

404
2ej.

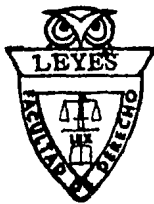
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**



FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO DE DEFENSA EN EL
PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO**

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE RAMON HERNANDEZ MAYA



FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

1994



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

Esta tesis se elaboró en el Seminario
de Derecho Procesal, bajo la asesoría
del C. Lic. José Hernández Acero y el
Lic. Francisco Morales Ríos.

Ciudad Universitaria, D.F. a 3 de junio de 1994.

Lic. Héctor Molina González .
Director del Seminario
de Derecho Procesal.
P r e s e n t e.

Después de haber revisado la tesis que para optar por el título de Licenciado en Derecho ha formulado el C. José Ramón Hernández Maya, con el título de "El Derecho de Defensa en el Procedimiento Penal Mexicano", estimo que la misma reúne los requisitos para ser sometida a examen profesional.

Por lo anterior, me permito someter a su consideración, la solicitud de autorización correspondiente para que pueda ser impresa la tesis en cuestión.

Aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo y ratificar mi agradecimiento para esta solicitud.

A t e n t a m e n t e



Lic. Francisco Morales Rios.

A mis padres:

Dedico con todo mi cariño y agradecimiento, por el respaldo incondicional e invaluable que motivó la realización de mi carrera profesional.

A mi querida esposa:

cuya paciencia y constante ayuda inspiró la terminación de esta obra, y que representa en nuestras vidas el inicio de grandes proyectos.

A mi hija:

Dánae Jocelyn, por la gran ilusión y entusiasmo que significa para mi.

**A mis hermanos:
Armando y Víctor Manuel,
con cariño, deseando que
sea una motivación para
la culminación de sus
estudios.**

**A mis amigos:
Francisco Castillo Barragán,
Abraham Atala Cabrera y
Cesar Augusto Peniche Espejel,
por el apoyo que representó
en mi logro.**

EL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO

INDICE

	PAG.
INTRODUCCION	I
CAPITULO I.- Los Sistemas de Enjuiciamiento en materia Penal.	
El enjuiciamiento Acusatorio	5
a) Características	7
b) Garantías del acusado	9
El enjuiciamiento Inquisitivo	11
a) Características	13
b) Garantías del acusado	16
El Sistema de Enjuiciamiento mixto	21
a) Características	24
b) Garantías del acusado	25
CAPITULO II.- Las Garantías del procesado en la vida Constitucional del México independiente.	

Decreto Español de 1812	34
Decreto Constitucional de la América Mexicana de 22 de octubre de 1814	36
Las Siete Leyes Constitucionales	39
Las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de 1843 ..	40
La Constitución de 1857	41
La Ley de Jurados Criminales de 1869	44
La legislación procesal penal	48
El Código de Procedimientos Penales del 10. de noviembre de 1880	49
El Código de Procedimiento Penales para el Distrito y Territorios Federales, expedido el día 6 de julio de 1894	55
El Código Federal de Procedimientos Penales publicado el día 18 de diciembre de 1908	58
El Código de Organización, Competencia y de Procedimientos en materia Penal para el Distrito Federal, publicado el día 14 de octubre de 1929	62

CAPITULO III.- La Garantía de defensa

El Derecho a ser informado:	89
a) El nombre de su acusador (denunciante o querellante), así como el de los testigos que han declarado en su contra	93
b) Naturaleza y causa de la acusación	98

El Derecho a rendir declaración:	102
a) El derecho que tiene el acusado de que no puede ser obligado a declarar en su contra	115
El Derecho a ofrecer pruebas	126
El Derecho a ser careado con todos aquellos que depongan en su contra	137

**CAPITULO IV.- Análisis de la fracción IX del artículo
20 Constitucional.**

La asistencia del Defensor como derecho fundamental autónomo y como presupuesto del Derecho de Defensa	157
La obligatoriedad de que el Defensor sea Lic. en Derecho	172
La obligatoriedad de la defensa	196
a) cuantos defensores prodrá nombrar el acusado	198
b) El Defensor en la Averiguación Previa	201

CONCLUSIONES	219
---------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	230
---------------------------	------------

INTRODUCCION

En el ámbito penal es donde se ven afectados los derechos humanos, donde se causa el mayor daño, pero también donde mejor se aseguran, o mejor dicho donde más importa asegurarlos, esto es, porque en el sistema penal, como en ninguno, los bienes jurídicos básicos del ser humano pueden ser perdidos o rescatados.

La garantía de defensa, constituye uno de los tres pilares que componen el Procedimiento Penal Mexicano junto con la función de acusar y la función de decisión, es el derecho que tiene aquella persona a la que se le atribuye un hecho delictivo, para defenderse contra dicha imputación, ya que está de por medio su libertad, además de ser un medio para hacer respetar sus derechos humanos. Bajo este orden de ideas, es justificable el que el derecho de defensa se encuentre consagrado en nuestra Constitución en su artículo 20; sin embargo, la experiencia que se ha dado respecto de ésta garantía, nos ha permitido observar que su aplicación real y efectiva, no ha sido positiva, toda vez que se cometen constantemente arbitrariedades por parte de las autoridades, injusticias y violaciones a los Derechos Humanos. Es decir, no basta un orden jurídico adecuado, si en el plano de la realidad

no se protege tales derechos fundamentales.

La realidad, consideramos, es el cimiento del sistema normativo, en virtud de que éste toma de aquélla su fuerza; es decir, la evolución de las normas jurídicas son el efecto de la transformación de la misma comunidad, ya que dichas normas no son más que un reflejo del hecho social. Así, bajo la idea de que los derechos humanos no admiten retroceso o menoscabo, es importante considerar, no sólo cambios temporales a este respecto, sino principalmente transformaciones constantes que hagan posible la justicia y la igualdad, para preservar lo mejor de los valores de un Estado de Derecho como el nuestro: la libertad, la paz pública y la seguridad jurídica.

Lo anterior, es posible si tomamos en cuenta que las instituciones jurídicas fueron creadas para el servicio del hombre, constituyendo las mismas un medio y no un fin.

Quien tiene como encargo la defensa y protección de esos derechos fundamentales debe obrar conforme a sus límites y de acuerdo a sus atribuciones. No debe permitirse que con el pretexto de preservar la paz social se violen las garantías individuales, pues ello implicaría el debilitamiento de nuestro Procedimiento Penal, con las graves consecuencias.

Nuestro trabajo analiza la garantía de defensa, establecida en el artículo 20 Constitucional, teniendo como objetivo el determinar, tomando en cuenta la legislación procesal penal, tanto en el ámbito Federal, como en el Distrito Federal, la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sobre todo considerando la realidad, el momento procedimental en que se actualizan las garantías establecidas en las fracciones del precepto Constitucional mencionado, ofreciendo así un panorama completo, en cuanto cada garantía, su aplicación, problemática y alguna posible propuesta por mejorarla. Especialmente el estudio que presentamos, se enfoca a la garantía de nombrar defensor, regulada en la fracción IX del artículo 20 Constitucional, en el sentido de establecer la conveniencia de que el defensor nombrado por el inculcado sea necesariamente Licenciado en Derecho, o bien sea pasante de Derecho, con la respectiva cédula que lo acredite.

Es importante señalar que para comprender mejor el trabajo realizado, fue necesario estudiar los Sistemas de Enjuiciamiento Penal surgidos a través de la Historia Universal, el Sistema Acusatorio, el Inquisitivo y el Mixto, a efecto de conocer sus características, ubicando el papel que desempeñó la figura de la defensa en cada uno de ellos. Asimismo, se estudió en la historia independiente de México, el desarrollo de nuestro Sistema de Enjuiciamiento Penal.

CAPITULO I

LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO PENAL.

Para lograr una mejor comprensión del tema que se pretende desarrollar en el presente trabajo, "El Derecho de Defensa en el Procedimiento Penal Mexicano", es de fundamental importancia tener un conocimiento general acerca de la historia del Procedimiento Penal, ello en virtud de que nos permitirá darnos cuenta sobre la evolución que ha tenido hasta la actualidad la figura de nuestro estudio; es decir la función de la Defensa, que junto con la de Acusación y la de Decisión, conforman las tres funciones capitales, en todo proceso penal.

El maestro Juan José González Bustamante nos dice al respecto que el desarrollo histórico del proceso penal, mantiene una estrecha relación con los cambios políticos y sociales que se han dado en el mundo ⁽¹⁾, y concretamente en la historia del proceso penal se nos presentan en términos generales tres periodos, el periodo del proceso antiguo (enjuiciamiento acusatorio), que se remonta en forma dominante en las Antiguas Repúblicas de Grecia, así como en el Derecho Romano Clásico que florece con el advenimiento de Augusto al

(1) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. 6a. Ed., México, Porrúa, S.A., 1975. p.9.

poder 27 a. C. y finaliza con la proclamación de Diocleciano como emperador 284 de nuestra era; el período del proceso canónico (enjuiciamiento inquisitivo), que nació en el último período del Derecho Romano, se perfeccionó en el Derecho Canónico y pasó finalmente a casi todas las legislaciones europeas de los siglos XVI, XVII Y XVIII; y el período del enjuiciamiento mixto, que se constituye sobre las bases de los dos anteriores tipos de enjuiciamiento mencionados y se implanta en Alemania, en la Constitución Criminalis Carolina de 1532 y en Francia en la celebre Ordenanza Criminal de Luis XIV el año de 1670.

Agrega el maestro González Bustamante, un cuarto período histórico del procedimiento penal que denomina el proceso moderno, que según nuestro autor señala que en este período "...se hace renacer las magnificencias del proceso penal antiguo, después de haberlas depurado y adaptado a las transformaciones del derecho, se inspira en las ideas democráticas que substituyen el viejo concepto del derecho divino de los Reyes por la soberanía del pueblo. Su antecedente es el famoso edicto de 8 de mayo de 1777, que transformó las disposiciones codificadas en la Ordenanza de 1670..."⁽²⁾ Al respecto consideramos que este cuarto período

(2) Ibid., p. 14.

a que se refiere nuestro autor, también se puede encuadrar dentro del periodo del enjuiciamiento de tipo mixto, ya que como nos indica, que se trató de hacer renacer las magnificencias del proceso penal antiguo, éste también conserva características del inquisitorio, lo que de alguna manera lo convierte en una mixtura.

Por otra parte, el investigador Sergio Garcia Ramirez nos indica "...Zafaroni afirma que los regímenes inquisitivo y acusatorio no existen en la realidad; son abstracciones; aún históricamente es improbable su existencia; han sido mixtos y no formas puras, todos los sistemas que han existido. También Acero manifiesta que los sistemas referidos quizá no correspondan, en toda su extensión y estricta pureza, a ningún período determinado; son en realidad, dice: "esquemas contruidos con los caracteres dominantes o extremos que en la práctica se han ido sucediendo, mezclando o combinando en porporciones y aspectos variadísimos". Ciertamente, pues, los esquemas puros constituyen más bien abstracciones..."⁽³⁾; sobre el particular, es de señalarse, que efectivamente el aspecto distintivo de estos tipos de enjuiciamiento han sido sus caracteres dominantes, que sobre todo se dieron dentro de las

(3) Garcia Ramirez Sergio. Derecho Procesal Penal. 3a. ed. Porrúa, S.A., México 1980, p.85

tres funciones indispensables del proceso penal, acusación, defensa y decisión.

Los sistemas de enjuiciamiento ha dicho Rivera Silva, "son productos de principios extraídos de manifestaciones históricas de las diferentes legislaciones de cada pueblo en una época determinada, respondiendo de manera principal, a los diversos criterios que se han tenido sobre la ofensa que entraña el delito". (4) En este sentido, el ejercicio de la acción penal ha correspondido en la historia a diferentes personas, dependiendo de la cultura. Así, de la venganza privada se pasó a la defensa particular acusando el ofendido, luego la idea de la defensa del interés social condujo a la acusación por parte del Estado, en consecuencia, es importante el estudio de los mencionados sistemas, porque podemos observar los defectos y cualidades de cada uno, para poder tener un sistema procesal penal ya perfeccionado aprendiendo de los errores cometidos en el pasado, por lo que analizaremos los tres periodos históricos mencionados.

(4) Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. 19a. ed. México, Porrúa, S.A., 1990, p. 183.

en todo proceso penal que son: la acusación, defensa y decisión, las cuales pueden presentar aspectos diferentes en el proceso.

1.1 El Enjuiciamiento Acusatorio.

La doctrina sostiene en términos generales que cuando impere la garantía individual o privada frente al predominio de los intereses del Estado, se está ante el tipo de enjuiciamiento acusatorio, y es considerado como una forma primitiva del enjuiciamiento penal.⁽⁵⁾ Este sistema acusatorio es propio de los regímenes liberales o democráticos en donde se busca que las tres funciones capitales del proceso penal, acusación, defensa y decisión, esten encomendadas a tres organismos diversos e independientes.

Sus orígenes datan de las épocas en que el delito era valorado solamente desde el punto de vista del interés privado. Este sistema tiene como el más cercano antecedente el Derecho Romano en la época de los comicios y en el período siguiente de las Quaestiones perpetuae, que eran una especie de jurados.

En este sistema la acusación se da por el ofendido, pero

(5) Francisco Carrara. Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte General, vol. II, Ed. Depalma, Buenos Aires 1944, p. 209.

cuando comienza a manifestarse el peso de la lesión social causada por el delito, el poder de acusar deja de estar atribuido al ofendido y sus allegados, pasando en primer lugar a cualquier ciudadano.

El vocablo acusación ha sido definido por Briseño en los siguientes términos: "... acusar indica imputar a alguien un delito, y deliberadamente perseguir al culpable."(*) Aunque en este sistema en particular, apunta Carnelutti que "... el carácter de tipo acusatorio se encuentra en la mediación de la acusación y la defensa entre el juez y el imputado y no en la presencia de la acusación".(?)

El Maestro Vicencio Manzini afirma que este sistema acusatorio es "...una inoportuna e insidiosa copia del proceso civil".(8) Señalamiento acertado, aunque en el acusatorio el juzgador no funda su sentencia, únicamente se limita a

(6) Briseño Sierra, Humberto. Estudios de derecho procesal. v. 1. México, Cárdenas Editor y distribuidor, 1980. p. 21.

(7) Carnelutti, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal. v.I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosh y Cia, Editores, 1950. p. 229.

(8) Manzini, Vicenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. t.I. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Pról. de Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europa-América, 1951. p. 34.

pronunciar un monosílabo: "si" o "no", así como en el Derecho Romano el pretor respondía: condemno o absolvo o non liquet, y expedía su veredicto en una conchuela de ostra, donde se encontraban grabadas las iniciales de la palabras referidas.

a) Características

Se pueden considerar según los tratadistas, como características especiales del sistema acusatorio las siguientes:

En cuanto a la acusación:

- 1.- El acusador es distinto del juez y del defensor;
- 2.- El enjuiciamiento solamente puede ser iniciado a instancia del titular de la acción (nemo iude sine actore); y no esta representado por un órgano especial;
- 3.- El acusador particular era el lesionado por el delito en los casos de delitos privados, o cualquier ciudadano, en casos de delitos públicos;
- 4.- Hay una paridad de poderes entre el acusador y el acusado. Al acusador se le daban poderes que lo transformaban en instructor, pudiendo realizar todas las diligencias necesarias para cumplir su cometido, y al acusado se le nombra un custode, mismo que podía presenciar tales diligencias a fin de evitar fraudes. Por lo anterior el acusador iniciaba la acción acusando solamente cuando ya

tenía las pruebas reunidas para comprobar el hecho delictivo;

- 3.- La acusación no es oficiosa, tiene que haber una acusación privada de cualquier persona ya que de lo contrario no había forma de que se iniciara algún proceso, aunque el hecho delictuoso hubiera existido;
- 5.- Solamente pueden ser objeto del proceso y, por ende, de la sentencia, los hechos invocados por las partes que intervienen en aquél.

En cuanto a la defensa:

- 1.- La defensa no está entregada al juez;
- 2.- El acusado puede ser patrocinado por cualquier persona;
- 3.- Existe libertad de defensa, pero respecto a las pruebas no pueden ofrecerse en todos los momentos del proceso sólo en el término, a excepto que sean pruebas supervenientes;
- 4.- Hay libertad de prueba, el juez no puede investigar ni seleccionar las pruebas.

En cuanto a la decisión:

- 1.- El juez aquí no es un representante del Estado, ni un juez elegido por el pueblo, sino que es el pueblo mismo y es elegido a la suerte;
- 2.- El juez no puede valorar otras pruebas que las ofrecidas por las partes (quod non est in actis non est in mundo);
- 3.- Los hechos sobre los cuales están de acuerdo las partes,

- deben ser tenidos por ciertos y, en consecuencia, excluidos de la prueba (ubi partis sunt concordēs nihil ab iudicē);
- 4.- La sentencia debe estar conforme a lo alegado (sentētia est secundum allegata et probata);
 - 5.- La sentencia no puede condenar más ni a otra cosa que a la pedida (ne eat ultra petita partium);
 - 6.- El juez no funda su sentencia, sólo se limita a pronunciar un monosilabo: "si" o "no" y en el Derecho Romano el pretor respondía condemno o absolvo o non quiet;
 - 7.- Los fallos del juez son inapelables. Aunque existe el recuso de casación, por un tribunal que está facultado para examinar si se han observado las normas del rito o si la ley ha sido aplicada;
 - 8.- Existe la posibilidad de recusar al juez, en caso de un impedimento legal que pueda afectar la imparcialidad de la justicia.

b) Garantías del Acusado.

En la antigua Roma encontramos delitos públicos (crimina) y delitos privados (delicta). Los primeros ponían en peligro evidente a toda la comunidad. Se perseguían de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano.

Los segundos causaban daño a algún particular y sólo

indirectamente provocaban una perturbación social. Se perseguían a iniciativa de la víctima y daban lugar a una multa privada en favor de ella.

Giovanni Leone nos explica que "...el proceso se desarrollaba según los principios del contradictorio (con evidente posición de igualdad entre ambos contendientes), de oralidad y de la publicidad del debate..."(*); se concentraba el juicio en la discusión entre las partes, principios que para el procesado eran fundamentales garantías, ya que permitían una amplia libertad para su defensa, más aún que el acusado gozaba de absoluta libertad hasta el momento de dictarse sentencia.

El acusado gozaba del derecho de defensa, que se ejercitaba por medio del patronus (abogado), de esta forma tanto el acusador como el reo comparecen en el proceso como dos combatientes.

Por otra parte, un aspecto en su favor era que el juez no tenía libertad de investigación ni de selección de las pruebas, sino que estaba vinculado a examinar únicamente las pruebas alegadas por la acusación.

(9) Giovanni Leone. Tratado de Derecho Procesal Penal I. Doctrinas Generales. t.I. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América Buenos Aires, 1963. p. 22.

Lo anterior era debido a que la República Romana consideraba que el hombre libre no debe jamás ser sometido a tortura; sin embargo, al llegarse el momento de la sentencia, por lo que se refiere a los delitos públicos, estos se sancionaban con penas públicas como lo eran la decapitación, ahorcamiento, destierro o una captivitas deminutio maxima; lo que en los delitos privados únicamente eran sancionados con una multa privada.

Este sistema procesal fue muy flexible, por lo que se refiere a la amplia defensa que se tiene, además de que no toma en cuenta los intereses de la sociedad no permitiéndole a el juez que aporte también pruebas para aclarar la litis, además de que quien juzga no es una persona apta para ello y no existen reglas para que lo haga, por tanto resulta no funcional este sistema para la persecución de los delitos. En cuanto a la libertad del procesado durante el juicio, como se puede observar, es una característica esencial del enjuiciamiento acusatorio que se resume al principio de que una persona se presume inocente hasta que se le demuestre lo contrario.

1.2 El Enjuiciamiento Inquisitivo.

Por lo que se refiere a este tipo de enjuiciamiento, la

doctrina sostiene que cuando las tres funciones indispensables en todo proceso penal están encomendadas a una sola persona, tenemos el procedimiento inquisitivo.

El vocablo inquisitorio, ha señalado el maestro Briseño Sierra, significa "... la decisión del acusador, la problemática procesal penal en sus tres ámbitos: el metódico, el técnico y el teórico, se simplifica y aclara". (10) y explica que "metódicamente no habrá lugar a confundir investigar con acusar, dictaminar con sentenciar, ni el resto de variaciones y contrastes que surgen de atender sucesivamente cada extremo. De esta manera, quien investiga no necesariamente ha de dictaminar o acusar, quien dictamina no necesariamente ha de investigar o acusar, quien acusa no necesariamente ha de investigar o dictaminar".(11)

Este sistema se desarrollo como una necesidad social, sobre la base del proceso acusatorio y ha pertenecido al sistema Monárquico, donde el Estado ordena perseguir los

(10) Briseño Sierra, op. cit., p. 46.

(11) Loc. cit.

delitos en interés de la seguridad y del orden público.⁽¹²⁾

Las primeras bases del proceso inquisitivo como forma ordinaria, las impuso Dioclesiano, surgiendo más tarde en la legislación canónica, constituyendo el tipo de proceso elaborado por la iglesia, el cual introdujo los principios de la Inquisitio ex officio y de la autonomía del juez para la investigación de la verdad, que de la legislación canónica pasó a las legislaciones de la mayor parte de los estados europeos.

a) Características

Los estudiosos de este tema, nos dicen que el procedimiento inquisitorial se caracteriza por lo siguiente:

En relación a la acusación:

- a) Existe el monopolio de la acusación por determinación de funcionarios. No se necesita una acusación formal. Esto es en representación del interés social.
- b) Una sola persona es juez y acusador.
- c) Se iniciaba por denuncia que podía ser anónima y también de oficio.
- d) No se hacía saber al acusado el nombre de su acusador ni el delito del cual se le acusaba.

(12) Enciclopedia Jurídica Omeba. t. XXIII, Buenos Aires, Argentina, Driskills S.A., 1986. XXV. p. 246.

- e) Se le ocultaban los nombres de los testigos que deponían en su contra y se hacía todo lo posible para que no pudiera averiguar quiénes eran.
- f) Se libraba orden de aprehensión en contra del acusado, previa información testimonial que suministrara indicios o pruebas concluyentes de su responsabilidad.

En relación a la defensa:

- g) El procedimiento y la defensa eran escritos sin debate oral.
- h) Había falta de contradicción por parte del inculcado.
- i) Existía una institución de jueces permanentes, sin que se admitiera la posibilidad de recusarlos.
- j) El acusado tenía derecho a nombrar defensor, pero éste era elegido dentro de los que figuraban como tales en el mismo tribunal.
- k) La reina de las pruebas era la confesión, y para obtenerla, se usaban toda clase de medios, incluso la tortura, el hambre, para forzar a los reos a declarar en su contra; y lo que es peor, para obtener de ellos declaraciones relativas a los delitos cometidos por terceros, por lo que tomaba gran importancia la prueba testimonial.
- l) Las instrucciones prohibían que se diera a los acusados malos tratos, pero la prueba del tormento echaba por tierra esas prescripciones humanitarias.

- m) El acusado tenía derecho a rendir pruebas para demostrar su inocencia, pero no se le recibían toda clase de testigos.
- n) Era juzgado el acusado en audiencia secreta, y no se le facilitaba la causa para poder tomar de ella elementos de defensa. Se le daba traslado de la acusación del fiscal y de las declaraciones de testigos pero en forma que no pudiese averiguar quiénes eran éstos.
- ñ) Estaban autorizadas las penas de infamia, azotes, tormentos, confiscación, destierro y otras de carácter trascendental.

En relación a la decisión:

- o) Los inquisidores podían delegar su jurisdicción, y eran nombrados especialmente para conocer determinadas causas.
- p) El tribunal de la Inquisición era tribunal de conciencia, no imperaba en él, el principio de la exacta aplicación de la ley.

Este procedimiento, además se daba con incomunicación absoluta hasta el momento de la defensa y era secreto en relación con el público y con el imputado. La prisión preventiva se prolongaba indefinidamente aún por años, sin que fuera necesario justificarla con un auto de formal prisión y procedía aún por delitos que no merecían pena corporal, de tal manera que el reo podía permanecer en las cárceles de la

inquisición durante mucho tiempo para después ser sentenciado a penas leves. Además en un mismo proceso se ventilaban delitos diversos, aún aquellos que no caían dentro de la jurisdicción del Santo Oficio. En consecuencia, los juicios duraban indefinidamente y hasta años enteros, aunque hay en las instrucciones recomendación de no tardarlos, en todo caso, el reo no tenía el derecho de abreviar los trámites porque el Tribunal gozaba de facultades soberanas en la ordenación del procedimiento, toda vez que el fiscal formaba parte del tribunal de la inquisición.

b) Garantías del acusado.

En este sistema procesal, el acusado tenía algunas garantías, como son:

- a) Si el reo pedía ser oído en audiencia, los inquisidores estaban obligados a concederselo, con el argumento de que a los presos les es consuelo ser oídos y porque muchas veces tienen el propósito de confesar su delito.
- b) Si el reo pedía papel para escribir algo concerniente a su defensa, se le daban los pliegos contados y rubricados por el notario, tomando nota de ello en el proceso, y esto, con objeto de que pudiese comprobarse lo que el reo había hecho con el papel que recibía.
- c) El reo podía apelar en contra de la sentencia de tormento,

pero los inquisidores tenían facultad de considerar frívola la apelación y desecharla.

De lo anterior vemos que en realidad no tenía ninguna garantía el acusado, ello en virtud del cambio tan radical en el enjuiciamiento penal; es decir desaparece totalmente el principio contradictorio, el de oralidad y el de publicidad, que permitía evidentemente una posición de igualdad entre ambos contendientes. Así al darse el monopolio de las funciones de acusación, defensa y decisión en una sola persona, se hace imposible el debate oral, todo el procedimiento se ventilaba en forma escrita, además de ser en secreto dichos juicios. Por otra parte, el inculcado se le presumía culpable y si había duda sobre la culpabilidad del reo debía sentenciarse de todas formas.

En materia de pruebas también se substituyó el principio dispositivo por el inquisitivo, recurriendo más frecuentemente a la tortura para obtener de los testigos una colaboración más eficaz. Su dirección estaba bajo la plena potestad del magistrado y su valor probatorio era tasado, por lo que buscaba una prueba plena como la confesión, utilizando para ello como ya se mencionó el tormento.

En cuanto a la prueba testimonial, en este sistema se ocultaba a los testigos; es decir, el acusado no podía conocer la identidad de los mismos y la única razón que se ha dado para justificarlo, es que los testigos corrían el riesgo de ser asesinados o dañados de alguna manera por los acusados o sus parientes, sin embargo esta ocultación de testigos dificultaba la defensa, además de que era una forma muy fácil para que algunas personas se vengaran de sus enemigos o que calumniaran a inocentes por razones personales, tanto más cuanto que sabían que sus nombres nunca serían conocidos por los denunciados. En procesos por delitos de herejía y blasfemia, que eran considerados como los más graves y se admitían toda clase de testigos, hasta los que sufrían capitis deminutio maxima, testigos que no se admitían en procesos por delitos distintos. En estos delitos esta prueba tomó mucha importancia, a grado de que fue determinante para que el reo fuera enviado a la hoguera acusado por supuestos testigos que el mismo no conocía y con quienes tampoco era careado, asimismo la acusación era resultado en ocasiones, de testigos que al ser atormentados, por no rehusarse a declarar, lo hacían hasta en contra de un inocente, ya que de lo contrario, en el caso de no denunciar a un hereje, podía ser un indicio de herejía porque se podía interpretar como una ayuda a éste. Con este sistema en los delitos a que hicimos alusión, la vida de un hombre, la

confiscación de sus bienes, el porvenir de sus herederos, dependían de las declaraciones de testigos infames, de prostitutas y de todas aquellas personas que según el derecho común no merecían crédito alguno.

Respecto a la prueba de indicios, bastaba con que el acusado hubiese manifestado por algún signo o palabra que tenía confianza a los herejes o que los consideraba como hombres buenos, y un testigo denunciara tales circunstancias para que se considerara al acusado responsable. Para darnos una idea de lo importante que era esta prueba, Pallares nos da un ejemplo y nos indica que tan grave era la situación, que en 1234 un señor llamado Accursio Aldobrado, comerciante de París, platicó con varios extranjeros y dio una pequeña limosna a su criado. Supo después que eran herejes, y se consideró perdido. Se apresuró a ir a Roma para obtener del Papa Gregorio IX el perdón pontificio que le fué concedido mediante penitencias leves, después de llevar a cabo una amplia información sobre los antecedentes y conducta de dicho comerciante.⁽¹³⁾

De lo anterior se desprende que en este sistema hay una falta de garantías que pudiesen proteger a los acusados, ya que

(13) Pallares, Eduardo. El Procedimiento Inquisitorial. México, Imprenta Universitaria., 1951. p. 27.

existía un tribunal omnipotente e irresponsable, en contra de cuyas resoluciones definitivas no podían interponer recurso alguno y que además tenía poderes suficientes sobre el acusado para confiscarle bienes, condenarlo a prisión perpetua, aplicarle tormento, inhabilitarlo así como a sus parientes para el desempeño de empleos y cargos públicos, hacerlo sufrir penas infamantes, enviarlo a las galeras, ponerlo a pan y agua, dilatar el proceso años enteros y finalmente, entregarlo al brazo secular para ser quemado.

Lo anterior, era posible en virtud de la facultad de decidir ultra petita partum, en la que toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto e impulsión del proceso y de la aportación de las pruebas, son facultades officiosas del juez.

En conclusión, aunque el sistema inquisitivo trató de mejorar al sistema acusatorio, resulto ser también un sistema extremoso que en lugar de avanzar, implicó una regresión en cuanto a que no da libertad para la defensa, que es el punto más importante de todo proceso, careciendo entonces, de un verdadero juicio. Aunque por otro lado, avanzó por lo que se refiere a la persona que juzga, ya no es un ciudadano ignorante y además el delito es considerado como daño para la sociedad.

1.3 El Enjuiciamiento Mixto.

El sistema mixto nació de la necesidad de adaptar el proceso penal al advenimiento del Estado moderno de Derecho, llevó a tratar de corregir los inconvenientes que se observaban de los sistemas inquisitivo y acusatorio, mismos que no contenían en sí todas las garantías necesarias para la recta administración de la justicia.

Este proceso penal, se fundamenta en el Derecho canónico; es el resultado de las investigaciones de los juristas de Bolonia y se implanta primeramente en Alemania en la Constitución Criminal Carolina en 1532, en esta constitución se adoptó el sistema acusatorio y el inquisitivo sólo existía en forma subsidiaria, caracterizándose en que la confesión ya no tenía el valor probatorio absoluto que tenía en el proceso penal canónico, sino que ya se necesitaba que fuera acompañada de otros medios de prueba.

Posteriormente se implantó en Francia en la célebre Ordenanza Criminal de Luis XIV, en el año de 1670, caracterizándose en que los jueces disfrutaban del arbitrio judicial como justicias del monarca.

En cuanto a Italia se implantó en el siglo XVI, y los

jurisconsultos Marsilio, Julio Claro, Farinacio y Menocio, establecieron en este sistema, las normas del procedimiento criminal y la libertad en la defensa del acusado, así como la intervención de defensores.

Por lo que se refiere al derecho germánico su procedimiento acusatorio se distingue por el formalismo del proceso; el directamente ofendido por el delito, para darle impulso reclamaba su derecho por medio de la venganza mediante un juramento purgatorio, las ordalías y el juicio de Dios, además existía una completa separación entre las funciones instructoras y las que corresponden al período de juicio, el juez que instruye no es el mismo que falla.

Cabe señalar, como ya se ha observado, que este sistema no es simplemente una combinación de principios tanto del sistema inquisitivo como del acusatorio, como lo afirman los autores Alfredo Vélez Mariconde y el maestro Rafael de Pina, sino que además toma sus propias características dependiendo del país de que se trate.

Ahora bien, independientemente de que en la práctica, nos dice Briseño Sierra que actualmente a "... casi todas las legislaciones procesales penales son calificadas de sistema

mixto", (14) en cuanto al término que se utiliza para denominar a este sistema, existen autores como Foshini que afirman que "...es imposible este "sistema mixto", ya que no se trata de una fusión o punto de equilibrio entre los sistemas acusatorio e inquisitivo, sino de una conjunción híbrida de principios e instituciones opuestos".(15) Por su parte, el maestro Briseño Sierra, afirma que es factible en teoría una estructura mixta; pero científicamente, la mixtura no tiene sentido, porque para la ciencia, la sistematización es posible sólo cuando los conceptos tienen un significado sintético y las interrelaciones son congruentes, completas y sin contradicciones y el derecho procesal viene siendo considerado hace más de un siglo como una ciencia jurídica.(16) Por tales razones no es posible en cuanto a las características que presenta este sistema, hablar de un sistema mixto.

Por lo ya analizado, resulta acertada la opinión del maestro Manuel Rivera Silva al señalar que el sistema mixto no es una simple mezcla del sistema acusatorio e inquisitivo,

(14) Briseño Sierra, op. cit., p.36.

(15) Citado por Fairén Guillén Víctor. "La disponibilidad del derecho de defensa". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. (Madrid), mayo-agosto 1969, t. XXII, fascículo No. 3, p. 236.

(16) Briseño Sierra, op. cit., p.37.

predominando el inquisitivo en la instrucción y el acusatorio en la segunda fase del proceso, sino que él, apunta que de acuerdo con el Licenciado Javier Piña Palacios estima que el sistema mixto tiene una característica que le permite enfrentarse como autónomo.(17)

a) Características.

De lo anterior se desprende, que este sistema a partir de que se originó, ha mostrado particulares caracteres en los diversos países en que ha sido adoptado.

Por otra parte, a pesar de que en cada país donde se ha adoptado este sistema, presenta sus propias peculiaridades, mencionaré en general, las principales características que presenta dicho sistema según los tratadistas:

- a) El proceso no puede existir sin que medie la acusación que debe ser formulada por un órgano del Estado.
- b) Existe separación de facultades entre los órganos encargados de la acusación y de la decisión.
- c) El proceso se desenvuelve a través de dos fases: la instrucción y el juicio.
- d) El juez goza de libertad en materia de adquisición, selección y valoración de las pruebas.

(17) Rivera Silva, op.cit., p. 185.

- e) Durante el período sumario se observan las formas del sistema inquisitivo (secreto y escritura).
- f) Para el período plenario, se observa la publicidad y la oralidad.
- g) Para valorar las pruebas, el juez goza de libertad absoluta; salvo casos excepcionales en los que regía el sistema legal o tasado.

b) Garantías del acusado.

Como ya se apuntó, es en este tipo de enjuiciamiento donde se busca evitar las tendencias radicales establecidas en los dos tipos de enjuiciamiento antes estudiados; es decir, como lo indica el maestro Juan José González Bustamante, lograr un sistema de equilibrio donde armonicen los derechos de la sociedad y las garantías necesarias para el inculpado. Así resulta que en su primera fase instructora o de sumario, se establecen elementos fundamentales de la inquisición como lo es el que se ventile el procedimiento en forma escrita, así como en secreto; y para la fase del plenario la publicidad y la oralidad que caracterizan al enjuiciamiento acusatorio, aunque prevaleciendo el inquisitorio y también la dualidad en el régimen de pruebas adoptado, pues coexiste en el proceso penal común la teoría de las pruebas a conciencia como la

prueba legal o tasada.⁽¹⁸⁾

El mismo maestro González Bustamante nos explica las inovaciones que introdujo la Constitución francesa de 29 de septiembre de 1791, que marcaron una nueva orientación al Procedimiento Penal y que consistieron en: "...a) Suma de garantías concedidas al acusado; b) Derecho inalienable para nombrar defensor desde el momento de la consignación; c) Publicidad y oralidad limitada en los actos procesales; d) Obligación del Juez para proveer al nombramiento de defensor, cuando el acusado no lo hubiese designado; e) Detención precautoria del inculpado siempre que el delito atribuido mereciere pena corporal; f) Juicio por jurados. La publicidad del procedimiento podía suprimirse, cuando se juzgara peligrosa pero el acusado gozaba de la garantía, durante la instrucción, de que el Juez estuviese asistido de dos adjuntos legos, nombrados por las Municipalidades o por las comunidades de habitantes..."⁽¹⁹⁾; sigue diciendo el mismo autor que por lo que se refiere a la Declaración de los Derechos del Hombre que precedió a la Constitución francesa antes mencionada, se establecieron ciertos principios tendientes a proteger la dignidad del hombre, los cuales menciona en su obra "...la ley

(18) González Bustamante, op. cit., p. 14

(19) ibid., p. 15

es la expresión de la voluntad general y que debe ser la misma para todos, sea que ella proteja o castigue; que ningún hombre pueda ser acusado, arrestado ni detenido, sino en los casos determinados por la ley y según las formalidades procesales que ella prescriba; que los que soliciten, expidan o realicen órdenes arbitrarias, deben ser castigados; que todo ciudadano citado o aprehendido en virtud de la ley, debe obedecer al instante ;y se hace responsable en caso de resistencia; que la ley no debe establecer sino penas estrictas y evidentemente necesarias; que nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada y que todo hombre debe presumirse que es inocente, hasta que haya sido declarado culpable; que si es indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley, prevenciones que aún forman parte del Derecho Público de los pueblos."(20)

En conclusión, este sistema se forma independientemente de los sistemas acusatorio e inquisitivo y toma sus características peculiares dependiendo el país de que se trate, tomando los principios acusatorios e inquisitivos que se adapten a sus gobiernos, según las necesidades de su Estado de

(20) Loc. cit.

derecho. Por su parte, los intelectuales del derecho de cada país deben de tratar de ir superando las deficiencias que todavía tienen sus sistemas procesales, para que en realidad podamos hablar de un sistema justo.

CAPITULO II

LAS GARANTIAS DEL PROCESADO EN LA VIDA CONSTITUCIONAL DEL
MEXICO INDEPENDIENTE

Una vez que se tiene una visión clara respecto de los tipos de enjuiciamiento que se han dado a través de la historia del Derecho Procesal Penal, es conveniente entrar en materia de nuestro tema a desarrollar, para lo cual es necesario también hacer un estudio de los antecedentes históricos del Procedimiento Penal Mexicano, concretamente por lo que se refiere a la aparición de las garantías de defensa del acusado o procesado en la vida constitucional de nuestro país; es decir, a partir de nuestra independencia.

Las características del sistema de justicia durante los primeros años de independencia resultan ser fácilmente entendibles, pues durante ese período la administración de la justicia no tuvo un perfil perfectamente definido y propio del Estado que nacía a la vida independiente. Ciertamente que en el ánimo del pueblo y gobierno mexicanos existía la firme determinación de dejar de acatar las leyes de España, creando las propias. Pero esto último no era fácil, se requería de muchas cosas, personas, situaciones y, sobre todo, de tiempo, para organizar un sistema de justicia como tal. Es así como la

justicia mexicana seguía siendo de carácter inquisitivo, el cual no podía desaparecer pronto y fácilmente, además de que debido a esa carencia de leyes propias, indudablemente que hacía más torpe y tardía la impartición de la justicia, de lo que lo era en el período de la Colonia. Treinta años de vida independiente cuando el autor de "Curia Filipica Mexicana" se quejó amargamente sobre la impartición de la justicia; despiadada pero a la vez fielmente dijo: "Ojalá que aunque hubiese sido por el prurito de imitación que ha caracterizado a los mexicanos, se hubiera llevado a debido efecto la formación premeditada, tiempo ha, de un Código Criminal; pero desgraciadamente en más de treinta años que llevamos de emancipados de la metrópoli española, ese pensamiento no se ha realizado, ni probablemente se realizará con brevedad. Leyes insuficientes, parciales, y de circunstancias son las únicas que hemos visto sancionarse; leyes que en lugar de hacer más expedita la administración de la justicia en este ramo tan importante, la han obstruido, la han embarazado más y la han complicado de un modo asombroso; leyes, en fin, que por su mala redacción, por su falta de previsión y por la celeridad con que se han dictado, han venido a producir justamente el efecto que quisieron evitar. Dígalo si no; el famoso decreto del 6 de julio de 1848 sobre homicidas y ladrones; además de muchos artículos que contiene y que dan lugar a diversas inteligencias

e interpretaciones motivo suficiente para que las causas se demoren; se establece una forma particular de enjuiciamiento en cierta clase de delitos, sin atender a que, como dicen Bentham, Beccaria y otros autores, si la sustanciación de unos delitos es buena, ¿por qué no se adoptan todos? y si es mala ¿por qué se admite para algunos?"(21)

Sin embargo, conforme fueron apareciendo las leyes mexicanas que fueron capaces de sustituir las leyes que se aplicaban en la colonia, fue como dejaron de aplicarse estas últimas, aunque este fenómeno de dio de forma muy lenta.

Como ya se mencionó, el legado que recibió la legislación del período de la independencia, de parte de la legislación de la Colonia, lo fue, indiscutiblemente, el carácter inquisitorio. El licenciado Juan José González Bustamante nos habla de esta situación, en los siguientes términos: "Antes de consumarse la Independencia de México, el proceso penal se encontraba regido por el sistema de enjuiciamiento inquisitorio. La ley investía al Juez de un poder omnímodo que aún no queriéndolo, no podía eludir y el procedimiento penal se caracterizaba por una absoluta falta de garantías para el acusado; las prisiones indefinidas, las incomunicaciones

(21) Citado por González Bustamante, op. cit., p. 19.

rigurosas que se prolongaban para arrancar la confesión al acusado, las marras, los azotes, el tormento y cuanto medio es imaginable para degradar la condición humana del penado, los interrogatorios capciosos y pérfidos y los medios de coerción más abominables unidos a la confesión con cargos, eran de uso frecuente en esta época en que se juzgaba el delito en abstracto y se hacía caso omiso del conocimiento de la personalidad del delincuente. En los tribunales inquisitoriales, el medio clásico de convicción lo era el tormento; al inculpado se le sentenciaba en secreto, sin oírlo en defensa y sin que supiese el nombre de su acusador o conociese a las personas que declaraban en su contra; imperaba la confiscación de bienes y el procedimiento de la pesquisa.

Abolido el tormento por las Cortes Españolas de 1812 y más tarde, por el Rey Fernando VII en el año de 1817, en influjo de las corrientes renovadas que la Revolución Francesa proyectó al través del tiempo, inició tanto en España como en México, una transformación en los caducos procedimientos judiciales que se venían aplicando desde la época del Rey Don Alfonso el Sabio⁽²²⁾.

Por lo que se refiere al derecho de defensa, la colonia

(22) ibid., p. 18.

si le dio reconocimiento, inclusive como de orden natural, pero permitido, garantizado con muchas limitaciones. Esto en la ley, porque en la práctica se llegaba al grado de su desconocimiento total.

Una vez acentados los antecedentes históricos del procedimiento penal en la época independiente de nuestro país, haré un recorrido al través de las leyes fundamentales de México, en busca de todas aquellas garantías que de alguna forma tuvieron que ver con el procesado, concretamente las que se refirieron a su defensa; haciendo asimismo un breve análisis de la evolución de esos preceptos.

Tomaremos como punto de partida en este período de independencia, al bando, que en Guadalajara promulgó Don Miguel Hidalgo y Costilla, el día 6 de diciembre de 1810. El documento presenta interés y relación directa con la garantía de defensa, porque disponía, entre otras cosas, que los dueños de esclavos deberían darles la libertad en el término perentorio de diez días. En esta forma quedaba puesta la primera piedra para la formación de una estructura jurídica que estableciera la libertad en México. El derecho de defensa es una manifestación de la libertad, dos conceptos íntimamente relacionados.

En el movimiento insurgente, destacada actuación tuvo don Ignacio López Rayón, quien formuló un proyecto de Constitución, denominado, Elementos Constitucionales de Rayón. Tiempo después, el propio Rayón censuró su proyecto, manifestándole a Morelos que no podía convenir en que se publicara la Constitución que antes le había remitido; que era "preferible esperar a que se pudiera dar una Constitución que fuera verdaderamente tal"(23). Sin embargo, las ideas de Rayón tuvieron influencia en los planes constitucionales que después publicaría Morelos. Resaltan por su valor libertario las ideas de proscripción de la esclavitud; la proscripción, por bárbara, de la tortura.

2.1 Decreto Español de 1812

La constitución de Cádiz de 1812, trajo a México algunas instituciones novedosas y liberales, que se enfocaban a las garantías de los gobernados. En este sentido Felipe Tena Ramírez destacado jurista en Derecho Constitucional, expone las razones por las que la Carta de Cádiz se incluye en la evolución del pesamiento político de México, en estos términos: "Inclúyese la publicación de la Carta de Cádiz entre las leyes fundamentales de México, no sólo por haber regido durante el

(23) Tena Ramírez, Felipe, Leyes Fundamentales de México, 1808-1978, 8a ed, México, Porrúa S.A. 1978, p. 23.

período de los movimientos preparatorios de la emancipación, así haya sido parcial y temporal, sino también por la influencia que ejerció en varios de nuestros instrumentos constitucionales, no menos que por la importancia que se le reconoció en la etapa transitoria que precedió a la organización constitucional del nuevo Estado"(24).

Fundada su presencia dentro de la evolución del Ordenamiento Constitucional Mexicano, veámos que aportaciones ofrece al derecho de defensa la referida Constitución de Cádiz.

El Artículo 301 dice: "Al tomar la confesión al tratado como reo, se le leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de los testigos, con los nombres de éstos; y si por ellos no los conociere, se le darán cuantas noticias para venir en conocimiento de quienes son".

El hecho de que "al tratado como reo se le leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de los testigos, con los nombres de estos", redundará directamente en beneficio del derecho de defensa, pues informado de esta forma, estará en posibilidad de defenderse mejor el inculcado.

(24) ibid., p. 59.

2.2. Decreto Constitucional de la América Mexicana, de 22 de octubre de 1814.

Don José María Morelos y Pavón convocó a un Congreso instalado en Chilpancingo. El 6 de noviembre de 1814, en acto solemne, hizo constar la Declaración de Independencia. El Congreso preparó la Constitución que fue sancionada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, con el nombre de Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana.

De los 242 artículos de que se compone el Decreto, especial interés en relación al objetivo propuesto en ese capítulo, presentan los artículos 21,30 y 31, que respectivamente establecen:

Art. 21. "Sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano."; sobre el particular a pesar de que aún no contabamos con ordenamientos propios sobre la materia, este artículo es sin duda un precepto que pretendió establecer un orden respecto de todas aquellas conductas por las cuales se podía acusar a una persona, de igual forma con aquellas detenciones que en forma arbitraria se practicaban".

Art. 30. "Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no

se declare culpado"; principio éste que es elevado a rango constitucional, la presunción de inocencia, en el cual el acusado no podía refutarse culpable, sino hasta habersele enjuiciado y sentenciado.

Y el artículo 31 que establece que: "Ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente."; el precepto transcrito, contiene el principio de legalidad, que opera como una garantía de defensa, pues el inculcado no será juzgado ni sentenciado, hasta después de haber seguido el procedimiento que señala la ley, en que habrá tenido la oportunidad de que se le oiga, razonando en favor de sus intereses. Es en este precepto donde aparece por primera vez a nivel constitucional, el antecedente de la garantía de defensa penal, sin embargo esta Carta de Apatzingan careció de vigencia práctica.

En la constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 4 de octubre de 1824, no obstante que fue nuestra primer constitución vigente como nación independiente, en que se consagraron los fundamentales principios de todo régimen constitucional federal de naturaleza democrática, no contempla un apartado dedicado a las garantías individuales, mucho menos se refiere a la garantía de defensa, pero si estableció algunos

preceptos muy importantes que reglamentaron la administración de justicia en todos los Estados y Territorios de la Federación, como lo fueron los artículos que mencionó a continuación y aunque se refieren propiamente al procedimiento penal, también mantienen relación, por una parte, con las garantías individuales y por otra con las garantías de defensa del procesado:

Art. 145. "En cada uno de los Estados de la Federación se prestará entera fe y crédito a los actos, registros y procedimientos de los jueces y demás autoridades de los otros Estados. El Congreso general uniformará las leyes, según las que deberán probarse dichos actos, registros y procedimientos".

Art. 148. "Queda para siempre prohibido todo juicio por comisión y toda ley retroactiva".

Art. 149. "Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso".

Art. 150. "Nadie prodrá ser detenido sin que haya semiplena prueba, o indicio de que es delincuente".

Art. 151. "Ninguno será detenido solamente por indicios

más de sesenta horas".

Art. 153. "A ningún habitante de la República se le tomará juramento sobre hechos propios al declarar en materias criminales."

2.3 Las Siete Leyes Constitucionales.

Las llamadas Siete Leyes Constitucionales de 1936, formaron la Primera Constitución centralista del país, del año de 1836 al de 1841, siendo el estatuto fundamental de nuestra organización política. En este documento se establecen preceptos, en su ley Quinta, que dan mayor claridad a las garantías de defensa de todo procesado en materia penal:

Ley Quinta.

Artículo 47.- "Dentro de los tres días en que se verifique la prisión o detención, se tomará al presunto reo su declaración preparatoria; en este acto se le manifestará la causa de este procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere; y tanto esta primera declaración, como las demás que se ofrezcan en la causa, serán recibidas sin juramento del procesado, por lo que respecta a hechos propios."

Artículo 48.- "En la confesión, y al tiempo de hacerse al

reo los cargos correspondientes, deberá instruírsele de los documentos, testigos y demás datos que obren en su contra, y desde este acto el proceso continuará sin reserva del mismo reo."

Ambos artículos favorecen al presunto responsable en su derecho de defensa, pues ordenan la debida instrucción relacionada con su detención, lo que ocasiona la posibilidad de una mejor defensa.

2.4 Las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de 1843.

Este ordenamiento fue sancionado por Santa Anna, el 12 de junio de 1843 y publicado el 14 del mismo mes y año; tuvo una vigencia de un poco más de tres años, en los cuales hubo mucha turbulencia en nuestro país, según nos señala el maestro Felipe Tena Ramírez (25). Asimismo en su Título IX en el apartado referente a las disposiciones generales sobre la administración de justicia nos indica en algunos de sus artículos garantías interesantes, las cuales favorecieron aún más el derecho de defensa del acusado:

Art. 176.- "A nadie se exigirá juramento en materia criminal sobre hecho propio."

(25) Ibid., p. 403 y 404.

Art. 177.- "Los jueces dentro de los tres primeros días que esté el reo detenido á su disposición, le tomarán su declaración preparatoria, manifestándole antes el nombre de su acusador, si lo hubiere, la causa de su prisión, y los datos que haya contra él".

Art. 178.- "Al tomar la confesión al reo, se le leerá íntegro el proceso, y si no conociere á los testigos, se le darán todas las noticias conducentes para que los conozca".

2.5 La Constitución de 1857.

La Constitución de 1857 fue el reflejo de las doctrinas imperantes en la época de su promulgación, principalmente las de Francia, que consideraban que el individuo y sus derechos eran el primordial objeto de las instituciones sociales, configurándose en este ordenamiento el liberalismo y el individualismo como regímenes de relaciones entre el Estado y sus miembros.(26)

Consecuencia de lo anterior, es el hecho de que por primera vez en la vida independiente de nuestra nación, aparece como una gran inovación un artículo especial, en el cual se

(26) Ignacio Burgoa. Las Garantías Individuales. 19a. ed. México, Porrúa, S.A., p. 145.

consagraron específicamente las garantías de defensa que se deben respetar en favor del acusado en todo juicio de orden criminal; esto es, se elevan a rango constitucional una serie de derechos que constituyeron las bases fundamentales del derecho de defensa del acusado:

Art. 20.- "En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías:

I. Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere.

II. Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté á disposición del juez.

III. Que se le caree con los testigos que depongan en su contra.

IV. Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos.

V. Que se le oiga en defensa por sí ó por persona de su confianza, ó por ambos, segun su voluntad. En caso de no tener

quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que, ó los que le convengan".

Como ya mencionamos, es en esta Constitución cuando ya se logra implantar algunas garantías fundamentales para el procesado enfocadas a la preparación de su defensa. Un ejemplo de lo anterior es la novedosa fracción V del mencionado artículo constitucional, en el cual en un primer aspecto, el inculpado, al querer ejercitar su derecho de defensa, se encuentra ante la posibilidad de elegir. si se defiende personalmente, o se encomienda a la tarea de defenderlo a la persona en quien más confía, aunque consideramos incompleta la redacción de este artículo, toda vez que podría suceder que el acusado al tomar su decisión en cuales quiera de estos sentidos, ninguna de las personas es perito en derecho, por lo que la defensa no será eficaz.

En un segundo aspecto, dicha fracción V, deja abierta otra oportunidad más para el acusado, para que se le presente una lista de los defensores de oficio y elija uno de ellos, en el caso de que no nombre uno de confianza. En este sentido, si podemos afirmar que se encuentra debidamente asesorado, ya que los defensores de oficio si son peritos en derecho.

2.6 La ley de Jurados Criminales de 1869

Consideramos de gran importancia hacer algunos comentarios referentes a esta Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal, ya que, es ésta la que da nacimiento a una figura polémica que por años formó parte del procedimiento penal mexicano y del cual sus resultados no fueron del todo buenos, ello en virtud de que quienes componían este jurado no eran peritos en derecho, sino cualquier persona que reuniera los requisitos que en la propia ley se señalaban; es decir este cuerpo de personas no contaba con conocimientos técnicos sobre Derecho Penal o de Derecho Procesal Penal, lo que perjudicaba considerablemente el derecho de defensa del procesado. Consecuencia de lo anterior, como lo señala el maestro González Bustamante, eran los veredictos escandalosos que emitían, aunado a la corrupción y abusos de que estaba rodeada esta figura.

El investigador González Bustamante, sobre el particular nos explica lo siguiente: "Triunfante la República sobre el Imperio e imbuidos los vencedores de los conceptos del liberalismo y de la democracia, se expide la primera Ley de Jurados el 15 de junio de 1869, del notable jurisconsulto don Ignacio Mariscal que, a pesar de los defectos que el propio autor le reconoce, vino a llenar un vacío con el establecimiento del juicio por jurados, y por primera vez en

nuestra vida independiente, se menciona en ella a la institución del Ministerio Público".(27)

Los artículos de ésta Ley de Jurados que guardan relación con nuestro tema son los siguientes:

"Art. 1 Se establecen en el Distrito Federal jurados que conocerán como jueces del hecho de todos los delitos que hoy deben sentenciarse en formal causa por los jueces de lo criminal". Es este artículo de la Ley, el que le da intervención al Jurado Popular en el procedimiento penal, pero únicamente hasta el momento de dictarse sentencia, declarando la culpabilidad o inocencia del procesado como se establece en el artículo siguiente.

"2. Los jurados se limitarán á declarar si el procesado es ó no culpable del hecho que se le imputa; y los jueces de lo criminal, en caso afirmativo aplicarán la pena que designe la ley". Como podemos observar, se daba a dicho jurado poder para decidir sobre el destino del procesado, a grado tal que el juez de lo criminal se supeditaba a la declaración del Jurado Popular, para poder aplicar la pena de ley. En este sentido, consideramos tal disposición, como un precepto que perjudicó trasdentalmente la defensa del procesado, toda vez

(27) González Bustamante, op.cit., p. 20

que, como ya mencionamos, este jurado se componía de personas que carecían de conocimientos de técnica jurídica sobre la materia.

"9. Los jueces instruirán el sumario como hoy deben hacerlo, omitiendo solamente las ratificaciones y careos de los testigos entre sí, que reservarán para la vista ante el jurado, salvo el caso de que se tema la desaparición de un testigo por muerte ú otra cosa, en cuyo evento se le careará desde luego con los que le contradigan.

Los careos de todo acusado con un testigo que depusiere en su contra, se practicarán inmediatamente despues de que el primero haya declarado".

"10. Tanto las declaraciones de los testigos como los careos de que habla el artículo anterior, se anotarán clara pero lacónicamente en forma de acta, reservando todos los detalles para el debate ante el jurado".

Como se puede observar, los preceptos mencionados establecen los requisitos procedimentales que se debían observar en los careos del acusado con los testigos que depusieran en su contra, estableciendo como presupuesto que el acusado declarara antes.

"11. Inmediatamente después del auto de prisión formal, se notificará al procesado que nombre defensor, ó se le provera de él conforme á la legislación vigente, para que pueda aconsejarlo en lo relativo á la averiguación, que desde ese punto dejará de ser reservada para él y su defensor, no menos que para el promotor fiscal y el denunciante ó la parte agraviada".

Los anteriores preceptos, constituyen evidentemente una regulación acorde con las fracciones II, III y V del artículo 20 de nuestra Constitución de 1857, que se refieren a las garantías que tiene el procesado de que se le tome su declaración preparatoria, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra y la garantía del acusado de que se le nombre defensor, sentando así los primeros antecedentes del derecho de defensa en nuestra legislación procesal.

Al respecto, la propia Ley de Jurados en Materia Criminal, establece como uno de los motivos de la nulidad de un juicio por jurados, la violación a las garantías de defensa consagradas en el referido artículo 20 de la Constitución de 1857:

Art. "58. En un juicio por jurados son motivo de nulidad

solamente los que siguen:

10. La violación de la 1a, 3a 4a y 5a garantía de las especificadas en el artículo 20 de la Constitución. La violación de la 2a solo produce responsabilidad..."

La legislación procesal penal.

Debiera suponerse, y con sobrada razón, que después de la publicación de la Constitución de 1857, que proclamó la tesis iusnaturalista en su artículo primero, las leyes procesales, y en especial las penales, publicadas con posterioridad a la Ley Fundamental, también implantarían la misma tesis, y en consecuencia desapareciera de sus textos el sistema inquisitivo; sin embargo, sólo fue de manera parcial y paulatinamente; tan es así, que perdura hasta nuestros días. Así, por ejemplo, vigente la Constitución de 1857, que en su artículo 24 abolió la práctica de absolver de la instancia, las leyes secundarias permitían la absolución de la instancia, en la sentencia, como lo advertire al analizar las leyes procesales que a continuación se citan.

Al respecto, cabe mencionar la situación que realmente prevalecía en nuestro país hasta antes de la aparición de las primeras leyes procesales sobre la materia, que según señala en su obra el maestro González Bustamante era la siguiente:

"Aunque a mediados del siglo XIX, se fueron restringiendo las formas procesales que caracterizan al sistema inquisitorio y se reconocieron algunos derechos para el inculcado, eran tan limitados, que podemos afirmar que en el procedimiento mexicano, en la época que nos ocupa, seguía imperando el sistema inquisitorio. La instrucción de los procesos llamada "sumario" era tardía y duraba muchos años, traduciendo en molestias incalculables para quienes quedaban sujetos a la prisión preventiva y al final del proceso, con la absolución de la instancia, el inculcado quedaba en una situación incierta, con la amenaza de ser nuevamente detenido. En la fase del sumario, el inculcado carecía absolutamente de medios para defenderse, a tal extremo que al abrirse el período de juicio o plenario, resultaba impotente para destruir las pruebas adversas que iba acumulando el Juez y los principios de publicidad y oralidad en este período, eran nominales. Por otra parte, el empleo frecuente de la confesión con cargos y las rigurosas comunicaciones que se imponían al inculcado desde el momento de su detención, hacían más rígido el sistema procesal imperante".⁽²⁸⁾

a) El Código de Procedimientos Penales del 10. de noviembre de 1880.

(28) Loc. cit.

Por fin aparece el ordenamiento legal destinado a hacer efectivo el derecho penal; el conjunto ordenado y sistemático que se refiere al procedimiento o forma de aplicar el derecho sustantivo punitivo. Con este ordenamiento se logra el anhelo de contar con un ley de enjuiciamiento criminal, tan indispensable después de la publicación del Código Penal del 7 de diciembre de 1871, obra del destacado jurisconsulto Antonio Martínez de Castro.

El nuevo Código de Procedimientos Penales adopta el sistema de enjuiciamiento mixto. Asimismo, como veremos, reconoce al acusado el derecho a la defensa. En fin es evidente su propósito de conciliar los intereses sociales con los de la persona, empeño y piedra angular aun en los tiempos modernos, de los procesalistas penales.

En dicho ordenamiento procesal, encontramos en el capítulo V. referente a la declaración indagatoria ó preparatoria, y del nombramiento de defensor, algunas de las disposiciones más importantes que la constitución vigente de esa época (1857), estableció como garantías del acusado, como lo son el que se le tome al inculcado su declaración preparatoria, el que le sea informado de la causa de la acusación y el nombre de su acusador, que aunque no se establecía expresamente en la Ley

Fundamental de referencia, el Código de 1880 lo establece como un derecho básico, y también el derecho de nombrar un defensor:

Art. 158. "Cuando haya motivo bastante para sospechar que una persona es autor, cómplice ó encubridor de un delito, debe procederse á recibirle declaración indagatoria".

Art. 159. "Si al inculpado se le ha privado de su libertad, la declaracion indagatoria debe tomársele dentro de las cuarenta y ocho horas de haber sido detenido. La infracción a este artículo se castigará con la pena que señala el 1,039 del Código Penal".

Art. 161. "Terminada la declaracion indagatoria, se hará saber al inculpado la causa de su detencion y el nombre del quejoso, si lo hubiere, y se le advertirá que puede nombrar defensor, si desde luego quiere hacerlo".

Art. 162.- "Si el inculpado no tuviere persona de su confianza a quien nombrar defensor, se le mostrará la lista de los defensores de oficio, para que, si quiere, elija de entre ellos".

El precepto transcrito hace referencia a la posibilidad

de que lo defienda persona de su confianza, fundándose para ello, en la disposición del orden constitucional; igualmente está acorde con el texto constitucional en cuanto a que se le mostrará lista de defensores de oficio para que elija uno o varios que lo defiendan.

Art. 163.- "En cualquier estado del proceso, después de la declaración indagatoria, puede el inculcado nombrar defensor y variar o revocar los nombramientos que hubiere hecho".

Este artículo es más explícito en cuanto establece que el inculcado puede nombrar defensor en cualquier estado del proceso. Es decir, que el espíritu proteccionista debe entenderse, que es preferible que tenga defensor el inculcado, en cualquier momento del proceso, a que no tenga quien lo defienda durante el mismo. Claro, esta interpretación la encontramos explicable en los momentos en que se iniciaba la reglamentación del derecho de defensa, pero no se justifica en los tiempos presentes, cuando se piensa, y sostenemos, que la defensa del inculcado debe tenerla desde el momento en que se le imputa algún hecho delictivo, y con mayor razón, cuando es privado de su libertad.

Art. 165.- "Los defensores pueden promover, sin necesidad

de la presencia de sus defendidos, las diligencias que creyeren convenientes; pero en el ejercicio de su encargo no contrariarán las instrucciones que de ellos hubieren recibido".

El artículo revela el carácter del defensor, su aspecto sui-generis; por una parte obra con libertad, pero éste tiene sus limitantes.

Art. 166.- "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los defensores no serán citados para ninguna diligencia, sino cuando este Código lo disponga expresamente, o cuando lo pidiere el inculcado".

Norma con espíritu acorde al pensamiento de su tiempo, pero no a la concepción moderna del derecho de defensa, ya que la presencia del defensor en todo momento es indispensable.

Por lo que respecta, a la garantía de ser careado el procesado con todos aquellos que depongan en su contra, el Código de 1880 señala, en su capítulo X de los careos, lo siguiente:

Art. 234. "Los careos de los testigos entre sí y con el procesado, ó de aquellos y de éste con el ofendido, deberán

practicarse á la mayor brevedad posible, y durante la instrucción, sin perjuicio de que se repitan al tiempo del debate".

Art. 235. "En todo caso, se careará un solo testigo con otro testigo, ó con el inculpado; y cuando esta diligencia se practique durante la instrucción, no concurrirán á ella más personas que las que deban carearse, y los intérpretes si fueren necesarios".

Art. 236. "Los careos se practicarán dando lectura en lo conducente á las declaraciones que se reputen contradictorias, llamando la atención de los careados sobre las contradicciones, á fin de que entre sí se reconvengan para obtener la aclaración de la verdad".

En realidad, los careos a que aludió el ordenamiento procesal de nuestro estudio, se refirieron a las declaraciones que se reputaran contradictorias, a efecto de esclarecer la verdad de los hechos; es decir a los careos de tipo procesal, y no aquellos careos en su aspecto de garantía constitucional en los que estuviera en posibilidad el acusado de ejercer su derecho de defensa.

Otro de los preceptos de gran interés en el estudio, del presente código, es el artículo 251, y no precisamente porque reconozca algún derecho en favor del inculpado, sino por el contrario, porque establece una figura que perjudicó de manera grave la defensa del mismo al reconocer la incomunicación del inculpado.

Art. 251. "La detencion trae consigo la incomunicacion del inculpado. Para levantarla durante los tres dias que aquella debe durar, así como para prolongarla por más de ese tiempo, se requiere mandamiento expreso que se comunicará por escrito al alcaide ó jefe de la prisión".

b) El Código de Procedimientos Penales para el Distrito y

Territorios Federales, expedido el día 6 de julio de 1894.

Su aparición obedeció, sobre todo, a la intención de reformar las disposiciones que contenía el Código de Procedimientos de 1880, según nos apunta el maestro González Bustamante, relativas al juicio por jurados que tanto malestar popular ocasionaba en aquel entonces, también nos indica: "Otra modificación importante consistió en que el defensor de un reo está facultado para promover todas las diligencias e intentar los recursos legales que juzgue convenientes, excepto en los casos de que aparezca de autos de voluntad expresa del

procesado".(29)

En relación con la garantía del acusado de rendir declaración preparatoria establece:

Art. 105. "Cuando se sospeche que una persona tiene responsabilidad criminal en un delito, se procederá á su detención, y dentro de las cuarenta y ocho horas de ésta, se le tomará su declaración preparatoria".

Por lo que toca al derecho del acusado de ser informado de la naturaleza de la acusación y nombre de las personas que depongan en su contra, éste ordenamiento indica:

Art. 106. "Esta comenzará por las generales del inculpado, en las que se harán constar también los apodos que tuviere. Después se le impondrá del motivo de su detención, leyéndose la querella, si la hubiere; se le hará saber el nombre del acusador, cuando lo haya..."

Respecto de los careos, el citado código también, como el de 1880, se refiriere únicamente a los careos de tipo procesal, ya que señala que estos se practicarán cuando existan

(29) Ibid. p. 24.

declaraciones que se reputen contradictorias, repitiendo sustancialmente lo preceptuado en el mencionado ordenamiento de 1880, en el capítulo correlativo de careos, por lo que consideramos conveniente no transcribir; sin embargo, en los artículos 191,192,193 y 194 se estableció la forma en que deberían practicarse.

En cuanto a la defensa, contiene las siguientes disposiciones:

Art. 107. "Terminado el interrogatorio, se hará saber al detenido que puede nombrar defensor. Si no hiciere el nombramiento por no tener persona de su confianza, se le mostrará la lista de los defensores de oficio para que, de entre ellos, elija el que o los que quisiere.

Tratándose de menores de 14 años, el Juez hará el nombramiento, que subsistirá mientras no haga otro el representante del inculgado".

El primer párrafo del artículo que se comenta, contiene los mismos derechos comentados ya en los artículos 161 y 162 del Código de Procedimientos de 1880; por lo tanto, a este precepto le son válidos los comentarios vertidos sobre los

preceptos citados.

Art. 108.- "Si el defensor nombrado no fuere de oficio, al hacerse el nombramiento, el detenido indicará el domicilio de aquél".

Solamente se señala este artículo por ser único en su género, de cuantos ordenamientos se han analizado.

Art. 110.- "Cuando el nombrado defensor no compareciere a la primera cita, se le citará de nuevo con apercibimiento de cinco a cincuenta pesos de multa, a juicio del juez, que se hará efectiva si el citado no se presenta".

Es la intención de este precepto, de proteger la responsabilidad con que debe actuar el defensor en el desempeño de su cargo.

c) El Código Federal de Procedimientos Penales publicado el día 18 de diciembre de 1908.

Fue el primer Código de Procedimientos en Materia Federal publicado en México. Siguió los lineamientos del Código de Procedimientos del D.F., de 1894. Se refiere al derecho de defensa en los siguientes artículos:

137.- "La declaración preparatoria comenzará por las generales del inculpado, en las que se incluirán también los apodosos que tuviere, se le examinará sobre los hechos que se le imputen, para lo cual adoptará el juez la forma, términos y demas circunstancias que estime convenientes y adecuadas al caso, á fin de esclarecer el delito y las circunstancias de tiempo, lugar, etcétera, con que se concibió y llevó á término. Además, impondrá al reo del motivo de su detención, le hará conocer la querrela si la hubiere, y le hará saber el nombre de su acusador o acusadores".

El precepto en cita, contiene dos de las garantías de defensa consagradas en las fracciones I y II del artículo 20 de la Constitución de 1857; sin embargo el Código Federal de 1909, no establece el término de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de que este a disposición del juez el inculpado para tomarle su declaración preparatoria, como lo establece el código de 1894, sino que únicamente se limita a señalar la forma en que ésta última deberá tomarse.

Art. 139.- "Terminado el interrogatorio, se hará saber al detenido que puede nombrar defensor, y se le indicará los nombres de los de oficio. Hecho el nombramiento se le notificará a la persona nombrada, dentro de las veinticuatro

horas siguientes a la designación".

Un nuevo criterio expone este precepto, respecto al momento en que el detenido tendrá defensor: hasta después del interrogatorio. Criterio que consideramos lesivo del derecho de defensa en sí, pues es evidente que después de esta actuación, el detenido habrá tenido necesidad de ser asistido, asesorado legalmente, respecto a sus derechos que le asisten durante la indagatoria.

El artículo 142 del Código en cita, si establece al respecto el término para el auto motivado de prisión:

Art. 142.- "El auto de formal prisión deberá dictarse precisamente dentro de 72 horas, contadas desde que el inculpado se halle á disposición de su juez; ese auto solamente se dictará cuando de lo actuado aparezcan llenados los tres requisitos siguientes:

I. Que esté comprobada la existenciade un hecho ilícito que merezca pena corporal;

II. Que al detenido se le haya tomado declaración preparatoria é impuesto de la causa de su prisión, y de quién es su acusador, si lo hubiere;

III. Que contra el inculpado haya datos suficientes, á

juicio del juez, para suponerlo responsable".

Nuevamente encontramos en la fracción segunda del artículo en cita, las garantías a que nos referimos en el artículo 137 del Código que nos ocupa, pero aquí se establecen como uno de los requisitos esenciales que deben estar cubiertos, a efecto de dictarse el auto de formal prisión.

En relación con la garantía constitucional de ser careado con todos aquellos que depongan en su contra, el presente código recoge las mismas ideas de los códigos de 1880 y 1894, en sus artículos 222, 223, 224 y 225, de los cuales sustancialmente ya comentamos en los apartados correspondientes.

Por otro lado, nos encontramos que también el Código Federal de 1909, reconoce en su artículo 132, la figura de la incomunicación del acusado, la cual consideramos, como ya antes se señaló, como una figura que al incluirse en una ley procesal penal, nulifica absolutamente la defensa del acusado, sobre todo en el aspecto de asesoría por parte de un abogado.

El maestro González Bustamante nos dice en su obra: "Al promulgarse la nueva Carta Fundamental de la República el 5 de

febrero de 1917, al triunfo de la Revolución Constitucionalista acaudillada por don Venustiano Carranza, se modificó substancialmente el prodedimiento penal mexicano, al abandonarse la teoría francesa que estructuró nuestros códigos y al quitar a los jueces el carácter de miembros de la Policia Judicial".(30)

d) El Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en materia penal para el Distrito Federal, publicado el día 14 de octubre de 1929.

Este ordenamiento tuvo, como nos lo comenta el maestro González Bustamante, además de una duración efímera, duros ataques de distinta índole, pero por lo que se refiere al derecho de defensa hubo cambios importantes, los cuales obedecieron precisamente al nuevo orden constitucional de 1917, que al igual que en la constitución de 1857, se establecieron en el artículo 20 constitucional, las garantías que en todo juicio criminal deben respetarse en favor del acusado y que analizaremos en el capítulo siguiente de nuestro trabajo. Sin embargo, a manera de comentario, los preceptos más importantes sobre el derecho de defensa en el código de 1929, se refiere particularmente en sus artículos 266, 267 y 268 al defensor, estableciendo respectivamente:

(30) Loc. cit.

Art. 266.- "Todo acusado tendrá derecho a ser asistido ;en su defensa por sí o por la persona o personas de su confianza. Si fueren varios, están obligados a nombrar un representante común".

Este precepto contiene sustancialmente los mismos derechos garantizados, en la fracción V del artículo 20 de la Carta Magna de 1857.

Art. 267.- "Cuando la persona que acepte el cargo no sea defensor de oficio, él tendrá la obligación de denunciar ante el juez, la suma que vaya a percibir por honorarios; la infracción de esta disposición tendrá como sanción la pérdida del derecho a cobrarlos".

Es clara la intención de este precepto, la de que el juez tenga un control sobre los honorarios del defensor, ya que éste último, aprovechándose de la situación jurídica del procesado, cobraba honorarios muy altos.

Art. 268.- "Los defensores antes de entrar al desempeño de su cargo, otorgarán ante el juez la protesta en los términos siguientes: protestais desempeñar legalmente el cargo de defensor de... que se os ha conferido? El defensor contestará:

"Sí protesto?. El Juez agregará: si no lo hicieres así, la justicia os lo demande".

Así mismo, en el capítulo III de la declaración preparatoria el código de 1929, confirma las siguientes garantías:

Art. 276.- "En la audiencia fijada conforme a los artículos anteriores, el juez, estando presentes el agente del Ministerio Público y el defensor del detenido, si quisieren, hará comparecer al acusado y le exhortará a rendir su declaración preparatoria".

Como se puede observar, el precepto transcrito establece como nueva modalidad, que en la declaración preparatoria del acusado podrá asistir tanto el Ministerio Público como el defensor, corroborando el texto constitucional.

Art. 278.- "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el juez tendrá la obligación de hacer saber al detenido en este auto:

I.- El nombre de su acusador, si lo hubiere, y la causa y naturaleza de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho delictuoso que se le atribuye y pueda contestar el cargo;

II.- Que la confesión del delito, si lo hubiere cometido, es circunstancia atenuante de responsabilidad criminal;

III.- El derecho que tiene para defenderse por sí mismo o para nombrar persona de su confianza que lo defienda; advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le nombrará uno de oficio".

En lo correspondiente a los careos señala:

Art.283.- "Recibida la declaración preparatoria o, en su caso, la manifestación del reo de que no desea declarar, el juez en acatamiento a lo dispuesto por la fracción IV del artículo 20 constitucional, careará al acusado con todos los testigos que depongan en su contra, procurando hacerlo en presencia del acusado, cuando dichos testigos residan en el lugar del juicio".

Es importante esta disposición, ya que nos marca lo que tiene de especial este tipo de careo, que a diferencia de los careos de tipo procedimental, el primero es una garantía que se debe cumplir a efecto de que el acusado conozca a todos aquellas personas que depongan en su contra, y los careos de tipo procesal se llevan a cabo para esclarecer la verdad de los hechos, cuando existen puntos contradictorios.

Otros artículos de importancia en el presente código, que operaron en beneficio de la defensa del acusado, son los siguientes:

Art. 277.- "En ningún caso y por ningún motivo podrá el juez emplear la incomunicación ni ningún otro medio coercitivo para lograr la declaración del detenido".

Es en este ordenamiento, en donde se proscribe definitivamente la incomunicación u otro medio coercitivo, a efecto de conseguir que el inculcado declarara, figura que en los anteriores códigos de procedimientos penales si la admitieron.

Art. 280.- "El agente del Ministerio Público y la defensa tendrán el derecho de interrogar al acusado, pero el juez tendrá en todo tiempo la facultad de desechar la pregunta, si a su juicio fuere capciosa".

Este artículo, es una clara muestra de la posibilidad que tenía el defensor de participar durante la declaración preparatoria, ayudando a su defendido con las preguntas que logran presumir su inocencia.

Es así, como después de haber realizado un análisis histórico referente al derecho de defensa en el procedimiento penal mexicano, tanto en los ordenes constitucionales que se dieron a partir de la vida independiente de nuestro país, como en las leyes procesales penales más importantes, pasaremos a nuestro siguiente capítulo intitulado "La Garantía de defensa".

CAPITULO III.

LA GARANTIA DE DEFENSA.

Retomando nuevamente las ideas de Eugenio Florián, al señalar: "Las formas fundamentales del proceso son las que se observan en las funciones, a su vez fundamentales, que se realizan, necesariamente en el proceso. Y en éste son necesarias: a) la función de acusar: si se imputa a alguien un delito alguien ha de hacer la imputación; b) la función de defensa: si el objeto del proceso es una relación de derecho penal, es necesario que se ponga al acusado en condiciones de rebatir la acusación; c) la función de decisión: eminentemente práctico es entre los fines del proceso penal el de juzgar al acusado, de obtener una sentencia, definir la concreta relación de derecho penal, objeto de aquél, lo que constituye la tercera función"⁽³¹⁾, es precisamente objeto de nuestro estudio la segunda de las funciones del proceso penal que se mencionan, que tal y como la define en un aspecto genérico el maestro Florián es aquella que tiene por objeto poner al acusado en una situación de igualdad en derechos, junto con aquella persona que lo acusa; es decir, en condiciones de rebatir la acusación.

En este sentido, Jesús Zamora-Pierce, también indica: "El

(31) Florián, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Traducción y referencias al Derecho Español por L. Prieto Castro. Librería Bosch. Barcelona 1934. p. 64

concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción, son los tres pilares básicos sobre los que descansa la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y válida administración de justicia dentro del Estado de Derecho. Ante la pretensión penal, como tesis que sostiene en forma monopólica el Ministerio Público (artículo 21 constitucional), la defensa sostiene la antítesis y queda reservado al poder jurisdiccional el efectuar la síntesis. Luego entonces, si se concibe al juicio como la necesaria síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto lleva a destacar, por razones de lógica y legalidad, que la defensa, en cuanto concepto contrario a la pretensión penal, es de igual rango y necesidad que ésta."⁽²²⁾ Asimismo define éste autor, al derecho de defensa como "...aquel que tiene el procesado penal para oponerse a la acusación."⁽²³⁾

Francesco Carnelutti, define a la defensa de la siguiente

(32) Zamora - Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. 5a. Ed., México, Porrúa S.A., 1991. p. 333.

(33) Loc. Cit.

manera: "El concepto de la defensa es opuesto y complementario de la acusación; ya se ha dicho que la formación del juicio penal sigue el orden de la triada lógica: tesis, antítesis, síntesis; si el juicio es síntesis de acusación y de defensa, no se puede dar acusación sin defensa, la cual es un contrario y, por eso, un igual de la acusación."⁽³⁴⁾

Por lo anterior, consideramos de gran importancia el que la figura de la defensa, esté siempre contemplada en toda legislación procesal penal, al igual que la figura de la acusación, como un derecho garantizado para toda persona que tenga la calidad de acusado, y para que esto se cumpla, es necesario que se eleve a rango constitucional dentro del capítulo referente a las garantías del individuo, ello en virtud de que se trata de uno de los derechos humanos fundamentales que le atañen al inculpado y como tal debe ser preceptuado en nuestra Carta Magna.

Como sabemos, el derecho de defensa del inculpado, no solo comprende la asistencia técnica del defensor, quién procurará la debida defensa durante todo el procedimiento penal que se desahogue en su contra, sino que también comprende una serie

(34) Carnelutti Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Traducción Santiago Sentis Melendo. Vol I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1950. pp. 232 y 233.

de derechos fundamentales que deben darse dentro del propio procedimiento penal, los cuales tienden a lograr esa igualdad de condiciones a que anteriormente nos referimos, no dejando en estado de indefensión al acusado.

Juventino V. Castro, sostiene: "...debe advertirse que al elevarse al rango de garantía constitucional ciertos procedimientos que aseguran la correcta defensa de los penalmente procesados, se está reforzando a la libertad personal de los individuos frente al poder público, -lo cual sí es propio de las garantías constitucionales-..."⁽³⁵⁾ ; es decir, no solo se logra la igualdad de condiciones entre acusador y acusado, sino que también, por estar preceptuadas en la constitución, protegen a todo individuo que sea inculcado por algún delito, frente a los actos de autoridad de los funcionarios en materia penal.

Estos derechos básicos de que hablamos, se encuentran plasmados en nuestra Carta Fundamental, en su artículo 20, que a decir del autor Juventino V. Castro: "... en mayor medida que cualquiera otra de las disposiciones correspondientes al capítulo de garantías individuales-, merece destacarse dentro

(35) Castro Juventino V. Lecciones de Garantías y Amparo, 1a. Ed. Porrúa, S.A. México, 1974. p. 250.

de la categoría de leyes constitucionales de procedimientos, ya que fija algunos principios fundamentales que deben respetarse en los procedimientos penales del país.

Es una disposición muy importante en su género, que sólo admite comparación con los derechos que se reconocen a los obreros y empleados en el artículo 123 constitucional, donde igualmente, bajo la alta categoría de la Ley Suprema, se les garantizan derechos, si bien en materia laboral más sustantivos que de procedimientos."(36)

Las garantías de defensa de que hablamos, que se encuentran plasmadas en el mencionado artículo 20 Constitucional son: 1.- El derecho a ser informado: a) de la naturaleza y causa de la acusación y; b) del nombre de su acusador, así como de los testigos que han declarado en su contra. 2.- El derecho a rendir declaración, que a su vez incluye la garantía del acusado de no ser obligado a declarar en su contra. 3.- El derecho de ofrecer pruebas. 4.- El derecho a ser careado con todos aquellos que depongan en su contra. 5.- El derecho a tener defensor. Estos derechos fundamentales consideramos, son los que se otorgan a las personas, respecto de su situación específica de ser acusados y procesados o dentro de un juicio penal. Esto es, en su calidad de acusado

(36) Ibid., p. 256.

o inculpado dentro de la averiguación previa y en su calidad de procesado dentro del procedimiento penal propiamente dicho.

Como ya se mencionó, la razón por la cual estos derechos son consagrados de manera particular, por nuestra constitución, es porque se trata de derechos universalmente reconocidos y porque es en la materia penal donde más corren el riesgo de ser vulnerados, en consecuencia, que mejor que dichos principios sean protegidos por nuestra Carta Magna. Al respecto el maestro Sergio García Ramírez opina lo siguiente: "En nuestro tiempo, los derechos del hombre contemplan a éste como ser integral, y así lo custodian. El poliedro humano reclama un poliedro de garantías, en fina armonía."⁽³⁷⁾ El mismo autor sostiene que los derechos humanos son una triple aspiración: a la libertad, a la justicia, al bienestar, porque señala, que eso es, ahora, lo que se quiere para el hombre y lo que el hombre mismo quiere. ⁽³⁸⁾

El Dr. Jesús Zamora-Pierce, nos indica: "México, desde temprana hora, manifestó su vocación liberal y humanista ...estableció en su Constitución de 1857, primero, y

(37) García Ramírez, Sergio Actualidad de los Derechos Humanos en materia Penal. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. Año IV No.10 Enero-Abril 1989. p. 208.

(38) Cf. Loc. Cit.

posteriormente en su Constitución de 1917, actualmente vigente, un catálogo detallado y prácticamente exhaustivo de los derechos humanos del proceso penal."(39) Asimismo señala: "...México suscribió la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyos correspondientes decretos de promulgación fueron publicados el 7 y el 20 de mayo de 1981, respectivamente en el Diario Oficial. Las normas jurídicas contenidas en esos tratados, han pasado, en consecuencia, a formar parte del derecho interno vigente en México, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 constitucional.

Pero debemos subrayar que en esos tratados, que son el resultado de la labor conjunta de los mejores juristas del orbe, y que representan, sin duda, el mayor logro de la conciencia jurídica universal al acercarse al fin del siglo XIX, prácticamente no se otorgan al procesado penal derechos que éste no tuviese ya reconocidos por la Constitución mexicana de 1917."(40)

Es en esta estructura normativa, como encarna la figura

(39) Jesús Zamora-Pierce. Grandeza y Miseria de los Derechos Humanos en el Derecho Procesal Penal Mexicano. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. Año IV. No. 10 Enero-Abril 1989. p. 37.

(40) Ibid. p. 41.

de la defensa con propia identidad; esto es, es producto del liberalismo penal, movimiento de rescate de los derechos del individuo. Sin embargo, no basta el orden jurídico, por más que este enriquecido de principios tan hermosos, si carece de la aplicación real de los mismos, ya que, es precisamente la aplicación real, el cimiento del sistema normativo. Dificilmente prosperarán los derechos humanos si en la realidad no son respetados.

El mismo Zamora-Pierce, comenta al respecto: "Consagrados en la Constitución los derechos humanos del procesado penal, los juristas mexicanos parecieron olvidarse del tema; como si pensarán que la mera proclamación del texto legislativo tenía alguna virtud mágica que bastaba a imponer su respeto. La doctrina prácticamente no se ha ocupado de esta materia. Los abogados, en consecuencia, no la estudian. El legislador ha redactado, a lo largo del siglo XX, múltiples códigos de procedimientos penales, que teóricamente deberían reglamentar las normas constitucionales, pero que, en verdad, entran en contradicción con ellas. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, mientras tanto, ha dictado algunas ejecutorias que interpretan restrictivamente los derechos acordados por la Constitución.

Hoy nos encontramos, pues, ante el problema de la

efectividad de los derechos ya declarados. Admitida su validez, consagrado su texto legislativo, debemos dirigir nuestra atención a su observancia.

El cuadro que pintamos no sería completo si dejáramos de señalar que, de cuatro o cinco años a esta parte, la tendencia parece cambiar de dirección: se ha publicado, por primera vez, un tratado que se ocupa de estudiar precisamente el tema de los derechos humanos del proceso penal (Garantías y proceso penal, de Jesús Zamora-Pierce, México, Editorial Porrúa, S.A.); se multiplican las conferencias que tratan la materia y los artículos publicados al respecto en las revistas jurídicas, y se elaboran anteproyectos de códigos de procedimientos penales cuyo objetivo principal es el ceñirse de cerca a la estructura normativa establecida en la Constitución.

Si bien la mayor parte de los derechos humanos que la Constitución otorga al procesado penal son efectivamente respetados, algunos otros, de importancia capital, no lo son..."⁽⁴¹⁾

Al respecto compartimos el punto de vista del Dr. Zamora-Pierce, en lo que se refiere al cambio de dirección que se ha dado al estudio de los derechos humanos del acusado, prueba de ello son las modificaciones a diversas disposiciones

(41) Ibid., p. 42.

del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1991, que se refieren a nuestro tema y que analizaremos posteriormente. De la misma forma, consideramos al igual que el autor, que aún no son respetados del todo los derechos humanos que en materia procesal penal establece la constitución mexicana, sobre todo en lo que se refiere a las garantías de defensa que nos ocupan y que se encuentran preceptuados en su artículo 20. Es por esta razón, que decidimos emprender la tarea analizar cada una de estas garantías en el procedimiento penal mexicano; es decir, nuestro estudio comenzará por analizar el momento procedimental en que se actualizan estas garantías de defensa que anteriormente fueron detalladas, para después entrar al análisis de lo establecido, al respecto, en los Códigos de Procedimientos Penales, tanto el Federal como el del Distrito Federal, la problemática real que encierra cada una de estas garantías y finalmente lo que la Jurisprudencia de la Suprema Corte Justicia de la Nación ordena.

Como ya mencionamos, consideramos que para poder entrar al estudio de cada una de las garantías de defensa de que hemos venido hablando, es necesario determinar en primer lugar en que fase del procedimiento penal mexicano deben observarse, por lo

que citaremos para tal efecto, la parte medular del artículo 20 constitucional (primer párrafo), que nos señala el campo de aplicación de estas garantías:

Artículo 20.- "En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías..."

Sin lugar a dudas, se deduce que las garantías contenidas en este precepto son observables en todo juicio penal, sin embargo, el constituyente al emplear la palabras juicio y acusado confunde el momento procedimental en que deben de ser observados y conduce a diversas interpretaciones. Por una parte, la palabra juicio es, según la Enciclopedia Jurídica Omeba: "estructura lógica de pensamiento, con pretensión de verdad. Acerca de la equiparación de la norma jurídica con un juicio lógico."⁽⁴²⁾; al respecto, de dicha acepción se desprende, desde un punto de vista técnico, que esa actividad corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional, lo cual quiere decir, que las garantías de defensa son observadas únicamente en la etapa en la que actúa esa autoridad. Asimismo, la palabra acusado técnicamente es aplicable en la etapa de la averiguación previa a aquél individuo contra quien se ha interpuesto una denuncia o querrela ante el Ministerio Público,

(42) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVII. Editores Librerus. Buenos Aires C.1963. p. 111.

de lo que se deduce que también son aplicadas en esta última etapa.

Por otra parte, tal vez el Constituyente de 1917, quiso referirse a todo el procedimiento penal en general, pero consideramos que la primera de estas hipótesis es la más acertada; al respecto, Rafael Pérez Palma (43) y Guillermo Colín Sánchez (44), opinan que la averiguación previa no fue regulada por los constituyentes, ya que ésta, es una creación de quienes elaboraron los Códigos de Procedimientos Penales.

Lo antes expuesto, nos obliga a determinar lo que debemos entender por procedimiento penal, proceso penal y cuantas y cuales son las etapas de que esta compuesto. Así Juan José González Bustamante nos da una idea clara al respecto: "Si hablamos del Procedimiento Penal, es indispensable diferenciarlo del proceso. Proceso y procedimiento no son términos sinónimos; recordemos que hemos dicho que no puede haber proceso sin Juez y que es imprescindible su intervención

(43) Pérez Palma, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. Cardenas Editor y Distribuidor México 1980. 1980. p. 252.

(44) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 8a. Ed. Porrúa, S.A. 1984 p. 236.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

para que tengamos proceso. Quiere decir, que el procedimiento contempla una idea más extensa; que puede existir procedimiento sin que exista proceso; en cambio, y especialmente en el Derecho Procesal Mexicano, no puede haber proceso sin que el procedimiento lo anteceda."(45)

Ahora bien, por lo que se refiere a cuantas y cuales son las etapas del procedimiento penal, el Rafael Pérez Palma nos dice " En virtud del sistema establecido por los Códigos de Procedimientos Penales para el D.F. y Territorios Federales y el Federal, el procedimiento penal, en la actualidad y en la realidad tiene tres etapas..."(46), la de la averiguación previa, la instrucción y el juicio propiamente dicho; al respecto González Bustamante (47) agrega una cuarta etapa, que indica prevé la Ley Procesal Federal y que se llama período de ejecución, pero que el mismo maestro hace la aclaración, que esta no forma parte del procedimiento penal, sino del Derecho Penitenciario. Esta es la posición en general adoptada por la

(45) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. 4a ed. México, Ed. Porrúa S.A., 1967. (c 1959). p. 123

(46) Pérez Palma, op. cit., p. 253.

(47) González Bustamante, op. cit. p.124.

doctrina.

Sentadas las anteriores bases y de acuerdo con la interpretación del artículo 20 de nuestra constitución, se deduce que las garantías de defensa, como ya mencionamos, únicamente son exigidas ante la autoridad jurisdiccional. En este sentido el Lic. Rafael Pérez Palma indica: "Si como se ha visto el procedimiento penal en realidad constituye una unidad dividida en tres etapas, la de la averiguación previa, la de la instrucción y la del juicio propiamente dicho, resulta una falsedad suponer que las diez garantías establecidas en el Art. 20 Constitucional y de las que todo acusado debe gozar durante el juicio han de operar solamente ante el órgano jurisdiccional.

El error tiene dos causas fundamentales como base: una, la de que la averiguación previa carece de regulación y de términos para realizarla dentro de nuestra ley fundamental, y otra, la de que la averiguación previa fue regulada por una ley posterior, que es ineludiblemente obligatoria; y aun podría hacerse mención de una tercera, la del equivocado concepto que del término juicio se pueda tener, pues éste, ya no consiste solamente en la contienda ante el órgano jurisdiccional, sino que debe incluir la averiguación previa, por formar parte del juicio, por tener sus actuaciones valor probatorio pleno, por

contener la comprobación del cuerpo del delito y porque sirve de base a la instrucción, al ejercicio de la acción penal y a la consignación del detenido, e influirá en la sentencia definitiva.

De manera que si la averiguación previa forma parte del juicio, no hay razón para que las garantías que otorga el Art. 20 Constitucional a todo acusado, no operen dentro la citada averiguación previa.

Ahora bien, la naturaleza de cada una de dichas diez garantías, determinará quien o quienes son los obligados a respetarlas.

Las garantías... de que se le tome la declaración preparatoria en audiencia pública,... son garantías que el órgano jurisdiccional debe otorgar; es decir, cinco de diez, corresponden a la autoridad judicial, con exclusión del Ministerio Público, pero las que impiden que el detenido sea impelido (sic) a declarar en su contra o que obligan a ser careado con sus acusadores, a recibirle pruebas que ofrezca, a facilitarle la defensa y a permitirse la, deben concernir por igual al Juez que al Ministerio Público.

En la práctica, no se opina de esta manera, porque se tiene del término "juicio" otro concepto y porque no se ha admitido que la averiguación previa forme parte de tal juicio.

En nuestro concepto no hay razones de carácter técnico que

impidan que los agentes del Ministerio Público... que dentro de la averiguación previa... el detenido sea careado con los testigos que depongan en su contra o para que le sean facilitados los datos que solicite para su defensa.

Si la averiguación previa estuviera reglamentada dentro del articulado de la Constitución, se tendría de ella un concepto más amplio, más moderno, y sobre todo, las detenciones serían, en muchos casos, menos injustas, menos prolongadas, menos arbitrarias, con lo que la justicia llegaría al pueblo con mayor eficacia.

Sin embargo, habremos de seguir apegados a la interpretación miope y literal de la ley, en tanto no se haga la reforma constitucional que la época demanda. (")

El Dr. Jesús Zamora-Pierce, sostiene lo siguiente: "El párrafo inicial del artículo 20 Constitucional, afirma que las garantías concedidas en su texto pertenecen al acusado en todo juicio del orden criminal. No obstante, partiría por una falsa ruta quien pretendiera concluir, de los términos acusado y juicio, que el artículo a estudio reserva sus disposiciones tan sólo a la etapa jurisdiccional de los procedimientos penales. Por cuanto al término acusado, está bien claro que el artículo

(48) Pérez Palma, Rafael, op. cit., pp. 254-255.

20 constitucional lo emplea en forma amplísima, para designar a todo aquel que es sujeto de procedimientos penales, sin hacer distinciones entre las diversas etapas de dichos procedimientos, y no en el restringido sentido técnico que designa a aquella persona contra la cual el Ministerio Público ha formulado conclusiones acusatorias. Por lo que hace al concepto de juicio, es igualmente evidente que, aun cuando la mayor parte de las garantías enumeradas en el artículo 20 tienen su campo propio de acción dentro de la etapa judicial del procedimiento, otras extienden su protección a la etapa de la averiguación previa. Baste, a manera de ejemplo, señalar el caso de la garantía de no; autoincriminarse (artículo 20, fracción II), aplicable al indiciado durante la averiguación previa, según lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación."(49)

Sobre el particular, la opinión de Zamora-Pierce es explícita al señalar que las garantías de defensa del art. 20 Constitucional tienen su propio campo de acción, ya que algunas corresponden a la etapa judicial y otras a la averiguación previa. Tal opinión nos hace reflexionar de que no se trata de garantías exclusivas de la etapa jurisdiccional, al igual que

(49) Zamora-Pierce, op. cit., pp. 347-348.

concluimos que el precepto constitucional no es claro, en cuanto a que no señala cuales son las garantías que deben observarse desde la averiguación previa y cuales no, coincidiendo lo anterior con el punto de vista del maestro Colín Sánchez, al indicar, que la averiguación previa no paso por la mente de los constituyentes y que sólo la legislación procesal penal la regula. Lo expuesto nos orienta hacia un estudio técnico de cada una de estas garantías, a efecto de determinar en que momento nacen.

Nuestro primer marco de referencia, se referirá a los procesos de cambio en el procedimiento penal mexicano, emprendidos en 1990 a través del mensaje del Presidente de la República durante la ceremonia de presentación del programa de modernización de la Procuraduría, dirigido al Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y las Comisiones de Justicia de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión. En el se contemplan los motivos que impulsaron a la reforma de 1990 y que el investigador Sergio García Ramírez, lo considera como: "expresión de una voluntad política jurídica, que figurará entre las fuentes reales"⁽⁵⁰⁾, y virtud de que en dicho mensaje se manifiestan las razones y

(50) García Ramírez, Sergio. Proceso Penal y Derechos Humanos. 1a. Edición. Porrúa S.A. UNAM. México. 1992. p. 18.

las sugerencias adecuadas a las modificaciones al procedimiento penal, motivando precisamente la reforma procesal de que más adelante hablaremos.

El referido documento se enfoca principalmente a la preservación del Estado de Derecho en lo concerniente al procedimiento penal y sobre todo al respeto de los derechos humanos: "Se trata de iniciativas de reformas legislativas diseñadas para mejorar los procedimientos penales, precisar con rigor y transparencia, las funciones que competen a los agentes y órganos de autoridad en la procuración de justicia; sobre todo, buscan consolidar la protección de los Derechos humanos en todos y cada uno de los momentos procedimentales, como corresponde a nuestro Estado de Derecho."⁽⁵¹⁾

El mismo maestro nos explica que el documento contempla doce puntos, los cuales reúnen conclusiones de la labor realizada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en los últimos meses y las sugerencias planteadas por la Procuraduría General de la República y la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal; que entre otros aspectos, en los puntos del dos al cinco, hacen referencia a la declaración, en general,

(51) Texto consultado en la Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, del 15 de noviembre de 1990, núm. 4 pp. 3-4.

y a la confesión, en particular; que en el punto número seis, establece que las garantías del inculpado, estarán presentes durante la averiguación previa y en el proceso penal o procedimiento penal judicial.

En fecha posterior, las ideas plasmadas en este documento, fueron materializadas en la iniciativa presidencial del 16 de noviembre de 1990. Aunque dicha iniciativa promovió reformas únicamente a los Códigos de Procedimientos Penales, tanto el Federal, como el del Distrito Federal, sin contemplar reforma alguna a la Constitución. En ella se estableció entre otras cosas lo siguiente:

"Se trata de poner al día toda la eficacia del Estado y el potencial de la sociedad civil en beneficio de la condición social, comunitaria y colectiva de todos los mexicanos sin distinción, y del respeto general, público y efectivo, de los derechos humanos que otorga la Constitución" (52); es así como se pone de manifiesto el respeto irrestricto a los derechos humanos, en lo que corresponde a las garantías del acusado del artículo 20 Constitucional. Asimismo, se señala en dicha iniciativa, : "establecer con mayor claridad los límites de

(52) Diario de Debates de la Cámara de Diputados.- del martes 18-XII-1990. LIV Legislatura. Poder Legislativo Federal, Año III No. 19. p. 158.

actuación de los órganos del Estado durante diferentes momentos procedimentales y del juicio penal y buscar expresar de la mejor manera los alcances del contenido de las respectivas garantías constitucionales." Esto refleja la preocupación del Ejecutivo Federal por perfeccionar el marco jurídico que regula la conducta de los gobernados y de la autoridad.

Como ya manifestamos, esta iniciativa reúne conclusiones de la labor realizada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos. En este sentido, es importante hacer mención de ello, puesto que dicha Comisión realizó valiosas reflexiones acerca de la tutela de los derechos públicos subjetivos, en un documento que a manera de proyecto se tituló "Propuesta de reformas legislativas aprobadas por el Consejo de la Comisión de Derechos Humanos", y decimos que fueron valiosas, porque la iniciativa presidencial prácticamente aparecieron en la ley secundaria, todos los temas abordados en el proyecto.

Todos estos acontecimientos sientan las bases del nuestro estudio, sobre todo porque van referidas a esas garantías de defensa de que hemos hablado anteriormente y porque se trata de reformas de reciente creación. Estas garantías, que por lo pronto han sido reguladas por la legislación secundaria, lógicamente supone un avance en favor del derecho de defensa

del acusado y de los derechos humanos.

Bajo este orden de ideas, entraremos al análisis de cada una de estas garantías.

3.1. El Derecho a ser informado.

El derecho a ser informado se encuentra determinado en dos de las fracciones del artículo 20 de nuestra Carta Magna, la fracción III y VII, que señalan respectivamente lo siguiente:

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

Fracción VII.- "Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;"

Por ahora, nos ocuparemos en primer lugar de la fracción VII, del precepto constitucional mencionado, ya que

técnicamente es la mas sencilla en su redacción. Dicha garantía es producto de la doctrina liberal, que se proclamó contra las injustas incomunicaciones de que era victima cualquier acusado, y que era permitido por los Códigos de 1880 y de 1894, como lo apunta Juan José González Bustamante.⁽⁵³⁾

Este derecho a ser informado, dice Juventino V. Castro,⁽⁵⁴⁾ es una garantía que se opone a que se mantenga en secreto todos los elementos procesales que deban ser del conocimiento de un acusado, lo cual imposibilita la defensa del mismo. Por el contrario, deben facilitarle los datos que necesite y consten en el proceso para preparar sus descargos. Esto es, se refiere a todos los datos que consten estrictamente en el proceso, para que su defensor pueda combatirlos si arrojan elementos contrarios o en su perjuicio.

Rafael Pérez Palma,⁽⁵⁵⁾ apunta como consecuencia importante de la anterior garantía, que al momento de dictarse sentencia, ésta deberá estar fundada en los datos o constancias que obren en el proceso. Asimismo, señala que la fracción VII,

(53) González Bustamante, op. cit., p. 151.

(54) Castro V., op. cit., p. 263.

(55) Pérez Palma, Rafael, op. cit., p. 307.

del artículo 20 Constitucional, es un aspecto de la garantía de defensa consignada en la fracción IX, del mismo precepto.

Este derecho de información consignado en la fracción VII del precepto que nos ocupa, constituye propiamente una garantía de defensa procesal; es decir, tal garantía técnicamente nace a partir del momento en que se dicta el auto de formal prisión, por ser este el que le da inicio al proceso jurisdiccional. Al respecto la fracción VIII, del artículo 160 de la Ley de Amparo, determina que en los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: "Cuando no se le suministren los datos que necesite para su defensa".⁽⁵⁶⁾ En este caso específico, nuestra Ley de Amparo la sitúa como una violación al procedimiento penal. En este sentido, José María Lozano, expresa que el procedimiento penal en contra del acusado no debe permanecer en secreto, una vez que se dicta el auto de formal prisión.⁽⁵⁷⁾

Por otra parte, resulta imposible que esta garantía se lleve a cabo dentro de la averiguación previa, puesto que se

(56) Citado por el Dr. Jesús Zamora-Pierce, op. cit., p. 162

(57) Lozano, José María, Estudios de Derecho Constitucional Patrio en lo relativo a los Derechos del Hombre, 2a. Ed. Porrúa, S.A. 1992. p. 330.

trata de una garantía propia del proceso jurisdiccional, que debe cumplirse hasta que este último haya iniciado y que es precisamente a partir de que se dicte el auto de formal prisión o sujeción a proceso.

Ahora bien, en cuanto a la fracción III. del artículo 20 Constitucional, como se observa, se trata de una garantía bastante amplia y que no sólo contempla el derecho a ser informado, sino que también abarca el derecho que tiene el inculcado a que se le tome su declaración preparatoria, por lo que es necesario hacer un desglose ordenado de los conceptos empleados en la fracción, dejando para otro apartado la parte conducente a la declaración preparatoria.

Sobre esta garantía, el Dr. Jesús Zamora-Pierce, apunta lo siguiente: "La fracción transcrita consagra el derecho del reo a ser informado de la acusación dentro de una serie de condicionantes de forma: en audiencia pública; de tiempo: dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia; de contenido: nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación; y le fija a esa información una finalidad específica: que el reo conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo,

rindiendo en ese acto su declaración preparatoria" (58)

Aprovechando este desglose explicativo que realiza nuestro autor citado, tomaremos como inicio de nuestro análisis, de esta serie de condicionantes, las que se refieren al contenido:

a) El nombre de su acusador (denunciante o querellante), así como el de los testigos que han declarado en su contra.

Nombre del acusador. En este caso, se presentan dos situaciones; si se trata de denunciante, acusador o querellante, corresponderá el nombre de esa persona el que le sea proporcionado. Pero si se trata de un delito descubierto por la policía judicial o el Ministerio Público en ejercicio de sus funciones, Rafael Pérez Palma, señala que será necesario ver la forma en que resolvió el Ministerio Público, para que esté en posibilidad de cumplir con este mandato. (59)

Como sabemos, en todo procedimiento penal, es el Ministerio Público quien acusa, por ser éste el titular de la acción penal, como lo determina el artículo 21 de nuestra

(58) Zamora-Pierce, op. cit., p. 336.

(59) Pérez Palma, op. cit., p. 280.

Constitución; sin embargo, para efectos de la garantía que nos ocupa, debe entenderse por acusador a la persona denunciante o querellante y no al acusador público, para que el inculpado pueda con mayor facilidad responder al cargo y sepa de donde proviene el inicio de la averiguación.

Este derecho de ser informado del nombre de su acusador, no sólo se refiere al denunciante o querellante, sino que también toma en cuenta a los testigos que declaran en su contra. Aunque en nuestra Constitución no hace la aclaración al respecto, es evidente que tratándose de una garantía de defensa en favor del acusado, fruto de una ideología liberal que luchó en contra de todo sistema inquisitorial y sobre todo que trató de suprimir definitivamente del procedimiento penal mexicano las acusaciones anónimas, no debe de haber secreto para el inculpado de la imputación que se le atribuye. En consecuencia el término "acusador" que emplea la Constitución, deberá entenderse en forma genérica y amplia.

Además, la legislación secundaria si regula esta situación al señalar en los artículos 290 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el artículo 154 del Código Federal de Procedimientos Penales, respectivamente, de manera idéntica lo siguiente: "La declaración preparatoria

comenzará...A continuación se le hará saber en qué consiste la denuncia o querrela; así como los nombres de sus acusadores y de los testigos que declaren en su contra...".

En cuanto al momento en que esta garantía deberá observarse dentro del procedimiento penal, al respecto, de la simple lectura al precepto Constitucional se deduce que es dentro del período de preparación del proceso, que comienza a partir del auto de radicación, el cual sujeta a las partes y a los terceros al órgano jurisdiccional. Específicamente determina que será dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, lo que significa que en el expediente, debe de quedar asentada la hora precisa en que el inculpado queda a disposición del juez. Y finalmente dicha fracción III, ordena que sea en audiencia pública, por lo que se refiere a la forma en que deberá llevarse.

Sin embargo, en las reformas a los Códigos de Procedimientos Penales, tanto en el Federal como el del Distrito Federal, se refirió precisamente a esta garantía en sus artículos 128 y 269, respectivamente, en donde se extiende la obligación, que correspondía exclusivamente al órgano jurisdiccional en el período de preparación del proceso, al Ministerio Público, para cumplirla dentro de la averiguación

previa. Esta ampliación responde a una idea modernizadora de las funciones en el sistema de impartición de justicia del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo, planteado por el Presidente de la República, buscando un claro avance y una mejoría evidente de la técnica jurídico-procesal; esto es, fortaleciendo la equidad procesal entre las partes, que redundará en un reforzamiento de los derechos humanos y en una vigorización de nuestro estado de derecho.

Artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales.- "Cuando el inculcado fuere aprehendido, detenido o se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente forma:

I.- Se le hará constar el día, hora y lugar de su detención, en su caso, así como el nombre y cargo de quienes la practicaron;

II.- Se le hará saber la imputación que existe en su contra y en su caso, el nombre del denunciante..."

Artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.- "Cuando el inculcado fuere aprehendido, detenido o se presentare voluntariamente, se procederá inmediatamente de la siguiente forma:

I.- Se hará constar el día, hora y lugar de su detención,

en su caso, así como el nombre y cargo de quienes la practicaron;

II.- Se le hará saber la imputación que existe en su contra y, en su caso, el nombre del denunciante..."

Esta reforma se efectuó de manera idéntica en ambos códigos como se observa. Sobre el particular, tal vez con este cambio se le este dando al Ministerio Público una facultad exclusiva del órgano jurisdiccional, de tal modo que se estaría convirtiendo al primero en otro juez, anterior al otro, pero si consideramos las razones que motivaron este cambio; es decir, si atendemos al fortalecimiento, con esta garantía, de la equidad procesal entre las partes, a esa intención de reforzamiento de los derechos humanos y vigorización de nuestro Estado de Derecho, es evidente que la reforma era necesaria, sobre todo porque se trata de una garantía constitucional que debe de respetarse en cualquier momento procedimental.

Consideramos en esta reforma dos críticas concretamente. La primera de ellas es que este cambio, no sólo debió hacerse en los códigos procesales, sino que debió de haber sido en forma integral, incluyendo el precepto Constitucional, haciendo la aclaración en su fracción III, de que ésta también se observará dentro de la averiguación previa.

La segunda crítica, que se refiere al contenido, es en el sentido de que en la misma reforma no se hace la aclaración, que se le hará saber también el nombre de los testigos que depongan en su contra, situación que dejaría aún más clara la intención de esta reforma, por lo que se seguirá con la interpretación del precepto de manera amplia.

b) Naturaleza y causa de la acusación.

Sobre el particular, Zamora-Pierce señala: "por naturaleza de la acusación debemos entender del delito por el cual se le consignó ante la autoridad judicial"⁽⁶⁰⁾, profundizando más el tema Rafael Pérez Palma, explica: "La naturaleza de la acusación dependerá, fundamentalmente, de las circunstancias externas de ejecución y, excepcionalmente, de las particulares del delincuente o de su víctima.

Estas circunstancias podrán influir en el fuero o jurisdicción a que pertenezca la ley infringida, en la competencia del juez que haya de conocer la causa, en el procedimiento a seguir para la tramitación del proceso, en la penalidad imponible atenta la gravedad del delito y de las

(60) Zamora-Pierce, op. cit., p. 337.

circunstancias modificativas o calificativas que concurren. La naturaleza de la acusación; invariablemente, se desprenderá de los textos legales que el Ministerio Público invoca en el escrito por el que ejercita la acción penal y formula la acusación inicial, y que el juez no puede alterar ni modificar, aunque su sentir personal sea distinto del de aquel ministerio".(61)

Por causa de la acusación debemos entender las razones y pruebas que fundamentan la presunción de responsabilidad del imputado, así lo explica el Dr. Zamora-Pierce, agregando Pérez Palma, que es la presunción de culpabilidad criminal que recae sobre el acusado por algún delito que de origen al proceso. Este último autor nos ofrece una explicación de fondo, al establecer que el concepto se encuentra integrado por dos elementos, la causa remota y la causa próxima, de las cuales la primera, considera el autor, que es el delito cometido y la segunda, es la razón o el motivo, que se fundamenta en la presunción de culpabilidad contra el acusado.

Asimismo, se determina en la fracción III, del artículo 20 Constitucional, que se le hará saber al imputado el hecho

(61) Pérez Palma, op. cit., p. 281.

punible que se le atribuye, al respecto Zamora-Pierce,⁽⁶²⁾ nos explica que la Constitución no utiliza el término "delito" por ser una palabra muy técnica y de difícil entendimiento para el procesado. Esta garantía de que goza el inculpado, regularmente se cumple al momento en que alguna persona del juzgado da lectura de las constancias de la averiguación previa que considere oportunas, y en otros casos, el propio juez con sus palabras le explicará detalladamente la situación en términos y lenguaje que esté a su alcance.

Sobre esta garantía, la Constitución determina de manera clara que el momento procedimental en que debe llevarse a cabo ésta, es también en el período de preparación del proceso; es decir dentro de las cuarenta y ocho horas de su consignación. En la Ley de Amparo, la encontramos regulada como una garantía del proceso en su artículo 160, fracción I, al establecer:

Art. 160.- "En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

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..."

(62) Zamora-Pierce, Loc.cit.

En cuanto a los Códigos de Procedimientos Penales, tanto del Distrito Federal, como el Federal, encontramos su regulación en los artículos 290, y 154 respectivamente, que determinan de manera idéntica lo siguiente:

Art. 290 " La declaración preparatoria comenzará...A continuación se le hará saber en que consiste la denuncia..."

También esta garantía figura entre las reformas de 1991, al indicar en los artículos 128 del Código Federal y 269 del D.F., en la fracción II, inciso b) de ambos artículos lo siguiente:

Fracción II.- "Se le hará saber la imputación que existe en su contra y en su caso, el nombre del denunciante..."

De los artículos mencionados, se destaca entre otras cosas, que este derecho de información se amplía a la persona de confianza del inculpado, dentro de la averiguación previa; es decir a su defensor, quién tendrá el derecho de conocer la naturaleza y causa de la acusación, innovación que representa un gran adelanto que benefició al acusado. Sin embargo, la crítica que se tiene al respecto es que no se regula esa situación en la Constitución, dejando aún pendiente la regulación de la averiguación previa.

3.2- El Derecho a rendir declaración:

En la misma fracción III del artículo 20 Constitucional, encontramos que dicho precepto también contempla la garantía de que se le tome al inculcado su declaración preparatoria. El Diccionario Jurídico Mexicano, define esta diligencia de la siguiente forma: "Es la que se efectúa por el acusado ante el juez de la causa en su primera comparecencia durante el período de instrucción del proceso penal, para establecer su versión de los hechos y conocer los cargos que se le hacen, a fin de que pueda preparar su defensa."⁽⁶³⁾

De lo anterior podemos concluir que la diligencia mencionada asume dos aspectos esenciales, el primero de ellos va referido a la información que debe proporcionar el juez del proceso al inculcado, y el segundo se refiere a la declaración preparatoria propiamente dicha, la cual deberá referirse, además de los datos personales, a los hechos que se le imputen. Se trata de una diligencia que debe tomarse con la mayor formalidad posible, pues el motivo por el cual se tiene contemplada al rango de garantía constitucional, es porque se

(63) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa, S.A., cuarta edición, México 1991. Tomo II D-H pp. 831, 832 y 833.

trata de un medio de defensa en su favor al establecer dicho precepto que el juez deberá informar al inculcado el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, mediante su declaración preparatoria.

Para que esta diligencia pueda llevarse a cabo, es necesario que previamente se le haya informado al acusado de todos los elementos de la acusación como lo son el nombre de su acusador o acusadores, el de los testigos que depongan en su contra, así como de la naturaleza y causa de la acusación, garantías que anteriormente analizamos. Una vez que se dio cumplimiento a lo anterior, el acusado esta en condiciones de contestar el cargo pues ya conoce perfectamente el hecho punible que se le atribuye.

El Dr. Fernando Arilla Bas, sostiene una opinión acorde a la nuestra al señalar: "La declaración preparatoria no es un medio de investigación del delito ni mucho menos tiende a provocar la confesión del declarante. Su objeto lo define con claridad la fracción III del artículo 20 constitucional y no es otro que el acusado "conozca bien el hecho punible que se

le atribuye y pueda contestar el cargo".(64)

En cuanto a los requisitos de forma que debe revestir esta diligencia, la propia Constitución señala que ésta deberá llevarse en audiencia pública, los demás se encuentran contemplados en la legislación secundaria, art. 154 del Código Federal de Procedimientos Penales, y art. 290 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Es importante señalar la importancia de esta diligencia, en cuanto a la defensa se refiere, pues ésta se lleva a cabo dentro del período de preparación del proceso, en el que se va a definir la situación jurídica del indiciado dictándose auto de formal prisión o auto de libertad por falta de elementos para procesar. Por lo que deberá seguirse fielmente tanto en tiempo como en forma su desahogo; es decir, en audiencia pública dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la consignación de este ante el órgano jurisdiccional, así como de acuerdo a las formalidades que la ley secundaria exige.

Una de las modificaciones importantes en la reforma de

(64) Arilla Bas, Fernando, El Procedimiento Penal en México. Décimo cuarta edición. Editorial Kratos, S.A. de C.V. Mex. 1992, p. 74.

enero de 1991 que favoreció genéricamente la defensa del inculpado, es la referente a la diligencia de la declaración rendida ante el Ministerio Público durante la etapa de la averiguación previa. En ella se busca evitar detenciones arbitrarias por parte de la autoridad investigadora, es decir se precisan de manera concreta las condiciones y circunstancias en que deberá efectuarla dicha autoridad, buscando además adecuarse en esta diligencia conforme al texto constitucional del artículo 20, y más aún, se prevé la situación de hacer penalmente responsable al Ministerio Público en caso de incumplimiento de esas circunstancias. Particularmente obliga a esa autoridad, como sucede en la declaración preparatoria con el juez de la causa, de darle a conocer a la persona que sea aprehendida, desde el primer momento, cuáles son las garantías individuales que le corresponden en esas circunstancias. En otras palabras se amplía el derecho de defensa del inculpado, ya que ahora puede tener conocimiento de una serie de derechos que permiten conocer y responder a esa acusación que se le hace desde ese mismo momento.

Esta reforma, se encuentra en los artículos 128 del Código Federal de Procedimientos Penales y en el 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Dicha diligencia de la declaración hecha ante el Ministerio Público,

también contiene dos momentos fundamentales como la declaración preparatoria, proporcionar antes que nada, toda la información respecto del delito que se le acusa y el segundo momento es la declaración rendida ante el Ministerio Público, propiamente. En ambos artículos se regula de manera similar, casi en todas sus fracciones, el procedimiento para el caso en que una persona sea detenida, aprehendida, o que se haya presentado voluntariamente ante el Ministerio Público.

Así tenemos que la fracción I, se refiere a los generales que deben constar en el acta, tales como, el día, hora y lugar de su detención, en su caso, así como el nombre y cargo de quienes la practicaron.

En la segunda fracción, se determina tal y como en la declaración preparatoria se cumple, que se le haga saber la imputación que existe su contra y en su caso el nombre del denunciante. Asimismo tendrá derecho de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente; designar sin demora persona de su confianza para que lo defienda y causa de la acusación; el no declarar en su contra y de no declarar si así no lo desea; y de facilitarle los medios para poder comunicarse en estos casos. Con esta fracción, resulta evidente que se cumple lo consignado por el artículo 20 Constitucional,

en cuanto al Derecho de Información del inculcado, a efecto de éste pueda contestar el cargo.

En su tercera fracción, se regula una situación especial; es decir, para el caso en que un detenido fuere indígena y no hable castellano, debiendo asignársele un traductor, para que este último le haga saber sus derechos a que hemos hecho alusión. Es importante destacar esta fracción, por la intención del legislador de prever la situación de que el inculcado sea una persona indígena que no hable castellano, sobre todo con la finalidad de hacer entendible su situación jurídica y a efecto de que este en posibilidades de defenderse. Por otra parte, también prevé, la situación de que el inculcado sea un extranjero, el cual deberá comunicarse a la representación diplomática o consular que corresponda.

En la fracción siguiente el Código del Distrito Federal difiere del Federal, al indicar que la autoridad que decreta la detención se comunicará de inmediato al servicio público de localización telefónica del D.F..... Este apartado, más que un derecho de defensa del inculcado, se trata de un servicio a la comunidad, respecto de la localización de todo aquél detenido en el área metropolitana.

Y la última fracción, que si son similares, tanto en el Código Procesal Federal, como en el del Distrito Federal, la cual determina que se mantendrán separados los hombres y mujeres en los lugares de detención.

Al respecto, consideramos que era necesaria esta modificación a los códigos de la materia, pues es en la etapa de la averiguación previa en donde los inculcados son víctimas de las mayores arbitrariedades por parte de la autoridades, en lo que corresponde a los derechos humanos, agregado a que se trata de un momento procedimental en el que se aportan elementos de gran peso para la integración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, los cuales constituyen prueba plena. En el Código Procesal del Distrito Federal, si lo establece en su artículo 286: " Las diligencias practicadas por el Ministerio Público y por la policía judicial tendrán valor probatorio pleno siempre que se ajusten a las reglas relativas de este código."

Así también lo confirma la Suprema Corte en la siguiente jurisprudencia:

480. "CONFESION, PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO

De acuerdo con el principio procesal de inmediación procesal y salvo la legal procedencia de

la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol. VIII, Pág. 60 A. D. 3435/57. Esteban Rodríguez Castañeda. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XL, Pág. 75 A. D. 3517/60. José Sánchez Venegas. 5 votos.

Vol. XLIII, Pág. 37 A. D. 6702/60. J. Guadalupe Montes Lozada. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLIII, Pág. 37 A. D. 1367/60. Juan Carmona Hernández. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLV, Pág. 31 A. D. 7422/60. Rutilo Lobato Valle. Unanimidad de 4 votos."

Tesis Relacionadas.

"CONFESION, VALOR DE LA PRIMERA.

El juzgador debe estar a la primera de las manifestaciones del acusado, cuando es bien sabido no se hacen valer cerca de éste influencias extrañas que lo determinan a alterar los hechos para mejorar su situación jurídica.

Quinta Epoca: Tomo CXXVI, Pág. 647. A. D. 71/55
Unanimidad de 4 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 Epoca: Tomo CXXIX, Pág. 534. A.D. 1922/56.
Unanimidad de 4 votos."

Al respecto, de esta serie de reformas a nuestros códigos de procedimientos penales, se contempla la invalidación de una declaración, en el caso en que se presuma la incomunicación del inculcado, dicho supuesto lo encontramos preceptuado en los artículos 134 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, que en su parte conducente ambos artículos determinan lo siguiente:

art. 134.-"En caso de que la detención de una persona exceda los términos señalados en los artículos 16 y 107 fracción XVIII, de la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos, se presumirá que estuvo incomunicada, y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrán validez."

Sobre el particular, una de las fuertes críticas realizadas para la aprobación de esta reforma, fue en el sentido de que, por una parte, el artículo 16 Constitucional, no contiene ningún término, tan es así que es muy claro al indicar que cuando se detenga una persona infraganti, inmediatamente se pondrá a disposición del juez, y que el mismo caso resulta para las situaciones de extrema urgencia, cuando no haya autoridad judicial en el lugar y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, se utiliza la palabra sin demora, sin especificar en concreto cual es el término. Por otra parte, respecto del artículo 107, fracción XVIII, también se criticó el hecho de que no habla ese artículo de términos de detención de personas, sino que sólo indica, que cuando no se consigne a la autoridad judicial en el término de 24 horas, esa autoridad será consignada, lo cual es algo distinto de lo primero; asimismo se comentó que la reforma presupone que haya detenciones fuera de las establecidas en la ley, al considerar que cuando haya este tipo de detenciones, se presumirá la incomunicación del detenido. (65)

(65) Diario de Debates de la Cámara de Diputados.- del 18-XII-1990 LIV Legislatura-Poder Legislativo Federal Año III No.19 p. 146.

Sobre el particular, consideramos que tomando en cuenta que en ambos artículos se contempla a la detención en particular, en el caso del artículo 16 Constitucional como sabemos, establece como regla general que sólo puede privarse de la libertad a una persona por orden de la autoridad judicial, sin embargo en el mismo artículo se prevén dos excepciones a dicha regla, una para el caso de la detención realizada por cualquier persona del delincuente en flagrante delito, y otra para el caso de una detención realizada por la autoridad administrativa, tratándose de casos urgentes en que no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, así, bajo este orden de ideas pensamos que la crítica mencionada al respecto es correcta desde un punto de vista literal, sin embargo haciendo una interpretación lógica, la cual busca el espíritu de la disposición, entendemos que la intención de esa reforma es la de establecer un parámetro para el caso que una persona sea detenida en esas circunstancias, debiéndose interpretar por los términos "inmediatamente" y "sin demora", utilizados por el artículo 16 Constitucional, primero que nada, como una forma de substanciar el procedimiento sin dilaciones evitando trámites y suprimiendo los no sustanciales, estableciendo límites para la realización de los actos procedimentales que

conlleva la detención por parte de las personas o autoridades a que se refieren en las dos excepciones señaladas del artículo 16 Constitucional, y estableciendo también penalidades para el caso de omisión. Este concepto parte de la premisa de que la justicia tardía o lenta no es justicia, que para ser tal debe ser rápida.

Zamora-Pierce opina que en el caso de la flagrancia: "La preocupación del Constituyente, en este caso, es poner término a la situación excepcional de que un particular haya hecho a cuestras funciones autoritarias, privando a un hombre de su libertad. Quiere el legislador, que esta detención termine cuanto antes, y que sin demora, sin dilación, el particular entregue al detenido a la autoridad, a cualquier autoridad, a la más cercana, a la autoridad inmediata".(66)

Asimismo por lo que hace a los casos urgentes, indica que entre el momento en que es detenida una persona por la autoridad administrativa y el momento en que debe ser entregada a la autoridad judicial "no debe transcurrir más tiempo que el absolutamente indispensable para transportar al detenido del lugar en el que fue privado de su libertad a aquel otro en el

(66) Zamora-Pierce, op. cit., p.31.

cual tiene su sede el tribunal."(67)

Por lo que toca a la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional, esta deberá interpretarse en el sentido de que se establece un término para aquellas autoridades cuya función consiste únicamente en aprehender al reo y ponerlo a disposición de las autoridades competentes. Así lo sostiene el Dr. Jesús Zamora-Pierce, "...el texto de la fracción XVIII parece más bien fijar un plazo a quien en cumplimiento de una orden dictada por la autoridad judicial, aprehende a un individuo, para que lo ponga a disposición del juez que lo mando aprehender".(68)

Por otro lado, consideramos que los artículos 134 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, no hablan de otro tipo de detenciones que estén fuera de la ley, sino que en esos artículos se prevén estas tres situaciones especiales de que hemos venido hablando, estableciéndole obligación a la persona que detenga al delincuente en flagrante delito de ponerla sin demora a la autoridad inmediata; en el caso urgente, obligando

(67) Ibid., p.32.

(68) Ibid., p.33.

a la autoridad administrativa de poner inmediatamente a disposición de la autoridad judicial; y finalmente la obligación a la autoridad encargada de realizar la aprehensión del inculcado de ponerla a disposición del juez dentro del término de 24 horas.

En conclusión en ambas diligencias, tanto la de la declaración preparatoria en el período de preparación del proceso, como la de la declaración rendida ante el Ministerio Público en la averiguación previa, son los momentos más importantes para que el propio acusado haga valer su derecho de defensa, contestando el cargo, no sin antes haberse cumplido las garantías que consagra el artículo 20 Constitucional, que corresponden a cada etapa.

a) El Derecho que tiene el acusado de que no puede ser obligado a declarar en su contra.

La fracción II del artículo 20 Constitucional regula esta garantía al determinar lo siguiente:

II.-"No podrá ser compelido a declarar en su contra; por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquél objeto".

Este mandato constitucional surge en contra de aquellos viejos sistemas en los que la confesión era considerada la reina de las pruebas, lo que motivaba que ésta se obtuviera a través de la tortura. Así cualquier incumplimiento a dicha garantía, produce ciertos efectos jurídicos, como la responsabilidad penal del órgano del Estado, quién ejercitó el acto que constituye un exceso de poder, y dentro del proceso penal, originará la inconstitucionalidad del acto de autoridad que tiene por reconocida en estos términos la declaración del acusado. Como consecuencia, produce la falta de validez de la declaración como elemento de prueba; de tal forma que ésta no; podrá brindar valor probatorio y menos elevarse a la calidad de declaración confesional.

Así la palabra compeler significa: "obligar a uno, con fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere." (**)

En cuanto la palabra incomunicación, la Enciclopedia Jurídica Omeba, la define de la siguiente manera: "Es la interdicción de relación exterior que con carácter preventivo, se impone al detenido, sospechoso de haber intervenido en la

(69) Mancilla Ovando Jorge Alberto, Las Garantías Individuales y su aplicación en el proceso penal. Estudio Constitucional del Proceso Penal. Tercera edición. Porrúa S.A. México 1990. p. 211.

comisión de un hecho delictuoso, aún antes de que el juez disponga su procesamiento, para evitar que haga desaparecer las huellas del delito o prepare coartadas que dificulten la investigación.

La incomunicación es una medida de tipo inquisitivo; sus partidarios sostienen que sirve para llevar el arrepentimiento al ánimo del culpable, al colocarlo a solas con su conciencia, impide que se sirva de amigos o parientes o cómplices para destruir los rastros y pruebas del delito, y restablecer la igualdad entre la sociedad y el delincuente..." (70)

Y por lo que toca al enunciado: "o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto" afirma Mancilla Ovando Jorge Alberto: "Sólo confirma la prohibición, precisando que serán actos contrarios a esta garantía aquellos cuya realización produzcan como resultado que se obligue a declarar en su contra al acusado." (71)

En realidad esta garantía viene a complementar la que anteriormente analizamos y de igual forma en ella se trata de proteger la integridad física del inculpado, lo que redundará en

(70) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XV Impo-Insa Editorial Bibliografía Argentina, pp. 389 y 390.

(71) Citado por Mancilla Ovando, op. cit., p. 211.

favor de los derechos humanos. El artículo 134 del código procesal del Distrito Federal, así como el Federal, ya antes transcritos, respaldan de alguna forma ese derecho de no autoincriminarse al establecer que cualquier detención que exceda de los términos de los artículos constitucionales 16 y 107 fracción XVIII, produce invalidez de la declaración como elemento de prueba, ya que se presume una incomunicación del inculpado.

Por su parte, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 289 señala:

Art. 289.- "En ningún caso, y por ningún motivo, podrá el juez emplear la incomunicación ni ningún otro medio coercitivo para lograr la declaración del detenido."

En el Mensaje y Proyecto de Constitución de 10. de diciembre de 1916, Don Venustiano Carranza afirmó: "Conocidos son de ustedes, señores diputados, y de todo el pueblo mexicano, las incomunicaciones rigurosas, prolongadas en muchas ocasiones por meses enteros, unas veces para castigar a presuntos reos políticos, otras para amedrentar a los infelices sujetos a la acción de los tribunales del crimen y obligarlos a hacer confesiones forzadas, casi siempre falsas, que sólo obedecían al deseo de librarse de la estancia en los calabozos

inmundos en que estaban seriamente amenazadas su salud y su vida (Vigésimo octavo párrafo)." (72)

Como se observa la garantía en estudio, prohíbe no sólo el tormento, sino también la incomunicación y, genéricamente, cualquier otro medio que tienda a compeler a una persona a declarar en su contra. En este orden de ideas, debemos entender de esta garantía que si un procesado manifiesta su voluntad de declarar, no puede exigírsele que rinda protesta de decir verdad, ni tampoco, si falta a ella, podrá imputársele delito de falsedad en declaraciones, pues en ambos casos se le estaría coaccionando para que declarase en su contra.

Asimismo, debemos entender que esta garantía se debe cumplir con el indiciado que declara ante el Ministerio Público, ante la Policía Judicial o ante cualquier otra autoridad, como con el procesado que lo hace ante los tribunales.

Sobre el particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido lo siguiente:

"DECLARACION DEL ACUSADO. NO DEBE SER COMPELIDO A DECLARAR EN SU CONTRA. La fracción II del artículo 20 Constitucional

(72) Citado por Zamora-Pierce, op. cit., p.262.

establece que el acusado no puede ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto. En acatamiento a este precepto, al indiciado no se le puede exigir que declare bajo protesta y esta ventaja es aplicable al caso en que se le exima en la averiguación previa, toda vez que el precepto constitucional no establece ningún distingo. Así es que si desde su primera declaración incurre el acusado en mentira, no incurre en el delito de falsedad en declaraciones judiciales ni en informes falsos dados a una autoridad, pues de lo contrario se le compelería a declarar en su contra, con infracción del citado precepto constitucional Amp. Dir. 3057/58, informe 1959, Primera Sala, pág 30." (73)

La Ley de Amparo en su artículo 160, fracción XIV, señala que en los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso, cuando la sentencia se funde en la confesión del reo, si estuvo incomunicado antes de otorgarla, o si se obtuvo su declaración por medio de amenazas o de cualquiera otra coacción.

En el caso de existir violencia en la declaración del

(73) Citada por Zamora-Pierce, op. cit., p. 323

inculpado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala:

"CONFESION COACCIONADA, PRUEBA DE LA. Cuando el confesante no aporta ninguna prueba para justificar su aserto de que fue objeto de violencias por parte de alguno de los órganos del Estado, su declaración es insuficiente para hacer perder a su confesión inicial el requisito de espontaneidad necesaria a su validez legal".(74) Con ello la Corte arroja la carga de la prueba de las violencias de que dice haber sido objeto, al confesante.

Todas estas reformas de que hemos venido hablando en torno a las primeras declaraciones del inculpado, a la declaración preparatoria, así como a todas aquellas garantías que tiene una persona cuando es detenida, nos obliga a tratar sobre uno de los medios de prueba en materia penal que guarda una relación directa al respecto, este medio probatorio fue durante muchos años considerado como la reina de las pruebas, como en otro apartado se mencionó, pero que ahora en el Derecho Procesal Penal Mexicano, se le ha dado un valor determinado según sea el delito de que se trate, siendo también materia de reforma algunos artículos en relación a ella. Evidentemente nos referimos a la Confesión del inculpado.

(74) Citada por Zamora-Pierce, op. cit., p.273

Una de las opiniones que en forma clara nos enseñan que debemos entender por la confesión como medio de prueba, es la aportada por el maestro Manuel Rivera Silva, al exponer lo siguiente: "La confesión es el reconocimiento que hace el reo de su propia culpabilidad. Es en otras palabras, una declaración en la que reconoce la culpabilidad en la comisión de un delito. Así la Confesión comprende dos elementos, a saber:

a) Una declaración, y

b) Que el contenido de la declaración implique al reconocimiento de la culpabilidad. Lo anterior nos permite afirmar que no todo lo manifestado por el inculcado es confesión, sino únicamente aquello cuyo contenido se resuelve en contra de él por implicar reconocimiento expreso de la culpabilidad. El resto es declaración." (75)

Tanto en materia Federal como en materia común en el Distrito Federal, artículos 207 y 136, respectivamente, conceptúan lo que debemos entender por confesión, señalando que: Artículo 207.- "...es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos

(75) Rivera Silva, op. cit., p. 211.

del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable."

El artículo 136 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal transcribe la misma redacción, sin embargo la parte en que se establece que "...se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable", el Código del Distrito Federal lo dispone en otro artículo y que es el 137.

Como podemos observar, nuestros códigos procesales nos proporcionan los elementos que debe revestir una confesión, y que a continuación vamos a analizar.

a) "Es la declaración voluntaria...".- Lo anterior nos permite suponer que no es admisible alguna declaración arrancada al inculpado, a través de la violencia física o moral, sin que para ello es necesario que se realice de manera espontánea.

b) "...hecha por persona no menor de dieciocho años, en

pleno uso de sus facultades mentales..."- Al respecto el maestro Rivera Silva, (76) apunta que se considera que una persona menor a la edad señalada, aún no esta plenamente consiente de sus actos, es por ello que se establece este requisito, ya que el reconocimiento de culpabilidad es en perjuicio del que confiesa. De la misma manera, carece de todo valor probatorio, la confesión realizada por el inculpado bajo efectos de la droga, alcohol, o que se encuentre en estado de retraso mental, o cualquiera otra circunstancia que impida el pleno uso de sus facultades mentales.

c) "...rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa..."- Se trata de una mera formalidad para darle valor y seriedad a la confesión por lo que, en consecuencia, no cualquier persona podrá tomar esa declaración. Cabe destacar que en la reforma de 1991 a estas disposiciones, se eliminó de su redacción al funcionario de la policía que practica la investigación previa, quitándoles con ello todo valor probatorio a la confesión realizada ante esa autoridad, limitando así a esta figura únicamente a la competencia del Ministerio Público, juez o tribunal de la causa, lo cual consideramos es un gran paso en favor de la defensa del

(76) Loc. cit.

inculpado y más aún de los Derechos Humanos.

d) "...sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación...".- Con ello se confirma lo que el jurista Rivera Silva sostiene, en el sentido de que "...no todo lo manifestado por el inculpado es confesión, sino únicamente aquello cuyo contenido se resuelve en contra de él por implicar reconocimiento expreso de la culpabilidad..." (77); es decir, complementando dicha idea, que la confesión se relacione con todos y cada uno de los elementos que constituyen el delito, el cual se encuentra tipificado en el Código Penal, configurándose con ello plenamente la responsabilidad del inculpado.

e) "...emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...".- Al parecer este apartado, en su redacción no es limitativo en cuanto a que formalidades no deben observarse, sino por el contrario, se refiere a que, para que pueda darse la confesión como medio probatorio, es indispensable que el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa la realice una vez cumplidas todas las garantías del acusado contenidas en el precepto constitucional.

(77) Loc. cit.

f) "... se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable." .- Con ello se establece la única excepción a la regla general, que indica que las pruebas deben rendirse en el período instructorio o en audiencia en el procedimiento sumario, colocando así el legislador a dicha prueba en un lugar privilegiado.

Por lo anterior, concluimos que la confesión es un medio de prueba al cual nuestra legislación vigente le da una condición excepcional, por lo que es necesario que las autoridades facultadas para llevarlas a cabo, desde la averiguación previa hasta antes de dictarse sentencia definitiva, cumplan con las garantías consagradas en el artículo 20 constitucional, especialmente aquellas que se refieren a la defensa del inculpado y que son materia de nuestro trabajo.

3.3.- El Derecho a ofrecer pruebas.

fracción V.- "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso;"

Al respecto, hay que apuntar que esta garantía ya se encontraba prevista, por nuestra carta magna, y así lo señala Zamora-Pierce (78), en el sentido de que el artículo 14 Constitucional al consagrar la garantía de audiencia, prevé el derecho a ofrecer pruebas, que concretamente podemos encontrarlo dentro de una de las cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, en que se divide dicha garantía de audiencia, las cuales son: la de que en contra de la persona, a quien se pretenda privar de alguno de los bienes jurídicos tutelados por dicha disposición constitucional se siga un juicio; que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos; que en el mismo se observen las formalidades esenciales del procedimiento; y que el fallo respectivo se dicte conforme a leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio. (79)

Así al determinar la disposición constitucional mencionada, que un juicio se substancie observando las formalidades esenciales del procedimiento, podemos concluir que una de esas formalidades esenciales es el derecho a ofrecer

(78) Zamora Pierce, op. cit., p. 338.

(79) Burgoa Orihuela, Ignacio. Garantías Individuales. México, Porrúa, S.A., pp. 518 y 519.

pruebas, como lo señala el Dr. Ignacio Burgoa Orihuela: "Las formalidades mencionadas encuentran su razón de ser en la propia naturaleza de todo procedimiento en el que se desarrolle una función jurisdiccional, esto es, en el que se pretenda, resolver un conflicto jurídico... Ahora bien, la decisión de un conflicto jurídico impone la inaplazable necesidad de conocer éste, y para que el órgano decisorio (tribunal previamente establecido) tenga real y verdadero conocimiento del mismo, se requiere que el sujeto respecto del que suscita manifieste sus pretensiones. De esta manera, la autoridad que va a dirimir dicho conflicto, esto es, que va a decir el derecho en el mismo, tiene la obligación ineludible, inherente a toda función jurisdiccional la de otorgar la oportunidad de defensa para que la persona que vaya a ser víctima de un acto de privación externe sus pretensiones opositoras al mismo. Es por ello por lo que cualquier ordenamiento adjetivo, bien sea civil, penal o administrativo, que regule la función jurisdiccional en diferentes materias, debe por modo necesario y en aras de la índole misma de esta función, estatuir la mencionada oportunidad de defensa u oposición... Además, como toda resolución jurisdiccional debe decir el derecho en un conflicto jurídico apegándose a la verdad o realidad, y no bastando para ello la sola formación de la controversia (litis en sentido judicial) mediante la oposición del presunto

afectado, es menester que a éste se le conceda una segunda oportunidad dentro del procedimiento en que tal función se desenvuelve, es decir la oportunidad de probar los hechos en los que finque sus pretensiones opositoras (oportunidad probatoria).

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

Pues bien, cuando un ordenamiento adjetivo, cualquiera que éste sea, consigna dos oportunidades, la de defensa y la probatoria, puede decirse que las erige en formalidades procesales, las cuales asumen el carácter de esenciales, porque sin ellas la función jurisdiccional no se desempeñaría debida y exhaustivamente. En sentido inverso, si una ley procesal sólo consigna como formalidad una de tales oportunidades, lo que ocurre muy frecuentemente en varios ordenamientos positivos, ostentará indiscutiblemente el vicio de inconstitucionalidad, al auspiciar una privación sin establecer la concurrencia necesaria de ambas ocasiones indispensables para la debida culminación de la función multicitada". (80)

(80) Ibid., pp. 550 y 551

Lo expuesto encuentra su fundamento en la Ley de Amparo en su artículo 160, que establece que, en los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

" VI. Cuando no se le reciban las pruebas que ofrezca legalmente, o cuando no se reciban con arreglo a derecho".

•

Sin embargo existen elementos importantes en la fracción V del artículo 20 constitucional que la diferencian de la garantía probatoria que en sentido genérico se establece en el artículo constitucional; es decir contiene características propias que consolidan la esencia del artículo 20 Constitucional, que es la defensa del inculpado.

Concretamente contiene dos características especiales dicha fracción, de las cuales, la primera de ellas se refiere al sistema de prueba que debe adoptarse en el proceso penal; así al señalar la citada fracción V que "Se recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca..." se esta garantizando el sistema de prueba libre que es contrario al sistema de prueba legal, que limita la admisión de estas a las enumeradas en la ley, así lo sostiene Juventino V. Castro: "En términos generales, esta fracción esta estableciendo una posición liberal en lo que toca a las probanzas que quiera aportar un

acusado". (81)

En los Códigos Procesales, tanto del Distrito Federal, como el Federal, preceptúan este sistema de prueba libre de manera similar, en sus artículos 135 y 206, respectivamente:

"Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad".

La segunda característica a que nos referimos, que le da distinción del derecho genérico de ofrecer pruebas contenido en el artículo 14 de nuestra carta magna es la obligación que se impone a las autoridades judiciales de auxiliario para obtener la comparecencia de sus testigos.

Sobre el particular, Mancilla Ovando Jorge Alberto comenta lo siguiente: "En todo proceso contencioso constituye una carga del oferente de la prueba al señalar los elementos que permitirán el desahogo cuando su naturaleza lo requiera y que la probanza tiende a acreditar la veracidad de los hechos

(81) Castro V. Juventino, op. cit., p. 261.

materia del litigio.

En materia penal, tales exigencias no rigen. El poder constituyente consagra el derecho probatorio como una formalidad esencial del procedimiento, estableciendo la obligación del juzgador de brindar procesalmente el auxilio que se requiera para obtener el desahogo de las pruebas ofrecidas.

Esta disposición confirma los anhelos de brindar seguridad jurídica a los gobernados sujetos a proceso penal; su cumplimiento es una necesidad social; de tal forma que la omisión produce la presunción legal de indefensión del reo, por viciar su garantía de audiencia, y la abstención del juez, en un exceso de poder que destruye el acto de autoridad de la recepción de las pruebas y las determinaciones procesales posteriores que se sigan en el juicio.

En este sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señalando:

"PRUEBAS. EL JUEZ NO PUEDE RECHAZARLAS ADUCIENDO QUE NO TIENEN RELACION CON EL NEGOCIO. Independientemente de que el juzgador considere que debe o no examinar las pruebas ofrecidas, por que no tengan relación con el negocio, no puede rechazarlas, ya que la fracción V del artículo 20

Constitucional es clara en cuanto a la recepción de pruebas, pues la única condición que señala es que los testigos se encuentren en el lugar del proceso".

El criterio descrito nos permite por exclusión, la validez de los argumentos vertidos; como se apunta en la ejecutoria, sólo cuando no se pida el desahogo de la prueba testimonial vía exhorto o requisitoria- por encontrarse el testigo fuera del lugar donde territorialmente se ubica el juzgado y a la luz del Código de Procedimientos Penales - el juzgador de la causa podrá negarse a admitir y a desahogar las pruebas que ofrezca el acusado".(82)

Ahora bien, en cuanto al momento en que debe observarse esta garantía de defensa consagrada en el artículo 20 de la fracción V de la Constitución mexicana, es de señalarse que tal derecho era nulo durante la averiguación previa, como lo indica el Lic. Mancilla Ovando: "Estos dictados constitucionales no tienen aplicación en la averiguación previa, por los siguientes motivos: en la etapa investigatoria, los actos de autoridad tienden a allegarse pruebas que demuestran la validez de la pretensión jurídica de la acción penal; son atribuciones exclusivas de la representación social el determinar que las

(82) Mancilla Ovando, op. cit., pp. 209 y 210.

pruebas le permitirán acreditar que la conducta es delito en términos de ley y quién es el supuesto responsable; de tal manera que por no existir acusación (pues aún no se ejercita el derecho de acción) no existe la necesidad de la defensa y, por lo tanto, que se actualice la existencia de las atribuciones probatorias del indiciado.

La Suprema Corte de la Nación ha dictado ejecutorias que dicen:

"PRUEBAS EN EL PROCESO, OFRECIMIENTO DE LAS. La fracción III del artículo 20 constitucional, previene que todo acusado tenga la garantía de hacersele saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación; y el término consignado a la justicia; debe entenderse en el sentido de que el reo goza de las otras garantías establecidas en el mismo artículo en sus fracciones IV y V, sobre que le sean recibidas, las pruebas que estime conveniente para su defensa. Por lo tanto, mientras no se hace la consignación a la autoridad judicial, el presunto responsable no tiene, en rigor, la situación de consignado, y en consecuencia queda sujeto, para la recepción de pruebas a las que el juez investigador estime convenientes conforme a su criterio".

Sigamos. La garantía constitucional rige dentro del proceso penal". (83)

Como se señaló el derecho de ofrecer pruebas, no estaba establecido por la ley, pero siendo el Ministerio Público una institución de buena fe, y a pesar de que su misión es la de acusar, si del dicho del sospechoso resultaba cita a testigos de descargo, estos eran llamados a declarar indagatoriamente, a efecto de que dicha institución social no tuviera una visión parcial de los hechos y una mayor justificación para decir si ejercitaba o no la acción penal. Sin embargo, con las reformas de 1991, esta situación quedó regulada en los artículos 128 fracción IV del Código Federal de Procedimientos Penales y 270 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al señalar en ambos preceptos de manera idéntica lo siguiente:

"El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponde, en el acto de la consignación o de libertad del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el detenido o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y practica de las mismas".

(83) Ibid., pp. 207 y 208.

Esta reforma comprende tres circunstancias especiales, de las cuales la primera de ellas, es la obligación que de manera absoluta se impone al Ministerio Público, la de recibir las pruebas que aporte el detenido o su defensor, lo cual nos permite afirmar que efectivamente dentro de la averiguación previa si es posible este derecho de ofrecer pruebas.

El siguiente aspecto de dicha reforma, es precisamente el relativo a la valoración por parte del Ministerio Público de las pruebas ofrecidas por el detenido o su defensor, en el sentido de que no se obliga al órgano investigador a valorarlas en el acto de la consignación; sin embargo si lo obliga a remitir esas pruebas al órgano jurisdiccional para que resuelva sobre su admisión y desahogo.

Lo anterior nos permite deducir que si el Ministerio Público tomara en cuenta las pruebas ofrecidas por el detenido o su defensor, este hecho influiría directamente para la consignación o libertad de dicho detenido. Así mismo se deduce que el Ministerio Público, con dicha reforma asume la función jurisdiccional de valoración de las pruebas, lo cual sale de la competencia o función asignada a esa representación social, que es la persecución de los delitos. Esta fue precisamente la crítica en la cesión de debates de la Cámara de Diputados.

realizada el 18 de diciembre de 1990.

Y la tercera circunstancia que comprende la reforma mencionada, es la obligación que se impone a la autoridad jurisdiccional, de que en caso de no haber sido tomadas en cuenta aquellas pruebas ofrecidas durante la averiguación previa por el detenido o su defensor, estas deberán ser admitidas y practicadas por éste último.

Por lo anterior, concluimos que esta garantía consagrada en la fracción V del artículo 20 constitucional, sobre el derecho de ofrecer pruebas, también esta presente en la averiguación previa y en los procedimientos penales, tanto en el del Distrito Federal como en el fuero Federal, y que si bien es cierto, no es una obligación del Ministerio Público, tomarlas en cuenta en el acto de la consignación, si lo es el que sean admitidas por éste y en su caso remitirlas a la autoridad jurisdiccional competente, lográndose con ello un avance importante en el derecho de defensa del inculpado.

3.4.- El derecho a ser careado con todos aquellos que depongan en su contra.

Artículo 20 Constitucional fracción IV.- "Será careado con

los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia si estuvieren en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa".

El Lic. Mancilla Ovando Jorge Alberto apunta lo siguiente: "Los careos constitucionales se establecen como formalidad esencial en el proceso penal; constituyen una obligación procesal que el juez debe satisfacer, para que no se viole la garantía de audiencia del procesado". (**)

Lo anterior, el mismo autor lo fundamenta con la siguiente ejecutoria que cita en su obra:

"CAREOS. La garantía que alude la fracción IV del artículo 20 constitucional, establece la obligación de celebrar los careos entre los testigos de cargo y el acusado, para no dejar en indefensión al reo. Por eso, cuando los testigos de cargo están en el lugar del juicio, deben declarar ante la presencia del acusado para que éste pueda hacerles las preguntas conducentes a su defensa. Por lo demás, el imperativo de la fracción IV del artículo 20 constitucional no está al arbitrio del juez natural, para que este pueda fijar la conveniencia o inconveniencia de celebrar o no los careos, puesto que la obligación que ahí se impone es un beneficio del reo, sin

(84) Ibid., p. 212.

admitir interpretaciones y sin que pueda ser eludida por el juez a ningún título. Simplemente debe cumplirla. Y si en el proceso se violó en perjuicio del acusado la mencionada garantía, es pertinente concederle el amparo únicamente para los efectos de que, con reposición del procedimiento, vuelvan las constancias al lugar de su origen y se practiquen los careos que resultan, hecho lo cual se dicte nueva sentencia".
(85)

Es de deducirse de lo anterior que el objeto de la garantía que nos ocupa es permitir al acusado el conocimiento de quienes deponen en su contra para poder formularles las preguntas que estime convenientes en relación a su defensa; es el derecho del acusado de ser puesto cara a cara con quienes declaren en su contra, que incluye tanto al denunciante o querellante, ya que al declarar lo hacen como testigos, y al coacusado cuya declaración constituye un testimonio, así lo sostiene el Dr. Zamora-Pierce, al señalar: "... el concepto "testigos que depongan en su contra", empleado por la fracción IV es idéntica extensión al de "acusador" mencionado en la fracción III. (86)

Estos careos constitucionales a que nos referimos, tienen

(85) citada por Mancilla Ovando, op. cit., p. 213.

(86) Zamora Pierce, op. cit., p. 340.

la distinción de estar consagrados precisamente en nuestra Ley Suprema, lo que los convierte en formalidades esenciales del procedimiento, para los efectos de la defensa del inculpado; en cambio los careos procesales están condicionados a que , para que puedan ser practicados es necesario que exista contradicción entre las declaraciones del inculpado con las declaraciones de los testigos, así lo sostiene la Suprema Corte de justicia de la Nación:

"CAREOS.- El careo, en su aspecto de garantía constitucional, difiere del careo desde el punto de vista procesal porque el primero tiene por objeto que el reo vea y conozca las personas que declaran en su contra para que no se puedan forjar artificialmente testimonios en su perjuicio, y para darle ocasión de hacerles las preguntas que estime pertinentes a su defensa; en tanto que el segundo persigue como fin aclarar los puntos de contradicción que hay en las declaraciones respectivas. En tal virtud la falta de careo constituye una violación de la fracción IV del artículo 20 constitucional, que priva al quejoso de defensa y cuando esta violación se alega procede conceder el amparo al quejoso para el efecto de que sea repuesto el procedimiento (Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo XXXIV, página

1479)". (87)

Otra condicionante de éstos careos procesales es que, además de que debe haber contradicción en los testimonios, deben de ser ofrecidos como medio de prueba por alguna de las partes, rigiéndose por el principio dispositivo.

Cabe señalar a este respecto que en estas últimas reformas de los Códigos de Procedimientos Penales del Distrito Federal y el Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1991, se incluyeron respectivamente en los artículos 295 y 154 quinto párrafo la regulación del careo constitucional, señalado en la fracción IV del artículo 20 de la referida Ley Suprema.

Artículo 295 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.- "El juez interrogará al inculcado sobre su participación en los hechos imputados y practicará careos entre el inculcado y los testigos que hayan declarado en su contra y estuvieren en el lugar del juicio, para que aquél y su defensor puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, mismo derecho que también corresponde al Ministerio Público".

(87) Citada por Zamora-Pierce, op. cit., p. 340.

Artículo 154, quinto párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales.- "Acto seguido el juez interrogará sobre su participación en los hechos imputados, y practicará careos entre el imputado y los testigos que hayan declarado en su contra y estuvieren en el lugar del juicio, para que aquel y su defensor puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, mismo derecho que también corresponde al Ministerio Público".

Por su parte, la Ley de Amparo en su artículo 160, fracción III, dispone que, en los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso cuando no se le caree con los testigos que hayan depuesto en su contra, si rindieran su declaración en el mismo lugar del juicio y estando también el quejoso en el.

Las anteriores disposiciones no condicionan que las declaraciones sean contradictorias, lo que supone otro tipo de careos a los establecidos en los artículos 265 del Código Federal de Procedimientos Penales, al establecer que los careos se practicarán cuando exista contradicción en las declaraciones de dos personas especificando que con excepción de los mencionados en la fracción IV del artículo 20 de la

Constitución. Y 228 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que indica "Los careos se practicarán dando lectura, en lo conducente, a las declaraciones que se reputen contradictorias y llamando la atención de los careados sobre los puntos de contradicción, a fin de que entre sí se reconvenzan y de tal reconvencción pueda obtenerse la verdad".

Otra problemática, es la que señala Manuel Rivera Silva al indicar: "En el careo constitucional también se presenta el problema de saber si se puede hacer supletoriamente. Estimamos que no hay ningún fundamento para inclinarse por la afirmativa. En primer lugar, porque los artículos 229 del Código del Distrito y 268 del Código Federal, que son los que le dan institución al careo supletorio, se refieren al careo procesal ya que aluden a las declaraciones contradictorias (requisito esencial del careo procesal y no del careo constitucional, cuyo elemento indispensable es la declaración condenatoria). En segundo lugar, porque el careo constitucional tiene por objeto darle a conocer al inculpaado las personas que deponen en su contra y permitirle interrogarlas sobre lo que estimare pertinente y estas finalidades no pueden llenarse con el careo supletorio". (**)

(88) Rivera Silva, op. cit., p. 262.

Lo anterior lo fundamenta el Dr. Zamora-Pierce con la siguiente cita "Coincide la Suprema Corte diciendo:

"CAREOS.- La fracción IV del artículo 20 Constitucional sólo requiere que se practiquen los careos procedentes entre el inculcado y los testigos que se encuentren en el lugar del juicio y aún cuando suelen celebrarse careos supletorios, cuando se trata de testigos ausentes, como esas diligencias no están establecidas en la constitución para satisfacer la garantía que otorga la ya citada fracción IV, basta con que el encausado sepa quienes declaran en su contra (Semanao Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo XXXIV, pág. 2228)".(89)

En cuanto al momento procedimental en que debe de cumplirse con esta garantía de la fracción IV del artículo 20 constitucional, como podemos observar de lo anteriormente expuesto, el careo del acusado con los testigos que depongan en su contra, constitucionalmente no están previstos, ni tampoco están autorizados expresamente durante la averiguación previa en los códigos de procedimientos penales y por ello el Ministerio Público se abstiene de practicarlos.

Por su parte, el Lic. Mancilla Ovando Jorge Alberto

(89) Zamora Pierce, op. cit., p. 343.

indica: "La diligencia de los careos podrá practicarse dentro del término constitucional; pero si se celebra en el período de instrucción ese retraso no conculca la garantía procesal que se estudia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado:

"CAREOS, OPORTUNIDAD PARA EFECTUARLOS. La fracción IV del artículo 20 de la Constitución Federal, al establecer que el acusado deberá de ser careado con los testigos que, depongan en su contra, no impone la taxativa consistente en que dicha diligencia debe efectuarse precisamente antes de pronunciarse el auto constitucional de determinación; de manera que sólo puede estimarse violado ese precepto, cuando se omite la diligencia en el curso del proceso, pero no cuando se desahoga en el término perentorio en que el juez tiene que dictar su auto de soltura o de formal prisión".(90)

Los Códigos de Procedimientos Penales tanto el Federal como el del Distrito Federal, no establecen de manera clara en que momento debe desahogarse dicha diligencia, pero ambos ordenamientos, hacen suponer que deberá practicarse en la misma diligencia de la declaración preparatoria.

(90) Mancilla Ovando, op. cit., pp. 214 y 215.

Artículo 154 del Código Federal de Procedimientos Penales.- "La declaración preparatoria comenzará... Acto seguido el juez interrogará sobre su participación en los hechos imputados, y practicará careos entre el inculcado y los testigos que hayan declarado en su contra".

Ahora bien, analizando la fracción IV del artículo Constitucional que nos ocupa, en su parte conducente establece: "Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia, si estuvieren en el lugar del juicio...", por lo que se deduce que debe practicarse dentro del proceso jurisdiccional; sin embargo, atendiendo la finalidad que persigue esta garantía en el sentido de permitir al acusado el conocimiento de quienes deponen en su contra para poder formularles las preguntas que estime convenientes en relación a su defensa, además de aportar elementos psicológicos insuperables al juzgador para que este pueda apreciar mejor la verdad histórica y detectar a quien o quienes se conducen con falsedad, es de primordial importancia que ello se realice durante el plazo constitucional de 72 horas en que se define su situación jurídica, ya que la necesidad de practicar dicha garantía, nace desde el momento en que existan testimonios que acreditan la existencia del delito y la responsabilidad penal del procesado; es decir desde el momento en que ha sido

consignado al juez competente por encontrarse integrado el cuerpo del delito.

Concluimos de lo anterior, que esta garantía como excepción a las anteriores, no se practica durante la averiguación previa, debido a su naturaleza jurídica de garantía de defensa procesal, ya que precisamente este careo constitucional al igual que la diligencia de la declaración preparatoria, forman parte de las garantías que la autoridad jurisdiccional competente, esta estrictamente obligada a practicar, una vez que le ha sido radicada la causa.

A N E X O

En el Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 1993, se publicó el Decreto por el que se reformaron los artículos 16, 19, 20 y 119 y la derogación de la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En dichas reformas, concretamente a la realizada al artículo 20 Constitucional, hubo grandes modificaciones que favorecieron el Derecho de Defensa del inculpado quedando superadas diversas problemáticas que se suscitaban con la interpretación del referido precepto y que generaba grandes violaciones a los Derechos Humanos, tales problemáticas fueron analizadas durante la realización del capítulo tercero de nuestro trabajo, pero que no contemplaron esta reforma constitucional.

Como consecuencia de las reformas constitucionales mencionadas, se dieron las correspondientes a los Códigos de Procedimientos Penales tanto en el Federal como en el del Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1994, quedando de esta manera superadas algunas críticas de nuestro trabajo. Es por ello que analizaremos a continuación a manera de complemento los cambios que se suscitaron a raíz de las reformas aludidas, actualizando

de esta manera nuestro análisis respecto de la garantía de defensa.

Comenzaremos por analizar la parte introductoria del artículo 20 Constitucional que sustancialmente dio otro panorama a la aplicación de las garantías consagradas en las fracciones que en el mismo se contemplan:

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

Se cambio de "juicio de orden criminal" a "proceso de orden penal", que apoyándonos en lo que se estudio respecto de lo que debemos entender por proceso penal, este se refiere estrictamente al proceso jurisdiccional; es decir a partir de la participación del organo jurisdiccional. Sin embargo en la fracción X del artículo 20 Constitucional, se adicionó un párrafo en el cual se establece lo siguiente:

"Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna."

Es decir, no sólo serán observadas las garantías en el proceso jurisdiccional, sino que la propia Constitución reconoce la aplicación de algunas de las garantías que contempla el artículo 20 Constitucional en la averiguación previa las cuales estudiaremos a continuación:

3.1 El derecho a ser informado.

Se comentó en la página 95 de nuestro trabajo, que en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales y 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se consagró dicha garantía obligando al Ministerio Público a cumplirla dentro de la averiguación previa; sobre el particular, dichos preceptos tuvieron modificaciones en la reforma de enero de 1994 para quedar de la siguiente manera:

Artículo 128.- "Cuando el inculpado fuese detenido o se presentará voluntariamente ante el Ministerio Público Federal se procederá de inmediato en la siguiente forma:

II.- Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante;

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

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

De la información al inculpado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en las actuaciones.."

Artículo 269.- "Cuando el inculpado fuese detenido o se presentará voluntariamente ante el Ministerio Público se procederá de inmediato en la siguiente forma:

II.- Se le hará saber de la imputación que exista en su contra y el nombre del denunciante, acusador o querellante;

III.- Será informado de los derechos que en averiguación previa consigna en su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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

De la información al indiciado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en el acta de averiguación previa."

Como observamos, en ambos artículos se adicionó en su fracción III, el derecho del inculpado de conocer las garantías que la Constitución le otorga. Consideramos que ello responde a la garantía consagrada en la fracción IX del artículo 20 Constitucional, en relación con la fracción X del mismo artículo, segundo párrafo, en el sentido de que desde la averiguación previa el inculpado será informado de los derechos que en su favor consigna la Constitución, confirmándose de esta forma la garantía que nos ocupa.

Otros aspectos importantes, son por una parte, el derecho a que se le faciliten las constancias de la averiguación previa lo cual antes era imposible; y por otro lado el hecho de que se dejará constancia en el acta de averiguación previa el que se le haya informado de todos sus derechos, quedando con estos preceptos, satisfactoriamente cumplida la garantía de ser informado, puesto que se le informa de las personas que deponen en su contra, de las actuaciones de averiguación previa y de las garantías en su favor.

Se dio una crítica en la página 97 en el sentido de no haberse reformado la fracción III del artículo 20 Constitucional, estableciendo la observación de dicha garantía

en la averiguación previa, haciendo la aclaración que en la reforma Constitucional de septiembre de 1993, no se contempló tal situación.

3.2 El derecho a rendir declaración.

En páginas 106, 107 y 108 de nuestro estudio, se hizo referencia al contenido de los artículos 128 del Código Federal de Procedimientos Penales y 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al respecto es de hacerse la aclaración que dichos artículos fueron ampliados y aclarados en la reforma de enero de 1994, para quedar de la siguiente manera:

Artículo 128.- "Cuando el inculpado fuese detenido o se presentará voluntariamente ante el Ministerio Público Federal se procederá de inmediato en la siguiente forma:

I.- Se hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquél haya comparecido el día, hora y lugar de la detención o de la comparecencia, así como , en su caso, el nombre y cargo de quien la haya ordenado. Cuando la detención se hubiese, practicado por una autoridad no dependiente del Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, la

información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o haya recibido al detenido;

II.- Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante;

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

a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario a declarar asistido por su defensor;

b) Tener una defensa adecuada por sí por abogado o por persona de su confianza o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se designará desde luego un defensor de oficio;

c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación;

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

e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se

-VIII-

encuentren en el lugar donde aquélla se lleve a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas; y

f) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de este Código.

Para los efectos de los incisos b) y c) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presentes.

De la información al inculpado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en las actuaciones.

IV.- Cuando el detenido fuere un indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratará de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda; y

V.- En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención o reclusión.

Artículo 269.- "Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público se procederá de inmediato en la siguiente forma:

I.- Se hará constar la hora, fecha y lugar de la detención, así como, en su caso el nombre y cargo de quien la haya ordenado y ejecutado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad diversa al Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, información circunstanciada suscrita por quien haya realizado o recibido al detenido;

II.- Se le hará saber de la imputación que exista en su contra y el nombre del denunciante, acusador o querellante;

III.- Será informado de los derechos que en averiguación previa consigna en su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dichos derechos, son:

- a) No declarar si así lo desea;
- b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;
- c) Ser asistido por su defensor cuando declare;
- d) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, y éste

tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;

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

f) Que se le reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca, las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediendo el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público.

Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculcado y su defensor, el juzgador resolverá en su oportunidad, sobre la admisión y práctica de las mismas; y

g) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, y en los términos del artículo 556 de este Código.

Para los efectos de los incisos b), c) y d) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de que se disponga, o personalmente si se hallaren presentes; y

IV.- Cuando el indiciado fuere un indígena o extranjero,

que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere el artículo. Si se tratará de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda.

De la información al indiciado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en el acta de averiguación previa.

En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención.

Como observamos, en ambos artículos se adicionó en su fracción III, el derecho del inculpado de conocer las garantías que la Constitución le otorga. Consideramos que ello responde a la garantía consagrada en la fracción IX del artículo 20 Constitucional, en relación con la fracción X del mismo artículo, segundo párrafo, en el sentido de que desde la averiguación previa serán observables las garantías que se señalan.

De las páginas 110 a 115, se planteó la invalidación de una declaración, en el caso en que se presume la incomunicación del inculpado, supuesto que se encuentra establecido en el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales y 134

del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; sobre el particular, los preceptos mencionados tuvieron modificación en cuanto al tema que nos ocupa para quedar:

Artículo 134 del Código Federa de Procedimientos Penales.- "En caso de que la detención de una persona exceda los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución Política citada, se presumirá que estuvo incomunicada, y las declaraciones que haya emitido el indiciado no tendrán validez".

Artículo 134 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.- "En caso de que la detención de una persona exceda de los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución Federal, se presumirá que estuvo incomunicada y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrá validez".

De lo anterior se desprende que desaparece del texto de ambos preceptos el artículo 107, fracción XVIII, considerando que esa reforma procesal respondió a la derogación de la disposición Constitucional en mención.

Se establecía que tratándose de la detención de una persona, si se excedía de los términos señalados en los

artículos 16 y 107 fracción XVIII de la Constitución, se presumía como incomunicada y por lo tanto sus declaraciones no tendrían validez. En este sentido, se criticó el hecho de que tales preceptos constitucionales, el primero no establecía término de detención de una persona, y el otro no era muy claro; sin embargo, de acuerdo a las reformas Constitucionales de septiembre de 1993, al derogarse la fracción XVIII del artículo 107 de nuestra Carta Magna y al reformarse el artículo 16 Constitucional, quedó superada nuestra crítica, toda vez que el último precepto aludido establece en su parte conducente que: " Ningún indiciado podrá ser detenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerle a disposición de la autoridad judicial..."

En el párrafo que se comenta del citado artículo 16 de la Constitución, se define de manera clara el plazo por el cual el Ministerio Público puede detener a una persona que ha sido detenida, en las hipótesis de flagrancia o urgencia, lo cual no dará lugar a interpretaciones diversas. Con ello se llena un vacío legal que había dado lugar a variadas opiniones y tesis en dicha materia.

Este plazo será de 48 horas a cuya conclusión deberá

ordenarse la libertad del indiciado o ponerlo a disposición de la autoridad judicial.

Con la adopción de este criterio, consideramos se busca superar la ambigüedad del texto actual al fijar un término improrrogable cuya violación conlleva una sanción penal.

Aunado a lo anterior, la fijación de dicho plazo da oportunidad a que la autoridad cumpla con el deber que la ley le impone, y el inculpado ejercite los derechos propios de la defensa. En armonía con lo que se propone en el artículo 20 Constitucional, durante el plazo el inculpado no podrá ser sujeto a vejación alguna, sólo se le podrá tomar declaración, si así lo quiere, siempre y cuando cuente con la asesoría de su defensor.

Por otro lado, es de aclararse que la fracción XVIII, del artículo 107 Constitucional, fue trasladada al artículo 16 de la propia Constitución en su tercer párrafo, señalando lo siguiente: "La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal".

Como se puede observar, esta disposición se refiere al término que tiene la autoridad ejecutora de una orden de aprehensión para poner al detenido a disposición del juez.

Al respecto, se criticó que el plazo de veinticuatro horas, podría resultar excesivo para la mera puesta a disposición de una persona detenida en cumplimiento de una orden de aprehensión, ya que quien ejecutava materialmente dicho mandato no debe realizar diligencia distinta a la puesta a disposición, más allá de la constancia de la integridad física del detenido y de la verificación de las circunstancias de la detención; por lo que consideramos se sustituyó dicho plazo para la expresión "sin demora".

Por otra parte, cabe destacar que lo preceptuado en los artículos 134 del Código Federal de Procedimientos Penales y el 134 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en cuanto a la invalidez de las declaraciones del inculpado, en la reforma de septiembre de 1993, llevada a cabo en la fracción II del artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, se consagra de la siguiente manera: II.- " No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del

Ministerio Público o del juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio".

Consideramos esta reforma fundamental, en virtud de que se eleva como una garantía Constitucional; sin embargo sólo se refiere específicamente a la confesión del inculpado y no en términos generales a toda declaración rendida por éste.

Se analizó el contenido de la fracción II del artículo 20 Constitucional en cuanto a su interpretación; sin embargo, tal precepto tuvo modificaciones en la reforma de septiembre de 1993, como anteriormente comentamos, destacando que la intención del legislador fue la de darle mayor claridad y amplitud. Es decir, se cambió el texto "No podrá ser compelido a declarar en su contra" por "No podrá ser obligado a declarar", aunque la palabra "compeler" y la palabra "obligar" en cierta forma son sinónimos, con la diferencia de que compeler es una palabra propia de la técnica jurídica como la definimos en la página 116 de nuestro análisis.

En cuanto a la parte, en que se establecía en el texto anterior que: "...por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquél objeto", el actual texto del artículo 20 Constitucional

fracción II, es más claro al prohibir expresamente, además de la incomunicación, la intimidación o la tortura.

Además se consagró el hecho de que si una confesión es rendida ante una persona distinta del Ministerio Público o del juez o ante estos sin la asistencia del defensor, no tendrá validez probatoria.

Es necesario aclarar en cuanto a esta garantía que en nuestro trabajo señalamos que es observable dentro de la averiguación previa (en página 119 segundo párrafo), aclarando únicamente que en la actual reforma Constitucional que nos ocupa, se consagró en la fracción X del artículo 20 Constitucional, esta situación en los términos siguientes: "Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna."

En página 118 de nuestro trabajo se situó el texto del artículo 289 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; al respecto, dicho artículo tuvo modificaciones en la reforma procesal de enero de 1994 para

-XVIII-

quedar como sigue:

Artículo 289.- "En ningún caso, y por ningún motivo, podrá la autoridad emplear la incomunicación, intimidación o tortura para lograr la declaración del indiciado o para otra finalidad".

De lo anterior podemos comentar que únicamente se da mayor claridad al precepto y también que se cambia la palabra "juez" que tenía el texto anterior, por el de "autoridad", con lo que se interpreta que es observable en las diligencias de averiguación previa.

En página 123 de nuestra tesis, se citó el texto de los artículos 136 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el 207 del Código Federal de Procedimientos Penales; al respecto, sólo el artículo 136 de los mencionados artículos, fue modificado en el sentido de remitirse a las formalidades señaladas en el artículo 20 Constitucional, fracción II de la Constitución nuestra, quedando de la siguiente forma:

Artículo 136.- "La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de

sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o el tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."

3.3.- El derecho a ofrecer pruebas.

En nuestro trabajo en página 131 se mencionó que el sistema de prueba libre en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, lo preceptuaba el artículo 135; sobre el particular, hubo una reforma procesal que modificó dicho artículo para quedar:

Artículo 135.-"VI. Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, a juicio del Ministerio Público, juez o tribunal. Cuando el Ministerio Público o la autoridad judicial lo estimen necesario podrán, por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad".

Es evidente que se otorgó al Ministerio Público la facultad de admitir o desechar las pruebas ofrecidas por el inculpado, lo cual consideramos que tal vez rebase de las funciones que le son propias, para tomar funciones que eran exclusivas de la autoridad jurisdiccional; sin embargo, consideramos que siendo el Ministerio Público una Institución de buena fe, siempre se otorgará esta garantía en favor del inculpado, para que desde el momento de la averiguación previa tenga la oportunidad de demostrar su inocencia de acuerdo a las pruebas ofrecidas y así evitar la consignación y consiguientemente el proceso jurisdiccional; es decir, lograr el no ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público.

Por otro lado, se comentó en hoja 135 de nuestro análisis que había quedado regulado el derecho a ofrecer pruebas por el inculpado, dentro de la averiguación previa, en la reforma de 1991, en los artículos 128 fracción IV del Código Federal de Procedimientos Penales y 270 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Es de aclararse al respecto, que el primero de dichos artículos fue ampliado en la reforma de enero de 1994, y en cuanto al segundo, únicamente se trasladó este derecho al artículo 269 del mencionado Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

Artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales vigente.- "Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal se procederá de inmediato en la siguiente forma:"

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

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

Artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, vigente.- "Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público se procederá de inmediato en la siguiente forma:"

"III.- Será informado de los derechos que en averiguación previa consigna en su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dichos derechos, son:"

"f) Que se le reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca, las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediendo el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público.

Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado y su defensor, el juzgador resolverá en su oportunidad, sobre la admisión y práctica de las mismas..."

3.4.- El derecho a ser careado con todos aquéllos que depongan en su contra.

En esta garantía de defensa, si hubo una modificación sustancial en la reforma de septiembre de 1993, al artículo 20, fracción IV, Constitucional quedando de la siguiente manera:

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

"IV. Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra..."

De la mencionada reforma, se observa que tal precepto ahora establece que los careos se llevarán a cabo a solicitud

del procesado, a fin de evitar prácticas que retarden indebidamente los procedimientos en perjuicio de los acusados; sin embargo, es criticable el hecho de que se deje ahora a voluntad del procesado la práctica de esta diligencia, ya que, de ser una garantía de carácter obligatorio para la autoridad, pasa a ser una garantía cuyo cumplimiento está a voluntad del indiciado. En este caso, se corre el riesgo de ser mal asesorado posiblemente de su defensor de confianza, considerando que éste último no sea licenciado en derecho.

En la página 141 de nuestro trabajo, se citó el artículo 295 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; al respecto, en la reforma procesal de enero de 1994, dicho artículo fue ampliado de la siguiente manera:

Artículo 295.- "El juez interrogará al inculcado sobre su participación en los hechos imputados y practicará careos entre el inculcado y los testigos que hayan declarado en su contra y estuvieren en el lugar del juicio, para que aquél y su defensor puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, mismo derecho que también corresponde al Ministerio Público; el careo se practicará siempre que lo solicite el inculcado".

Esto es, se deja en claro que la garantía que nos ocupa

se practicará sólo si el inculpado lo solicita.

En hoja 143 se citó el artículo 228 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; dicho artículo, fue reformado para quedar:

Artículo 228.- "Los careos se practicarán dando lectura a las declaraciones de los careados, a fin de que entre sí reconvengan; el resultado del careo se asentará en el expediente"; sobre el particular, es de observarse que en el presente texto se desaparece la circunstancia referida a que se dará lectura a las declaraciones que se reputen contradictorias, sin embargo, consideramos que este tipo de careos son exclusivos del proceso jurisdiccional.

CAPITULO IV
ANALISIS DE LA FRACCION IX DEL ARTICULO 20
CONSTITUCIONAL

Durante la realización de nuestra investigación, se publicaron en Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 1993, diversas reformas a nuestra Constitución Política, entre las que se encuentra el artículo 20 fracción IX. En dicha reforma se contemplan cambios de gran importancia que dejaron en claro en el texto constitucional, que más allá de requisitos de forma, expresaron gran avance, a fin de que las autoridades y los gobernados, cuenten con el marco jurídico que exprese, en equilibrio, el goce de la defensa oportuna. Lo anterior nos motivo a reflexionar la importancia de dicha reforma en el presente trabajo; es decir, al análisis de los cambios sustanciales que se dieron en la citada fracción, en comparación con el anterior texto de la fracción IX, del artículo 20 constitucional.

Es por ello, que debemos realizar un estudio comparativo del anterior texto del artículo y fracción antes señalado, con el vigente. Para ello es importante conocer la problemática que presentaba la redacción anterior.

La anterior fracción IX del artículo 20 de nuestra Constitución consagraba la garantía de designar defensor en los siguientes términos: "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías...IX. Se le oirá en defensa por sí o persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio. Pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces necesite, y ...".

Si analizamos dicha fracción en partes, la primera de ellas señalaba: "Se le oirá (al acusado) en defensa por sí o persona de su confianza, o por ambos según su voluntad".

Así, al acusado al pretender ejercitar su garantía de defensa se le presentaba una triple posibilidad: o se defiende por sí mismo, o nombra persona de su confianza que lo haga, o decide que la defensa la lleven ambos. Desde este instante aparecía el carácter magnánimo que presenta el artículo 20 de

la constitución. Pero tal carácter presentaba el inconveniente de que si ninguna de ambas personas es perito en derecho, podía suponerse que la defensa resultara ineficaz, e inadecuada.

El siguiente supuesto del ejercicio de la garantía de defensa decía: "En caso de no tener quien lo defienda se le presentará una lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan".

Las razones por las que no tenía defensor podían ser múltiples, mismas que no es el caso a analizar. El hecho es de que no contaba con él; por lo que nuevamente lo amparaba la garantía ordenando que se le presentara la lista de los defensores de oficio para que elija uno o varios que lo defiendan.

Es precisamente la falta de defensor particular, lo que explica la existencia de los defensores de oficio.

La posibilidad de que tuviera el acusado más de un defensor de oficio, parecía carente de razón de ser, pues los defensores de oficio son invariablemente licenciados en derecho. La pericia de uno de ellos debe considerarse suficiente para la adecuada y eficaz defensa.

También expresaba el texto anterior: "Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para ello, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio".

Es el caso que el acusado llegó al momento de rendir su declaración preparatoria sin tener defensor, porque no quiso nombrarlo, a pesar de haber sido requerido para ello. En tal supuesto, interviene el juez para nombrarle, en ese mismo momento, un defensor de oficio.

Al intervenir el órgano jurisdiccional, acontece que el derecho o garantía de defensa del acusado, se convierte en obligación; esto es, tendrá defensor quiera o no.

La intervención del juez, se debe al espíritu proteccionista de la garantía que se analiza, es tan amplia y total, que no permite que existan acusados sin defensor; aún en contra de su voluntad debe tenerlo.

Por último la garantía de defensa se expresaba así: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido,..."

La anterior parte, nos involucra a determinar si era posible nombrar defensor desde la etapa de la averiguación previa.

Este análisis que en forma genérica hacemos de la anterior fracción IX del artículo 20 constitucional, como observamos nos ubicaba en una problemática en cuanto al mejor desenvolvimiento de la actividad del defensor durante el procedimiento penal.

Al respecto, consideramos que con la reforma de 2 de septiembre de 1993, quedó superada, casi en su totalidad la problemática que presentaba la fracción IX del artículo de nuestro estudio, en cuanto a la eficacia de la garantía de defensa.

La reciente reforma a la fracción IX del artículo 20 Constitucional señala lo siguiente: "En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías... IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para ello, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor

comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera..."

Consideramos que el legislador al utilizar el término proceso, define que la garantía en estudio debe observarse en el proceso jurisdiccional; es decir, a partir del auto de sujeción a proceso o formal prisión, para lo cual debemos tomar en cuenta, que es demasiado tarde este momento para designar defensor; sin embargo, en la reciente reforma en el penúltimo párrafo de la fracción X del artículo 20 Constitucional, se establece en forma particular: "Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan...", con lo cual se refuerza dicha garantía de defensa.

Al parecer, el problema de la garantía de designar defensor se da, de acuerdo a la redacción del artículo 20 Constitucional, al momento de la consignación y hasta antes de resolver sobre la situación jurídica del inculpado, pero cabe aclarar que tanto el Código de Procedimientos Penales, en su artículo 154, como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 290, establecen que al momento de tomarle la declaración preparatoria al

inculpado, deberá observarse dicha garantía, en los términos del citado artículo 20 Constitucional, lo cual consideramos importante, ya que es la diligencia propicia para llevarse a cabo los actos de defensa.

Por otro lado, como se observa, la fracción reformada en su parte inicial, contempla el hecho de que el inculpado sea informado de las garantías con que cuenta desde el momento que da comienzo su procedimiento penal; al respecto consideramos que esta aclaración no era necesaria toda vez que, en primer lugar, la garantía de información ya se encontraba prevista tanto en la fracción III y VII, del propio artículo 20 Constitucional, y por otra parte, en términos técnicos del procedimiento penal, al inculpado debe informársele de las garantías en su favor desde el momento mismo de la detención, independientemente de que en cada etapa procedimental se sigan determinadas garantías de defensa, como ya lo estudiamos en el capítulo III de nuestro trabajo.

En otro enfoque, observamos del texto actual de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, que se sigue manteniendo la triple posibilidad de la garantía de defensa en el sentido de que el inculpado puede defenderse por sí mismo, o nombra persona de su confianza que lo haga, pero ahora se

incluye en dicho texto al abogado, sin que se especifique que sea Licenciado en Derecho con cédula profesional. Al respecto trataremos este problema en el punto 4.2, de nuestro capítulo, debido a la importancia que reviste, explicando las razones por las que sostenemos el hecho de que sea un Licenciado en Derecho con título profesional o en su caso, con cédula de pasante en la carrera de Derecho.

Se conserva la obligación del juez de designarle un defensor de oficio después de haber sido requerido para hacerlo. En esta parte desapareció del texto constitucional del artículo y fracción en comento, la parte que establecía la obligación de presentarle una lista de los defensores de oficio para que a su elección señalara el que o los que le convengan, lo cual consideramos positivo, pues no se necesita de la presencia de varios defensores, sino que con uno de ellos es suficiente.

Uno de los cambios importantes en la reforma que nos ocupa, es que desaparece la parte que señalaba: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido..."; Al respecto, consideramos que en virtud de haberse dado claridad al texto inicial del artículo 20 Constitucional, en el sentido de haberse cambiado los términos

"juicio del orden criminal" por "proceso de orden penal", resultaba por demás la primera parte citada, pues es evidente, que la garantía de nombrar defensor es propia del proceso penal; sin embargo, en el segundo párrafo de la fracción X del artículo mencionado, se establece que también podrá observarse la garantía consagrada en la fracción IX durante la averiguación previa, por lo que debemos considerar que se debe nombrar defensor desde el momento de la detención.

La última parte de la fracción IX, vigente del artículo 20 Constitucional, expresa: "También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera..."; sobre el particular, en este apartado únicamente se confirma el hecho de que no existe proceso penal válido sin defensor.

De lo anterior, podemos concluir que las reformas del 3 de septiembre de 1993, fueron positivas, ya que buscan el perfeccionamiento de la garantía de defensa y por consiguiente la salvaguarda de los derechos humanos en materia de procedimiento penal, considerando los ámbitos legítimos de actuación de la autoridad, tanto en la etapa indagatoria y persecutoria de los delitos, como en la etapa propiamente

jurisdiccional. Sin embargo desde nuestro punto de vista consideramos que aún con dicha reforma, no se garantiza del todo la defensa eficaz del inculpado dentro del procedimiento penal; es decir, hablando en los términos de la fracción en estudio, no se garantiza la defensa adecuada, pues se deja en manos de cualquier persona y no en manos de persona con título de Licenciado en Derecho o cédula de pasante en la carrera de Derecho, ya sea designado por el propio inculpado, o bien cuando se trate de un defensor de oficio, cumpliéndose plenamente el asesoramiento técnico y de defensa que necesita el inculpado para estar en igualdad de condiciones frente al Ministerio Público en la etapa de la averiguación previa, y de garantizar la defensa eficaz durante el proceso jurisdiccional, o bien la defensa adecuada.

Para sustentar lo anterior, es necesario introducirnos en primer lugar a lo que constituye nuestro sistema político, marcando las bases de nuestro sistema procesal, para después analizar también lo que los Códigos Procesales, tanto el Federal como el del Distrito Federal establecen, así como lo que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

4.1.- La asistencia del defensor como derecho fundamental y

autónomo y como presupuesto del derecho de defensa.

En este orden de ideas, comenzaremos señalando que sí el hombre es libre y el sistema político lo dota de los mecanismos necesarios para que proteja esa condición, debe obligársele para que haga uso de los mismos en forma diligente a efecto de conservar o recuperar su estado. Es así como en la actividad defensiva convergen ese derecho del imputado y la obligación del defensor como conocedor del Derecho, de asistirlo y representarlo técnicamente en las distintas etapas del proceso. Ambas actividades deben complementarse porque van encaminadas hacia el mismo fin que se resume en hacer justicia en la persona del imputado.

La defensa material la realiza directamente el imputado ya sea mediante la acción o la omisión de la palabra. Es por eso que puede hacer manifestaciones y declarar cuantas veces lo solicite siempre y cuando no denote la deliberada intención de perturbar o retardar en forma injustificada la marcha normal del proceso.

En la actividad defensiva material que ejecuta el imputado ha mediado necesariamente también, la oportuna asesoría técnico jurídica del abogado que le asiste en calidad de defensor.

La defensa técnica encuentra su razón de ser en el hecho de que al hombre le está vedado renunciar tanto a su libertad como a los mecanismos que se la garantizan. Esa irrenunciabilidad tutela por un lado el interés particular del individuo y por otro, el interés público de la Administración de Justicia, logrando también de esa manera el equilibrio indispensable y deseado que debe existir entre el imputado y el acusador a todo lo largo del procedimiento, es decir, desde la indagatoria hasta que exista sentencia firme.

Nuestra Constitución Política declara que México es una República libre y soberana. Debe entenderse que se trata de una democracia liberal donde el hombre ocupa un primer plano frente al Estado y éste funciona en su beneficio, garantizándole fundamentalmente su libertad. La anterior aclamación se hace por cuantos algunos regímenes despóticos también se sirven de la palabra "democracia", aunque los ciudadanos ocupan un segundo plano y la libertad brilla por su ausencia.

Llevar la razón quienes afirman que el proceso penal va paralelo al sistema político imperante en cada nación.

El derecho de defensa en la forma que fue concebido, desarrollado y garantizado por nuestras leyes, constituye el

instrumento idóneo indispensable, puesto al servicio del hombre para que ese principio de igualdad cobre vida en las personas que son sometidas a juicio. A través de esa defensa técnica y material, obligatoria e irrenunciable se pretende conseguir el equilibrio necesario que debe mediar entre el órgano acusador y el imputado. Dicho equilibrio sólo se puede conseguir si entre esos dos sujetos esenciales del procedimiento existe "igualdad de armas". Sin entrar a analizar algunas facultades con que cuenta el Ministerio Público y que lo colocan en una situación de superioridad (auxilio de Policía Judicial), en el aspecto jurídico ambos deben estar en un mismo plano desde el punto de vista de los conocimientos de la ciencia del Derecho y es por ello que deben ser abogados capaces de poder hacer llegar al Tribunal con la misma eficacia las razones susceptibles de provocar una decisión justa. No debemos olvidar que la igualdad ante la ley en materia penal se consolida con el derecho de defensa ejercido en la forma que antes se expuso; pero surge de nuevo un peligro para esa garantía derivado de la desigualdad económica de los individuos.

Rafael Pérez Palma, señala lo siguiente: "...el régimen político imperante determina finalmente la posibilidad de defensa o la negativa de ese derecho en que va de por medio la

libertad personal".(91)

A nuestro juicio el derecho de defensa nace desde el momento en que se inicia una investigación para imputar a una persona con unos hechos delictivos y se extiende tanto para evitar la condena como a evitar la acusación misma. Tal derecho implica la facultad (irrenunciable) de pedir consejo (asistencia, asesoría) a un perito en derecho, en cualquier momento. Dicho de otro modo, supone la facultad de preparar, desde la detención, la defensa; sin embargo, nos referiremos a este apartado en otro punto de nuestro trabajo.

El derecho a la asistencia técnica se contempla en nuestra Constitución, en sí mismo, como un derecho autónomo, e independiente, en el artículo y fracción de nuestro estudio. Así pues, el artículo 20 Constitucional se refiere a dos derechos fundamentales íntimamente ligados, convergentes, pero diversos: el derecho a la defensa y el derecho a la asistencia técnica.

Básicamente el derecho a la defensa supone conocer la imputación, la posibilidad: de hacer valer los propios argumentos, la de intervenir en las diligencias y reponerlas

(91) Pérez Palma. op. cit., p. 311

para conseguir un resultado en la investigación que evite la acusación, la de probarlos y la de mostrarse inconforme con la resolución jurisdiccional.

Por su parte, el derecho a la asistencia de defensor exige esencialmente la facultad de disponer del auxilio técnico de un abogado, elegido libremente, colabore con el acusado en el ejercicio de su derecho de defensa.

Como se ve, según lo anterior, el derecho a la asistencia de defensor está íntimamente ligado al de defensa. Sin embargo no deja de tener cierta autonomía e independencia de éste, principalmente, porque no siempre que se ejercita el derecho de defensa es necesaria, para su plena satisfacción, la asistencia del defensor.

Juan José González Bustamante, señala lo siguiente: "Las Leyes mexicanas consagran el principio de que la defensa penal es obligatoria y gratuita, en materia común, federal y militar, existen organismos de peritos en Derecho, defensores de oficio, para la atención técnica de quienes no estén en condiciones de expresar los servicios de un abogado defensor".⁽⁹²⁾

(92) González Bustamante, op. cit., p. 93.

Por su parte, Zamora-Pierce, menciona: "...el defensor es no solamente un derecho del procesado, sino también una figura indispensable del proceso penal, y que deberá ser nombrado incluso en contra de la voluntad del acusado. Luego entonces, podemos afirmar que: No hay proceso penal sin defensor".(93)

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

El mismo Zamora-Pierce nos dice al respecto: "A medida que el proceso penal alcanza mayores niveles técnicos, aumenta la

(93) Zamora-Pierce, op. cit., pp. 343-344.

intervención del defensor y disminuye la del procesado, al grado en que apenas se requiere su presencia para algunos actos aislados de carácter personalísimo, tales como la declaración preparatoria o los careos. Luego se justifica la afirmación de que el defensor se ha convertido en el sustituto procesal del acusado."(94)

La razón de la asistencia técnica y la razón de que esta sea obligatoria hay que buscarla en la complejidad del proceso, en la especialidad del derecho y en el principio de igualdad. En definitiva esta se incorpora como un presupuesto del derecho a la defensa y se encamina al cumplimiento del derecho constitucional a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos y, por otro lado, a evitar la indefensión. Por consiguiente, dicha asistencia va enfocada a hacer efectivo el derecho a la defensa, a hacer posible el derecho a la tutela efectiva por los tribunales y a evitar la indefensión.

La asistencia del defensor ha sido reconocida en los tratados internacionales:

Por una lado, en la Declaración Universal de los Derechos

(94) Zamora-Pierce, op. cit., p. 345.

Humanos, en su artículo 11.1 se señala: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa."(95)

Por otra parte, en lo que toca a los tratados que a suscrito México como nación participante, se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 8.2 d) y e) establece: "d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley."(96)

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14.3 d) determina: "A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser

(95) Texto consultado del libro "Garantías y Proceso Penal" del Dr. Jesús Zamora-Pierce. 5a. Edición. Porrúa S.A. México 1991. p. 527.

(96) Ibid., pp. 533-534

asistida por un defensor de su elección; a ser informada si no tuviere defensor del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;"(97)

Esta exigencia constitucional avala la idea de que la asistencia técnica no es un instrumento del derecho a la defensa, sino un presupuesto del mismo.

Los actos de defensa del abogado son actos de defensa del imputado por quien actúa. Esta realidad procesal exige que, en todo caso, el abogado defensor sea la persona elegida por el detenido. Como hemos señalado, el primer acto de defensa de un imputado es la elección del abogado que colaborará con él en su defensa. La eliminación de la facultad de elegir defensor restringe gravemente el derecho a la defensa que surge, desde luego, con la detención.

La exposición de motivos de la reforma a la fracción IX del artículo 20 Constitucional, nos da la razón de lo expuesto, en virtud de que en ella se señala: "La defensa adecuada consiste básicamente en las siguientes actuaciones de la

(97) Ibid., pp. 561-562

defensa: la aportación oportuna de pruebas idóneas o la promoción de los medios de impugnación frente a los actos de autoridad que afecten los intereses legítimos de la defensa; la argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto y la utilización de todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa; la argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto y la utilización de todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa a fin de evitar los riesgos de error judicial, es decir, los de la injusta condena.

Para alcanzar el objetivo de la defensa adecuada, es necesario buscar en la ley, métodos y procedimientos que permitan fortalecer la defensa, así como procurar la debida información al inculpado y a su defensor sobre las garantías que la Constitución consigna en su favor". Evidentemente de lo anterior, concluimos que solo un conocedor del derecho en materia penal podría lograr la defensa adecuada a que se refiere la fracción IX del artículo 20 de nuestra Constitución.

Así mismo, en dicha exposición de motivos se establece que la iniciativa empleó: "el término abogado, para incorporar en este concepto a las personas que en los términos de la ley estén autorizados para abogar, es decir, para actuar por otros

en la causa penal."; sin embargo la reforma no lo establece como una obligación, el que el defensor sea necesariamente Licenciado en Derecho.

La paz social y la seguridad ciudadana no exigen para su satisfacción que se restrinja el derecho a la asistencia del defensor (y, consiguientemente el de defensa) puesto que es posible el mantenimiento de aquellos principios sin realizar tal restricción. No existe, pues, conflicto de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, ya que la paz social y la seguridad ciudadana exigen prioritariamente el cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona y no es sostenible que el derecho a la libre elección de Licenciado en Derecho haga imposible la satisfacción de los bienes jurídicos señalados.

De otro lado, tampoco creemos que la naturaleza del delito sea razón suficiente para restringir el derecho a la asistencia técnica, puesto que el derecho a la defensa, del que es presupuesto la asistencia del defensor, es indiferente a la misma.

Si partimos de la base que los derechos fundamentales de la persona son inviolables y que el Estado garantiza la convivencia ciudadana, debemos llegar a la conclusión que la

lucha contra el desorden social, sea en forma de delincuencia individual o colectiva, es posible desde la inviolabilidad de los derechos fundamentales.

El proceso penal se establece para la averiguación de hechos de carácter delictivo con el fin último de procurar la satisfacción del derecho. El proceso es, pues, un instrumento al servicio de la justicia. Un instrumento que, lógicamente, se va configurando en el devenir de los tiempos. Los avances en la definición del proceso han hecho descartar formas procesales que hoy repugnan por su falta de respeto a los principios del orden democrático, además de su demostrada ineficacia. La eficacia del proceso y la igualdad de medios de la acusación hay que buscarlas, no en la restricción de derechos fundamentales, sino en el mejoramiento de los medios humanos y técnicos de investigación policial.

Finalmente, la idea que introduce el error de creer que es más eficaz un sistema de restricciones para la lucha contra el delito se nos antoja engañosa y poco respetuosa con el Estado de Derecho.

Por otro lado, cualquier sistema jurídico que parta de la desconfianza en sus abogados, creyendo ser más eficaz si impide

la asistencia técnica plena, debe ser sometido a revisión porque, al menos, dos cosas le fallan: a) la capacidad de persecución del delito donde quiera que se produzca (si el presupuesto es cierto), y b) la fe necesaria en las instituciones democráticas.

A nadie se le escapa que las formas actuales de delincuencia no son fácilmente combatibles: su carácter internacional, el desarrollo tecnológico, los medios económicos con los que cuentan, los intereses nacionales o extranjeros que a veces los amparan y la intercomunicación de bandas que facilita el cúmulo de experiencia, hacen de cierta delincuencia un enemigo de dimensiones estremecedoras.

Con ser graves algunas de las formas actuales de delincuencia organizada, mucha su capacidad destructiva y enorme su capacidad de supervivencia, el Estado de Derecho tiene instrumentos suficientes como para abordar el problema respetando escrupulosamente los derechos fundamentales. Todo el esfuerzo técnico y humano debe centrarse en el desarrollo de técnicas que permitan el respeto a la legalidad constitucional.

Y, en todo caso, la existencia de una delincuencia

organizada nunca debe ser fundamento para la generalización de las medidas excepcionales que se adopten.

En otro enfoque, también hay que tomar en cuenta el peligro que representa para la garantía de asistencia técnica, la situación de la desigualdad económica de los individuos, para que las personas de escasos recursos también cuenten con una defensa eficaz.

A este respecto el Lic. Elpidio Ramírez Hernández apunta: "...en México, la mayoría de los acusados es pobre. Por lo tanto, conociendo el juicio penal que en México se sigue a los acusados pobres, se sabrá mucho acerca del auténtico juicio penal mexicano."

"La mayoría de los acusados pobres, en México, se defiende a través de los defensores de oficio. Por lo tanto, conociendo la defensa que llevan a cabo los defensores de oficio, se sabrá mucho más acerca del juicio penal que se sigue a los acusados pobres y, por lo mismo, se sabrá mucho más acerca del auténtico juicio penal mexicano."

"El juicio penal -obviamente distinto- que se sigue a los acusados pertenecientes a la clase detentadora del poder político o económico, es engañoso para el conocimiento del

juicio penal dominante en la realidad."(**)

4.2 La obligatoriedad de que el defensor sea Licenciado en Derecho.

La institución a quien está encomendada por antonomasia la defensa técnica de las partes es al Licenciado en Derecho. Es quién da contenido técnico-jurídico a las pretensiones de su cliente: Oye el caso, lo enfoca, lo estudia, programa su desarrollo jurídico; es decir, sus conocimientos sobre el Derecho le permiten tener una buena visión para lograr dichas pretensiones.

Sin embargo, antes de entrar al fondo del punto que proponemos, resulta imperiosa la necesidad de analizar la naturaleza jurídica y alcance de la defensa como garantía constitucional.

Indiscutiblemente que la naturaleza de la defensa es la de ser un derecho. El encabezado del artículo 20 así lo indica: "...tendrá el inculpado las siguientes garantías". Garantía,

(98) Jus Semper. Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca No. 7. p. 147

sinónimo, en este caso de derecho. Derecho que puede o no ejercitar según su voluntad del acusado; claro, en esto consiste el derecho subjetivo, como lo es el de defensa. Pero la garantía de defensa, es a la vez una obligación. Ya que si el acusado no quiere nombrar defensor, el espíritu proteccionista de la garantía va más allá de su voluntad: no puede quedar sin defensor; interviene el juez y le nombra uno de oficio; luego, es una obligación para el acusado aceptar este nombramiento de defensor. Obligación que podría cesar si el inculcado revocara este nombramiento designando defensor particular, en cuyo caso ostentaría la naturaleza de un derecho.

Giovanni Leone, considera como definición más aceptable de la naturaleza jurídica del defensor la hipótesis de relación de intereses subordinados, la cual nos la explica de la forma siguiente: "...se verifica cuando la actuación de la relación jurídica ajena sea operada en nombre propio por quien actúa independientemente de la voluntad del titular de la relación, pero en interés final de él, que es el interés en la salvaguardia técnico-jurídica de los derechos del imputado, presenta una nueva figura al lado de la representación y de la sustitución procesal y que no aparece necesaria, pudiendo utilizarse, a lo más, el esquema de la representación legal y

no pudiendo sostenerse fácilmente que el defensor actúe, no sólo en nombre propio, sino también sin vinculación alguna con la parte". (99)

Zamora-Pierce, nos dice: "El defensor es representante y sustituto procesal del encausado puesto que actúa por sí solo sin la presencia de éste, en un gran número de actos procesales, tales como el ofrecimiento y desahogo de las pruebas, interposición de recursos, la formulación de conclusiones, la demanda de amparo, etc." (100)

Por lo que se refiere al alcance de la garantía de defensa, nos referiremos en primer lugar, a los aspectos que comprende el ejercicio de la garantía de defensa. Advirtiendo que presentamos una enumeración ejemplificativa y de ninguna manera limitativa, pues el derecho de defensa es muy amplio en su total connotación.

Primeramente, que se le oiga en defensa por sí, por abogado o persona de su confianza; que si tampoco nombra

(99) Giovanni Leone. Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. II. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa-América, 1963. (c 1963) II. p. 576.

(100) Zamora-Pierce, op. cit., p. 345.

defensor el juez le nombre uno de oficio, después de haber sido requerido para ello; tener defensor desde que sea detenido, es decir desde la averiguación previa; a que se le haga saber al defensor y al inculpado desde la misma averiguación previa, las garantías consagradas en las fracciones V, VII, IX, I y II y de todos aquellos derechos que en su favor consigna nuestra constitución.

Por lo que hace a la calidad del defensor, debemos considerar, en primer término, el supuesto de que el nombramiento recaiga en el mismo acusado o persona de su confianza. Puede suceder que ninguno sea Licenciado en Derecho, en cuyo supuesto se corre el riesgo de que la defensa resulte ineficaz, pero constitucional.

Es precisamente este aspecto el que llama nuestra atención, ya que consideramos que la labor de defensa del inculpado quedaría en mejores manos si ésta se realizara por un abogado, y que así debería consignarse expresamente en nuestra Constitución.

Jesús Zamora-Pierce indica sobre este particular: "nuestra Constitución, al establecer que deberá oírse al acusado en defensa "por sí o por persona de su confianza", tuvo sin duda

la intención de dejar en sus manos una elección sin cortapisas y de prohibir a las autoridades que impidiera el libre nombramiento de defensor. No obstante, al abstenerse de señalar los requisitos de capacidad en el defensor, la norma constitucional pone en peligro el derecho mismo de defensa que pretende proteger..."

"Ahora bien, la posibilidad técnica de ser defensor no solamente no esta abierta a cualquiera, sino que, dado que el proceso penal es un sistema normativo de alto nivel de especialización técnica, sus mecanismos de comprensión y aplicación se encuentran estrictamente reservados a un grupo profesional que lo interpreta, realiza y actúa..."

"Una razón más para exigir que los defensores sean abogados es que el representante del M.P., en nuestro país, es siempre letrado; luego, se rompería la igualdad de las partes si no lo fuera el defensor."

"Por lo que hace a la autodefensa, ésta es inadecuada incluso en la hipótesis de que el procesado sea un experto en Derecho penal. En primer lugar porque, involucrado personalmente en el problema que trata de resolver y teniendo en juego la libertad, el honor y el patrimonio propios, el

procesado carece de la tranquilidad de ánimo necesaria para actuar como su propio defensor. Enseguida porque, frecuentemente privado de su libertad por las medidas de prisión preventiva, el procesado carece de la movilidad indispensable para una defensa eficaz. Quien se defiende a sí mismo tiene, en verdad, a un loco por cliente". (101)

En este sentido Francesco Carnelutti afirma: "La necesidad que la vocatio tiende a satisfacer, se encuadra exactamente en el concepto de la interpretación: el que ha de ser juzgado está, por lo general, privado de la fuerza de la habilidad necesarias para expresar sus razones; y cuanto más progresa la técnica del juicio penal, más se grava esta incapacidad. De una parte, el interés en juego es a menudo tan alto para el imputado que, a causa de la excesiva tensión, como una corriente eléctrica, está expuesto a hacer saltar los aparatos: quien tenga alguna experiencia de juicios penales, sabe todo lo difícil que es al imputado y por lo demás, también a las otras partes contener la pasión o aún solamente la emoción, que les quita el dominio de sí mismos. De otro lado, el juicio, aun cuando esté racionalmente construido, es siempre un complicado y delicado mecanismo, que sin una adecuada preparación no se consigue manejar; pero el imputado, por lo general no la posee.

(101) Ibid. pp. 345-346.

El está, por eso exactamente en la posición de quien no sabe hablar la lengua que se necesita para hacerse entender o está, de cualquier manera, normalmente, presa de un estado de ánimo que le haría todavía más difícil el uso de ella".⁽¹⁰²⁾

Una de las posturas encontradas a la posición que sostenemos, es la de Juventino V. Castro, al señalar: "La fracción IX establece una garantía en el sentido de que el procesado siempre contará con defensor, ya sea designado por él o en su abstinencia por el juzgador. No es una inadvertencia o incorrección gramatical el que la disposición constitucional establezca que se le oirá en defensa" por sí o por persona de su confianza," y no utilice la expresión "por sí o por su abogado", ya que precisamente la fracción en comento pretende dejar absoluta libertad al inculpado para señalar a una persona que lo defienda aunque ésta carezca de título profesional."⁽¹⁰³⁾

Así la opinión de Juventino V. Castro, nos obliga a determinar la importancia y función del abogado, para poder determinar la necesidad o no del mismo en el procedimiento penal, al respecto, quien nos da una visión amplia y clara de

(102) Carnelutti Francesco, op. cit., pp. 234 y 235.

(103) Castro Juventino, op. cit., p. 263.

lo expuesto, es Rafael Pérez Palma al señalar: "En la actualidad no es concebible un proceso sin defensa técnica, aun en el supuesto de que el detenido se niegue a hacer nombramiento de defensor, por muchas razones: por que es necesario reintegrar la personalidad moral y psíquica del inculpado, debilitada con la detención, con el encarcelamiento y el ejercicio de la acción penal, porque es necesario equilibrar la contienda jurisdiccional; contrarrestando la influencia y las pretensiones del Ministerio Público; porque es necesario que procesalmente el inculpado tenga un representante legal que actúe a pesar y aun en contra de la voluntad del imputado, interponiendo recursos o haciendo valer situaciones que le sean favorables, repreguntando a los testigos u ofreciendo pruebas."

"De esta manera, la defensa no es solamente un derecho del acusado, sino una obligación del juez, quien, en caso de que el procesado se negara a hacer el nombramiento de defensor, habrá que nombrarle a uno de oficio..."⁽¹⁰⁴⁾

Por otro lado en cuanto a la función del defensor, el mismo Pérez Palma dice: "Resumiendo las enseñanzas de Manzini, de Leone, de Vélez Mariconde, se llega a la conclusión de que,

(104) Pérez Palma, op. cit., pp. 314-315.

una es la función del defensor dentro del proceso penal y otra, la misión que está llamado a desempeñar frente al acusado."

"La función del defensor es compleja, pues comprende la asistencia técnica que el imputado requiere; la representación de éste en el proceso, en los recursos y aun en el juicio de amparo; su intervención es como un elemento equilibrante en la contienda jurisdiccional, pues es sabido que el Ministerio Público es siempre la parte fuerte; y de auxilio del propio juez, no porque claudique de su obligación, sino para que instruya al funcionario en relación a la situación, y jurídica, ya material, en que se encuentre el acusado y le aporte mayores elementos hasta obtener una sentencia apegada a la ley..."

"La misión del defensor es otra cosa totalmente. El debe esforzarse y poner todo su empeño en conseguir para su defenso la mejor situación posible, atentos los antecedentes que medien, sin tener que recurrir a las defensas fraudulentas, a los testigos falsos, a los peritos comprados o al soborno de los funcionarios, pues de defensor se convierte en encubridor o en cómplice de su defenso, de universitario en delincuente". (105)

(105) Ibid., pp. 312-313.

Consideramos por lo anterior que se debe dar al acusado la posibilidad de hacerse asesorar durante el juicio por asistentes técnicos, mediante el patrocinio letrado y de los peritos. Con ello se tiende a favorecer una correcta expedición de las afirmaciones, producción de las pruebas y desarrollo de las cuestiones, y un eficaz control para que se asegure el debido proceso.

Esa asistencia letrada o técnica debe ser dejada a elección del acusado (asistente de confianza), sin perjuicio de que el nombramiento del elegido en algunos casos es acto del tribunal. Sin embargo, el Estado puede proveer de oficio esa asistencia en casos de ausencia o de pobreza.

Como derecho de asistencia técnica, lo esencial es que no se impida a las partes el asesoramiento profesional. Tan riguroso es esto en los procedimientos penales, que se impone al tribunal instruir al imputado sobre este derecho desde la primera oportunidad.

Es mas; asumiendo esta garantía la categoría de interés público, no basta con que el Estado reconozca el derecho de defensa técnica. Debe ser implantado como un imperativo con fundamento en su carácter de indispensable. De ello surge la

imposición de firma de letrado (defensor de oficio) en las causas penales cuando el imputado no eligiere uno de su confianza.

Para ser concretos, es tan necesaria la presencia del defensor en todo momento del procedimiento penal, puesto que en el mismo se dan una serie de circunstancias que solo con el conocimiento y experiencia de un abogado defensor lo hace valer en beneficio del inculcado; algunas de esas circunstancias las menciona Rafael Pérez Palma: "Insatisfacción de algún requisito de procedibilidad; falta de algún elemento necesario para la configuración del delito; acción penal ilegalmente ejercitada, defectos en la comprobación del cuerpo del delito; concurrencia de circunstancias atenuantes; defectos en las pruebas de cargo, ya sean, periciales o documentales; defectos en el auto de formal prisión; rebatir las conclusiones del M.P.; más las que deriven de incompetencias y otras que puedan surgir del proceso".⁽¹⁰⁶⁾

A manera de conclusión, respecto de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, nos unimos a la de Rafael Pérez Palma al señalar: "En realidad, el contenido de esta parte del precepto constitucional, tiene un contenido liberal,

(106) Ibid., p. 314.

sentimental, casi romántico, pero carece de la base jurídica y técnica que toda defensa supone. La defensa por sí mismo o por persona de su confianza, así se trate de un iletrado de persona ignorante o de quien no tenga experiencia en las cuestiones judiciales, jurídicamente es inconcebible, porque como se ha demostrado, la asistencia legal al acusado, la representación de éste en el proceso y la integración moral y psíquica del inculcado, son las bases que dentro del derecho procesal contemporáneo, sirven de estructura a esa institución que llamamos defensa."

"La confianza que el acusado tenga en su defensor, por sí sola, no debe de servir de fundamento a la designación de la persona que se haya de encargar de la defensa, porque en los conflictos que suelen surgir entre el procesado y su defensor, en lo que respecta a la técnica misma del procedimiento, más se debe atender a la gestión del defensor que a los deseos del acusado, pues de no ser así, el nombramiento del defensor sería inútil, porque la defensa es obligatoria a pesar de la voluntad en contrario del inculcado y porque la capacidad jurídica del defensor es superior, generalmente, a la del procesado."

"Si se ha de admitir que el acusado sea defendido por persona de su confianza y ésta no es letrada, se habría de

prevenir que ésta última se haga asesorar por un defensor técnico que desempeñe las cuatro funciones fundamentales de que se habló anteriormente".(107)

El artículo 26 de la Ley Reglamentaria del artículo 50. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, exige la posesión de título de Licenciado en Derecho a quien intervenga como patrono o asesor técnico en asuntos de los que conozcan las autoridades judiciales o de lo contencioso administrativo; sin embargo el artículo 28 de la misma Ley Reglamentaria establece como excepción en materia penal lo siguiente:

"Art: 28. 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 defensor con título, en caso de que no hiciere uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio."

Con ello, la referida ley respeta y reitera el derecho constitucional a la libre designación de defensor y lo

(107) Ibid., pp. 315-316.

perfecciona como ley secundaria, al agregarle el derecho de tener un defensor abogado. Sin embargo la ley antes citada, solo tiene el carácter de local, por lo que es necesaria una reforma constitucional a la fracción IX del art. 20, estableciendo lo anterior.

En la exposición de motivos de la reforma a la fracción IX del artículo 20 Constitucional señala que la iniciativa empleo el: "término abogado, para incorporar en este concepto a las personas que en los términos de la ley estén autorizados para abogar, es decir, para actuar por otros en la causa penal". Lo anterior confirma el hecho de que el defensor sea necesariamente Licenciado en Derecho, o por lo menos persona con cédula de pasante en la carrera de derecho.

Ahora bien, pasando al análisis de lo establecido en los Códigos de Procedimientos Penales, tanto el Federal, como el del Distrito Federal, nos daremos cuenta que se da una regulación más amplia a este derecho de designar defensor, lo que confirma lo anteriormente señalado en el sentido de que lo establecido en el artículo 20 fracción IX de nuestra Constitución se refiere únicamente a las garantías mínimas del inculpado, pudiendo ampliarse en su favor por la legislación secundaria.

El artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala lo siguiente:

Art. 160.- "...el inculpado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en derecho o autorización de pasante, conforme a la ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa".

Uno de los aspectos importantes que consideramos corroboran la idea de que el defensor del inculpado sea Licenciado en Derecho o bien, que sea pasante en Derecho con cédula, tomando en cuenta los conocimientos técnicos que se necesitan para actuar en el procedimiento penal mexicano, es el hecho de no incurrir en los supuestos de reposición del procedimiento a que se refiere el artículo 388 fracción VII bis, reformado recientemente y publicado en Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994 del Código Federal de Procedimientos Penales que establece:

Artículo 388.- "Habrá lugar a la reposición del proceso

por alguna de las causas siguientes:"

"VII bis.- Por existir omisiones graves de la defensa en perjuicio del sentenciado; se reputan como omisiones graves de la defensa:"

"a) No haber asesorado al inculcado sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos imputados en el proceso;"

"b) No haber asistido a las diligencias que se practicaren con intervención del inculcado durante la averiguación previa y durante el proceso;"

"c) No haber ofrecido y aportado las pruebas necesarias para la defensa del inculcado..."

Por su parte el artículo 431 fracción VI bis, también reformado, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cita los mismos supuestos del artículo anteriormente mencionado del Código Federal de Procedimientos Penales, agregando el primero, en otros incisos, lo siguiente:

"d) No haber hecho valer las circunstancias probadas que en el proceso favorecieran la defensa del inculcado;"

"e) No haber interpuesto los medios de impugnación necesarios para la defensa del inculcado; y"

"f) No haber promovido todos aquellos actos procesales que fuesen necesarios para el desarrollo normal del proceso y el

pronunciamiento de la sentencia".

Como podemos observar, una persona sin los conocimientos suficientes sobre la materia penal, fácilmente podría caer en los anteriores supuestos; lo cual, aunque es en beneficio del inculcado a efecto de que se reponga lo mal actuado, retrasa el procedimiento.

En el Decreto por el que se modificaron diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1991, siendo esta una de las últimas reformas, se legisló a propósito de la libertad provisional, sin embargo, también se hubo importantes modificaciones respecto de la defensa del inculcado; asimismo en la reforma de 10 de enero de 1994, de las cuales surgieron algunos aspectos interesantes que regulan y amplían la garantía de nuestro estudio, consagrada en el artículo 20 Constitucional fracción IX, por lo que a continuación los analizaremos en forma detallada, junto con los artículos correspondientes.

En los artículos 128 del Código Federal de Procedimientos Penales y 269 del Código de Procedimientos Penales para el

Distrito Federal, que se refieren al momento en que el inculpado es detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, cuya reforma fue publicada en Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, hubo modificaciones sustanciales, entre ellas se establece el derecho del inculpado a no declarar si así lo desea, o en caso contrario a declarar asistido por su defensor; el de tener una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará uno de oficio; de que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación; que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación; y sobre todo, el derecho del indiciado de comunicarse con las personas que solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de que se disponga, para los efectos de tener una defensa adecuada y que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación. Como ya antes mencionamos, ésta reforma viene a corroborar el hecho de que la garantía de defensa no es sólo observable en el proceso jurisdiccional, sino que también en la etapa de la averiguación previa.

En el Código Federal, se establece además en el capítulo de formalidades, que en cada diligencia el defensor y en su

caso, la persona de su confianza deberán firmar las actas.

No obstante lo expuesto, la legislación procedimental, tanto Federal, como del Distrito Federal, no definen claramente que el defensor sea Licenciado en Derecho, sino que la figura de la defensa podrá ejercerse por sí, por abogado o persona de su confianza como a continuación lo exponemos:

a) Abogado que puede ser defensor del inculcado o asistente jurídico de otra persona que declare en el curso de la averiguación previa. Por una parte, el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, si establece en forma expresa el hecho de que cualquier persona que declare en las diligencias practicadas durante la averiguación previa, entendiéndose incluido también el inculcado, pueda ser asistido por un abogado, el cual podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante, si éstas son inconducentes o contra derecho; sobre el particular, consideramos que el legislador pensó en lo necesario que resulta ser asistido por un técnico de la materia a efecto de que éste vigile que las diligencias en la averiguación previa, se desarrollen conforme a Derecho.

Por otro lado, al establecer los artículos 128, fracción III, inciso b) del Código Federal de Procedimientos Penales y

269 fracción III, inciso b), del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que cuando el inculcado sea detenido o se presentare voluntariamente, tiene derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza, o por defensor de oficio; en este caso, no distinguió el legislador entre el defensor y la persona de la confianza del inculcado, ya que como lo señala el maestro Sergio García Ramírez (108), no son equivalentes ni fungibles, ya que puede suceder de que la persona de confianza no sea la idónea para el desempeño de actividades de defensa necesarias para el inculcado.

También dentro de la averiguación previa, se incluyó en la reforma mencionada, el derecho del defensor de ofrecer pruebas en dicha etapa.

b) Persona de la confianza del inculcado, que no constituye "exigencia procesal" para el inculcado, ni es un sujeto necesario en el enjuiciamiento, y que no realiza, en rigor, actos de defensa, pero contribuye a la legalidad en el desarrollo del procedimiento. En los artículos 87 y 59 de los Códigos de Procedimientos Penales, tanto Federal, como del

(108) García Ramírez, Sergio. Proceso Penal y Derechos Humanos. México, Editorial Porrúa, S.A., 1992. p. 88

Distrito Federal, respectivamente, si nos separa, el legislador de la reforma antes señalada, y de manera clara lo que debemos entender por la persona de confianza y el defensor al establecer que en la diligencia de la declaración preparatoria, el inculcado podrá ser asistido por su defensor, y además que podrá asistir la persona de su confianza que designe, sin que esto último implique exigencia procesal; al respecto, pensamos que la persona de la confianza del inculcado es un asistente moral.

Al respecto, Sergio García Ramírez manifiesta: "Se trata, sin duda, de un personaje diferente del defensor y nuevo en nuestro procedimiento: no un asistente jurídico, sino un asistente moral, un acompañante calificado, cuya presencia habrá de constituir un nuevo derecho del inculcado. Empero conduce a equívocos... Seguramente los reformadores tuvieron presente la delicada y a veces angustiosa situación en que se halla quien queda detenido por la autoridad penal y se enfrenta al requerimiento de declaración, que se busca desemboque en confesión del inculcado. Para apoyarle -moralmente- en esta circunstancia es valiosa esa "persona de la confianza", además del defensor (que también ha de ser o puede ser individuo "de la confianza" del inculcado, por la doble razón de que así lo previene la C. y de que lo supone o exige la naturaleza de las

funciones que desempeña)." (109)

c) Defensor, propiamente, designado por el imputado o, como defensor de oficio, por el juez. Este derecho lo consagran los artículos 154 del Código Federal y 290 y del Código del Distrito Federal. En ellos se recoge el texto constitucional de la fracción IX del artículo 20. Cabe señalar, que cuando se trata del defensor designado por el imputado, éste puede ser la persona de su confianza, por lo que el sentido que en estos preceptos se le da a dicha persona de confianza, es diferente al que se le da en los preceptos indicados en el inciso anterior, ya que ahora si se le da la calidad de defensor; es decir, la persona de confianza del inculpado puede realizar actos de defensa.

d) Defensor de oficio asesor del inculpado y del defensor designado por éste, cuando no se trate de Licenciado en Derecho o asistente jurídico. Como ya antes lo estudiamos, esta situación se encuentra prevista en el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, al respecto, cabe aclarar que ese artículo fue motivo de la reforma publicada el 23 de enero de 1985. Por otro lado, en cuanto al Código del Distrito Federal el único precepto que se relaciona con lo anterior es

(109) García Ramírez, op. cit., pp. 85 y 86

el artículo 296, que establece la situación de que cuando el inculcado designe varios defensores, tendrá que nombrar a un representante común; sin embargo, no señala que la designación recaiga sobre quien tenga cédula profesional de Licenciado en Derecho o autorización de pasante, conforme a la Ley que reglamente el ejercicio de las profesiones.

Consideramos que en este supuesto, el defensor de oficio únicamente cumple con la función asesora, pero que constituye un problema que atenta contra la defensa del inculcado, en el sentido de que dicho asesoramiento puede ser desatendido por el defensor designado y por el inculcado.

Otros artículos que fueron reformados y que guardan relación con nuestro tema son los siguientes:

124 bis, segundo párrafo del Código Federal y 285 bis, del Código del Distrito Federal, que prevé la situación de que el inculcado cuando no hable o no entienda suficientemente el castellano, desde la averiguación previa se le nombrará un traductor para asistirlo en los actos procedimentales sucesivos y para establecer la correcta comunicación con su defensor.

Artículos 217, del Código Federal de Procedimientos

Penales y 151 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que se refieren a la diligencia de reconstrucción de hechos, estableciéndose que la misma se podrá repetir a juicio del defensor entre otros.

Artículos 287, fracción II de la ley adjetiva federal y 249, fracción IV, de la del Distrito Federal, los cuales consignan la obligación de que la Confesión del inculcado sea realizada ante la presencia del defensor o persona de su confianza, agregando únicamente que el legislador en este caso no distingue entre el defensor y la persona de la confianza del inculcado, volviendo al mismo problema de que si tal persona de confianza no es un técnico del derecho, tal situación afectaría la defensa del inculcado.

De lo anterior, podemos concluir que las leyes adjetivas tanto la Federal, como la del Distrito Federal, hacen una regulación que amplía la garantía consagrada en la fracción IX del artículo 20 Constitucional; sin embargo, consideramos que de acuerdo a la regulación y en razón de los problemas que representa en algunos preceptos la misma, se hace necesaria la reforma Constitucional en el sentido de que se establezca expresamente, de que si bien el defensor del inculcado no es abogado, se le nombre uno de oficio para que los asesore y así

lograr que la defensa sea eficaz.

4.3.- La obligatoriedad de la defensa.

En el punto anterior, se analizaron todos aquellos sujetos que intervienen en los actos de defensa del procedimiento penal, del cual pudimos confirmar el estricto cumplimiento que se le da al principio consagrado en el artículo 20 fracción IX, Constitucional, es decir, el de libertad absoluta de defensa, además de confirmar lo instituido por el Constituyente de 1917, en el sentido de consagrar la obligatoriedad de la defensa durante el proceso, estableciendo con ello una garantía de seguridad jurídica.

Sin embargo, tal sistema amplísimo de libertad y tal garantía de obligatoriedad de que el inculcado cuente con defensor, parecen no cumplirse cuando sucede el caso de que el propio inculcado no haga la designación de su defensor, y el juez le designe uno de oficio, como más adelante lo explicaremos.

Efectivamente, como sabemos la defensoría de oficio tiene por objeto patrocinar a todos los procesados que carezcan de defensor particular, o bien de cumplir con un requisito

meramente de forma, cuando dicho defensor es designado por el juez. En este último caso, valdría la pena analizar un poco en cuanto a la voluntad del imputado, la garantía de seguridad jurídica, la obligatoriedad de la defensa y la libertad de acción del defensor de oficio.

La defensa técnica se basa en la confianza que el imputado presta a su abogado, consiguientemente, los actos de un abogado impuesto (obsérvese no elegido) no pueden considerarse, propiamente, como actos de defensa ya que la defensa solo parte del imputado, quien es titular de tal derecho. El abogado impuesto podrá realizar una función de vigilancia en el cumplimiento del derecho objetivo, pero nunca podrá considerársele como colaborador del imputado en el ejercicio de su derecho de defensa. Por ende, el detenido al que se le impone un defensor de oficio queda indefenso.

Para ello concluimos, que la función de la asistencia técnica, es que el abogado coadyuve con el detenido a su defensa (para evitar la imputación y/o para evitar la condena), y que la asistencia de abogado, es un presupuesto del derecho a la defensa.

De un lado el derecho a la defensa exige, por su misma

naturaleza, la convicción de su titular de que realmente puede ejercitarlo, atendiendo a las leyes. Sólo esta convicción profunda da la fuerza moral necesaria que lleva a la efectividad de la defensa. El abogado de oficio impuesto deja de ser abogado del detenido para convertirse en abogado del proceso. Con ese abogado se satisfarán otros derechos, pero no el de asistencia técnica al detenido que se basa en la confianza entre el profesional y el detenido.

a) Cuantos defensores podrá nombrar el acusado.

En cuanto al número, el texto anterior señalaba que podía ser oído por sí o persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En el caso de que tenga que elegir entre la lista de los defensores de oficio, podía ser uno o varios, es decir, ilimitadamente.

En la fracción IX del artículo 20 Constitucional, vigente únicamente se establece que tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado o persona de su confianza, y que si no quisiere o no pudiere nombrar defensor, después de haber sido requerido, el juez le designará uno de oficio.

Tanto el Código Federal de Procedimientos Penales, como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en sus artículos 160 y 296, respectivamente establecen al respecto lo siguiente:

160.- "No pueden ser defensores...Si el inculpado designaré a varios defensores, éstos deberán nombrar en el mismo acto a un representante común, y si no lo hicieren, en su lugar lo determinará el juez"

296.- "Si el inculpado tuviere varios defensores, estará obligado a nombrar un representante común o, en su defecto, lo hará el juez".

El maestro José Hernández Acero, afirma lo siguiente: "El hecho de que se nombre un representante común, es para los efectos de la publicidad procesal, entendiéndose por esto la obligación que tiene el órgano jurisdiccional de dar a conocer a las partes todas las resoluciones que se dicten y así, notificado el representante común, esto surte sus efectos para todos los demás defensores, por razones de economía procesal".⁽¹¹⁰⁾

(110) Tomado en sus clases de Derecho Procesal Penal, que imparte en la Facultad de Derecho de la UNAM. 1993.

Limitantes al ejercicio de la garantía de defensa por lo que hace a la calidad de la persona que desempeña tal cometido las establece el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales. "No pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados. Tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el capítulo dos, título XII del libro segundo del Código Penal - delitos de abogados, patronos y litigantes - ni los ausentes que, por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor".

Restricciones todas que se justifican desde un punto de vista meramente práctico, pero dudoso constitucionalmente.

El alcance del derecho o garantía de defensa, puede contemplarse también desde el punto de vista de los actos procesales o procedimientos en que puede intervenir el defensor. Al respecto el Doctor García Ramírez, sostiene: "Los Códigos de Procedimientos desarrollan el derecho que la constitución consagra en favor del inculcado a contar con la asistencia de su defensor en todos los actos del "juicio", expresión que resulta ser, aquí, sinónima de proceso e incluso, más ampliamente de procedimiento, no sólo denotativa de la fase

del plenario ni mucho menos conectada al pronunciamiento en cuanto al fondo, la sentencia. De esta suerte, el defensor puede hallarse presente en el acto de la declaración preparatoria (En el supuesto de que ya se le hubiere designado) ofrecer pruebas, presentar conclusiones, intervenir en la audiencia principal, promover incidentes e interponer recursos..."⁽¹¹⁰⁾

b) El defensor en la averiguación previa.

Durante la evolución del derecho de defensa, el tema relativo al momento procedimental, a partir del cual el inculcado tiene el derecho de nombrar su defensor, ha preocupado a los juristas penalistas de los países que presiden el avance del derecho procesal penal: Italia, Alemania, España, por ejemplo. Con sentido de preocupación se expresa Leonardo Prieto - Castro y Fernández cuando dice: "El tema que nos proponemos desarrollar pertenece a todos los momentos de la historia, pero últimamente ha adquirido en España la consideración de actual, con la aparición del texto de un ridículo de anteproyecto de constitución sobre la presencia de abogado en el interrogatorio de cualquier detenido desde el

(111) García Ramírez, Sergio. Estudios Penales, impreso en la Escuela Nacional de Artes Gráficas, México 1977. pp. 267-268.

primer momento".

"Sentimos preocupación ante él y anticipamos nuestro criterio en un artículo publicado en el periódico "Ya", que contempla el asunto con sentido crítico. (111)

También José Guarneri (italiano) dedica su atención de manera muy especial y con preocupación científica al problema, lo llama él, del momento a partir del cual el inculpado debe contar con defensor.

Señala Guarneri que "desde el punto de vista de los principios penales, no puede discutirse seriamente el derecho del acusado a ejercer aunque sea mediante un defensor, su libre defensa en todo el curso del procedimiento. Esta es la consecuencia lógica del derecho de defensa, emanación del derecho de la naturaleza. El agredido, de cualquier modo que se realice la agresión, tiene derecho a rechazarla. Se trata de una non scripta sed nata lex".(112)

(112) Prieto Castro y Fernández, Leonardo, Conferencia Pronunciada el día primero de julio de 1978 en la aula "Miguel de Unamuno", de la Universidad de Salamanca, bajo el patrocinio del ilustre Colegio de Abogados, la Escuela de Práctica Jurídica y el Departamento de Derecho Procesal, ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca (España) 1979, p. 7.

(113) Guarneri, José, "Las partes en el proceso", editorial José M. Cajica Jr. Puebla, 1952, pp. 357 y 358.

Aborda directamente el tema que nos ocupa Guarneri al preguntarse: "Cuando debe empezar el ius defensionis ?, la doctrina dominante responde, y esta opinión me parece que debe aceptarse, que las investigaciones de la autoridad pública mientras permanecen en la esfera subjetiva, no pueden iniciar el desarrollo de la defensa lo cual solo debería entrar en acción cuando las actividades inquisitivas traspasaran los límites del territorio reservado a los derechos individuales del acusado, mediante registros domiciliarios, detención de correspondencia, etc. y, sobre todo, en caso de detención o prisión preventiva".⁽¹¹³⁾

Esta tesis no puede ser más lógica, clara y sencilla, porque no es posible y necesario pensar en algo distinto. Por naturaleza la defensa existe en beneficio de la persona como tal. Luego, cuando la autoridad pública invade la esfera de los derechos inherentes a la misma, es a partir de ese preciso instante, cuando el individuo perjudicado por la invasión, debe tener de hecho y de derecho defensor; es decir, desde la imputación de un hecho delictivo, que se le hiciera, o bien si ésta es privada de su libertad.

La problemática concreta que presentaba la última parte

(114) Loc. cit.

de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, al señalar: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido...", era en el sentido, de que literalmente el texto que se comenta no presentaba dificultad en su funcionamiento. Aprender significa privación de libertad, por lo tanto a la persona que se le despojaba de tan vital bien, en ese momento debería contar efectivamente con defensor. Seguramente que este fue el motivo que animó al legislador, dado el deseo proteccionista que lo caracterizó.

Pero en la práctica al querer aplicarse la garantía en su expresión gramatical, el término "aprehendido", sí presentaba dificultad. En este caso, el vocablo no solo significa privación de la libertad, sino que se le interpreta, sobre todo por el Ministerio Público, como sinónimo de ejecución de un mandato de autoridad judicial, como se entiende en el artículo 16 Constitucional.

Ante la ambigüedad del término "aprehendido", aparecía prácticamente, la inseguridad en la aplicación de la garantía de defensa en perjuicio del inculcado. En la mayoría de los casos se permitía la intervención del defensor en el período de la instrucción y pocas veces se le permitía intervenir en la fase de la averiguación previa, misma en que en forma

exclusiva y por demás ventajosa intervenía solamente el Ministerio Público.

Esta era la doble realidad que se derivaba de la garantía de defensa que consagraba el artículo 20 fracción IX anterior de nuestra Constitución, por lo que hace al momento en que el acusado podía nombrar defensor.

Al respecto, los procesalistas penales mexicanos sostuvieron distintas opiniones respecto al momento de referencia constitucional, que tiene el indiciado para designar defensor. Así el Doctor Sergio García Ramírez ⁽¹¹⁴⁾ distinguía la ambigüedad del término "aprehendido" a que nos hemos referido en párrafos anteriores.

El Doctor Jesús Zamora - Pierce, exponía el problema de la siguiente forma: "En realidad, el problema que nos ocupa ha sido resuelto, en forma clara y terminante, por el propio constituyente. El texto de la fracción IX del artículo 20 constitucional dice: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido..."⁽¹¹⁵⁾

(115) García Ramírez, op. cit., p. 235.

(116) Zamora-Pierce, op. cit., p. 88.

De lo anterior se derivaba que el constituyente resolvió clara y terminantemente en la Constitución, pero en la práctica se distorsionaba su idea en perjuicio del derecho de defensa.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostenía la siguiente tesis:

"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 esta al recibir la declaración preparatoria del presunto responsable tiene la obligación ineludible de designarle defensor si es que aquel no lo ha hecho; más la facultad de asistirse de defensor a partir de la detención del acusado concierne única y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido, esa omisión es imputable al propio acusado y no al juez instructor". (tesis 106 Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917 - 1975 Segunda Parte, Primera Parte, Primera Sala, pág. 276.)

Al respecto, dicha tesis dejó de tener vigencia por haber sido superada por la reforma del 3 de septiembre de 1993, al haberse adicionado a la fracción X del artículo 20

Constitucional, el hecho de que la garantía de nombrar defensor deberá ser observada durante la averiguación previa, indicando además que deberá ser en los términos que las leyes establezcan.

La falta de defensor anterior a la declaración preparatoria no era imputable del todo al inculpado, porque podía suceder que este hubiera hecho la designación, pero esta había quedado en mero señalamiento, pero con la reforma señalada esto ya no es posible. El Ministerio Público, como autoridad responsable de la averiguación previa, esta obligado a facilitar al detenido el nombramiento y asistencia de un defensor, en virtud de que debe velar por establecer el equilibrio entre el interés social y el particular, debe por ende, empeñarse porque realmente el inculpado tenga defensor, así lo corrobora el artículo 128, fracción III, inciso b), del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 269, fracción III, inciso b), del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El derecho a tener como defensor un Licenciado en Derecho y ser asistido por éste, se hace obligatorio desde el momento de la detención o bien en el momento en que se le impute a una persona algún hecho delictivo. En ambas situaciones se hace

necesario un apoyo moral y técnico, el derecho a la defensa, el derecho a la tutela efectiva de su interés y el derecho a garantizarse frente a la indefensión.

En el proceso penal y en los supuestos de detención el derecho a la asistencia técnica y el derecho de defensa van íntimamente ligados para evitar la indefensión y garantizar la tutela efectiva. Sin duda la detención afecta, principalmente, al derecho a la libertad, pero no sólo a este derecho. También afecta a la seguridad. De otro lado, la situación del detenido es especialmente delicada por cuanto se encuentra relacionado con unos determinados hechos que pueden ser constitutivos de delito, ya que de lo contrario la detención sería antijurídica. Esta relación con hechos delictivos es, sin duda, la causa última de la posibilidad de privación de la libertad mediante detención.

Por consiguiente, el derecho a la asistencia técnica no se ve disminuido por el hecho de que quien lo tiene se halle en situación de detenido: la finalidad última del derecho a la asistencia de abogado es procurar el derecho a la defensa y evitar la indefensión. En efecto, el derecho a la defensa con asistencia técnica no sólo significa la posibilidad de defenderse en juicio; es decir, no sólo implica el derecho a

defenderse contra una acusación, sino que supone también la facultad de defenderse contra la preparación de una acusación, es decir, evitar la imputación del hecho delictivo.

En conclusión, por una parte el derecho a la asistencia técnica exige que ésta se produzca en todo momento y cuando lo desee el detenido entre otras razones porque es necesaria para la satisfacción del derecho a la defensa, y de otro lado, el abogado no es para su defendido (específicamente en el proceso penal) únicamente un asesor técnico, sino que otorga a aquél seguridad y estabilidad para el ejercicio de sus derechos constitucionales.

Por lo anterior, consideramos positiva la reforma a la fracción IX y X del artículo 20 Constitucional.

En trascendente modificación al artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales, se regula ahora, el hecho de que al inculcado o a su defensor se le permita el acceso, entre otras personas, a las actuaciones de averiguación previa. Asimismo en el artículo 16 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se establece el hecho de que cuando se de vista de la causa al inculcado, la autoridad tomará las precauciones que crea convenientes para que no la destruya,

pero que sí se temiere fundadamente que el inculpado cometa un abuso, no se le permitirá leer la causa por sí mismo, sino será leída por su defensor o por el secretario.

Al respecto, consideramos que esta reforma viene a complementar la reforma constitucional de 3 de septiembre de 1993, en lo que toca a la fracción X, penúltimo párrafo del artículo 20 Constitucional, en el sentido de que las fracciones V, VII y IX del referido precepto, también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; es decir, de que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, y que se le autorice a su defensor a tener acceso a las actuaciones de la averiguación previa, lográndose con ello el equilibrio de las partes desde el inicio del procedimiento penal.

Veamos ahora que sucede en relación a la defensa en los casos de mandamiento escrito de autoridad competente, flagrancia y detenciones arbitrarias.

Hemos dejado asentado que el derecho de defensa debe hacer su aparición, tan pronto como a una persona se le haga la imputación de un hecho delictivo, o bien, sea privada de su

libertad. Así, en términos generales nos hemos expresado sobre la preparación de una acusación y de la privación de la libertad. Ahora lo haremos, respecto de la misma privación refiriéndonos a las formas especiales en que ella se lleva acabo:

Por lo que hace a las detenciones en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, establecida en el artículo 16 Constitucional. Comentamos al respecto, que mejor oportunidad para que se garantice el cumplimiento de la otra garantía contenida en el artículo 20 fracción IX y X, es que el Ministerio Público, una vez que ordene la detención del inculpado y lo tenga a su disposición, le asigne un defensor y a la vez previendo sanción para el caso de incumplimiento.

Este mismo procedimiento deberá observar el juez cuando el Ministerio Público hubiere consignado al detenido.

Por lo que se refiere al caso de detención en flagrante delito, que puede llevar al cabo cualquiera persona, previsto también en el mismo artículo 16 constitucional, el cumplimiento de la garantía de defensa recae en la autoridad que recibe al

detenido, cualquiera que sea. Ella deberá hacer saber al detenido, sin demora, el derecho que tiene a nombrar defensor, asentando razón de la notificación con asistencia de testigos.

Estas dos formas especiales de privación de la libertad, también fueron incluidas en las reformas a los códigos de procedimientos penales, tanto el Federal como el del Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, en las cuales se fundamenta lo anteriormente expuesto.

En el Código Federal de Procedimientos Penales, prevé estas formas de detención en su artículo 193, tratándose de delito flagrante, en el cual, establece entre otras cosas, que debe entenderse por delito flagrante; que en caso de que cualquier persona detenga al indiciado, deberá ponerlo sin demora a la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público; y que la violación a dicha disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decreta indebidamente la retención, ordenando que la persona así detenida será puesta en inmediata libertad.

En el artículo 194 del Código Federal señalado, tratándose de detenciones por parte del Ministerio Público, en casos

urgentes, la novedad es en el sentido de que se trate de delitos graves, lo que en el mismo artículo clasifica; y que la violación a dicha disposición hará penalmente responsable al propio Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención, poniendo al sujeto en inmediata libertad.

Asimismo, el artículo 194 bis, en su parte conducente nos dice que: "En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público, por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de autoridad judicial..."

Por su parte el artículo 266 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece: "El Ministerio Público y la Policía Judicial a su mando están obligados a detener al responsable, sin esperar a tener orden judicial, en delito flagrante o en caso urgente".

El artículo 267, del código señalado en el párrafo anterior, establece lo que debemos entender por delito flagrante, y también señala que la violación a dicha disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público

que decrete la indebida retención, y el indiciado deberá ser puesto en libertad inmediata.

El artículo 268, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se refiere a los casos urgentes, estableciendo al igual que el Código Federal, la calificación de los delitos graves en los que procede este tipo de detenciones, entre otros de los requisitos que se señalan en el mismo.

También señala el referido precepto que: "La orden judicial mencionada será ejecutada por la Policía Judicial, quien deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público que la haya librado..."

Por último, me referiré a las detenciones arbitrarias, enfermedad que asecha constantemente a la garantía de libertad, mal de todos los tiempos y practicada por casi todas las autoridades de cualquier rango.

Existe en el Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, el Título Vigésimo Primero denominado, "Privación ilegal de la libertad y otras garantías" lo que implica que el número de

casos de detenciones arbitrarias es una práctica constante de las autoridades.

La autoridad que lleve a cabo la detención de manera arbitraria, debe sufrir por esa conducta, la sanción del delito correspondiente; y además, imponerle legalmente la obligación de hacer saber al detenido el derecho que tiene para nombrar defensor; el incumplimiento de la obligación se sancionará con la nulidad de las actuaciones que se hubieren realizado sin defensor. Lo anterior, encuentra su fundamento en el artículo 388, fracción II, del Código Federal de Procedimientos Penales y 431, fracción III del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Por otro lado, el artículo 126, del Código Federal de Procedimientos Penales, señala que: "Cuando una autoridad auxiliar del Ministerio Público practique con ese carácter diligencias de averiguación previa, remitirá a éste dentro de los tres días de haberlas concluido el acta o actas levantadas y todo lo que en ellas se relacione. Si hubiere detenidos, la remisión se hará sin demora y se observará lo previsto en los artículos 193 y 194."

Como anteriormente comentamos la Constitución, en la anterior fracción IX del artículo 20, en la práctica las autoridades que intervenían en el procedimiento, daban al término aprehensión doble sentido, privación de libertad, detención, acepción genérica, y el otro, ejecución de una orden judicial, en sentido restringido. Esa ambigüedad de la palabra aprehensión, consistía el mayor problema, relativo al derecho de defensa. Ante el Ministerio Público y ante la policía, no se permitía al detenido que nombrara defensor, pues se estimaba que este acto habría de tener lugar hasta después de que haya declarado ante el órgano jurisdiccional, práctica totalmente nociva, pues en la fase tan importante para el esclarecimiento de la verdad y aportación o preparación de pruebas, como lo es la averiguación previa, la policía y el Ministerio Público, actuaban libre y absolutos en cuanto a la preparación del ejercicio de la acción penal. No así el detenido, perdía la oportunidad de preparación u ofrecimiento de pruebas que hacía valer durante la instrucción.

En otras palabras, el ejercicio del ius defensionis, sencillamente se inicia, cuando las actividades inquisitivas traspasan los límites del territorio reservado a los derechos individuales del acusado.

En consecuencia, consideramos que las últimas reformas que han tenido los Códigos de Procedimientos Penales tanto el Federal, como el del Distrito Federal, y la Constitución, marcan la tendencia del legislador a que el derecho de defensa tenga su inicio desde la averiguación; y más concretamente, desde el preciso instante en que la actividad de la autoridad inquisitiva, invada los límites de los derechos individuales, es decir el Ministerio Público.

Consideramos también, que ha dado como resultado dichas reformas, un gran avance en el marco jurídico en que se desenvuelven las autoridades penales y los gobernados, ya que se temía, de que el defensor, interviniendo desde la averiguación previa, pudiera desviar, obstaculizar, el curso de la investigación de la verdad y verificación de la justicia, fin particular del procedimiento; sin embargo, consideramos que la reforma constitucional a la fracción IX del artículo 20, fue incompleta, en cuanto a la defensa eficaz del inculpado, debiéndose haber establecido de que el defensor, necesariamente debería ser un Licenciado en Derecho o en su caso una persona con cédula de pasante en la carrera de Derecho.

En México se requiere de toda una disciplina legal de la intervención del defensor desde el momento en que el individuo

siente afectado sus derechos por actividad inquisitiva del funcionario, disciplina legal que instituya, si no el equilibrio del inculpado con el órgano de investigación, ya que sabemos que éste último tiene un poder insuperable en su calidad de autoridad; que dicho defensor sea necesariamente Licenciado en Derecho, o bien pasante de la carrera de Derecho, con la respectiva cédula profesional, lo que consideramos permitirá llegar a una defensa eficaz en la averiguación previa y con mayor razón en la etapa jurisdiccional. Buscando con ello una tendencia al mayor equilibrio posible de dos fuerzas desiguales en contraste.

CONCLUSIONES

1.- El sistema procesal penal que predomina en nuestro país, consideramos que se trata de un sistema penal mixto con caracteres predominantes del acusatorio como una consecuencia lógica y esperada del sistema político imperante.

2.- En cuanto al derecho de defensa en el procedimiento penal mexicano consideramos que constituye un medio real y efectivo que le corresponde al inculpado, cuya finalidad es la de garantizarle su defensa entendida en sentido lato, y por ende, su dignidad humana. Con ello se logra también el fiel cumplimiento de otro precepto constitucional muy importante, que es la igualdad ante la ley, en lo que toca a la participación del defensor en todas las etapas en que se compone dicho procedimiento.

3.- Es importante que el sujeto que realice la función de defensa y que haga efectiva la garantía de defensa del inculpado, sea la persona que tenga la capacidad y que posea los conocimientos necesarios, es decir, que sea un especialista en la materia penal, el cual consideramos es el Licenciado en Derecho, o bien el Pasante de Derecho.

4.- Tomando en cuenta el carácter obligatorio de la garantía de defensa, el inculpado cuenta con la defensoría de oficio, cuyo fin es el de dotar de protección legal a las personas que lo requieran, ya sea por designación del propio inculpado, por falta de recursos económicos suficientes para pagar un Licenciado en Derecho particular, o bien, que haya sido designado en su rebeldía por la autoridad investigadora o por la autoridad jurisdiccional . Con ello se pretende hacer realidad el equilibrio necesario que debe existir en la administración de justicia.

5.- Consideramos que no es suficiente la regulación que hace nuestra Constitución al establecer en su artículo 20 fracción X penúltimo párrafo, que sólo las garantías establecidas en las fracciones I, II, V, VII y IX, serán observadas en la averiguación previa, toda vez que el derecho de defensa del inculpado se ve limitado y como consecuencia es ineficaz en esta última etapa.

6.- El derecho a la información que tiene el inculpado, también se amplía a su defensor o persona de su confianza, dentro de la averiguación previa; es decir, tendrán derecho a conocer la naturaleza y causa de la acusación, y más aún de todas las actuaciones realizadas en la citada etapa, lo cual

representa un gran adelanto en beneficio del acusado; no obstante es necesario aclarar que lo anterior se desprende de la regulación que en forma particular realizan los Códigos de Procedimientos Penales, tanto Federal como el del Distrito Federal, respecto de esta garantía en la averiguación previa, en sus artículos 128 y 269 respectivamente, ya que el artículo 20 Constitucional es muy genérico en su fracción VII.

7.- En la diligencia de la declaración preparatoria, en el período de la preparación del proceso, como la declaración rendida ante el Ministerio Público, en la averiguación previa, deben cumplirse las garantías que consagra el artículo 20 Constitucional, que corresponden a cada etapa, a efecto de que el acusado haga valer su derecho de defensa, contestando el cargo, ya que son éstos, los momentos propicios para ello.

8.- La confesión es un medio de prueba al cual nuestra legislación vigente le da una condición excepcional, por lo que es necesario que las autoridades ante quienes el inculpado puede rendirla, desde la averiguación previa, hasta antes de dictarse sentencia definitiva, cumplan con las garantías que establece el artículo 20 Constitucional, especialmente aquellas que se refieren a la defensa del inculpado, por ejemplo: que dicha confesión sea rendida ante la presencia de su defensor.

9.- El derecho a ofrecer pruebas consagrado en la fracción V del artículo 20 Constitucional, también esta presente en la averiguación previa y en los procesos penales, tanto en el del Distrito Federal, como en el fuero Federal. Si bien es cierto, que no es una obligación del Ministerio Público tomarlas en cuenta en el acto de la consignación, si lo es, el que sean admitidas por dicha institución pública, y en su caso deberá remitirlas a la autoridad jurisdiccional competente, lográndose con ello un avance importante en el derecho de defensa del inculcado.

10.- En cuanto al derecho a ser careado con aquellas personas que depongan en su contra, siempre que lo solicite el inculcado, consideramos que es necesario, en primer lugar, distinguir en nuestra legislación entre el careo como derecho garantizado por la Constitución y como acto procesal. Y en segundo lugar, comentar que se trata de una garantía que no puede sujetarse a la voluntad del inculcado, debiendo ser obligatoria su práctica.

11.- La violación a la garantía a ser careado trae como consecuencia la nulidad de todo lo actuado a partir del momento de la violación. Cuando esta consiste en la omisión del careo, se nulifica el procedimiento a partir del auto de formal

prisión o sujeción a proceso, porque en éste se fija el delito por el que va a defenderse el procesado.

12.- La omisión de los requisitos del careo es una violación a las leyes del procedimiento y la reposición del derecho violado, consiste en llevar a cabo la diligencia o reponerla cuando se viole el procedimiento.

13.- La garantía de ser careado el inculcado con las personas de depongan en su contra, no es obligatoria su practica en la averiguación previa, independientemente de que lo solicite o no el indiciado, según se desprende de la fracción X, penúltimo párrafo del artículo 20 Constitucional, lo cual consideramos va en perjuicio del derecho de defensa.

14.- La garantía de nombrar defensor que contempla la fracción IX del propio artículo 20 Constitucional partió de la necesidad de reconocer al acusado, de manera expresa e indubitable, su igualdad frente a la Ley, de tal forma que en el curso del procedimiento penal se logre mantener el equilibrio entre las partes, así como para evitar en gran medida la práctica que se hacía de llevar a cabo diligencias judiciales frente a un individuo que carecía del recurso más elemental de asistencia jurídica y casi siempre víctima de

total aislamiento.

15.- Debemos tomar en cuenta que las reformas Constitucionales y procesales analizadas en el presente trabajo, fueron diseñadas para mejorar el Procedimiento Penal; precisar, con rigor y transparencia, las funciones que competen a los agentes y órganos de autoridad en la procuración y administración de justicia; pero sobre todo, buscan consolidar la protección de los derechos humanos en todos y cada uno de los momentos procedimentales, como corresponde a nuestro Estado de Derecho; es decir, dichas reformas permitirán esencialmente:

I. Asegurar puntualmente el principio de que la investigación y persecución de delitos incumbe al Ministerio Público y que la policía Judicial está bajo la autoridad y mando de aquél;

II. Toda interrogación a un presunto culpable, será facultad exclusiva del Ministerio Público y no de la Policía Judicial;

III. La confesión realizada ante el Ministerio Público tendrá valor legal, entre otros requisitos, sólo si está presente el abogado defensor y la persona de confianza;

IV. Se prohíbe definitivamente toda incomunicación, intimidación o abuso que tienda a obtener una declaración;

V. Dado que el Ministerio Público es una institución de buena fe, éste tiene la facultad solicitar el sobreseimiento de la acción penal si tiene pruebas de la inocencia del acusado, dejando al juez la decisión.

16. Como se mencionó con las reformas que se estudiaron, tanto procesales, como la reforma al artículo 20 Constitucional, se confirman, clarifican y consolidan garantías individuales de gran trascendencia en el procedimiento penal, en cada una de sus etapas, pero además se establecen medios para asegurar su cumplimiento, así como los efectos de su inobservancia.

17. Se hace penalmente responsable al Ministerio Público en caso de incumplimiento, respecto de sus funciones; se reitera la obligación que tiene dicha autoridad de darle a conocer a la persona que sea detenida, o bien que se le atribuya un hecho delictivo, desde el primer momento, cuáles son las garantías individuales que le corresponden en esas circunstancias, previéndose también que el imputado pueda de inmediato comunicarse y nombrar a una persona de confianza para

que lo defienda y estar debidamente enterado que tiene el derecho de no declarar.

18.- Estas reformas procesales y a nuestra Constitución (artículo 20, fracciones II, IX y la adición de la fracción X), originaron que la confesión del acusado sólo pueda hacer prueba plena cuando se otorgue ante el Ministerio Público o el juzgador, en presencia de defensor o persona de su confianza y además reúna todos los requisitos legales; concluyendo que, con lo anterior, no se limita la acción de la justicia ni se impide la persecución de los delitos. El propósito de la reforma es erradicar la tortura y eliminar de raíz la posibilidad de ejercer coacción o obligar por medios ilegales al detenido a reconocer su culpabilidad; en tal modo se reafirman las funciones y facultades del Ministerio Público y del juzgador. La erradicación de las prácticas violentas, en contra de inocentes y delincuentes, es irreversible. En otras palabras, contamos con una estructura jurídica adecuada en este renglón, sin embargo, para complementar dicha estructura hace falta, como ya antes mencionamos, que se de en la realidad el estricto cumplimiento a dichas disposiciones, además de que consideramos, una reforma constitucional, en el sentido de que se contemple en nuestra Carta Fundamental, la reglamentación adecuada de la averiguación previa, como a continuación se

plantea:

Dada la importancia de la etapa de la averiguación previa en el procedimiento penal, en virtud de que en ésta se dan las bases fundamentales por las que se llevará a cabo en contra del inculpado un proceso jurisdiccional; que es en dicha etapa de investigación de los delitos donde se comenten las mayores arbitrariedades por parte de la autoridad y la mayor violación a los derechos humanos; tomando en cuenta también que nuestra Constitución Política no regula suficientemente la averiguación previa, consideramos necesaria una reforma Constitucional que la establezca, que concretamente sería al artículo 20, ya que en él se establecen garantías que en todo proceso de orden penal tiene el inculpado, haciéndose solo algunas de ellas extensivas a la averiguación previa. Lo anterior, en razón de establecer con mayor claridad los límites de actuación de los órganos del Estado durante diferentes momentos procedimentales y buscar expresar de la mejor manera los alcances del contenido de las respectivas garantías constitucionales, así como, evitar dichas detenciones arbitrarias y violaciones a los derechos humanos, además de tener un concepto más amplio y acorde a la integridad del hombre, así como lograr una justicia más eficaz.

Consideramos que, si como se mencionó, las garantías

consagradas en el artículo 20 Constitucional, de acuerdo al propio precepto, son observables en todo proceso penal, y solo algunas de ellas son aplicables a la averiguación previa, es necesario, que la reforma que proponemos en la conclusión anterior, se de en el sentido de incluir en el texto Constitucional del artículo en cita, la regulación que sobre la averiguación previa hacen los Códigos de Procedimientos Penales, tanto el Federal como el del Distrito Federal, cuando un inculpado es detenido o se presentará voluntariamente ante el Ministerio Público, en sus artículos 128 y 269, respectivamente, los cuales amplían de manera notable su derecho de defensa en comparación con las garantías que el artículo 20 Constitucional, tiene como obligatoriamente observables para la etapa indagatoria. De esta manera quedaría, con los ajustes de forma necesarios, contemplada en forma particular, la averiguación previa en nuestra Ley Fundamental.

19.- Como ya antes se mencionó, el país crece y se desarrolla, volviéndose cada vez más complejas las relaciones humanas. El delito y los delincuentes también avanzan; el crimen adopta cada vez formas más sofisticadas y con consecuencias muy graves; por lo que el Estado requiere de los instrumentos legales necesarios para lograr que prevalezcan el orden, la seguridad y la paz pública, tomando en cuenta que en

el ejercicio del poder público, el respeto a los derechos humanos y a las garantías individuales del gobernado, es una exigencia fundamental.

20.- No obstante, nuestra propuesta, debemos tomar en cuenta que los resultados obtenidos en este campo han sido positivos, aunque también estamos muy lejos de la perfección, ya que, consideramos que en un procedimiento dinámico como el nuestro, las necesidades cambian, al igual que las circunstancias, es por ello que no debemos dejar de asumir nuestra obligación de mejorar las leyes e instituciones que regulan la materia.

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

Alcala-Zamora y Castillo, Niceto. Derecho procesal Mexicano. t.1. México, Porrúa, S.A., 1976.

Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. 8a. ed. México. Kratos, S.A. de C.V., 1992.

Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. 19 ed. México, Editorial Porrúa, S.A., 1985. (c 1985)

Burgoa Orihuela, Ignacio. El Juicio de Amparo. 24 ed. México, Porrúa, S.A., México, 1988. (c 1988)

Briseño Sierra, Humberto. Estudios de derecho procesal. v.I. México, Cárdenas Editor y distribuidor, 1980.

Briseño Sierra, Humberto. El enjuiciamiento penal Mexicano. México, Trillas, S.A., 1976. (c 1976)

Carnelutti, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

Carnelutti, Francesco. Derecho procesal civil y penal. t.I. "Derecho y Proceso". Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

Carrara, Francisco . Programa del Curso de Derecho Criminal. vol. II. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1944.

Castro, Juventino V. Lecciones de Garantías y Amparo. México, Editorial Porrúa, S.A., 1974. (c 1974)

Colín Sánchez, Guillermo Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 5a. ed. México, Editorial Porrúa, S.A., 1979. (c 1979)

Florián, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Traducción de L. Prieto Castro. Barcelona, Librería Bosch, 1934.

Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. 3a. ed. Prol. Francisco González de la Vega. México, Porrúa, S.A., 1946.

García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. 3a. ed. México, Porrúa, S.A., 1980. (c 1980)

García Ramírez, Sergio. Proceso Penal y derechos Humanos. México, Porrúa S.A., 1992. (c 1992)

García Ramírez, Sergio. Estudios Penales. México. Escuela Nacional de Artes Gráficas, 1977.

Giovanni Leone. Tratado de Derecho Procesal Penal I. vol. II. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. (c 1963)

González Blanco, Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano en la Doctrina del Derecho Positivo. México. Ed. Porrúa, S.A., 1975. (c 1975)

González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. 9a ed. México, Ed. Porrúa, S.A., 1988. (c 1988)

Gomez Lara, Cipriano. Teoría General del proceso. 2a. ed. México, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

Guarneri, José. Las Partes en el Proceso Penal. México, Ediciones José M. Cajica Jr., 1952.

Islas, Olga y Elpidio Ramírez. El Sistema Procesal Penal en la Constitución. México. Ed. Porrúa, S.A., 1979.

Lozano, José María. Estudios de Derecho Constitucional Patrio en lo relativo a los Derechos del Hombre. 2a. Ed. Porrúa, S.A., 1992.

Madrazo, Carlos. Estudios Jurídicos. cuad. 19. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985.

Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal. Estudio Constitucional del Proceso Penal. 3a. ed. México, Ed. Porrúa S.A., 1990 (c 1990).

Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. t.I. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Pról. de Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europa-América, 1951.

Pérez Palma, Rafael. Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. México. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1980 (c 1980)

Osorio y Nieto, Cesar. La averiguación previa. 4a. ed. México,

Porrúa, S.A., 1989. (c 1989)

Ovalle favela, José. Estudios de derecho procesal. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.

Pallares, Eduardo. El Procedimiento Inquisitorial. México, Imprenta Universiditaria, 1951.

Rivera Silva, Manuel. El procedimiento penal. 19a. ed. México, Porrúa, S.A., 1990.(c 1990)

Tena Ramírez, Felipe. Leyes Fundamentales de México 1808-1987. 8a. ed. México. Porrúa, S.A., 1978.

Zamora-Pierce, Jesús. "Garantías y Proceso Penal". 5a. ed. México. Ed. Porrúa, S.A., 1991. (c 1991)

R E V I S T A S

Diario de Debates de la Cámara de Diputados. 18 de Diciembre de 1990. LIV Legislatura-Poder Legislativo Federal. Año III, No. 19.

Fairén Guillén, Víctor. "La disponibilidad del derecho de defensa". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. (Madrid) mayo-agosto 1969, t. XXII, fascículo No.3.

Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México. 15 de noviembre de 1990, núm. 4.

García Ramírez, Sergio. "Actualidad de los Derechos Humanos en materia Penal". Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. (México, D.F.) enero-abril 1989, año IV, no. 10.

Islas, Olga. "La prisión preventiva en la Constitución". Revista JUS SEMPER. Editada por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca (México), 1988, No.5 p. 11.

Martínez Lavalle, Arnulfo. "Sobre el proceso penal". Revista Criminalia (México.D.f.), Ene. de 1949, núm. Año XV.

Prieto Castro y Fernández, Leonardo, Conferencia pronunciada

el día primero de julio de 1978 en la aula "Miguel de Unamouno", de la Universidad de Salamanca, bajo el patrocinio del ilustre Colegio de Abogados, la Escuela de Práctica Jurídica y el Departamento de Derecho Procesal, ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca (España) 1979.

Ramírez Hernández, Elpidio. "Juicio Penal y Derechos Humanos". Revista JUS SEMPER. Editada por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca. (México), 1990, No. 7.

Zamora-Pierce, Jesús. " Grandeza y Miseria de los Derechos Humanos en el Derecho Procesal Penal Mexicano". Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. (México) Enero-Abril 1989, año IV. no.10 .

D I C C I O N A R I O S

Diccionario de Derecho Procesal Civil. 3a. ed. México, Porrúa S.A., 1984. (c 1984).

Diccionario Jurídico Mexicano. 4a. ed. México, Instituto de Investigaciones. Porrúa S.A., 1991.

Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. Buenos Aires, José Alberto Garrone, 1987.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, Driskills S.A., 1986 (c 1986).

Gran Enciclopedia Rialp. 6a. ed. Madrid, Rialp, S.A., 1989. & 1989).