.

IV.- El derecho a tener defensor.

El artículo 20 en su fracción IX, se refiere a una garantía Constitucional de defensa, en los siguientes términos: "Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará una lista de los defensores de oficio para que elija el o los que le convenga. Si el acusado no quiere nombrar defensor, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de

hacerlo comparecer cuantas veces se necesite".

Las garantías contenidas en el multicitado artículo 2º Constitucional, por representar una obligación del Estado -- frente al inculpado, son consideradas en la Ley de Amparo, como violaciones a las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso, y señala en su artículo 160 los siguientes supuestos:

- I. Cuando no se le haga saber el motivo del procedimiento o la causa de la acusación y el nombre de su acusador particular si lo hubiere.
- II. Cuando no se le permita nombrar defensor en la forma que determine la ley, cuando no se le faciliten en su caso, la lista de los defensores de oficio, o no se le haga -- saber el nombre del adscrito al Juzgado o Tribunal que -- conozca de la causa, si no tuviera 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;
- III. Cuando no se le caree con los testigos que huyan depuesto en su contra, si rindiera su declaración en el mismo lugar del juicio, y estando también el quejoso en él...
- VI. Cuando no se le reciban las pruebas que ofrezca legalmente, o cuando no se lo reciban con arreglo a derecho...
- VIII. Cuando no se le suministren los datos que necesite para su defensa..."

CAPITULO III

ASPECTOS DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO

NATURALEZA JURIDICA DEL DEFENSOR

Es innegable el derecho de defensa de todo ser humano y especialmente cuando se enfrenta al poder omnímodo que ejerce el Estado, sobre todo cuando se ven afectados los intereses de la sociedad ante la comisión de un delito.

No obstante que el Constituyente, en la Ley Suprema ha querido proteger a aquel contra quien se descarga toda la fuerza punitiva del Estado para castigar un delito y dado que la única forma de defensa es la defensa en juicio, mediante el ejercicio de los derechos objetivos contenidos en la ley, resulta de gran necesidad la intervención, en favor de quien sufre la imputación de un delito, de un perito en derecho que se encuentre en igual plano de conocimientos jurídicos de quien realiza la función persecutoria y acusatoria.

Se encuentra en gran desventaja aquel individuo que aun siendo titular de prerrogativas que aseguren su defensa frente al Organó estatal, no posea los conocimientos técnicos para hacerlos valer o más aún, ni siquiera los conoce.

Sin embargo y apesar de la importancia del abogado defensor, su posición dentro del procedimiento penal, no ha sido totalmente determinada, aun cuando destacados juristas han realizado diversas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica de dicha Institución.

La Constitución Política y la ley procedimental señalan determinadas características que debe revestir la actividad del abogado defensor, lo que desde luego, ha sido punto de partida para los diversos criterios sobre la naturaleza jurídica del defensor.

De tal forma se ha cuestionado si el abogado defensor es un mandatario del inculcado, asesor técnico, Organó Imparcial de la Administración de la Justicia, antagonista del Ministerio Público, Auxiliar de la Administración de la Justicia, Sustituto procesal, etc., sin embargo, todos estos planteamientos no caracterizan con exactitud la esencia jurídica del abogado defensor.

La posición de éste como mandatario, ha sido motivo de análisis entre los juristas, en el sentido de que considerado así, es necesario el estudio del contrato del mandato, regulado por el Código Civil. En tal caso tendría que concebirse al inculcado como mandante y el defensor como mandatario, el cual representaría al primero en juicio.

Sin embargo, la relación que existe entre el inculcado y su defensor (particular o de oficio), no reúne los elementos esenciales y de validez propios de dicho contrato.

En primer término, no siempre el inculcado es quien nombra a su defensor, y más aún dicha designación la realiza el Organó Jurisdiccional, aun cuando el primero no lo quisiera, -- pues como con antelación hemos señalado, el derecho de defensa es una obligación del Organó Jurisdiccional; por otra parte el otorgamiento del mandato requiere de formalidades, tales como -- que ha de otorgarse mediante escritura pública o escrito presentado y ratificado ante el Juez de los autos (Art. 2586 del Código Civil); formalidad que no se exige en el proceso penal.

Igualmente el contrato de mandato tiene por objeto - actos jurídicos lícitos y que no sean personalísimos, y la relación entre el inculpaado y el defensor existe aun cuando no determine éste cuáles son los actos jurídicos que van a ejecutarse, es más, ni siquiera los conoce, además de que el defensor no limita su actividad a las instrucciones recibidas por su defendido e inclusive tiene la facultad de "proceder contra las disposiciones expresas del mismo", lo cual no puede admitirse - en el contrato de mandato (Arts. 2562, 2588 fracción III del -- Código Civil).

"El nombramiento de confianza o de oficio no es un mandato en el sentido civilístico de la palabra; sino que es -- una simple designación de persona que deriva sus poderes de la ley y no de la voluntad de las partes", opina con gran acierto el maestro Guillermo Borja Osorno. (1)

En cuanto a si el defensor es un asesor técnico, --- igualmente se plantea la situación que si bien es cierto que el abogado defensor es quien aporta los elementos técnicos necesarios para fortalecer la defensa, no se limita tan solo a aconsejar o guiar al inculpaado sobre lo que se podría o debiera hacer procesalmente, no solo propone a su defendido que elementos deben aportarse al juzgador, porque asesoramiento solo implica -- ser espectador y emitir un consejo o punto de vista y la actividad del defensor va mucho más allá, pues su participación es directa y activa y en ocasiones actúa y posteriormente informa a su defenso. La asesoría técnica es solo una característica de - la actividad del abogado defensor, mas no constituye su esencia jurídica.

(1) Op. cit. pág. 200

Por otra parte, tampoco puede considerarse un Organó Imparcial de la Administración de la justicia, pues desde el momento en que se asocia al inculpado su interés directo es justamente la defensa del mismo, contra la acción Estatal; el inculpado mediante la defensa material y el abogado defensor através de la defensa formal o técnica, concurren hacia el mismo objetivo; así este último propone elementos probatorios de descargo, interpone recursos contra resoluciones que agraven los derechos del inculpado y en todas las actuaciones, cuida que su defen--seo quede en la mejor posición frente al juzgador, a efecto de probar su inocencia o menor responsabilidad. No puede por lo tanto llamarse Organó Imparcial, pues su actuar está supeditado a todo lo que beneficie al inculpado (lo que no significa afectar los intereses de la sociedad); más bien el defensor forma parte de la defensa y jamás actuaría en perjuicio de su defendido.

Algunos tratadistas han llegado a definirlo como un antagonista del Ministerio Público, más tomando en cuenta el --triángulo procesal del que forman parte el Organó Jurisdiccional, el Ministerio Público y el Inculpado, puede desprenderse --que la actividad del abogado defensor no solo tiene relación --respecto a la función del Ministerio Público, pues principalmente complementa la defensa material, lo que desde luego, fortalece los elementos que favorezcan al inculpado y que influyen en las resoluciones emitidas por el Juzgador. El abogado defensor no actúa para contender con el Ministerio Público, no se encuentra en pleito con él, en todo caso, al igual que el Ministerio Público, solo aporta los elementos que decidan la situación jurídica del inculpado.

De igual forma es objetable la consideración de algunos tratadistas de si el defensor es sustituto procesal del inculpado, partiendo del término "sustitución", pues no se encuen

tra el abogado en el proceso "en lugar del inculcado", no existe un cambio de uno por otro, sino que ambos forman una sola -- parte que es la de la defensa, y el hecho de que el abogado actúe en juicio, no implica más que esa unión de defensa material y defensa formal.

Por otra parte existen determinados momentos en los que la presencia del inculcado es indispensable, como por ejemplo la declaración preparatoria, la cual jamás podría ser rendida por el abogado, la presencia de éste no sustituye al inculcado, en todo caso, el defensor junto con el inculcado forman una sola parte del proceso: la defensa.

Otra posición que se le atribuye al abogado defensor dentro del proceso penal es la de auxiliar de la administración de la justicia, lo que a su vez ha sido objetado en virtud de -- que según se considera, el defensor al tener la responsabilidad de defensa del inculcado, adquiere deberes y obligaciones para con él, antes que nada, por lo que debe existir una total independencia del Organó Jurisdiccional, pues no está obligado a revelar las confidencias que pudiere haberle hecho su defendido, a fin de que se aplique la norma, si no por el contrario, e inclusive la ley sustantiva penal sanciona a aquel profesionista que no respete el secreto profesional. (Art. 210 del Código Penal para el Distrito Federal).

Además debe precisarse que cuenta con toda la autonomía e independencia necesaria para mejor preparar la defensa y poder aportar los elementos que beneficien a su defendido, sin que se encuentre obligado a presentar u ofrecer datos que pudieran perjudicarlo, es decir, a violar el secreto profesional.

Pero a nuestra consideración, con tales reservas no se pierde la característica de auxiliar del abogado defensor, - pues con todas sus actuaciones, el Juzgador tiene una visión mucho más amplia del caso concreto, porque el abogado plantea una tesis y durante el proceso tiende a desarrollarla y demostrarla valiéndose de toda clase de elementos de hecho y de derecho, -- contribuyendo y colaborando así al esclarecimiento de los hechos y obtener una sentencia apegada a derecho; ahora bien, es de hacerse notar que al hacer vales las excepciones procesales, al interponer recursos contra resoluciones indebidamente emitidas y ofrecer pruebas, el defensor de ninguna manera obstaculiza ni entorpece la función jurisdiccional, sino por el contrario, con tales actuaciones se logra el equilibrio jurídico entre la acusación y la defensa, lo que evita que el Juez caiga en una tendencia favorable a una sola de las partes, por lo que existe la posibilidad de que sus resoluciones estén apegadas a lo establecido por la ley sustantiva y procedimental penal, es decir, la administración de la justicia es más efectiva.

En este aspecto nos apoyamos en la idea de Jesús Zamora Pierce, quien manifestaba que debido al carácter formalista del Derecho Procedimental Penal, es indispensable la intervención del abogado defensor, pues sus conocimientos son necesarios para proseguir un juicio a efecto de que haya mayor prontitud y mayor posibilidad en la impartición de justicia (2); así bien, la cooperación y el auxilio del defensor es innegable, y en todo caso basta recordar que su actividad no está supeditada a la voluntad de las partes (ni al juzgador, ni al Ministerio Público y aún ni al propio inculpado), sino que está reglamentada por la ley, en base a la cual es posible la administración de la justicia.

(2) Zamora Pierce Jesús. Garantías y Proceso Penal. Arriente - 20 y 23 Constitucional, 2 ed., México, Ed. Porrúa, S. A., 1937, pág. 171.

DEFENSA FORMAL Y DEFENSA MATERIAL

En la relación procedimental penal se integran tres partes fundamentales que son el Organismo acusador, el Jurisdiccional y la defensa, esta última que se constituye por el inculpa-do y su defensor.

La defensa que por sí mismo realiza el inculpa-do ante las autoridades Estatales, para repeler la acusación hecha en su contra, es denominada por Giovanni Leone como defensa material; mientras que la defensa que realiza una persona de los derechos de otra en su auxilio y representación, es denominada formal o técnica. (3)

Esta unión que existe entre la defensa material y -- formal es esencial para la mejor aplicación de la ley; de tal forma, nuestra Carta Magna establece en su artículo 20, fra---cción IX, lo siguiente: "Se le oirá en defensa por sí o por per-sona de su confianza, o por ambos, según su voluntad..."

Pero esta conjunción de la defensa ha atravesado por un largo proceso histórico-social, antes de lograr su actual re-conocimiento. Venciendo los procedimientos inquisitoriales y -- las persecuciones judiciales, poco a poco este binomio se ha -- ido erigiendo como esencial para el pleno y absoluto ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Sin embargo, no podemos concebir un procedimiento pe-nal, en ninguna de sus etapas, seguido contra un sujeto, sin la necesaria intervención del defensor, y con mucha mayor razón, -

(3) Tratado de derecho procesal penal. Doctrinas Generales. -- V. I, Tr. Santiago Gentiles Melendo, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, Colec. Ciencia del Proceso, 1963, pág. 564.

considerando el cada vez mayor carácter formalista del mismo, - en el que la conducción pertenece sobre todo a aquel que posee los conocimientos técnicos necesarios.

El propio artículo 20 Constitucional, en sus diversas fracciones, establece los principios fundamentales a que -- han de sujetarse los Códigos de Procedimientos Penales, los cuales, desde luego, son formas objetivas de ejercitar el derecho de defensa en juicio; pero en la realidad es de cuestionarse, - ¿de que valdría la existencia teórica de tales garantías, si su titular las desconoce o no sabe como hacerlas valer?.

Por tales razones, consideramos que la garantía esencial para ejercitar plenamente el derecho fundamental de defensa frente al poder de la autoridad, es el reconocimiento y por lo tanto obligación del Estado de la existencia de la defensa - formal o técnica a cargo del abogado defensor en todas y cada una de las actividades procedimentales del derecho penal.

El imputado en el ejercicio de la defensa material y por ser él, el que a ciencia cierta sabe si cometió o no el delito que se le imputa, es quien en primera instancia posee las bases de su defensa; en ciertos actos él mismo la realiza e incluso, en otras se encuentra solo ante la autoridad Estatal. -- sin embargo, tras el inculpado, siempre es esencial la presencia del defensor, pues la autodefensa jamás ofrecería un resultado eficaz (aún de que el acusado sea un Licenciado en derecho), simplemente porque al ser el propio involucrado quien corre el riesgo de perder la libertad, honor o patrimonio propio, carcería de la tranquilidad y frialdad necesarios para actuar y porque no tendría la movilidad para mejor preparar su defensa, en virtud de encontrarse sujeto a prisión preventiva.

Ahora bien, si no es la autodefensa la forma idónea para ejercitar el derecho de defensa y se requiere la intervención de otra persona, y en tal sentido el artículo 20 Constitucional, en su fracción IX dispone que el acusado podrá ejercitar la defensa por sí o por persona de su confianza, lo cual resulta insuficiente por las siguientes razones:

1. El carácter formal del Procedimiento requiere la actuación de quien tenga los conocimientos técnicos necesarios para su conducción;
2. Si el Ministerio Público es siempre un perito en derecho, se requiere que el defensor también lo sea, - de no ser así el inculcado estaría en gran desventaja en relación precisamente a la parte acusadora.

Jesús Zamora Pierce, acertadamente señala al respecto que "la posibilidad técnica de ser defensor, no solo 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 interpreta, realiza y actúa". (4)

En tal sentido, existe también una deficiencia en el multicitado precepto Constitucional, pues si bien es cierto que leyes reglamentarias tales como la Ley General de Profesiones - que en su artículo 28 establece: "En materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. Cuando la persona o personas de la confianza del acusado designados como defensores no sean abogados, se le invitará para que designe además un ---

(4) Op. cit. pág. 172.

defensor con título. En caso de que no hiciere uso de este derecho, se le nombrará defensor de oficio".

Tal disposición aun cuando pretende subsanar la omisión de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, podría ser evidenciada en cuanto a su Constitucionalidad además de que al no ser una disposición con carácter de Derecho Público Subjetivo, no todas las leyes procedimentales de los Estados de la República, reglamentan en el mismo sentido y finalmente no viene a constituir una obligación del Estado el proporcionar un defensor, Licenciado en derecho, cuando el que nombra el inculpa-do no lo sea, es por ello que consideramos que la fracción en cita debería de disponer:

"SE LE OIRA EN DEPENSA POR SI O POR PERSONA DE SU -- CONFIANZA, O POR AMBOS, SEGUN SU VOLUNTAD. EN CASO DE NO TENER QUIEN LO DEPIENDA O DE QUE A QUIEN HAYA DESIGNADO, NO SEA LICENCIADO EN DERECHO, SE LE PRESENTARA LISTA DE LOS DEPENSORES DE OFICIO PARA QUE ELIJA EL, O LOS QUE LE CONVENGAN..."

De esta forma, cualquier ley reglamentaria de cualquier entidad, habría de sujetarse al Mandamiento Constitucional de referencia, creándose, por lo tanto, una verdadera garantía del derecho de defensa en juicio.

Ahora bien, la función defensiva requiere de actividad procedimental, con la finalidad principal de desvirtuar las manifestaciones, pruebas o cualquier otro elemento que tenga -- por objeto demostrar o hacer convicción al juzgador de la culpabilidad y responsabilidad del inculpa-do.

Todas las facultades del inculpa-do se ponen en función de su defensor, quien en todo momento se apega a los mandamientos legales y Constitucionales, los cuales en ciertos actos limitan su actuar, como en aquéllos personalísimos que solo co-

responden al inculcado, tales como la declaración preparatoria, notificaciones de resoluciones trascendentales, como el auto de formal prisión y de la sentencia definitiva, y en otras exige la presencia del inculcado y su defensor, como en las diligencias de reconstrucción de hechos y en la celebración de audiencias.

Indudablemente, del abogado defensor depende el mejor ejercicio de los derechos del inculcado y por ende, la justa aplicación de la ley, ya que éste tiene a su cargo la realización de todas las actividades necesarias para la buena marcha del procedimiento penal, de tal forma que al responsabilizarse de la defensa de una persona sujeta a un juicio penal, adquiere entre otros deberes, los siguientes:

- a) Verificar el cumplimiento de los términos;
- b) Diligenciar incidentes;
- c) Estar presente en todas las diligencias de la averiguación previa;
- d) Ofrecer y desahogar pruebas;
- e) Interponer recursos;
- f) Formular conclusiones;
- g) Interponer demanda de amparo;
- h) Formular alegatos;
- i) Solicitar la libertad bajo caución cuando proceda;
- j) Recusar al juez, etc.

El maestro Francisco Carrara, en su obra Programa de derecho criminal, al referirse a la forma de realizar la defensa, da una ilustración sobre las actuaciones que corresponden al defensor ejercitar y manifiesta que puede hacer la defensa por vía de excepciones o por vía de defensa propiamente dicha, efectuándose de la siguiente manera:

I. Por vía de excepción.- Cuando no se examina el fondo de la acusación, sino que se la aparta de él temporal o perpetuamente, es decir, se analizan cuestiones de forma, por lo que las excepciones son:

1) Contra la acción; puede ser:

a) Declinatorias, si se hace valer la incompetencia del Tribunal;

b) Dilatorias, cuando se pide un término ulterior para tratar la causa;

c) Perentorias, cuando se niega la acción, ya sea:

- Por insubsistencia original;

- Si se demuestra que el hecho no está sancionado por ninguna ley;

- Por haberse extinguido la acción ya sea por amnistía, prescripción, revocación de una ley o desistimiento del ofendido.

2) Contra las personas; puede ser:

a) Contra el acusador negándole el ius accusando;

b) Contra el juez, recusándolo;

c) Contra algún testigo, mostrándolo exceptuado.

3) Contra los actos, cuando se opone la nulidad o ilegitimidad de algún acto procesal, o se pide que sea suprimido

II. Defensa propiamente dicha, por el fin perseguido puede ser:

1) Indirecta.- Si pretende demostrar la falta de valor jurídico de las pruebas del acusador por inconcluyentes, bastando para demostrar la inocencia del inculpado, la deficiencia de pruebas existentes en su contra.

2) Directa.- Si pretende alcanzar la prueba positiva del inculpado, para demostrar:

a) Que el defendido obró en legítima defensa;

b) Negando tiempo y lugar de la comisión del delito. (5).

(5) Cfr. Causas Francisco. Op. cit., págs. 463-466.

De estas actividades se desprenden una serie más de responsabilidades y deberes del defensor, como las que hemos -- mencionado con anterioridad, el cual, con alianza de su defendido dará los lineamientos a seguir, siempre en favor de éste, se diante la destrucción de los elementos en que se pretende forta lecer la acusación, lo cual pondrá al juzgador en una posición equilibrada o tendiente a una de las partes, en cuanto a su causa, en virtud de la mejor comprobación que de la misma hayan hecho las partes.

NECESIDAD DEL DEFENSOR EN LA AVERIGUACION PREVIA

Nos hemos referido en temas anteriores a la necesaria presencia del abogado defensor en todo procedimiento penal como un auxiliar en la administración de la justicia y del cual se requieren ciertas características para ser idónea su participación, como es el hecho de ser Licenciado en derecho.

El derecho de ser asistido de un defensor, es una garantía individual consagrada en el artículo 20, fracción IX --- Constitucional y de ella se desprende: que todo acusado puede defenderse por sí o por persona de su confianza, o bien, designar un defensor de oficio, corriendo a cargo del juez la obligación de nombrarlo, en caso de que aquél no haya designado ninguno, aun cuando reconoce dicho derecho a partir de que el acusado sea aprehendido, debiendo el defensor estar presente en todos los actos del juicio.

Demasiadas controversias ha suscitado la redacción de dicha fracción, en cuanto a que el momento para designar defensor, es cuando sea aprehendido el acusado, así, por ejemplo, Sergio García Ramírez dice que el término aprehensión puede interpretarse favor rei, como sinónimo de detención, o bien, como aprehensión en sentido estricto, pero en todo caso, los actos practicados en la averiguación previa, no son actos del juicio, que por imperativo Constitucional deba de presenciar el defensor. (6)

(6) Op. cit. pág. 275.

Ahora bien, existe una diferencia radical entre ---aprehensión y detención, pues aquella en sentido estricto deriva de un mandato judicial, es decir, de una orden de aprehen---sión girada por autoridad judicial (Artículo 16 Constitucional) en tanto que la detención es una medida transitoria que restringe la libertad hasta en tanto se define la situación jurídica del detenido, la detención puede ser por una situación meramente inquisitiva-preventiva y, es justamente esta medida la que se adopta contra un indiciado.

Y por otra parte, el precepto Constitucional claramente estatuye garantías en favor del procesado, pues se refiere directamente a la etapa del proceso o juicio, que se inicia con la consignación del indiciado ante el Órgano Jurisdiccional dejando así totalmente fuera a aquéllos que se encuentran sujetos a la averiguación previa de los delitos.

El momento para designar defensor de acuerdo con el texto Constitucional es al rendir el procesado la declaración preparatoria ante el juez, a lo cual se sujetan las leyes adjetivas penales de los Estados de la República, los cuales determinan la forma en que debe rendirse dicha declaración, agregando que en ese acto se le hará saber el derecho que tiene de defenderse por sí mismo o por persona de su confianza, advirtiéndole que de no hacerlo así, se le nombrará uno de oficio. En --tal sentido se manifiestan los Códigos de Procedimientos Penales de los Estados de Hidalgo, en su artículo 84; Nuevo León, artículo 138; Oaxaca, artículo 242; Baja California, artículo 268; Distrito Federal, mediante su artículo 290 reformado (7), etc.

(7) Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 8 de enero de 1991, Tomo CXXLVIII, No. 5, ---pág. 8.

A nuestra consideración existen motivos importantes por los cuales debe obligarse al Estado a respetar este derecho de asistirse de defensor, dentro de la averiguación previa, simplemente porque así existiría quien verifique que dicha averiguación previa se realice conforme a los mandamientos Constitucionales y legales.

En primer término en el período de preparación de la acción procesal penal, en el que se adopta un verdadero sistema inquisitorio en cuanto a la averiguación previa del cuerpo del delito y la probable responsabilidad y solamente el Ministerio Público tiene a su cargo dicha investigación, el cual, al encontrarse frente al inculcado actúa como un verdadero acusador sistémico, interrogando al detenido en forma desmedida y pretende obtener la verdad de un hecho de la declaración del detenido quien en muchas ocasiones declara en su contra o acepta situaciones que no son, para evitarse malos tratos.

La incomunicación y la tortura son los métodos usuales de la Policía Judicial para obtener la confesión de los detenidos, y esto no está fuera de la realidad, y tan es así, que por ello se creó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, como un reconocimiento de que existen tales prácticas ilegales.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al adicionarse sus artículos 59, 134 y 249 (8), se resta eficacia a la confesión, dejando de considerarla prueba plena, lo cual implica que los actos de la Policía Judicial no deban solo arrancar la confesión de los indiciados, lo que favorece en gran medida a quienes están sujetos a un procedimiento penal.

(8) Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 8 de enero de 1931, Tomo CDXLVIII, No. 5, --- págs. 6-8.

Pero tales disposiciones no son de observancia en todos los Estados de la República y finalmente parece ser que a la Representación Social solo le interesa iniciar procesos, bag tándole únicamente llenar los requisitos que le impone el artículo 19 Constitucional para ver concluida su misión como Organó acusador.

Por otra parte, no es razón suficiente que tan solo por meras fases procedimentales, se determine en unas obligatoriamente para el Organó Jurisdiccional, la asistencia del abogado defensor, y en otras no.

Aún cuando efectivamente la averiguación previa se encamina solo a la verificación del delito, en la cual si existe la persecución del mismo, no existe pretensión punitiva adjetiva, la cual se dá hasta el momento en que el Ministerio Público pone en movimiento al Organó Jurisdiccional (9); también es cierto que en ambos momentos procedimentales existe una afectación en los bienes jurídicamente tutelados de quien es señalado como presunto responsable.

En este sentido, nos apegamos a los comentarios de Francisco Carrara al señalar "son graves los peligros que amenazan la inocencia, aún en ese primer período; la encarcelación preventiva y la segregación, son males que a veces se sienten más que la pena misma en que al final se incurre, y la incertidumbre y el pensamiento de estar sin protección alguna aumenta las angustias..." (10)

(9) Rosas Romero Sergio, Landeros C. Ma. Antonieta, Polanco -- Braga Elías y Chávez Hochstrasser. La defensa, camino a la libertad. Estudio Jurídico Polivalente. México, UNAM, --- 1986, pág. 17-18.

(10) Op. cit. págs. 310-311.

Asimismo, consideramos que por ser la etapa de preparación de la acción procesal penal la más cercana en tiempo al momento en que se cometió la conducta, es la más idónea para acreditar la verdad sobre los hechos.

El tiempo es fuerte enemigo de la verdad y cuando la investigación se retarda es difícil encontrarla; el tiempo borra señales, pierde cosas, altera hechos, modifica huellas y ahuyenta a las personas.

Por tales razones, la averiguación previa es el momento ideal para desvirtuar los hechos que son imputados al probable responsable, evitándose que el Ministerio Público caiga en el error de ejercitar la acción procesal penal; por consiguiente, en esta etapa se aceptan las manifestaciones, pruebas y objeciones aportadas por el defensor para descubrir la verdad de los hechos.

En otro aspecto, es de hacerse notar que una de las causas por las que se considera innecesaria la presencia del abogado defensor, es que el mismo perturba la acción inquisitoria del Ministerio Público y destruye las pruebas o pasa a través de ellas, imposibilitando el descubrimiento de la verdad histórica, en todo caso, más bien debe prevalecer el principio de igualdad entre las partes, ya que si bien es cierto, en esta etapa no se encuentran bien definidas, también lo es que el inculcado, está ya corriendo un riesgo, o inclusive, está sufriendo una afectación en su esfera jurídica y por lo tanto, desde que se le imputa un hecho delictuoso, tiene el derecho de resistirse de la acción penal intentada en su contra, y posteriormente de la acción procesal penal, sin embargo, su participación es importante para evitar los actos arbitrarios del Ministerio Público y la Policía Judicial y para vigilar que efectivamente se realice la averiguación previa conforme a los mandamientos -

Constitucionales y legales, por otra parte, "es mejor arriesgar alguna pérdida de tiempo, que poner en peligro la suerte de un inocente al coartarle la defensa". (11)

Algunas leyes adjetivas penales se han pronunciado - en el sentido, de que en las diligencias del Ministerio Público el indiciado puede nombrar persona de su confianza que lo defienda, como por ejemplo, el Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz, en su artículo 129; el del Distrito Federal, através de sus artículos 134 bis y 270 reformado (12) establecen igualmente posibilidades al defensor de intervenir dentro de la averiguación previa, aún cuando el primero de los preceptos, nuevamente señala: "Los detenidos, desde el momento de su aprehensión podrán nombrar abogado o persona de su confianza...", resultando obscura e imprecisa su redacción, etc.

Pero otras legislaciones son omisas al respecto, como el Código de Procedimientos Penales del Estado de Tlaxcala, Hidalgo o bien, el de Nuevo León, el cual, através de su artículo 133 señala que el Ministerio Público y la Policía Judicial, deben guardar sigilo de la averiguación previa de que conozcan, a fin de que no se entorpezca la impartición de justicia.

De acuerdo a lo anterior se concluye que la legislación procedimental penal no ha logrado su unificación y ello resulta por el motivo de que, no es forzoso contemplar este derecho del indiciado, pues no resulta un mandamiento Constitucional.

(11) Francenco Carrara. Op. cit. pág. 470.

(12) Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 8 de enero de 1991, Tomo CDXLVIII, No. 5 --- pág. 8.

Por lo tanto, es necesario reconocer este derecho -- dentro de las garantías individuales, a efecto de que sea contemplado obligatoriamente para las Legislaturas de los Estados, debiéndose incluir este beneficio en sus Códigos de Procedimientos Penales, de tal forma que constituya un verdadero Derecho Público Subjetivo del inculpado, que el mismo pueda ejercitar frente a los Organos Estatales, como obligados a respetar tal garantía:

Desde luego, el derecho de tener abogado defensor, - Licenciado en derecho, implica que en caso de omisión del inculpado, debe correr a cargo del Ministerio Público la designación obligatoria de un defensor de oficio para esta etapa del Procedimiento, de tal manera que el defensor particular o de oficio deba estar presente en todas las diligencias del Ministerio Público y la Policía Judicial, quedando constancia de tal circunstancia en las actas que en las mismas se levanta, así mismo, estar en aptitud de ofrecer pruebas, las que deben ser valoradas en cuanto a la integración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad; así como verificar el cumplimiento de términos y estar presente en el momento mismo de la consignación, si ésta procede.

La fracción IX del artículo 20 Constitucional, por lo tanto, debería decir: "SE LE OIRA EN DEFENSA POR SI O POR -- PERSONA DE SU CONFIANZA, O POR AMBOS, SEGUN SU VOLUNTAD. EN CASO DE NO TENER QUIEN LO DEFienda, O DE QUE QUIEN HAYA SIDO DESIGNADO, NO SEA LICENCIADO EN DERECHO, SE LE PRESENTARA LISTA DE LOS DEFENSORES DE OFICIO, PARA QUE ELIJA EL O LOS QUE LE CONVENGAN. SI EL INCULPADO NO QUIERE NOMBRAR DEFENSORES, DESPUES DE SER REQUERIDO PARA HACERLO, DESDE QUE QUEDA SUJETO AL PROCEDIMIENTO PENAL, EL JUEZ O EL MINISTERIO PUBLICO, EN SU CASO, LE NOMBRARA UNO DE OFICIO. EL INCULPADO, PODRA NOMBRAR DEFENSOR -- DESDE EL MOMENTO DE SU DETENCION Y TENDRA DERECHO A QUE ESTE SE HALLA PRESENTE EN TODOS LOS ACTOS DEL PROCEDIMIENTO; PERO TENDRA OBLIGACION DE HACERLO COMPARECER CUANTAS VECES SE NECESITE".

DISPOSICIONES Y ESTUDIOS RELATIVOS A LA DEFENSA

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Constitución Política, como ley fundamental de -- los Estados Unidos Mexicanos, y "cuyas máximas fundamentales no solo definen como deben ser elegidos o designados a quienes se confíe el ejercicio de los poderes soberanos, sino que imponen restricciones eficaces a tal ejercicio; con el fin de proteger los derechos y prerrogativas individuales y defenderlas contra cualquier acción del poder arbitrario" (13); es por tal motivo que en dicha Ley Suprema por principio, el derecho de defensa -- es consagrado como un Derecho Público Subjetivo del gobernado.

En ella, dicho derecho, es reconocido a través de -- garantías de seguridad jurídica; dentro de las cuales se establecen, aquellas que pertenecen a los individuos acusados de al -- gún delito.

En relación al derecho de defensa de todo inculpa -- do de un delito, corresponde al artículo 20 de la propia Constitución reglamentarlo a través de sus diversas fracciones, y el -- cual representa la base y regulación del procedimiento penal.

Por tales razones en dicho precepto Constitucional, deben establecerse clara y ampliamente, todas y cada una de las prerrogativas que pertenecen al gobernado en su calidad de in -- culpaado, frente al Estado y a sus autoridades.

(13) García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del dere -- cho, 11 ed. México, Ed. Porrúa S. A., 1963, pág. 138.

2. Código de Procedimientos Penales.

Las leyes reglamentarias tiene por objeto facilitar la aplicación de los principios fundamentales consignados en la Constitución y desarrollar dichos principios para hacerlos realizables en la práctica (14).

El Código de Procedimientos Penales deriva de los preceptos constitucionales, detallando aquellos que determinan los lineamientos a seguir en la aplicación de la ley, ante la comisión de un delito.

En su articulado las leyes adjetivas de cada uno de los Estados, se apegan a lo que la Ley Suprema estatuye y en algunas de ellas inclusive, se establecen ciertas extensiones a las garantías individuales, pero no hay obligación de que las mismas contemplen más que lo establecido en los mandamientos -- constitucionales.

El artículo 20 Constitucional es reglamentado por -- los Códigos de Procedimientos Penales, siendo posible su aplicación, y si bien es cierto, la mayoría de dichas leyes adjetivas de los Estados, se apegan a lo establecido en la Constitución, no ha sido posible lograr una unificación en las mismas, en -- cuanto a los derechos de defensa que corresponden a los inculpa -- dos, en especial dentro de la averiguación previa, lo que ocasiona cierto estado de indefensión de los gobernados, tan solo por razones de territorio.

(14) Beto Salazar, *Wfrana. On. cit. pág. 41.*

3. Jurisprudencia y Ejecutorias.

Cuando la ley no es clara en su redacción, ésta es interpretada por los Tribunales, a efecto de llenar aquellos vacíos o lagunas que deja, para lograr una aplicación justa de la misma.

Como es sabido, se forma Jurisprudencia cuando se interpreta la ley que se aplica a casos concretos y se emiten cinco tesis en el mismo sentido.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al fijar Jurisprudencia sobre alguna cuestión a ella sometida, establece su aplicación y acatamiento para todos los Tribunales inferiores de la República.

En materia de Derecho Procedimental Penal y en relación al tema que nos ocupa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido Jurisprudencia igualmente limitando el derecho de defensa del inculcado en la etapa de la averiguación previa, no considerándola como obligación del Estado y sus autoridades, frente al inculcado; y en relación a las diez fracciones que conforman el artículo 20 Constitucional y la ley reglamentaria de las mismas, se ha establecido la siguiente Jurisprudencia, así como Tesis relacionadas:

CONFESION ANTE AUTORIDAD INCOMPETENTE PARA RECIBIRLA. La --- confesión recibida por un organismo no facultado por la ley para practicar diligencias de averiguación penal previa, no convalida y adquiere valor jurídico de prueba confesional, si el inculcado la ratifica libremente ante los funcionarios del Ministerio Público encargado Constitucionalmente de la investigación y persecución de los delitos.

Sexta época, Segunda parte.

Vol. 15, pág. 62, AD 1595/57 Darío Navarro Guerrero. 5 votos.

Vol. 22, pág. 62, AD 4808/53 Alvaro Urdapilleta. 5 votos.

CONFESION.- Si los acusados ratificaran su confesión ante el Ministerio Público y después en la presencia judicial, ello purga cualquier defecto que pudieran haber tenido las declaraciones iniciales.

Sexta época, Segunda parte.

Vol. XXV, pág. 36, AD 6484/58, José Gloria Rodríguez. 5 votos.

CONFESION ANTE LA POLICIA JUDICIAL.- En ejercicio de sus funciones constitucionales de investigación y persecución de los delitos, la policía judicial es autoridad competente para recibir tanto la confesión original del inculcado, como la ratificación de lo confesado por éste ante cualquier organismo administrativo.

Sexta época, Segunda parte.

Vol. IX, pág. 44, AD 2319/57, Gonzalo Domínguez, Unanimidad 4 votos.

Vol. 71, pág. 9, AD 6361/62, Manuel Troncoso Peña, Unanimidad 4 votos.

CONFESION, PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO.- De acuerdo con el principio procesal de inmediación procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas deben prevalecer sobre las posteriores.

Sexta época, Segunda parte.

Vol. 8, pág. 60, AD 3435/57, Esteban Rodríguez Castañeda, Unanimidad 4 votos.

Vol. 40, pág. 75, AD 3527/60 José Sánchez Venegas. 5 votos.

Vol. 43, pág. 37, AD 6702/60 Guadalupe Montes Lozada, Unanimidad 4 votos.

Vol. 43, pág. 37, AD 1167/60 Carmona Hernández, Unanimidad 4 votos.

Vol. 45, pág. 31, AD 7222/60 Rutilo Lobato Valle, Unanimidad 4 votos.

TESIS RELACIONADAS.

CONFESION.- Merece mayor crédito la confesión que rinde el acusado al ser examinado por primera vez, con las posteriores -- rectificaciones, especialmente si la primera está corroborada -- con otros elementos probatorios y las otras carecen de base de sustentación, pues éstas, por regla general obedecen a sugerencias del defensor, para engañar a la justicia y la sentencia que condene, fundándose en dicha confesión, no viola ninguna garantía Constitucional.

Quinta época, Tomo CXXVII, pág. 196, AD 3777/55, 5 votos.

CONFESION PRIMERA.- El juzgador debe estar a la primera de -- las manifestaciones del imputado, cuando es bien sabido que el agente hace un relato cierto, sincero y verdadero de la conducta desplegada, por ser vertido en tiempo próximo a la realización del evento.

Quinta época, Tomo CXXIX, pág. 572, AD 1922/56, Unanimidad 4 -- votos.

CONFESION COACCIONADA, PRUERA DE LA .- Cuando el confesante -- no aporta ninguna prueba para justificar su aserto de que fué -- objeto de violencias por parte de alguno de los Organos del Estado, su declaración es insuficiente para hacer perder a su confesión inicial el requisito de espontaneidad necesaria a su validez legal.

Sexta época, Segunda parte.

Vol. 16, pág. 86, AD 4233/55 Pedro Rosas Morales. Unanimidad 4 votos.

Vol. 16, pág. 85, AD 4225/55 Alberto Morales Flores. Unanimidad 4 votos.

Vol. 16, pág. 85, AD 4231/51 Felix Flores. Unanimidad 4 votos.

Vol. 42, pág. 11, AD. 8174/59 Jesús Méndez Flores. Unanimidad 4 votos.

CAREOS, OMISION DE, NO VIOLATORIA DE GARANTIAS.- No constituye una violación a la garantía individual establecida en la fracción IV del artículo 20 Constitucional, la falta de careos, -- cuando entre los dichos del acusado y testigos no exista contradicción alguna; como ocurre en el caso en que el acusado haya confesado los hechos imputados.

Séptima época, Segunda parte.

Vol. 37, pág. 15, AD 5010/71 Alfredo Alejandro Yañez, 5 votos.

Vol. 39, pág. 15, AD 6182/71 Reynaldo Rosales Flores, 5 votos.

PRUEBAS EN EL PROCESO.- La fracción V del artículo 20 Constitucional no determina en manera alguna, que la prueba deba recibirse en todo tiempo y a voluntad absoluta del quejoso, sino en el tiempo que la ley respectiva conceda al efecto.

Quinta época, Tomo X, pág. 917, Rodríguez Verdán Salvador,

Tomo X, pág. 190, Martín Irenero L.

Tomo XXV, pág. 219, Dorante Cipriano.

Tomo XXVII, pág. 2592, Vázquez Rivera.

DEFENSA, GARANTIA 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 ésta al recibir la declaración preparatoria del presunte responsable tiene la obligación incluyente de designarle defensor si es que aquel no lo ha hecho; la facultad de asistirse de defensor a partir de la detención del inculcado; concierne única y exclusivamente a este, por lo que si no lo tuvo desde el momento que fué detenido, esa omisión es imputable al propio acusado y no al Juez instructor.

Séptima época, Segunda parte.

Vol. 39, pág. 51, AD 4942/71 Elia Payan Alcalá, 5 votos.

Vol. 48, pág. 43, AD 5925/71 Julio Carbajar Resendiz, 5 votos.

Vol. 57, pág. 19, AD 5934/73 Víctor Manuel Santiago, Unanimidad 4 votos.

Vol. 68, pág. 21, AD 1194/74 Francisco Hernández Ruiz, 5 votos.

Vol. 72, pág. 27, AD 5770/74 Ignacio García Coronado, 5 votos.

DEFENSOR, FACULTAD DEL ACUSADO DE ASISTIRSE DE, A PARTIR DE LA DETENCIÓN.- La obligación señalada por la fracción IX del artículo 20 Constitucional en el sentido del nombramiento del defensor para el acusado, se refiere a cuando éste ha sido ya declarado sujeto a proceso, momento en el cual es ineludible la obligación del juez de nombrarle defensor, en caso de que aquel no lo haya hecho, más la facultad de asistirse de defensor, a partir de la detención del inculcado, concierne única y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fué detenido, esa omisión es imputable al propio acusado y no al juez instructor.

Séptima época, Segunda parte.

Vol. 39, pág. 51, AD 4942/71 Elia payan Alcalá, 5 votos

Vol. 62, pág. 23, AD 4517/73 Miguel Ángel Ortiz Mondragón, 5 -- votos.

Vol. 70, pág. 17, AD 3438/74 Manuel Luis Maizures, Unanimidad 4 votos.

Vol. 82, pág. 24, AD 1258/78 Manuel Murillo Colón, 5 votos.

Vol. 84, pág. 51, AD 1261/75 Marco Antonio Hidalgo, 5 votos.

TESIS RELACIONADAS.

DEFENSA, GARANTÍA DE LA.- La garantía que consagra el artículo 20 Constitucional, en su fracción IX, al establecer que si el acusado no quiere nombrar defensor, después de ser requerido para hacerlo al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio, debe entenderse en el sentido de que el nombramiento de defensor de oficio por parte del Juez, deberá ser hecho al rendir el acusado su declaración preparatoria, pero siempre que no quiera el acusado nombrar defensores después de ser requerido para hacerlo.

Quinta época, Tomo XXXV, pág. 2137. Delgadillo Pedro y coars.

DEFENSOR, FALSA DE ACEPTACION Y PROTESTA DEL CARGO ARRIEBUIBLE A LA AUTORIDAD.-

Si el inculpado propone en segunda instancia un defensor particular y acordada la petición por causa atribuible a la autoridad, a éste no se le hace saber su nombramiento, por los efectos de la aceptación del cargo y protesta de su fiel desempeño, hay una notoria violación de garantías en perjuicio de acusado, por las consecuencias obvias de no haber tenido oportunidad de ejercitar sus derechos y promover las pruebas -- que estimara procedentes.

Séptima época, segunda parte.

Vols. a67-168, pág. 47, AD 5261/82 Adolfo Cruz Boucher, 5 votos

DEFENSOR, INACTIVIDAD DEL.- La inactividad del defensor durante el proceso, no es acto atribuible a las autoridades de instancia que pueda repararse en el juicio de garantías.

Sexta época, Segunda parte.

Vol. 32, pág. 81, AD 7771/58 José Medina Suárez, Unanimidad 4 - votos.

Séptima época, segunda parte.

Vol. 37, pág. 21, AD 1456/69 José Guadalupe Excahua, 5 votos.

Vol. 38, pág. 20, AD 5099/71 Raymundo Aguirre Ericeño, Unanimidad 4 votos.

Vol. 58, pág. 29, AD 1615/73 Rogelio Rodríguez C. 5 votos.

Vol 58, pág. 29, AD 1623/73 Wenceslao Gervasio Velázquez, 5 -- votos.

MINISTERIO PUBLICO, DILIGENCIAS DEL, SIN INTERVENCION DEL INculpADO, VALOR LEGAL DE LAS MISMAS.- El hecho de que una inspección practicada por el Ministerio Público, durante la etapa de averiguación previa, sea realizada "sin asistencia de parte acusada", resulta intrascendente e inocuo desde el punto de vista de la posible violación de garantías. En efecto, el Ministerio Público como titular del poder-deber de persecución de los delitos, hace constar hechos, para decidir sobre una conducta propia, cual si es ejercitada o no la acción penal para la constatación de tales hechos, no afecta por sí misma la esfera jurídica del particular y por lo tanto, no tiene porque dársele in--

tervención alguna.

Séptima época, segunda parte.

Vol. 175 Pág. 107 AD 5561/83 Pablo Reyes Morales, 5 votos.

MINISTERIO PÚBLICO, ACTUACIONES DEL, TESTIGOS DE ASISTENCIA.-

El hecho de que no aparezca el nombre de los testigos de asistencia que firman como tales en las actuaciones practicadas por el Ministerio Público, no invalida las actuaciones de referencia, la ley no exige que se asiente cual es el nombre de los testigos de asistencia, sino que exige únicamente que el Ministerio Público actúe con los testigos en cuestión.

Séptima época, Segunda Parte.

Vols. 151-156, pág. 71, AD 813/81 Fernando Arrigenaga Gutiérrez y otros, 5 votos, AD 387/81 Hermilo Campos A. y otro, Unanimidad de 4 votos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El sistema acusatorio de enjuiciamiento penal se caracteriza por la separación de funciones y por el reconocimiento de los principios procesales de publicidad, oralidad e igualdad, lo que permite una amplia defensa del enjuiciamiento, admitiéndose la defensa por un tercero, siendo el interés prevaleciente el particular del ofendido, por lo que es éste el titular de la acusación.

SEGUNDA.- El sistema de enjuiciamiento de tipo inquisitorio, - se distingue por la concentración de funciones en el Tribunal, y se desenvuelve conforme a los principios procesales de escritura y secreto, siendo el interés prevaleciente el social, por lo que el inculpado es solo objeto de la pesquisa, no teniendo posibilidades de defensa, pues no se le permitía participar, como parte, dentro del proceso del cual era objeto.

TERCERA.- El sistema mixto de enjuiciamiento, constituye el moderno proceso penal, el cual consta de dos fases, observándose en la primera características del sistema inquisitorio y la segunda tiende hacia el proceso acusatorio. Su nota peculiar es el ejercicio de la acusación a cargo de un Organó Estatal (Ministerio Público) y se sigue en este tipo de enjuiciamiento los principios de secreto y escritura en la primera fase, denominada instrucción, en donde no tiene relevancia alguna el derecho de defensa dentro de la indagación del delito; y en la segunda fase, denominada plenario o juicio, se aplican los principios de publicidad, oralidad e igualdad, en ella el Ministerio Público sostiene su acusación y el acusado, asistido de un defensor niega la pretensión punitiva.

CUARTA.- El Procedimiento Penal nace como una condición necesaria ante la comisión de un delito, para poder aplicar una sanción o pena a dicha conducta antisocial. Para tal efecto, el -- Procedimiento Penal Mexicano está dividido en etapas, cada una de ellas con objetivos definidos y que son: Período de preparación de la acción procesal penal, en el cual se determinan los elementos que presumen la responsabilidad de un determinado sujeto y el cuerpo del delito; Período de preparación del proceso en el que se determina si el proceso debe o no de existir; Período del proceso, en el que las partes aportan sus elementos probatorios y fijan sus puntos de vista respecto al hecho delictuoso, culminando con la aplicación del derecho, mediante una Sentencia.

QUINTA.- El derecho de defensa es una facultad natural del -- hombre inherente a la vida misma, que se objetiviza al ser reconocido por el Estado de derecho dentro de la estructura normativa, en la cual es elevado a rango constitucional como derecho fundamental del hombre por ser anterior y superior al Estado. -- Está constituido por el conjunto de facultades jurídicas presupuestas por el ordenamiento jurídico y por la garantía de inviolabilidad en el pleno ejercicio de dichas facultades, que aseguran al individuo su esfera de libertad contra la afectación de cualquier poder individual y contra las injerencias del poder -- público.

SEXTA.- En el Procedimiento Penal deben darse todas las posibilidades de defensa, ya que en cada etapa representa una máxima importancia pues con ella se crea el equilibrio jurídico entre las partes, lográndose la justa aplicación de la ley. La deficiencia en la defensa fortalece la acusación y la eficacia de la misma que le lleva a comprobar, en su caso, la existencia de algún elemento negativo del delito, la aplicación de una pena -- menor o la absolución definitiva del defendido.

SEPTIMA.- La defensa es un Derecho Público Subjetivo del inculcado, por la relación de supra a subordinación que dentro -- del marco jurídico se establece entre gobernantes y gobernados y por existir en favor de éste la facultad jurídica de exigir -- ante y frente al Estado y sus autoridades el respeto del derecho de defensa. En tal virtud, se encuentra consagrado en la -- Ley fundamental dentro de las garantías de seguridad jurídica.

OCTAVA.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el artículo 20, através de sus fracciones, -- el derecho de defensa de todo acusado dentro de un juicio criminal, creando con su terminología cierto estado de indefensión y manifestándose la propia Constitución, en sí misma como causa -- de una restricción o negación atentatoria del derecho de defensa, debiendo la Constitución, por lo tanto, reconocer en principio la inviolabilidad de este derecho, ni por ley, ni por autoridad alguna al establecer: "Es inviolable el derecho de defensa en todo procedimiento criminal".

NOVENA.- A efecto de reconocer el derecho de defensa como Público Subjetivo de aquél que está sujeto a un procedimiento penal, debiendo de ampliarse la garantía en el sentido de hacerla extensiva a quien se encuentra en la etapa de averiguación previa y no solo limitarla a la etapa propia del proceso; de tal forma, el artículo 20 Constitucional debe señalar: "En todo procedimiento del orden criminal tendrá el inculcado las siguientes garantías..."

DECIMA.- Al hacerse en la Constitución las modificaciones pertinentes al artículo 20 Constitucional, en cuanto al derecho de defensa del inculcado en el Procedimiento Penal, todos los Códigos de Procedimientos Penales de los Estados de la República, -- obligatoriamente deben acatar el mandamiento Constitucional en ese sentido, con lo que desde luego, se lograría la unificación en las legislaciones.

DECIMO PRIMERA.- Como un reconocimiento de que existen prácticas ilegales, por parte de las autoridades Estatales, en especial el Ministerio Público y la Policía Judicial, las cuales a fin de lograr la confesión de los indiciados, les dejan incomunicados y en ocasiones les aplican la tortura, se crea la Comisión Nacional de los Derechos humanos, la cual tiene por objeto la denuncia ante las autoridades de aquéllos actos de que conoza y que puedan comportar violaciones a los derechos humanos, haciéndole "recomendaciones" para que apeguen sus actos de autarquía, conforme a lo establecido por la Ley.

DECIMO SEGUNDA.- La garantía de defensa comprende: el derecho de ser puesto en libertad bajo fianza, cuando se reúnan determinados requisitos; el derecho a ser informado de la acusación y a rendir declaración preparatoria; derecho a ofrecer pruebas; derecho a ser careado y desde luego, derecho a tener un defensor que cuide el procedimiento.

DECIMO TERCERA.- El derecho a ofrecer pruebas debe ser extendido incluso a la etapa de averiguación previa, pues de esta forma, quedaría plenamente integrado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, para que se ejercite de inmediato la asociación procesal penal, o bien, se demostraría la inocencia del inculcado. La fracción V, del artículo 20 Constitucional por lo tanto debe decir: "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca dentro del procedimiento penal, concediéndole el tiempo que la ley determine al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite siempre que se encuentren dentro de la jurisdicción.

DECIMO CUARTA.- Las actividades del abogado defensor se encuentran reglamentadas Constitucional y legalmente y su intervención en el Procedimiento Penal logra el equilibrio jurídico entre las partes, a efecto de presentar una visión más amplia sobre el caso concreto, por lo que existe más la posibilidad de

que el juzgador apege sus resoluciones a lo establecido por la ley sustantiva y procedimental penal, es decir, el abogado defensor es un auxiliar en la administración de la justicia.

DECIMO QUINTA.- La defensa que realiza el inculcado es denominada defensa material y aquella que realiza otra persona en auxilio y representación de los derechos de aquél, es la defensa formal o técnica. Dada la imperiosa necesidad de que quien es designado como defensor se encuentre en el mismo plano de conocimientos técnicos jurídicos, a fin de lograr el equilibrio jurídico entre las partes, es necesario que a nivel Constitucional se señale como obligación del Estado y sus autoridades de procurar siempre la asistencia de un defensor, Licenciado en derecho, cuando el designado por el inculcado no lo sea.

DECIMO SEXTA.- El artículo 20 Constitucional al señalar en su fracción IX, que todo acusado podrá nombrar defensor desde el momento de su aprehensión, excluye de este derecho a quienes se encuentran en la etapa de la averiguación previa, es decir, a las que han sido detenidas, dejando supeditado el ejercicio de este derecho al cambio de situación jurídica de indiciado a procesado.

DECIMO SEPTIMA.- La averiguación previa es el momento ideal para descubrir la verdad de los hechos que se consideran delictuosos, pues es el más cercano a su realización, por ello, es necesaria la intervención del defensor en esta etapa para lograr desde este momento el equilibrio jurídico entre las partes que aún cuando no están bien determinadas, sí existe ya una afectación en la esfera jurídica del inculcado.

DECIMO OCTAVA.- El derecho de defensa al ser reconocido como Subjetivo Público del inculcado durante todo el procedimiento penal, implica desde luego que cuando éste no designe ningún --

defensor, o el designado no sea Licenciado en derecho, dentro de la etapa de la averiguación previa, debe correr la obligación a cargo del Ministerio Público de nombrarlo uno de oficio que sea desde luego, Licenciado en derecho.

DECIMO NOVENA.- La fracción IX del artículo 20 Constitucional debería establecer: "Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, o de que quien haya sido designado, no sea Licenciado en derecho, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija él o los que le convengan. Si el inculpado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, desde que queda sujeto al procedimiento penal, el Juez o el Ministerio Público, en su caso, le nombrará uno de oficio. El inculpado, podrá nombrar defensor desde el momento de su detención y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del procedimiento; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite".

LEGISLACION CONSULTADA

- México, Leyes y Códigos de México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 84 ed. México, Ed. Porrúa S. A. 1990, 128 p.
- México, Leyes y Códigos de México. Códigos de Procedimientos -- Penales. 41 ed. México, Ed. Porrúa, S. A. 1990, 804 p.
- México, Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado libre y soberano de Baja California. México, Puebla, Ed. Cajica, S. A. 459 p.
- México, Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado libre y soberano de Hidalgo. México, Puebla, Ed. Cajica, S. A. 360 p.
- México, Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado libre y soberano de Morelos. México, Puebla, Ed. Cajica, S. A. 551 p.
- México, Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado libre y soberano de Nuevo León. México, Puebla, Ed. Cajica S. A. 555 p.
- México, Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado libre y soberano de Oaxaca. México, Puebla, Ed. Cajica, - S. A. 413 p.
- México, Leyes y Códigos de México. Código de defensa social y - de Procedimientos en materia social para el Estado libre y soberano de Puebla, México, D. F. Ed. Porrúa, S. A. --- 1989, 230 p.

México, Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado libre y soberano de Tlaxcala. México, Puebla, Ed. Cajica, S. A. 606 p.

México, Leyes y Códigos de México. Código Penal para el Distrito Federal. 46 ed. México, Ed. Porrúa, S. A. 1990, 300 p.

México, Semanario Judicial de la Federación. Apéndice 1917-1985 Primera Sala. Tomo II, México, 1985, 754 p.

México, Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de 1971-1973. --- Actualización III. Penal Sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Mayo Ediciones, 1975.

BIBLIOGRAFIA

- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Derecho Procesal Mexicano, --
T. I, 2 ed. México, Ed. Porrúa S. A. 1985, 641 p.
- ARILLA BAS, Fernando. El Procedimiento Penal en México. 12 ed.,
México, Ed. Kratos, 1989, 479 p.
- BORJA OSORNO, Guillermo. Derecho Procesal Penal. México, Ed. Ca
jica, 1977, 597 p.
- BURGOA, Ignacio. Las Garantías individuales. 19 ed., México, --
Ed. Porrúa, S. A. 1985, 758 p.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos --
Penales. 7 ed. México, Ed. Porrúa, S. A. 1981, 641 p.
- FERNANDEZ DE SOTO, Absalón. Las Garantías Constitucionales en -
el proceso penal. Bogotá, Imprenta Nacional, 1941, 85 p.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. 2 ed. México, -
Ed. Porrúa, S. A. 1977, 229 p.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal
Penal Mexicano. 7 ed. México, Ed. Porrúa, S. A. 1984, ---
118 p.
- HERRERA Y LASSO GUTIERREZ, Eduardo. Garantías Constitucionales
en materia penal. México, Cárdenas Editor, 1979, 118 p.
- LOZANO, José María. Tratado de los derechos del hombre. 2 ed. -
facsimilar, México, Ed. Porrúa, S. A. 1972, 331 p.

- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal. Estudio Constitucional -- del proceso penal. 2 ed. México, Ed. Porrúa, S. A., 1989, 255 p.
- MONTIEL Y DUARTE, Isidro. Estudio sobre garantías individuales. 3 ed. facsimilar, México, Ed. Porrúa, S. A. 1979, 604 p.
- PEREZ PALMA, Rafael. Fundamentos Constitucionales del procedimiento penal. México, Cárdenas editor y distribuidor, --- 1980, 307 p.
- RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. 15 ed. México, -- Ed. Porrúa, S. A. 1985, XX-403 p.
- ROSAS ROMERO, Sergio y Otros. La defensa, camino a la libertad. Estudio Jurídico Polivalente. México, UNAM, 1986, 145 p.
- SECO VILLALBA, José Armando. El derecho de defensa: La garantía Constitucional de defensa en juicio. Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma, 1947, 82 p.
- ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Artículo 20 y 23 Constitucional. 2 ed., México, Ed. Porrúa, S. A. México, 1987, XXXI-363 p.

LA DEFENSA COMO UN DERECHO SUBJETIVO PUBLICO DEL INculpADO EN
EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO EN EL ORDEN COMUN

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAP. I.- DESARROLLO HISTORICO DE LA DEFENSA EN EL PRO CEDIMIENTO PENAL	4
1. La defensa en el Sistema Acusatorio	4
2. La defensa en el Sistema Inquisitorio	9
3. La defensa en el Moderno Sistema Penal	14
CAP. II.- LA DEFENSA COMO ELEMENTO DEL PROCESO PENAL	18
4. Etapas procesales del juicio penal mexicano ...	18
5. Definición del derecho de defensa	28
6. Importancia de la defensa en el Procedimiento - Penal Mexicano	35
7. La defensa como un Derecho Subjetivo Público -- del inculpado	41
8. Garantías que encierra el derecho de defensa ..	50

CAP. III.- ASPECTOS DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO	60
9. Naturaleza jurídica del defensor	60
10. Defensa formal y defensa material	66
11. Necesidad del defensor en la averiguación previa	73
12. Disposiciones y estudios relativos a la defensa	80
Constitución Política de los Estados Unidos -- Mexicanos	80
Código de Procedimientos Penales	81
Jurisprudencia y Ejecutorias	82
CONCLUSIONES	89
BIBLIOGRAFIA	95