



879309  
2<sup>3</sup>eje.

# UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE.

---

Escuela de Derecho Incorporada a la

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

Clave 8793-09

**LOS DERECHOS SUBJETIVOS DE LOS DETENIDOS.**

**TESIS**

Que para obtener el título de

**LICENCIADO EN DERECHO.**

Presenta :

**ALEJANDRA PATRICIA BRISEÑO GOMEZ**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



## **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.

## INDICE.

## I N D I C E.

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

### CAPITULO I.- LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN EL PROCESO PENAL.

1.- La garantía de legalidad.....	5
2.- La garantía de seguridad jurídica.....	12
3.- Las garantías que prohíben la absolución de la instancia y el principio del non bis in idem.....	18
4.- La garantía de Litis cerrada.....	23

### CAPITULO II.- DERECHOS SUBJETIVOS DEL DETENIDO.

1.- La facultad de no autoincriminarse.....	29
2.- El derecho de defensa.....	34
3.- El derecho a no ser encarcelado.....	42
4.- La brevedad del proceso penal.....	47

### CAPITULO III.- DERECHOS PROCESALES DEL DETENIDO.

1.- La presunción de inocencia.....	55
2.- La carga de la prueba.....	60
3.- La libertad provisional bajo caución.....	66
4.- El derecho a ofrecer pruebas.....	71

## CAPITULO IV.- HACIA LOS DERECHOS HUMANOS.

1.- Concepto de Derechos Humanos.....	76
2.- Sugerencias para evitar la innecesaria prisión.....	81
3.- La técnica legislativa penal.....	84
4.- La política penal legislativa en México.....	88
CONCLUSIONES.....	94
BIBLIOGRAFIA.....	99

## INTRODUCCION.

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

El crimen es una anomalía social que, obviamente, se desea expulsar o impedir. En el transcurso del tiempo, la solución se ha buscado en uno y luego en otro de estos extremos. Primeramente, los esfuerzos se dirigieron hacia la expulsión, lo cual sólo tiene sentido cuando se trata de excluir al autor del delito del seno de la comunidad; después, se consideró importante prevenir la delincuencia, y entonces se elaboraron esquemas de medidas precautorias, o de trabajos de recuperación de la normalidad social.

Como quiera que sea, la paz social exige la aplicación de un conjunto de normas que, en principio, son sancionadoras de las conductas lesivas. Esta exigencia se ubica en el plano más elevado de la juricidad vigente, esto es, a nivel de la Norma Constitucional que representa en sí mismo la jerarquía constitucional del proceso penal.

La ubicación de las ideas directrices en materia penal es realmente indiferente, se podrá decir que el derecho penal está en la base de toda la sistematización positiva, que se halla en el fondo de la regulación vigente o está en la cúspide axiológica de la Constitución. A fin de cuentas, el derecho penal será esencial en el primer caso, fundamental en el segundo y superiormente válido en el tercero.

Así entonces, en el transcurso del procedimiento que surge inmediatamente después de la comisión del delito y que termina con la realización de la pena, hay un período característico, en donde sin duda el gobernado ha quedado a disposición de la autoridad del Ministerio Público o en su defecto con el Órgano Jurisdiccional pero siempre en calidad de detenido, es decir, privado de su libertad.

Parecería que cuando el sujeto ha quedado en cautiverio, todos aquellos derechos que lo asisten estando en libertad han desaparecido, sobre todo porque en su condición de detenido ve restringido el libre ejercicio de sus derechos y deberes, siendo que en tal caso también debe asistirle en aras de reconocer su dignidad y el respeto a la misma.

De por sí no siempre se ha tenido conciencia de la exacta separación entre el detenido, el procesado y el reo lo que ha visto sometida esa idea a un análisis doctrinario que en esta ocasión empezaremos a analizar.

La presente investigación inicia desde el punto de vista de las garantías individuales, porque son precisamente esos derechos subjetivos públicos los que convierten a los integrantes de la sociedad en los destinatarios de la normatividad positiva vigente, y sólo plantea excepciones para el caso de los que a través de un mandamiento judicial son privados de su ejercicio o bien de su goce. En tanto los detenidos desde luego deben ser sujetos del respeto a su más mínima garantía de legalidad y seguridad jurídica propia de los regímenes de derecho como el nuestro.

No se requiere tener conocimientos especiales para comprender que el procedimiento penal tiene como idea fundamental la imposición de un castigo, de manera que cuando el público se entera de una trasgresión en perjuicio de una persona aparece el fenómeno del rechazo, sin reflexionar que el detenido puede a la larga -en el proceso penal- demostrar su inocencia, sin embargo, para entonces, ya habrá efectos en su personalidad por el simple hecho de haber estado en prisión.

Lograr que las autoridades sujeten su actuación en el proceso penal con apego a la ley es el reto, que no una misión imposible, pero sí una meta en la que aquellos que

empezamos al ejercicio profesional nos demos cuenta de su importancia y su valor sin más intención que demostrar una premisa: el detenido, debe ser respetado y sujeto de garantías no solo constitucionales como hasta ahora, sino también procesales.

Entonces, partiendo de los términos constitucionales, se analizarán someramente las atribuciones de los órganos públicos que tienen la responsabilidad exclusiva del origen y seguimiento de las etapas procesales del juicio penal.

Mientras tanto, en el segundo capítulo de la tesis, se advertirá una problemática que nunca pasara de moda en el derecho procesal penal como lo es: las garantías constitucionales en el proceso penal. Sus efectos, su trascendencia en la determinación de la situación legal del detenido es la mira u objetivo en este punto, el derecho a la designación de defensor, a la práctica de los careos, la fijación del tema de la litis, la carga de la prueba, entre otros, sin que se trate de una repetición pero si al menos se sugerirán -al final del trabajo- algunas medidas de solución.

En alguna parte del rubro de las tareas del ejercicio del poder público, el detenido queda materialmente a la disposición de una autoridad distinta a la judicial, es decir, del poder ejecutivo quien a través del carcelero se encargará de la vigilancia y custodia del privado de su libertad, pero para ello nadie desconoce que el olvido y la ignorancia hacen que el detenido vaya perdiendo la posibilidad de reintegrarse positivamente a la sociedad como un ente útil, en cambio, el rencor, el odio aumentan conforme avanza el tiempo.

Por eso en la tercera parte de este trabajo estaremos ocupados de captar las ideas más importantes sobre una sana política criminal que haga a la prisión cumplir con los fines que le fueron encomendados.

Hasta llegar a la última parte de la investigación, en donde una vez conocida la realidad mediante el planteamiento objetivo aunque crudo del tema, vamos a caer en la cuenta que debemos preocuparnos hondamente por el detenido, no protegiendo en gran desmido pero si en el marco de la legalidad y hasta donde el respeto a su persona y su dignidad alcance. De ahí surge la idea del título de ese capítulo: "Hacia los derechos humanos".

## CAPITULO PRIMERO.

## CAPITULO I.- LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN EL PROCESO PENAL.

SUMARIO I: 1.- La garantía de legalidad. 2.- La garantía de seguridad jurídica. 3.- Las garantías que prohíben la absolución de la instancia. 4.- Principio del non bis in idem.

### I.- LA GARANTIA DE LEGALIDAD.

Los preceptos constitucionales que delinean las características de nuestro sistema de derecho, se encuentran en los numerales 14, 16 y 133, mismos que consagran el principio de legalidad; esta garantía individual, establece que en la República Mexicana las atribuciones de los órganos del Estado sólo tienen validez si se encuentran establecidos en ley.

Se infiere por otro lado, que nuestro sistema de derecho es legalista, pues los preceptos en comento ordenan que para que se afecte la esfera jurídica de los gobernados debe existir la ley, la que a su vez debe estar en vigencia con anterioridad a la conducta para poder encuadrar materialmente el contenido de la norma jurídica.

De tal forma que la Ley es el único instrumento que consagra las facultades de los órganos del Estado. La esfera de la competencia de los poderes públicos federales y estatales se encuentra en lo dispuesto por la Constitución y las facultades de los órganos del estado que integran los Poderes del Gobierno Federal y del gobierno de las entidades federativas, se establecen en la Ley Ordinaria.

Nace entonces el llamado Principio de Legalidad, que por cierto tanta trascendencia ha tenido en el derecho público moderno y en virtud de él pueden enunciarse algunos apotegmas ya bastante discutidos pero que no por ello deben perderse de vista. De esta guisa me concretaré en el posible a enunciar algunas.

"La garantía de legalidad es una de las más valiosas que el Estado declara y otorga al hombre, y se obliga a respetar. Por ello se consideran ilícitas las arbitrariedades y los atentados de toda clase de autoridades, desde las más elevadas hasta las más inferiores". (1)

Esta premisa desde luego hace que todo poder público, así como toda facultad de mandar ha de tener su fundamento en la ley, sea directa o indirectamente, porque la autoridad que carezca de él o en el acto, que no se apoye en la ley es ilícito y debe ser sancionado.

No menos es cierto, que el principio de legalidad ha dado nacimiento al llamado Estado de Derecho que sin él no puede existir, es decir que un Estado organizado jurídicamente bajo el imperio de la ley, a la que todos deben obedecer, si no es acatada por las autoridades o los gobernados, tiene por efecto inmediato la desaparición de la seguridad jurídica, la justicia queda burlada y la paz y la moral social sufren un serio quebranto.

Ahora bien también hay que darse cuenta que para mantener el principio de legalidad, los constituyentes de 1857 establecieron lo que conocemos como el juicio de amparo, institución jurídica de gran calidad que honra a nuestros juristas.

Tan devotos al principio de legalidad se mostraron los mencionados legisladores que el artículo 16 constitucional, que lo enumera, prohíbe que se causen "simples molestias" a los particulares por parte de las autoridades., sea cual fuere la jerarquía de éstas, si no tienen un fundamento legal que conste por escrito.

Acentúa el Estado de derecho que nuestra Constitución establece, el artículo 14 que ordena la prohibición de que se prive de la vida, la libertad, propiedades y bienes de las

personas sin antes haber sido oídos y vencidos en juicio en el que se respeten las normas esenciales del procedimiento.

Nadie mejor que Sócrates demostró la trascendencia social del principio de legalidad cuando se rehusó a huir de Atenas para eludir la injusta pena de muerte que le fue impuesta, y le argumentó a Critón en estos términos de sublime elocuencia por la ocasión en que fueron expuestos:-

“ No puedo abandonar los principios que he profesado toda mi vida porque me ocurra una desgracia; los veo siempre de la misma manera y me parecen tan poderosos y tan respetables como antes. Qué importa, en efecto, lo que pasa en la región inferior de los sentidos. La misma luz brilla siempre en la región de la inteligencia. Los ojos ven de igual manera los objetos cuando nos desagradan que cuando nos placen; así conserva la razón su visión uniforme de la verdad.

Si no tienes mejores principios que darme a conocer, sabe que no me conmoverás, aunque la multitud irritada, para asustarme como a un niño, me presentara imágenes más horribles aún que las que rodean, los hierros, la miseria, la muerte. No es de hoy el que profese yo el principio de no escuchar otra voz que el de la razón ”.(2)

Como podrá ser apreciado, el principio de legalidad exige que la actuación de la autoridad se ajuste a la razón, que deje a un lado la arbitrariedad y el capricho del encargado de su aplicación, por ello la necesidad de la fundamentación de la motivación.

Así pues, aquellos que se ven privados de su libertad porque con su actuación dan origen a un hecho reprochable desde el punto de vista del derecho penal, se hacen acreedores a una sanción que no puede ir más allá de los límites marcados por la ley.

Tan cierta es esta afirmación que, el segundo párrafo del artículo 14 constitucional ordena como regla general que la esfera jurídica de los gobernados sólo podrá verse afectada por la actividad judicial y mediante juicio, con base en las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Por eso en materia penal, sólo los tribunales podrán decretar la privación de la libertad e imponer sanciones para reprimir los delitos cometidos. Esa expresión "mediante juicio" prevé la afectación de la libertad del particular en contra de quien se dicte la orden de aprehensión y se faculta a determinar la prisión preventiva cuando el inculcado es encontrado presunto responsable de algún delito y se le dicte auto de formal procesamiento en su contra.

Necesariamente al juzgar provisional o definitivamente sobre la existencia del delito y la presumida responsabilidad, el órgano judicial debe adecuar la conducta material a los hechos jurídicos que la ley contempla. Esta actividad denominada ejercicio del arbitrio judicial, es la interpretación de la ley. Tal facultad esta también regulada en el mismo precepto al que hemos hecho referencia.

Así del derecho romano surgieron los principios jurídicos: "nullum crimen sine praevia lege poenali" y "nulla poena sine praevia lege poenali" que significa "no hay delito sin ley ni pena aplicable, sino se contiene en la ley". Estas disposiciones, ceslan la actividad judicial en materia penal a lo consagrado en la ley.

Es opinión común que estos principios consagran la prohibición de integrar la ley en materia penal; pero no es así, sólo establecen la disposición de legalidad tratándose de la creación de delitos y de la pena con la que se reprime.

Es entonces que el constituyente del 17 toma del derecho romano ese principio de legalidad y lo establece en materia penal como "la exigencia de la aplicación estricta de la ley en esta rama de la ciencia jurídica" (3).

El principio de legalidad en materia penal restringe la existencia de delitos y la penas al contenido exacto de la norma jurídica; sólo puede ser delito lo que la ley le da esa calidad y la sanción correspondiente será exclusivamente la prevista como pena en la disposición legal.

Luego entonces, en la actualidad, persisten dentro del sistema penal mexicano un conjunto de pilares a los que se les ha llamado: Garantías individuales en materia penal.

La referencia particular de cada una de ellas se inicia precisamente con la de legalidad que corresponde a la materia sustantiva, que como ya ha quedado plasmada a lo largo de esta exposición, el delito y la pena deben estar previstos en la ley, con ello se logran varios fines de la justicia, a saber :-

a) la ley responde, en lo posible, a los ideales valorativos del grupo social al que se dirige, pues el órgano de Estado facultado para emitirla esta conformado por los representantes de los gobernados y son portavoces de éstos dentro del proceso legislativo.

b) se acentúa su imparcialidad porque se evita crear situaciones normativas para casos concretos.

c) al requerirse la publicación de la ley en un órgano oficial, llámese diario, periódico, gaceta, etc., exista la posibilidad de que el gobernado la tenga a su alcance. En este

sentido se pronuncia Roxin que "todo ciudadano debe, por tanto, tener la posibilidad, antes de realizar un hecho, de saber si su acción es punible o no". Asimismo, ello sigue dando apoyo al aforismo error iuris nocet, porque el error o el desconocimiento sobre el texto de la ley no tiene ni debe tener efectos como regla general, pues el individuo tuvo la oportunidad de conocerlo leyendo su publicación.

d) se evita con la prohibición de la retroactividad en perjuicio de la persona, que la justicia penal sea instrumento de venganza.

e) limita la actuación de los órganos jurisdiccionales y ejecutores de la pena, dado que no puede ir más allá de los límites establecidos en la ley penal, ya que, solamente por el hecho descrito en la ley como delito se puede imponer la pena que la misma señala, en la medida que esta indica y de acuerdo a la determinación concreta en el caso".(4)

Como bien puede verse, frente a una eventual y pretendida actuación arbitraria de los órganos del Estado, la ley garantiza la libertad individual por cuanto a que, cualquier intromisión en esta esfera que no le sea permitida en la ley penal, resulta ilegal.

Establecido el principio de legalidad señalaremos en que casos, en forma encubierta o manifiesta, se viola:-

Cuando alguna autoridad no tiene facultades para crear leyes, o no las tiene para emitir leyes penales, crea disposiciones que pretenden describir delitos o penas. Tal como sucedió en el año de 1982 con que el Ejecutivo Federal a través de un decreto indicó que las penas por el contrabando serían aplicables a ciertos casos y, estos, no eran los contemplados en la ley.

Cuando existe excesiva tipificación, es decir, el número de figuras delictivas es tanto que el individuo materialmente tiene poca libertad, dado que el marco de lo prohibido u ordenado es excesivo.

Cuando se crean leyes penales, tipos o figuras delictivas, que contienen descripciones tan amplias que cualquier cosa es delito, y ejemplo de ello sería una ley que indicará que comete delito la persona cualquier acción u omisión socialmente nociva.

Cuando el legislador, sin tener facultades para ello, sustituye su función en otro órgano del Estado.

Cuando la ley permite que otra autoridad le de contenido a la figura delictiva, esta es una cuestión que en una u otra forma aparece en las leyes penales.

Cuando las leyes penales indican que el comportamiento descrito será delictivo en los casos en que así se estime por el juzgador.

Cuando el mínimo y el máximo de la pena que señala la ley sea tan desproporcionado que materialmente resulte el mínimo y el máximo general de la pena. Por ejemplo si se quisiera castigar el delito de robo de 3 días a 50 años de cárcel, siendo estos precisamente los límites inferior y superior que señala la Constitución para castigar un delito.

Cuando la ley señala que la pena será la que el juzgador estime en calidad o cantidad.

Serían innumerables los supuestos, pero para ejemplificar son solamente algunos que si acaso aparecen en el mundo de la realidad como más frecuentes.

Lo cierto es que este principio es de estricta observancia a efecto de proteger al particular del poder público.

## 2.- GARANTIA DE SEGURIDAD JURÍDICA.

La Constitución Política del país consagró en favor del gobernado, una serie de derechos que clásicamente se conocen como garantías individuales o garantías constitucionales, algunas del cuales están en íntima relación con las leyes y con las prácticas penales. A ellas se les denomina garantías penales que, a su vez, abarcan la garantía de legalidad -ya examinada-, la garantía de seguridad jurídica y la garantía de respeto a la dignidad humana.

Las garantías de seguridad jurídica son una extensión de las garantías de legalidad, su existencia es producto de una historia impregnada de crueldad e injusticia que se dio en los siglos XIX y anteriores. Como quiera que hubiese sido, desde los más antiguos pueblos de los cuales se tiene noticia, se utilizaron los castigos como medio de reacción a cierto tipo de comportamientos, expresión de ellos es el Código de Hammurabi que prevé penas de muerte, mutilación, multas, etc.

Parecería que es innato al ser humano tomar bajo su responsabilidad por beneficio individual, grupal o colectivo, la vida de los demás, utilizando la vía del orden, o de la prohibición vinculando con su inobservancia el castigo.

No es el objetivo brindar una secuencia detallada de como fue evolucionando el sistema penal de los diversos pueblos y naciones, sin embargo y porque muestra

legislación penal tiene antecedentes en las europeas, conviene puntualizar cual era el estado de cosas que la justicia penal guardaba en ese entonces.

En cuanto a precisar, qué hechos eran delitos, las leyes tenían una función limitada, habida cuenta que los jueces y magistrados contaban con amplias facultades y atribuciones para considerar delito a cualquier comportamiento realizado por el individuo, además; podían determinar bajo su arbitrio la pena o penas aplicables, aún cuando no fueran las previstas en la ley, ya en cantidad mayor o menor.

En los procesos penales, el acusado era un objeto a disposición de la justicia que, por lo general, debía permanecer pasivo ante el denominado sistema inquisitorial de enjuiciamiento, a través del cuál el juez desarrolla toda la actividad procesal fungiendo como investigador, acusador y sentenciador.

El procesado no disponía de recursos que garantizarán su defensa y podía ser sometido a tortura como medio para obtener su confesión, como castigo previo a la pena capital, o como castigo por sí mismo. La ocasión de sentenciar a una persona era propicia para que rindiera fruto el Estado, quien lo utilizaba para las más diversas tareas. Las prisiones eran verdaderas jaulas en donde estaban presentes malos tratos, vicios, enfermedades, insalubridad etc.

En el Siglo de las Luces se alzaron las voces que criticaron este sistema de cosas y, entre los más conocidos, están Juan Jacobo Rousseau, Beccaria, Lardizábal y Uribe, Howard, Verri, entre otros.

De las ideas de ellos y de otros, que de alguna forma quedaron plasmadas

en sus escritos, a veces anónimos para seguridad personal, resultan dos cosas: por una parte, nos brindan una idea de la condición del individuo frente a las autoridades y, por la otra, nos permiten conocer la forma en que evoluciono lo que se ha dado en llamar Sistema Penal con la observación de la revolución que en él se gestó.

La revolución es un cambio brusco de valores, ideas, sistemas, fines que sirven de sustento a un grupo social en alguno de sus aspectos. En ese sentido el cambio de situación del ser humano frente a la justicia penal se dio en forma vertiginosa dada la aceptación de las ideas progresistas de los pensadores citados. Uno de los efectos de esto fue que los Estados dieron mayor importancia a las leyes penales y ello dio pie a que se iniciara el estudio científico del Derecho Penal, y a su vez se presentará el nacimiento de esta ciencia.

Lo interesante es que la persona humana es valorada en cuanto a su libertad, su vida, pues fue patente que, la libertad personal y la seguridad jurídica son pilares de cualquier Estado que se precie de ser, al menos, nombrado como democrático, toda ley y todo órgano de gobierno tiene como finalidad el bienestar del individuo, ya como ente singular o como integrante del conglomerado o grupo social (5)

Así entonces, la garantía de seguridad jurídica en materia penal, tiene también su fundamento legal en los artículos 14 y 16 de la Constitución, aunque también se relacionan a ella los numerales 17 a 21 del mismo cuerpo de leyes y de los cuáles se derivan las consideraciones que a continuación propongo a su discusión:-

**Las penas son impuestas por una autoridad y nunca por los particulares.**

No cualquier autoridad puede imponer las penas, sólo la autoridad competente, que es aquella en que se deposita esa facultad según una ley orgánica determinada. A manera de ejemplo: la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Guanajuato, que a su vez indica quienes son las autoridades competentes para sancionar al autor de un hecho penalmente relevante.

La autoridad penal competente exclusivamente puede aplicar penas por vía del proceso penal o juicio del orden criminal en la terminología constitucional.

La institución del Ministerio Público es la única que puede iniciar un juicio del orden penal ante la autoridad competente. Ninguna otra autoridad o persona, ni el mismo juzgador penal, cuanta con la potestad de dar inicio a un trámite de esta naturaleza. Ello tiene su razón de ser, si se considera que el proceso penal representa una de las intervenciones más significativas en la esfera personal de los gobernados, la cuál se vería constantemente amenazada si se permitiera a cualquier ciudadano o autoridad iniciar un proceso penal, como ocurre en materia civil. Pues que para los fines del proceso penal se requiere en algunos de los casos la privación de la libertad de la persona, sea por vía de prisión preventiva o de restricción.

En efecto, la Constitución dejó en manos de un sólo órgano la facultad de iniciar procesos penales: la institución del Ministerio Público y, para garantizar en la medida de lo posible que las actuaciones del Fiscal no resulten tan caprichosas, infundadas o arbitrarias, lo constituyó como una autoridad técnica en la materia penal y condicionó la potestad de pedir al inicio de un procedimiento al juez penal, a que previamente desarrollara una investigación "averiguación previa".

“ Iniciado un proceso penal el acusado cuenta con derechos frente al juez de la causa, entre otros, designar defensor, esto es, necesidad de estar asistido por una persona que cuente con conocimientos en la materia penal para que sea su guía en el desarrollo del proceso, oportunidad de conocer quien le acusa, derecho de replicar de la acusación mediante la posibilidad de ofrecer medios de prueba y de que estos se desahoguen, ser juzgado en un plazo breve, posibilidad de permanecer callado y no responder a los interrogatorios que se le formulen, confrontarlo, no estar incomunicado, etc.”(6)

También una vez iniciado un proceso penal debe llevarse a sus últimas consecuencias legales, sea que se le declare penalmente responsable o absuelto material o formalmente y, no podrá volver a acusar por los mismos delitos que motivaron el proceso.

Las penas de prisión que la autoridad imponga se cumplirán en los lugares que han sido específicamente destinados para ello, cuidando la separación de hombres y mujeres, procesados y sentenciados y por supuesto ser sometidos a un proceso de rehabilitación.

En suma todo acto de autoridad debe revestir formalidades como lo son : que se consagre por escrito, que sea dictado por autoridad competente, que este fundado y motivado. Si la entidad pública no cumple con esa exigencia, su actividad sólo reflejará anhelos personales, pero no dará nacimiento a una actuación de la autoridad que representa su titular.

La garantía en estudio brinda certeza jurídica al ciudadano porque le permite conocer, si la autoridad tiene su origen en la esfera de competencia del poder público, si la aplicación de la ley es correcta; y de ahí, si la autoridad resulta ser competente o no para dictar el acto que afecte la esfera jurídica de los particulares.

El sistema jurídico mexicano, al menos a nivel de la teoría, se ha preocupado por garantizar los derechos de los individuos, fiel, en última instancia, a los principios humanistas derivados del liberalismo imperante en los pensadores cuya influencia incidió en forma importante desde mediados del siglo pasado.

Buen número de instituciones y figuras jurídicas mexicanas fueron extraídas de conceptos e ideas puestas en marcha en países adelantados en el ámbito social y político. En México particularmente hubo necesidad de hacer adaptaciones para poder trasplantar esas ideas y adaptarlas en nuestras instituciones. Uno de ellas es precisamente la garantía de seguridad jurídica, la experiencia es elemental para el diseño normativo que de ese derecho público subjetivo conocemos.

La realidad de nuestro país es harto compleja, es de suyo que las leyes penales a veces son un mero producto del momento político y que no son efecto natural y ordinario de un estudio consciente y meditado. Pero no por ello se quiere decir que la autoridad en el ejercicio de su función traspase esa barrera que la propia ley le indica.

En resumen, debemos enfatizar que, el actual sistema penal, no sólo de nuestro país sino de muchos otros, se llega después de un lento devenir histórico y se espera o no, al menos la esperanza existe, que no solamente se siga respetando sino que, sin agravio a los legítimos derechos que la víctima tuviera, llegue a ser más beneficioso al delincuente y a la sociedad.

Un respeto más profundo a las garantías penales cabalmente concebidas, significaría el mejor avance del sistema. La única forma de lograrlo es con mayor preparación técnica en las autoridades e irrestrictos principios de legalidad, de seguridad jurídica que sumados a la honradez de quien desempeña la función pública tendrían evidentemente mejores resultados.

Para que la justicia penal cumpla con sus propósitos debe favorecer, hasta donde sea razonable y jurídicamente exigible, la observancia de los principios de seguridad jurídica y de legalidad de tal manera que ello sea el instrumento a través del cual podamos determinar que la actuación de la autoridad, es por antonomasia justa y equitativa en el marco de la legalidad.

De ahí entonces, la razón de que todo acto de autoridad este consagrado por escrito, lo que a la postre va a permitir al particular o gobernado probar su existencia a través del instrumento que lo contenga, esto es un medio de lograr certeza para el gobernado o dicho a la manera en la que nos estamos conduciendo: es un modo de garantizar la seguridad legal del destinatario de esa actuación judicial.

En tales condiciones nos queda a nosotros los particulares exigir de la autoridad el cumplimiento de las directrices planteadas en este punto Porque solo de ese modo podemos tener la plena certeza de que la autoridad siempre respetará al gobernado en la medida que éste sujeto a su poder público. Es quizás una conclusión provisional y si se quiere hasta simplista pero llena de un contenido que va más allá de las expectativas para ir a un punto de cabal entendimiento.

### 3.-GARANTIAS QUE PROHIBEN LA ABSOLUCIÓN DE LA INSTANCIA Y EL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM.

Las dos clases de garantías que ya han quedado enunciadas, pueden ser fácilmente advertidas en el artículo 23 Constitucional, que establecen límites a la actividad del poder público con facultades de dictar justicia dentro del proceso penal.

Comenzaremos pues, por la primera de ellas:- la absolución de la instancia.

Absolver de la instancia " significa concluir el proceso sin resolución que dirima el litigio planteado por las partes. Tal acto faculta para iniciar una nueva instancia o procedimiento, salvando las omisiones y deficiencias de la acción, de las pruebas, que el proceso anterior no permitieron obtener una sentencia "(7).

Al prohibir la Constitución tales actos de autoridad, se brinda a los gobernados seguridad jurídica en los juicios penales, consistente en que ejercitada acción penal es el juzgador quien debe decidir sobre la validez de la pretensión jurídica, ya en un auto determinativo de la situación jurídica del acusado, ya en sentencia e inclusive en el instante en que debe resolver sobre la procedencia o improcedencia de la orden de aprehensión. Solo ha lugar a que el órgano judicial permanezca pasivo cuando el indiciado esta sustraído a la acción de la justicia.

La disposición constitucional al inicio citada obliga a que el juez o el tribunal de apelación en su caso, determinen la trascendencia jurídica de la acusación, absolviendo o condenando, pero nunca dejando sin efectos la acción penal ejercitada, y facultando a la representación social para ejercer de nueva cuenta este derecho originando pues un segundo proceso.

Esta garantía procesal, complementa los dictados de la prohibición de no juzgarse dos veces por el mismo delito al inculpado, pues circunscribe aun sólo proceso el examen de la culpabilidad que pudiera resultarle cuando se ejercita la acción penal.

El juzgador toma contacto con el acontecimiento criminal hasta cuando el órgano acusador ha presentado su acusación contra una persona determinada en que se afirma que se es responsable de un ilícito penal. A partir de entonces comienza la marcha de la maquinaria judicial que a fin de cuentas el juzgador concluye con el dictado de una sentencia en cualquiera que sea su sentido, pero nunca podrá abstenese de decidir el litigio.

Esta institución jurídica de la absolución de la instancia, queda estrictamente prohibida en la materia penal, su razón es sencilla de adivinar, en muchos de los casos llevados por el juez penal, el sometido a su jurisdicción tiene que estar privado de su libertad provisionalmente y desde luego que llegado el momento procesal oportuno debe conocer si la causa de su detención fue prosperante o bien si en su caso, amerita su libertad.

Es entonces, en materia penal que el bien jurídico tutelado como lo la libertad adquiere gran importancia, pues tanto las autoridades como aquellos a los que se confía la defensa, tienen en sus manos la libertad de una persona, con todas las implicaciones que de suyo importa el solo hecho de la detención.

Conocer por parte del detenido su situación legal al inicio y al término del proceso penal, es una garantía de seguridad jurídica y de legalidad, porque de que otra forma puede darse cuenta el procesado cual es su condena por la comisión del hecho penal, por eso corresponde a la autoridad judicial llevar el trámite del proceso penal hasta sus últimas consecuencias para determinar en su oportunidad la sanción o castigo a la que se hace acreedor. Es pues razón más que válida para la prohibición que se menciona.

Pero no solamente lo que interesa es saber sobre la culpabilidad del agente activo o bien de su inocencia, sino que ello implica la toma de una decisión por parte de la autoridad en que concretamente en materia penal no puede fallar sino en dos sentidos:- condenando o absolviendo. Más importante que eso es dirimir la controversia planteada conforme a la pretensión de cada una de las partes.

Nuestra máxima Carta prohíbe, también, de modo terminante que una persona sea juzgada dos veces por el mismo delito.

Sólo autoriza la aplicación de la figura de la cosa juzgada en el proceso penal. Significa que si existe identidad de los hechos delictivos, en el delito por el que se acusa y en la persona del procesado, la resolución que se formule en ese proceso, será verdad legal y protege a ese gobernado de ser juzgado en segunda ocasión por los mismos hechos delictivos.

“ Los beneficios de esta figura constitucional operan en el caso de que, variándose la clasificación del delito, se ejercite de nuevo la acción penal, pretendiendo con ello se juzgue sobre los mismos hechos al inculpado. Ello evita el absurdo de que mediante un acto de autoridad de esta naturaleza se sujete a un proceso en forma indefinida al gobernado por esos hechos que se imputan como delictivos ”(8).

Hay que hacer notar sin embargo, que la garantía constitucional no constituye una patente de inmunidad que permita cometer delitos de la misma naturaleza a aquellos que ya han sido materia de proceso concluido con sentencia ejecutoria.

Si se realiza conducta que constituya delito, diferente a aquella por la que se juzgó, podrá enjuiciarse al gobernado por el nuevo delito, sin que ello constituya violación a las garantías individuales. Es decir, que se este en presencia de hechos diversos, aunque bien pueden ser similares, en tal caso es imperante admitir que no existe la dualidad de procesos.

Lo cierto es que los tratadistas del proceso penal han adoptado los tres clásicos elementos de la doctrina civil para establecer la identidad de las acciones:- 1) los sujetos, 2) el objeto la pretensión y 3) la causa. Aunque parece habérseles escapado, que entre el proceso penal y el civil, existen diferencias que no permiten al primero adoptar, sin más, las instituciones del segundo.

Se afirma lo anterior porque, en los procesos penales, el actor tiene siempre una idéntica pretensión: una sentencia que declare que se ha cometido un delito, que el procesado es responsable y se le imponga una pena. No podemos pues valernos del objeto de la acción para establecer diferencias o semejanzas entre los procesos penales, puesto que siempre encontraremos esa única pretensión en todos ellos.

En materia penal, la identidad del actor no nos importa ninguna información útil, al menos en el marco del sistema como el nuestro, que reserva el ejercicio de la acción penal para el Ministerio Público monopólicamente, en consecuencia es el único autor posible.

Luego entonces, debemos concluir que en materia penal, el principio del "non bis in idem" se aplica cuando en "dos o más procesos, se pretende juzgar a un mismo acusado por el mismo delito. A esa doble identidad subjetiva y objetiva, se refiere el propio texto constitucional, significa pues, que no puede intentarse acción criminal por el mismo delito y contra la misma persona" (9).

Solo vale aclarar que al mencionarse "mismo delito" por el cual nadie puede ser juzgado dos veces, se refiere a la conducta, y no a su nombre jurídico; al acto o actividad que se atribuye al acusado y no al tipo penal en el cual se clasifica. La doctrina al respecto es unánime.

En consecuencia es violatoria del principio del non bis in idem toda sentencia que pretende ocuparse de una conducta que ya ha sido objeto de otra sanción anterior, aun cuando una de esas dos sentencias tipifique la conducta de forma diversa, como el caso que pretenda juzgarse por fraude cuando sobre los mismos hechos ya lo fue pero por abuso de confianza.

Finalmente aunque resultase redundante, es claro que la redacción del texto constitucional se advierte en cierto sentido desafortunada, al expresar gramaticalmente que se refiere a "un mismo delito" cuando lo propio y técnicamente correcto hubiese sido afirmar que se refería a la conducta.

#### 4.-LA GARANTIA DE LITIS CERRADA.

La disposición constitucional contenida en el artículo 19 consagra el principio de que será en el auto de formal prisión el estadio procesal en que habrá de ser fijada la litis en materia penal.

Por cierto esta definición se conserva íntegra desde la Constitución del 17, pues que no tiene antecedentes en los textos constitucionales del siglo pasado. En ella se concede al detenido la garantía de que el juez, en el auto de formal prisión fijará la litis, es decir, determinará la materia del proceso, la cuál no podrá ser posteriormente cambiada. Conforme a ella, el auto de formal prisión debe precisar los hechos que se imputan al acusado y la clasificación jurídica que el juzgador atribuye a esos hechos, es decir, su nomen iuris.

En efecto, en el texto constitucional referido en el párrafo inicial se hace expresa alusión a dos delitos: el señalado en el auto de formal prisión y aquel otro que pudiera aparecer en la secuela del proceso. La correcta interpretación ha de demostrar que en la segunda hipótesis el constituyente llama delito a hechos delictivos que se imputan al procesado, y en la primera, emplea el término "delito" para designar la clasificación típica de esos hechos.

Esta doble garantía de seguridad jurídica tiene por objeto fijar la materia de la litis a fin de hacer posible la defensa del procesado. Si la Constitución no fijará al principio del proceso, que se determinará con precisión cuales son los hechos que se atribuyen al procesado y cual es el tipo penal que configuran, el contenido procesal no tendría márgenes ni límites. Cualquier cuestión podría traerse a juicio y el inculcado quedaría huérfano de toda posibilidad de defensa ante semejante acusación amorfa y omnicompreensiva.

Nadie duda que en todo juicio contencioso existe un litigio. Este a nivel de la doctrina de la Teoría General del Proceso se integra "con la demanda que consagra la acción cuyo contenido es la pretensión jurídica del actor y con la contestación de la demanda, que establece las excepciones y defensas; viene a constituir la pretensión jurídica del demandado" (10)

El juicio penal es un proceso contencioso. El litigio se va a resolver en el auto que determina la situación jurídica del inculcado o en la sentencia dentro del proceso. El debate versa sobre si la conducta es delito en términos de ley; si el indiciado realizó la conducta delictiva y si resulta penalmente responsable.

De ese modo, en el proceso represivo, la litis se integra en dos momentos distintos en calidades jurídica: en forma material, con la contestación del cargo que hace el indiciado en la audiencia pública al rendir su declamación preparatoria; y, jurídicamente en el auto que consagra la existencia del delito y la presunta responsabilidad penal, y sujeta al proceso al ciudadano.

" El juez debe fijar la litis, mediante la clasificación precisa del delito, en el auto de formal prisión. El nombre típico que el denunciante o querellante atribuyan a los hechos carecen de trascendencia y a nadie obliga, por su parte, el Ministerio Público ejercita la acción penal sobre hechos y, si bien en su consignación, los tipifica bajo un nombre determinado el juez es libre de

cambiarlo en el auto de término. En la misma forma podrá variar su clasificación hecha por él mismo en el momento de resolver sobre la orden de aprehensión" (11).

Para que sea el juzgador quien de la denominación al delito se baso el constituyente en el aforismo del "da mihi factum, debo tibi ius", es decir, de los hechos imputados por el Fiscal será entonces el órgano jurisdiccional el encargado de decidir conforme derecho respecto de los mismos.

Una vez firme el auto de formal prisión, ni las partes ni el juez mismo podrán variar la clasificación del delito. "Se equivocan pues, quienes consideran que la clasificación de los hechos expuesta en el auto que ahora nos ocupa puede ser variada en las conclusiones acusatorias del Ministerio Público, en cuyo caso la sentencia contemplará esta última clasificación. Admitir semejante posibilidad implica una doble violación a las garantías consagradas en el artículo 19 constitucional, puesto que ello no cumple los requisitos de sujeto y momento procesal oportuno -que ya enuncie- y que la Constitución marca como posibles. Esa violación tiene por efecto dejar al procesado sin defensa ante una acusación que se precisa apenas en las conclusiones, es decir, justamente el resultado que el Constituyente trató de evitar mediante el párrafo segundo del ya citado artículo de la Carta Magna." (12).

La garantía de litis cerrada esta destinada a proteger al procesado de los peligros que involucraría la reclasificación del delito en el curso de la instrucción, en las conclusiones acusatorias o en la sentencia, verdadera emboscada en la que naufragaría la defensa, pero, en algún caso excepcional, puede servir a un culpable para escapar de la sanción que merece, so pretexto de que el delito ha sido indebidamente clasificado por el juez.

De esta manera, una vez que el detenido ha conocido los supuestos de la acción penal, puede formular su defensa por sí mismo o por medio de su defensor, oponiendo resistencia a la pretensión jurídica del Ministerio Público.

Una vez precisada la acción penal y contestado el cargo por el detenido o su defensor, se integra materialmente el litigio en el juicio. Es en este momento procesal, que las partes precisan sus pretensiones jurídicas y brindan al juez los elementos de prueba que permitirán resolver la situación jurídica provisionalmente, ya dentro de las 72 horas o en la sentencia, para al final de cuentas determinar: si la conducta existe, está tipificada como delito en la ley, y si como ya también lo dije líneas anteriores si es probado la autoría material del responsable.

La acción penal no podrá ampliarse, ni alterarse el litigio, en los casos en que ejercitada la acción penal e integrada la litis del proceso, se descubra la existencia de otros delitos por los que no se juzga al inculcado. Más aún, deberá ser objeto de un nuevo ejercicio de la acción penal y si el Ministerio Público o el procesado tienen interés, podrán obtener la acumulación de los juicios, para que se sancione al presunto por la concurrencia real de delitos.

Ergo, es claro que la garantía de litis cerrada permite al detenido estar en aptitud de decidir la estrategia de su defensa según que convenga a su desarrollo, porque de otro modo se tendría que quedar en completo estado de indefensión.

Esto sin lugar a dudas no solo resulta que conculca la garantía a la que estamos aludiendo sino a todos los demás derechos públicos subjetivos que la propia Constitución otorga a los detenidos.

El respeto que las autoridades deben tener por las garantías individuales debe ser irrestricto, sólo que estuviésemos dispuestos a pagar el precio del absolutismo y la represión optáramos por una solución contraria, consistente en derogar todas las garantías y otorgar carta blanca al Estado para que persiga a aquellos a quienes atribuya la comisión de un delito, sin poner límite ni cortapisa alguna a su actuación.

Con ese método ciertamente será mayor el número de culpables sancionados, pero las fauces de esa justicia draconiana favorecerán también a muchos inocentes. El único resultado cierto es, que por ese camino, haríamos retroceder siglos al Derecho Mexicano.

Avanzar, progresar son premisas indisolubles apoyadas en la letra de la Constitución que pone coto a la actuación de la autoridad y la limita a solamente hacer aquellos que la ley le permite, en tanto el particular podrá hacer todo aquellos que la ley no le prohíba.

A pesar de todo, si el inculpado no es oído en defensa de ese nuevo delito o mejor dichos de esos hechos que se le imputan ello tendría necesariamente que importar una violación a las garantías de la litis cerrada, siendo que en la materia penal estamos trabajando con la libertad de las personas.

Luego entonces, conviene tener el cuidado debido en la interpretación de la ley y su aplicación al detenido, a quien debe hacerse saber todos sus derechos públicos subjetivos en aras de dar cumplimiento a los designios de la Constitución.

## CITAS BIBLIOGRAFICAS.

## CAPITULO PRIMERO.

- (1).- Pallares Eduardo, Diccionario de Amparo, Editorial Porrúa, S. A. México, 1984., Pág. 207.
- (2).- Ob. Cit. Pallares, Pág. 208.
- (3).- Mancilla Ovando Jorge Alberto., Las Garantías Individuales y su aplicación en el proceso penal. Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, Pág.126.
- (4).- Torres López Mario Alberto., Las Leyes Penales, Editorial, Porrúa, México, 1993., Pág. 127.
- (5).- Ob. Cit. Torres López., Pág. 127.
- (6).- Ob. Cit. Torres López., Pág. 130.
- (7).- Ob. Cit. Mancilla Ovando., Pág. 230.
- (8).- Ob. Cit. Mancilla Ovando., Pág. 232.
- (9).- Zamora Pierce Jesús., Garantías y proceso penal, Editorial Porrúa S.A., 3a. Edición, México, 1988, Pág. 356.
- (10).- Ob. Cit. Mancilla Ovando., Pág. 129.
- (11).- Ob. Cit. Zamora Pierce., Pág. 61.
- (12).- Ob. Cit. Zamora Pierce., Pág. 65.

## CAPITULO SEGUNDO.

## CAPITULO II.- DERECHOS SUBJETIVOS DEL DETENIDO.

SUMARIO II: 1.- La facultad de no autoincriminarse. 2.- El derecho de defensa. 3.- El derecho de carearse. 4.- La brevedad del proceso penal.

### 1.- LA FACULTAD DE NO AUTOINCRIMINARSE.

Cuando el ciudadano dentro de nuestro país, se encuentra sujeto a proceso penal, tiene la protección de lo inspirado en el artículo 20, fracción II de nuestro Ordenamiento Legal la Constitución diciendo lo siguiente:

" En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías. . . II.- No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incommunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto".(13).

Abundando un poco, durante largos siglos, el Derecho procesal penal aceptó como verdad indiscutible el apotegma: "La confesión es la reina de las pruebas." Así se expresaba la valoración de esta probanza como plena. Si el acusador producía la confesión del reo, se veía relevado por completo de la carga probatoria.

Los fiscales encontraron que la forma más eficaz y expedita para obtener la confesión del acusado consistía en someterlo a tormento y, llevados sin duda por su amor al principio de economía procesal, desarrollaron métodos siempre más eficaces de tortura. La más refinada ferocidad venía a ser un ordo procedendi.

“La tortura, según la definición que de ella daban los doctores, en sentido jurídico, no era una pena, es decir, una sanción aflictiva aplicada a quien ya se hubiese reconocido reo de un delito, sino una *quaestio procesal*, un modo de esclarecer la verdad, a fin de decidir ante todo si el imputado era culpable o inocente : ‘*quaestio est veritatis indagatio per tormento*’ (La cuestión es la investigación de la verdad por medio del tormento). De manera que si, por medio de la tortura llegaba el juez a convencerse de que la acusación era infundada (que también esto podía ocurrir, aunque raras veces), el inocente, devuelto en parihuelas a su casa, con los brazos y las piernas maltrechos, podía consolarse pensando que aquello no había sido jurídicamente una pena, sino una simple ‘*quaestio*’ llevada a feliz término”(14).

Contra tal estado de cosas se levantó la voz de aquel ilustre italiano cuyo nombre encontraremos siempre que nos lancemos a la búsqueda de las primeras raíces de los derechos humanos en materia de procedimiento penal: Cesare Beccaria.

En su obra “De los Delitos y de las Penas”, afirmaba:

“A un hombre no se le puede llamar reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se la otorgó. ¿Cuál es, pues, el derecho, si no es el de la fuerza, que dé potestad a un juez para aplicar una pena a un ciudadano mientras se duda todavía si es reo o es inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o es incierto: si es cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, ya que tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados”(15).

El pensamiento de Beccaria inspiró sin duda a aquellos que, durante la primera mitad del siglo XIX, se ocuparon en México de asegurar la protección constitucional de los

derechos humanos. El tormento es prohibido por todos los textos constitucionales de ese período. Semejante prohibición se encuentra inexplicadamente ausente en la Constitución de 1857 y reaparece en la de 1917.

En esta materia, nuestra Constitución se encuentra a la altura de las más avanzadas del mundo. La garantía que otorga 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 consecuencia, cuando 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.

A más de ello, debemos entender que la garantía protege tanto al indiciado que declara ante el Ministerio Público, ante la Policía Judicial o ante cualquier otra autoridad, como al procesado que lo hace ante los tribunales: Bien hueca e inútil sería la norma que estudiamos si, impidiendo a determinadas autoridades que obtuvieran confesiones coaccionadas, dejara a otra mano libre para hacerlo.

"Si, contrariando la disposición constitucional, alguna autoridad presionase a una persona para que se declarase culpable de un delito, la confesión así obtenida sería nula, dado que la conducta de la autoridad sería violatoria de garantías." (16).

Concuerdan Olga Islas y Elpidio Ramírez: "El inculcado no podrá ser compelido a aceptar la autoría o a no invocar excluyentes cuando espontáneamente la aceptado la autoría

(declarar en su contra), por lo cual queda rigurosamente prohibida la incomunicación, la coacción, el internamiento en reclusorio distinto del judicial o cualquier otro medio que tienda a que el inculpado pueda ser compelido a declarar en su contra. Esta prohibición significa que es nula toda aceptación de la autoría y/o toda no invocación de las excluyentes cuando el inculpado sea compelido a aceptar aquélla o a no invocar éstas. "(17).

De donde puede valerse que el órgano de acusación tiene la carga de la prueba, que no puede valerse de coacciones para obtener la confesión del inculpado y que éste pueda negar hasta el absurdo.

La lógica consecuencia es que, a partir de la abolición de la tortura, la declaración del imputado ha dejado de tener valor como prueba de cargo, y sólo subsiste como medio de defensa. La excepción será el caso del indiciado que, movido por escrúpulos de conciencia, decida libremente confesar su culpabilidad. El Ministerio Público no puede nunca presumir que contará con esa confesión, y está obligado a demostrar la culpabilidad por otros medios de prueba.

Para asegurar al acusado la posibilidad de declarar libremente, lo rodearon de una serie de garantías: Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, se hará saber al acusado el nombre del 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, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria; ello ocurrirá en audiencia pública, en presencia del juez que conozca de la causa y del defensor del acusado (artículo 20, fracciones III y IX).

Esta ha sido una de las normas constitucionales más controvertidas. Quienes están en su favor la consideran una de las más importantes disposiciones de la Constitución.

Para ellos, obligar a una persona a que contribuya a su propia condena es degradante y contrario a la dignidad humana.

Por las conclusiones que se formularán, me valdré del método gramatical para examinar los alcances de la garantía procesal que se estudia.

Compeler significa "obligar a uno, con fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere" o, incomunicación es "aislamiento temporal de procesados o de testigos, que acuerdan los jueces, señaladamente los instructores de un sumario." (18).

El enunciado o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto, 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.

Se observa que la garantía individual protege la integridad física del procesado en términos generales; y, dentro del juicio, constituye una limitación procesal, que brinda certeza jurídica.

El incumplimiento de los dictados constitucionales va a producir los siguientes efectos jurídicos: responsabilidad penal de la persona física que tenga el carácter de titular del órgano del Estado, a nombre del cual ejercitó el acto que constituye un exceso de poder; y, dentro del proceso penal, originará la inconstitucionalidad del acto de autoridad que tiene por recepcionadas en estos términos la declaración del acusado.

En consecuencia, la conculcación de la garantía constitucional, dentro del juicio penal, 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.

“ Por ello los dictados del Código Político que se estudian constituyen una limitación a la actividad del juez, de carácter procesal al momento de dictar justicia. ” (19).

## 2.- EL DERECHO DE DEFENSA.

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

El concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción, son los tres pilares básicos sobre los que descansa la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y válida administración de justicia dentro del Estado de Derecho.

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 está.

“ El derecho de defensa comprende, a su vez, una serie de derechos. De ellos, el artículo 20 consagra, con rango constitucional, los siguientes:

- 1) El derecho a ser informado de la acusación,

- 2) El derecho a rendir declaración,
- 3) El derecho a ofrecer pruebas,
- 4) El derecho a ser careado y
- 5) El derecho a tener defensor. (20).

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

En países como el nuestro donde la administración de justicia arrastra vicios cuyo origen proviene de las profundidades de la raíz histórica, el procedimiento normal del órgano a cuyo cargo se encuentra la fase anterior al proceso, la averiguación previa, no se distingue precisamente por el trato humano y respetuoso del indiciado, aunque es de apuntarse una corriente notable tendiente a mejorar.

Durante la averiguación previa cuya naturaleza generalmente se acepta como administrativa, se ventila ante la autoridad del Ministerio Público, en su carácter de órgano, no de parte como luego adquiere durante el proceso, sino como órgano del Estado.

La intervención de la policía judicial es determinante en este período; sin su concurso difícilmente podría llevarse a cabo la investigación correspondiente, y concurre en forma sustancial en la preparación del ejercicio de la acción penal, haciendo prueba plena las actuaciones seguidas por ese cuerpo policíaco. el Ministerio Público, dirige y completa la investigación para integrar

los elementos del tipo y establecer la presunta responsabilidad.

La comparecencia del indicado tanto ante la policía judicial en un paso inicial, como ante la autoridad del Ministerio Público, a pesar de los controles establecidos a lo largo de su historia, se ha prestado para la violación de los derechos que el individuo posee en su carácter de ser humano, y los individuales consagrados por la Constitución de la República.

Tanto ante la policía judicial como ante el Ministerio Público, el inculpado se encuentra en desventaja inaceptable en una sociedad que vive el último cuarto del siglo XX, distinguido por sus avances en la lucha por el respeto de los derechos humanos.

Haciendo a un lado la circunstancia de que la baja preparación escolar y cultural del pueblo mexicano lo hace proclive a ser víctima de la violación de sus derechos, no es admisible continuar en el empleo de métodos propios de sistemas no democráticos en la averiguación de los hechos.

De esa suerte su resultado puede asumir en la obscuridad carcelaria a seres, cuya culpabilidad a menudo no se demuestra plenamente, convirtiendo a un órgano del Estado defensor de los intereses sociales, buscando desentrañar la verdad y la correspondiente culpabilidad, en un órgano persecutorio y represivo, más que defensor de intereses violador de las garantías que la constitución señala para los miembros de la comunidad.

Esquivar la verdad respecto a la tortura, física o moral, como método preferido en la investigación, sería tanto como no desear profundizar en la posibilidad de reformar el sistema penal, en beneficio de la colectividad a la que se debe, hacer de esta etapa espejo de la justicia a la que aspira, y que debe aspirar el Estado mexicano.

Está obligado el Ministerio Público, por su alta investidura, a ser estrictamente respetuoso del principio de legalidad, base de la existencia misma del Estado.

“Revisar las garantías consagradas en la Constitución, lleva la conclusión de su violación sistemática en la etapa investigadora por la autoridad responsable. Reconocer esas violaciones lleva a la conclusión de la necesidad de reformas substanciales cuyo objetivo sea preservar la existencia de la norma suprema estableciendo mecanismos para impedir la violación de los preceptos fundamentales de la vida del país.” (21).

La realidad apunta que la práctica es contraria a lo dispuesto. Resulta difícil proponer reformas, adiciones o cambios para evitar se lesionen los derechos de un detenido al ser investigado durante el período indagatorio; sólo el hecho de ser privado de su libertad sin que medie orden judicial constituye una aberración jurídica. Habría que regular lo establecido por la práctica para encuadrarlo dentro del marco constitucional.

Retomando el curso de la participación del defensor durante la averiguación previa, y habiendo puntualizado la inconstitucionalidad en la privación de la libertad durante esa fase, queda por establecer algunas consideraciones para la participación del defensor, desde el primer momento de la detención del individuo, que puede colaborar para la investigación de los hechos verdaderos coadyuvando en la obtención de resultados justos.

Aunque el artículo 20 de la Constitución se refiere a las garantías del acusado en los juicios de orden criminal, es aplicable, por el espíritu mismo del precepto, al procedimiento seguido en período indagatorio.

El precepto establece el derecho del individuo privado de su libertad, a ser asistido por un defensor, desde el momento mismo en que se le detenga, teniendo derecho, el defensor nombrado, a estar presente en todos los actos.

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

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

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

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

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

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

Nuestra Constitución, al establecer que deberá oírse al acusado en defensa "por sí o por persona de su confianza", tuvo sin duda la intención de dejar en sus manos una elección sin cortapisas y de prohibir a las autoridades que impidieran el libre nombramiento de defensor, la norma constitucional pone en peligro el derecho mismo de defensa que pretende proteger.

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

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

Una razón más que para exigir que los defensores sean abogados es que el representante del Ministerio Público, en nuestro país, es siempre letrado; luego, se rompería la igualdad de las partes 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 toda 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.”(22).

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

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

EL párrafo inicial del artículo 20 constitucional afirma que las garantías concedidas en su texto pertenecen al acusado en todo 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, esta bien claro que el artículo 20 de la Constitución 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.

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."

"Olga Islas y Elpidio Ramírez encuentran tan claro el texto constitucional que, al enumerar las garantías de las que goza el procesado penal, se limitan a transcribirlo, diciendo: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido".(23)

"Para García Ramírez, en cuanto al momento para el nombramiento de defensor, la fracción IX del multicitado artículo es explícita: desde el momento en que sea aprehendido (el indiciado). Explica que la voz aprehensión "puede interpretarse, favor rei, como sinónimo de detención o bien, en términos más rigurosos, como aprehensión en sentido estricto, esto es, como ejecución de un mandamiento de autoridad."(24).

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

El defensor, cuando interviene en un caso en el su defenso ha sido detenido durante una averiguación previa, tiene una función primordial: la de estar presente en todo interrogatorio

que se haga al indiciado en el momento de rendir declaración durante la averiguación previa, el proceso judicial puede iniciarse sobre la base de una confesión coaccionada.

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

El Ministerio Público está obligado a respetar el derecho del detenido de nombrar defensor y está obligado a permitir la presencia del defensor en los interrogatorios a que someta al detenido. Toda confesión obtenida por el Ministerio Público de un detenido que declara sin asistencia de defensor, es contraria a una ley de orden público y, por ello, es nula y sin valor, conforme al principio consagrado en el artículo 8vo. del Código Civil.

Como reiteradamente se ha manifestado a lo largo del trabajo, la legalidad en la actividad de la autoridad representativa del Estado debe manifestarse en cada uno de sus actos para preservar el Estado de Derecho, como garantía de la existencia del grupo social.

### 3.- EL DERECHO A CAREARSE.

El artículo 20, fracción IV constitucional crea la figura de los carcos en el proceso penal al indicar:

En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías...IV. Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su

presencia, si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacersele todas las preguntas conducentes a su defensa".(25).

En este apartado se intentará desentrañar la naturaleza probatoria de los careos; el valor que como prueba se le puede asignar y los medios mediante los cuales se puede satisfacer la garantía procesal.

Los careos constitucionales se establecen como formalidad esencial en el proceso penal.

El objeto de estos careos, es brindar elementos psicológicos insuperables al juzgador, al poner frente a frente a quienes han declarado en el proceso y confrontar la validez de sus testimonios, lo que le permitirá dictar justicia con apego a la verdad.

Así, la diligencia de careos es celebrada cuando en el proceso existan testimonios que acrediten la existencia del injusto penal y la responsabilidad penal del procesado. Su finalidad 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.

Por lo cual la diligencia de careos podrá practicarse dentro del término constitucional; pero si se celebra en el periodo de instrucción ese retraso no conculca la garantía procesal que se estudia.

Por otro lado si se practican en más de una ocasión los dichos careos, ello no constituye exceso de poder; ni vicia de inconstitucionalidad el procedimiento penal, pues tal eventualidad sólo brinda una mayor certeza jurídica al acusado dentro del juicio.

Al lado del careo constitucional, los códigos procesales penales establecen otro tipo de careos que deberán practicarse cuando exista contradicción en las declaraciones de dos personas.

Siempre había sido una constante discusión las hipótesis en que el detenido podía ser careado con sus detractores, tanto así que se llegó a confundir los careos constitucionales con los careos procesales, sin embargo, nadie se preocupó por distinguir al menos la manera de su desahogo en donde era más fácil advertir sus diferencias.

Antes de entrar en ese punto, cabe decir que antes de la reforma constitucional de septiembre de 1993, los careos constitucionales son un deber para el juzgador quien oficiosamente podía decretar la citación para su desahogo, lo que daba impulso al procedimiento en aras de un respeto a las garantías constitucionales, su omisión amén de ser un motivo de reparación a través del juicio de amparo daba lugar a un instituto jurídico ante el Tribunal de Alzada, este es, la reposición del procedimiento.

Empero, también en algunos casos se permitía la libre omisión de los careos constitucionales, como eran los supuestos en que el inculcado se había confesado responsable del hecho penalmente relevante que se le atribula, en atención a que ningún beneficio podía reportar a su ya difícil situación jurídica y si en contrario implica el retardo de la impartición de justicia.

En todo caso, el desahogo de los careos constitucionales en cuanto a su mecánica se identificaban en la vida profesional, cuando que en estricto apego a la técnica jurídica se diferencian. En efecto, el careo constitucional sólo tiene el efecto de que el detenido conozca a sus detractores y los interroge cara a cara, pudiendo formular tales preguntas por sí o por su defensor, sin que el Fiscal tuviese oportunidad de tener participación.

Ello es así, porque el careo constitucional resulta ser una garantía del acusado y que solamente a él compete su ejercicio, sólo que en la vida práctica, en tales actuaciones hasta las partes interrogaban tanto al inculpado como a su careado, lo que indudablemente los asemejaba al careo procesal.

Ahora, ya con la reforma al texto constitucional, el derecho procesal penal como el sustantivo pasan a ser los grandes personajes del cambio, tanto que el Derecho Penal en general pasa a ser una rama del Derecho con la excelsa y pulcra técnica jurídica que antes solo había caracterizado al Derecho Civil.

Es a partir de entonces, que los careos constitucionales se convierten en el efectivo derecho de que el detenido puede inquirir de frente a los que declaran en su contra, su promoción, ofrecimiento y desahogo solo compete a solicitud del propio detenido, quién incluso puede desistirse de los mismos, o si lo prefiere, solamente enfrentarse a aquellos que según el interés de su defensa convenga, y en la que sea él quien esta facultado para interrogarlos.

En ese orden de ideas, los careos dejaron de ser una institución que diera impulso al proceso penal, para ser actualmente un derecho subjetivo cuyo ejercicio queda a la libre potestad del detenido. Ahora bien, para no ser extremista a mi juicio esa posibilidad debe quedar abierta también para que sea el defensor -el técnico del derecho- el que en base a su conocimiento y estrategia pueda solicitar su desahogo.

La oportunidad procesal de ofrecer los careos constitucionales como un medio de prueba queda también a la solicitud del detenido, claro está que antes de que concluya la fase de la instrucción, ello si se tratase de la Primera Instancia, porque nada impide que ante el Judex Ad quem pueda proveerse a su promoción.

Quedó el careo constitucional como un mero derecho del detenido porque ciertamente de su resultado podían obtenerse datos que incriminarán su posición dentro del juicio, aunque también la misma razón le asiste, si por el contrario, se allegase de datos que favorecieran la pretensión de la defensa.

Un aspecto importante y que marca la reforma constitucional como una idea procesal de vanguardia, lo es la desaparición de los llamados -malamente- careos supletorios, que nunca cumplían con el objetivo de una prueba y si en cambio, retardaban el proceso, podían dar génesis a la reposición del procedimiento y favorecían la posición de la acusación, pero en la actualidad si lo principal quedó a solicitud del interesado entiéndase el detenido, es obvio que lo accesorio en modo alguno podía subsistir.

Los careos son en la actualidad una institución que respeta y camina paralelamente a otra garantía de las que consagra el artículo 20 Constitucional, y que ya aquí fue examinada, el derecho a no autoincriminarse o bien de declarar o abstenerse de declarar, por que en la materia penal a diferencia de la materia civil, el que calla no es que otorgue o consienta el acto sino que nada dice.

Es claro, en materia penal no existen las confesiones fictas.

Sólo vale puntualizar, que los careos procesales en cuanto a su dinámica permiten la intervención de las partes para interrogar a los careados, una vez que se les llamó la atención sobre sus contradicciones, y este tipo de careos si esta a disposición de los partícipes del procedimiento penal.

Aunque en los careos constitucionales, el Ministerio Público debe guardar una postura en cierta medida de mero observador, ello no significa que su presencia en tal actuación judicial sea de mera decoración, habida cuenta que las diligencias en la materia penal requieren de la asistencia del órgano acusador no tanto para cumplir una formalidad como efectivamente lo es, si, también, por el carácter colegiado del careo como un instrumento de prueba.

El careo constitucional es entonces un real y efectivo derecho consagrado en la Constitución y que solo tiene por efecto dar plena realidad a la garantía procesal penal que enmarca el artículo 20 de la Carta Magna y que incumbe única y exclusivamente al titular de ese derecho.

Nada impide que en el texto de la Constitución como en las leyes procesales, pueda hacerse la demarcación de la diferencia que aquí comentamos, porque de esa forma facilitaría el entendimiento de la mecánica, desahogo y ofrecimiento del careo.

Mención aparte merece el hecho de poder ofrecer los careos ante el Juez Ad-quem, porque es verdad que ya para entonces el Tribunal de apelación estaría viendo el fallo combatido desde otra perspectiva y ya no en la originalidad de su justipreciación como le había ocurrido al juzgador de Primer Grado, pero en fin, nada interrumpe válidamente esta situación.

#### 4.- LA BREVEDAD DEL PROCESO PENAL.

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

El primero, fundamentalmente, porque sólo mediante procesos breves puede lograr la finalidad de que la pena sea ejemplar.

A los ojos de la sociedad, la sentencia condenatoria que se dicta años después de cometido el delito, más parece inútil crueldad que razonada sanción al acto que la comunidad ha olvidado ya.

Accesoriamente, el proceso breve disminuye los gastos que el Estado debe erogar para el enjuiciamiento y encarcelación del acusado. Por lo que hace a este último, es obvio el interés que tiene en el rápido fin de las molestias y el descrédito afejos al proceso.

Ese interés se convierte en angustiosa espera cuando el procesado se encuentra sujeto a prisión preventiva, diversa de la prisión definitiva sólo en el nombre, y sometido, por tanto, en un momento en que debemos presumirlo inocente, a una privación de su libertad tan aflictiva como aquella de que será objeto cuando, declarado culpable, se le imponga sanción carcelaria.

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

Por ello, Beccaria afirmaba que, para que una pena no sea simple violencia contra un ciudadano, debe tener, entre otras, la característica de ser pronta. (26).

En México, el primer antecedente de esta garantía aparece en el Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana fechado en la ciudad de México, el 15 de junio de

1856. El artículo 24 del Proyecto dice: "En todo procedimiento criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías: 4a.- Que se le juzgue breve y públicamente...". Esta fracción no llegó a formar parte del texto definitivo del artículo 20, en que se convirtió el artículo 24 del Proyecto, de la Constitución de 5 de febrero de 1857.

Si se considera la garantía de brevedad en forma aislada, fácilmente se puede llegar al absurdo de equiparar justicia con rapidez. El proceso más justo sería el más breve. El *súmmum* de justicia se lograría cuando los juicios terminaran el mismo día en que se iniciaron.

El contrapeso de la garantía de brevedad es la garantía de defensa. Y no puede comprenderse a la primera sin estudiar a la segunda, especialmente como derecho a probar.

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

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

La garantía de brevedad no ampara la vía impugnativa de apelación ni el amparo, pues, en tal caso, los plazos de la fracción VIII serían de imposible observancia. Si los tribunales de apelación no dictan su sentencia dentro de los plazos marcados por la ley, podrá afirmarse que desobedecen el mandamiento del artículo 17 constitucional, conforme al cual la justicia debe administrarse "en los plazos y términos que fija la ley", más no que violan la garantía específica de brevedad consagrada en la fracción VIII del artículo 20.

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

" Toda garantía individual se manifiesta como una relación jurídica que existe entre el Estado y sus autoridades, por un lado, y el gobernado, por el otro, a virtud de la cual surge para éste un derecho subjetivo público, con la obligación estatal correlativa, la cual implica o bien una abstención (respeto), o bien un hacer positivo. "(27).

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

En algunas ocasiones, la propia Constitución establece cuáles serán las consecuencias de que las autoridades no cumplan con las obligaciones que se les impone una garantía. Así, por ejemplo la violación de la garantía consistente en que ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, trae aparejada la consecuencia de que los alcaldes y carceleros deban poner en libertad al detenido, so pena de ser consignados inmediatamente a la autoridad competente.

En otros casos, la Constitución no establece, en forma expresa, la consecuencia jurídica de la violación. Tal es el caso de la garantía de brevedad. No obstante, de ello no se debe concluir que la violación no lleva aparejadas consecuencias dentro del ámbito del derecho, pues ello equivaldría a negarle, al precepto que la establece, el carácter de norma jurídica.

Luego entonces, los actos del juez que continúa un proceso penal más allá del límite marcado imperativamente por la Constitución, van contra el tenor de una ley prohibitiva y de interés público, y en consecuencia, son nulos y no deben producir efectos. Deben cesar el proceso y sus consecuencias, especialmente la prisión preventiva, si es que el procesado se encuentra sujeto a ella.

Incorre en esas conductas delictuosas el juez que omite dictar sentencia dentro del plazo constitucional. Y sería una contradicción en términos el afirmar que su conducta es, a la vez, delictuosa y válida para continuar el proceso.

No obstante lo expuesto, la Corte se rehúsa a reconocer las consecuencias obvias de la garantía de brevedad. En tesis de Jurisprudencia Definida ha resuelto que: " El amparo que de enderece contra la violación consistente en que un proceso no se ha concluido dentro del término constitucional, no puede tener por efecto que se ponga en libertad al reo, sino sólo obligar a la autoridad responsable a que falle desde luego el proceso, absolviendo o condenando al inculpado.

González Bustamante dice: " Considerando que esta limitación debe aplicarse en los procesos cuando sea en beneficio del inculpado y de ninguna manera cuando le perjudique, como sucedería si el inculpado o su defensor hubiesen promovido pruebas que influyan decisivamente en el fallo judicial y que no se hubiesen desahogado. La fijación de términos para que los procesos se concluyan está comprendida en el capítulo que se refiere a las garantías individuales; son limitaciones a los órganos del Poder Público en beneficio de los particulares; de ninguna manera en su perjuicio. Es verdad que a la sociedad le interesa que los procesos no se prolonguen indefinidamente sin darles una oportuna solución; pero también lo es que si el inculpado manifiesta su voluntad de que la instrucción continúe abierta más allá del término fijado en la ley, debe emplearse prudencialmente, para darle oportunidad a que allegué al proceso los elementos de prueba que sean convenientes para sus intereses. "

A idéntica conclusión llega Herrera y Lasso, quién afirma que " los términos constitucionales han sido establecidos en beneficio exclusivo del acusado, quien puede ampliarlos casi indefinidamente" (29).

En consecuencia, los procesos penales en México tienen, normalmente, una duración superior al año que la Constitución señala como límite máximo del proceso. Además, la Suprema Corte ha interpretado en tal forma el principio de Brevedad que lo ha reducido, de garantía constitucional ha simple término procesal para cierre de la instrucción.

Siendo la garantía de brevedad concedida en beneficio del acusado, y siendo la garantía de defensa de mayor jerarquía que la de brevedad, el acusado puede renunciar a los plazos establecidos en la fracción Octava cuando considero que así conviene para su mejor defensa. en igual forma, y a mayoría de razón puede el procesado renunciar a los términos que para ofrecer y desahogar pruebas señalan los procedimientos sumarios y ordinarios creados.

Para que el Código de Procedimientos Penales sea en verdad reglamentario de las garantías constitucionales de brevedad y defensa deberá contener normas que dispongan:

a) que la instrucción deberá terminarse en el menor tiempo posible. Actualmente la Constitución ya ha fijado una recta interpretación de este principio de brevedad tal como se enuncio en la reciente reforma constitucional, encaminado a un propósito: la efectiva impartición pronta y expedita de justicia.

b) que los actos procesales que deban tener lugar durante la instrucción queden sometidos a un plazo que permitan su realización en el lapso que habrá de transcurrir antes del

cierre de la misma y el momento en que la Constitución garantiza al detenido que será juzgado. No con la formalidad de la Ley Civil Adjetiva, si en cambio, para poner un plazo mínimo al desahogo de algún medio de prueba.

c) que el plazo para el cierre de la instrucción se establezca en beneficio del acusado, y que éste pueda renunciarlo en aras de su mejor defensa.

Cuando nuestro Código Procesal Penal consagró estos principios habrá interpretado fielmente la fracción Octava del 20 constitucional, existirá entonces la necesaria congruencia entre esta y la ley que la reglamenta y será posible que se apliquen realmente a los procesos las nobles garantías establecidas por la fracción a estudio.

## CITAS BIBLIOGRAFICAS.

## CAPITULO SEGUNDO.

- (13).- Ob. Cit. Mancilla Ovando, Pág. 211.
- (14).- Calamandrei, Piero., Prefacio a la obra de los delitos y de las penas, Ediciones Jurídicas Europa-América, Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina, 1984. Pág. 58.
- (15).- Beccaria Cesare., Tratado de los delitos y de las penas, Editorial Porrúa, S. A., 3a. Edición, México, 1988, Pág. 60.
- (16).- Islas Olga y Ramírez Elpidio., El sistema procesal penal en la Constitución, Editorial Porrúa, México, 1979, Pág. 63.
- (17).- Ob. Cit. Islas y Ramírez, Pág. 63.
- (18).- Ob. Cit. Mancilla Ovando, Pág. 211.
- (19).- Ob. Cit. Mancilla Ovando, Pág. 212.
- (20).- Ob. Cit. Zamora Pierce, Pág. 244.
- (21).- Madrazo Carlos., Estudios Jurídicos, Instituto Nacional de Ciencias Penales., México, 1985, Pág. 171.
- (22).- Ob. Cit. Zamora Pierce., Pág. 256.
- (23).- Ob. Cit. Islas y Ramírez, Pág. 22.
- (24).- García Ramírez Sergio., Curso de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, S. A. México, 1984, Pág. 231.
- (25).- Ob. Cit. Mancilla Ovando., Pág. 212.
- (26).- Ob. Cit. Beccaria Cesare., Pág. 148.
- (27).- Burgoa Orihuela Ignacio., Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, S. A. 8va. Edición, México, 1988, Pág. 449.
- (28).- Ob. Cit. Zamora Pierce., Pág. 322.
- (29).- Ob. Cit. Zamora Pierce., Pág. 324.

### CAPITULO TERCERO.

### CAPITULO III.- DERECHOS PROCESALES DEL DETENIDO.

SUMARIO III.-1.- La presunción de inocencia. 2.- La carga de la prueba.  
3.- La libertad provisional bajo caución. 4.- El derecho de ofrecer pruebas.

#### I.- LA PRESUNCION DE INOCENCIA.

Una labor de arqueología jurídica nos permite afirmar que los llamados derechos humanos son hijos del Siglo de las Luces, que nacieron en la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 6 de agosto de 1789, en la que cristalizó el ideario de la Revolución Francesa.

Sendas declaraciones del derecho francés y del derecho inglés son indispensables para hablar de la libertad que enmarcan los derechos humanos y a ellos corresponde el mérito de haber hecho una detallada enumeración de los mismos y por supuesto de habérselos reconocido al hombre mismo, primero individualmente y a la postre a nivel de tratados y pactos internacionales, en suma han consagrado el respeto universal y reconocimiento a los derechos del hombre.

Así pues este principio de reconocimiento, trascendió los textos constitucionales a la rama del Derecho Penal, en donde ya para esa época en que a nivel de la legislación se llegó a sostener que al detenido le correspondía promover su inocencia, por ciertamente, la represión judicial del Estado reconocía en contrapartida el principio de culpabilidad.

Es decir, que para entonces ya importaba más la personalidad del autor del hecho criminal que el propio acto, por eso las nuevas corrientes inspiradas en los principios de los derechos humanos miraban más allá de lo contemplado en la ley, buscando con gran afán, un instrumento que permitiese al detenido ser aunque fuese inicialmente potencialmente inocente, lo que significaba beneficiarle con la duda.

El legislador francés siguiendo las ideas de Beccaria, llegó a afirmar que: "a un hombre no se le puede llamar reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que se ha violado los pactos con que se le otorgó" (30).

En México, el principio fue aceptado por el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, cuyo artículo 30 dispone "todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado" (31), este decreto dictado en plena guerra de Independencia nunca logró entrar en vigor.

Sin embargo, la presunción de inocencia no aparece mencionada ni en la Constitución del 57 ni en la del 17, razón por la cual hubiese sido válido preguntarse si nuestras leyes conocían tal principio en favor del inculpaado.

En la actualidad, lo narrado líneas arriba es de mero orden académico, porque México ha suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación del 7 de mayo de 1981, cuyo artículo 8.2 dispone "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad" (32), días más tarde se ratifica a la firma del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Estas conjunto de normas pasaron a la ponte al campo del derecho positivo mexicano, luego entonces, no cabe duda que el principio de inocencia es ya una norma jurídica vigente en nuestro derecho mexicano.

A pesar de ello, nos encontramos autores que mueven a la reflexión como por ejemplo Manzini quien critica la pretendida presunción de inocencia, pues que en su opinión es

inexacto que en el procedimiento penal valga en favor del imputado semejante presunción. Nada más burdamente paradójico e irracional, agrega. Basta pensar en los casos de custodia preventiva, en el secreto de la instructoria y en el hecho mismo de la imputación.

Pues está última parte tiene como presupuesto eficientes y suficientes indicios de responsabilidad, deberían de constituir por lo menos una presunción de culpabilidad, porque así lo concluye el auto en cita; si se presume su inocencia, para que proceder en su contra, Conchrye. Como sería posible que de un mismo acusado o detenido se presuma su inocencia, y a cambio, también en una fase del proceso penal hacemos probable su responsabilidad. Ambas afirmaciones parecen encontrarse en irreductible contradicción.

Quizás más correctamente la doctrina argentina encabezada por Vélez Mariconde pueda sostenerse que "el principio no consagra una presunción sino un estado jurídico del imputado, el cuál es inocente hasta que sea declarado culpable, por una sentencia firme, y esto no obsta claro está, a que durante el proceso pueda existir una presunción de culpabilidad capaz de justificar medidas coercitivas de seguridad" (33).

Dentro de esta estructura el estado de inocencia operaría en favor del imputado através de los derechos, de jerarquía constitucional, que deben respetársele a lo largo del proceso, y que son imprescindibles para llegar a la sentencia que determinará, finalmente, la inocencia o la culpabilidad del sujeto.

De ese modo como bien se advierte, la crítica de Manzini viene a ser una cuestión de mera terminología que deja íntegramente subsistente la trascendental importancia de la presunción (o del estado) de inocencia.

Ciertamente, la presunción de inocencia no es sino una presunción iur tantum de igual alcance que todas las presunciones de esa índole en el orden civil. Si a una persona se le presume inocente es porque únicamente se puede destruir tal presunción probando que es culpable.

Si en materia penal, se pudiera sostener razonadamente que es contradictorio presumir que una persona es inocente, y no obstante, perseguirla criminalmente, con la misma lógica cabría afirmar la contradicción entre la presunción de la paternidad legítima y la posibilidad de acreditar la ilegitimidad.

Dejando un poco atrás estas discusiones casi semánticas, habremos de ocuparnos de determinar cuál es el contenido de la presunción de inocencia y cuáles son los derechos que otorga al procesado o detenido en el proceso penal, para tal fin debemos estudiar las relaciones que existen entre la presunción de inocencia y el debido proceso legal.

Así las cosas, la presunción de inocencia impone al Estado la obligación de dar a todo ser humano tratamiento de inocente, hasta el momento que los tribunales en sentencia firma lo declaren culpable, y entonces, sólo de esa manera el Estado puede tratar al individuo como culpable.

De otra manera dar a una persona el trato de culpable es imponerle una pérdida o una limitación a sus derechos, la presunción de inocencia ampara a todos los seres humanos aún a los que ni siquiera han sido sometidos a una acusación penal. Tan es así, que si se ejerciera acción penal en contra de una persona la presunción de inocencia continuaría favoreciéndola aún durante todo el proceso, habida cuenta que tampoco desaparecería cuando se hubiese dictado la sentencia y en contra de ella se hubiese interpuesto un recurso.

Jurídicamente, pues, decir que se presume la inocencia del imputado, quiere decir que se le reconoce en posesión de un derecho a su vida, a su libertad y a su patrimonio, y que el Estado podrá privarlo de esos derechos únicamente, cuando seguido un proceso penal en su contra, el juez pronuncie sentencia declarándolo culpable y esa sentencia quede firme. Idéntico principio expresa la máxima *nulla poena sine iudicio* (34).

Ignorando el contenido común de la presunción de inocencia y del debido proceso legal, la doctrina ha buscado por otra parte cuál puede ser el contenido de la primera. Para algunos autores, la presunción incluye entre otros derechos, el de que el acusado no puede ser obligado a confesar en su contra, razón por la cual las legislaciones internas sólo prohíben recurrir a cualquier tipo de coacción, presión o amenaza tendiente a provocar la confesión del inculpaado, sino que afectan la nulidad de las confesiones de ese modo obtenidas.

Otros más sostienen, que ese principio es el gozne del proceso penal moderno, al cuál se encuentran ligadas las más importantes garantías que tutelan al imputado, entre ellas el derecho a una sentencia correcta, el derecho del contradictorio, la inviolabilidad de la libertad personal y el derecho de imparcialidad del juez. Aunque otros más, incluyen en él el derecho defensa.

En suma, el principio de inocencia y el debido proceso son principios gemelos e indisolubles, que son presupuestos fundamentales en las garantías individuales y que matizan el proceso penal.

Resulta pues que en México, para adecuar el proceso penal a la presunción de inocencia debemos sostener las premisas que a continuación se enlistan :-

a) liberalizar su sistema de libertad caucional, sometiendo al procesado a prisión preventiva sólo en casos excepcionales, o de los llamados delitos graves como acertadamente se palpa en la reforma constitucional de 1993.

b) hacer efectiva, a nivel procesal, la garantía de juicio breve, a fin de que la prisión preventiva termine lo antes posible, y se diga al acusado si es condenado o absuelto.

c) que no se prive al procesado penal de sus derechos de ciudadano hasta en tanto y no se le declare culpable del hecho.

## 2.- LA CARGA DE LA PRUEBA.

Las presunciones legales han sido divididas, en dos grupos: presunciones *iuris et de iure*, o sea aquellas en que, probado el hecho del que se deducen, no pueden ser contrarrestadas por otras pruebas, y presunciones *iuris tantum*, o sea aquellas que protegen mientras no se pruebe lo contrario.

La presunción de inocencia, afirma la doctrina, es una presunción *iuris tantum*, que puede ser destruida por la prueba en contrario. La carga de esa prueba recae sobre el acusador. a idéntica conclusión se puede llegar si, en vez de emplear el concepto de presunción de inocencia, se vale de aquel otro de estado de inocencia.

El acusado se encuentra en un estado de inocencia que le permite el uso y goce pleno de sus derechos, quien afirme que ha cometido un delito y que, en consecuencia, debe ser sancionado con privación de derechos, tiene la carga de probar que se cometió el delito y que el imputado es responsable.

El acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que la ley reconoce, a priori, tal estado, es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

En realidad, un imperativo lógico de congruencia jurídica exige que no sólo en el proceso penal, sino en todo proceso, quien pretende cambiar una situación existente deba llevar la carga de la prueba de los hechos que alega, y en los cuales funda su pretensión.

Admitir que la carga de la prueba pesa sobre la acusación nos lleva a preguntarnos cuáles deban ser las consecuencias de que dicha carga no se desahogue plenamente. No nos referimos, desde luego, al caso de que el Ministerio Público se abstenga por completo de soportar probatoriamente sus imputaciones. Ante semejante ausencia total de pruebas la sentencia absolutoria es la única opción.

Y agrega Florian: " Hay un principio natural de prueba, impuesto no sólo por la lógica y por el sentido moral, sino también por la probidad procesal; es el principio de que el reo no puede ser condenado si falta la prueba del hecho que se le imputa...la presunción de inocencia no puede tener más significado práctico que el que le da el principio de que para condenar se requiere la prueba de imputación, sin la cual el reo debe ser absuelto. La presunción de inocencia no puede significar otra cosa sino que en la duda no es permitido condenar, y así, para que pueda dictarse absolución, no habrá que esperar que resulte probada la negación del hecho que se impute, sino que bastará que no se haya obtenido la comprobación de ese hecho." (35).

La presunción de inocencia se encuentra, pues, en la frontera misma en que la que se enfrentan dos concepciones del mundo: el Estado al servicio del individuo o el Estado por encima del individuo, como fin en sí; Estado de derecho o Estado totalitario; autocracia o democracia.

Para quienes consideramos la libertad como el más preciado bien y el vasallaje como la mayor afrenta que se puede hacer a la humanidad, es lógico que defendamos el derecho de toda persona a ser considerada inocente mientras judicialmente no se declare su culpabilidad por sentencia firme; que creamos en la permanencia e inalterabilidad de los principios de inviolabilidad de la defensa, de la absolución en caso de duda, del respeto al derecho del imputado a no declarar en contra de sí mismo, de la prohibición de emplear métodos coactivos para obtener su confesión, de que no es al acusado a quien corresponde probar su inocencia, sino al acusador a quien incumbe demostrar la culpabilidad.

En pocas palabras, todos aquellos postulados que han sido el fundamento del Derecho penal liberal y humanitario y que han servido para restituir a las personas su dignidad natural, desconocida y atropellada por las tendencias, antiguas y modernas, que creen que el individuo carece de toda importancia frente a la necesidad de una defensa social que, en definitiva, no se traduce siquiera en la defensa del Estado, sino en la defensa de los intereses del grupo que se adueña del poder.

Comentando, para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción:

Por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un, non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos.

Por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba

aducida oficiosamente o por la parte contraria para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

De tal cuestión que la carga de la prueba es una especie dentro del género de cargas procesales. Carga procesal " es una facultad o un poder procesal de obrar libremente en beneficio propio, sin coacción ni sanción, porque es lícito abstenerse de hacerlo y sin que exista otro con derecho a exigir su observancia. "(36).

En este concepto se incluyen las características más generales del concepto de "carga ", porque existen cargas de la afirmación, de la alegación, de la impugnación, dentro de ese género. Así que cuando se conceptualiza como una facultad o como un poder de naturaleza procesales se esta indicando que son instituciones observables sólo dentro del proceso, no es un derecho extra o meta procesal, sólo es una facultad que surge dentro del proceso.

Como facultad, puede ser ejercida o no de manera, libre por eso dice que puede obrarse libremente, y como facultad no puede verse vinculado con la obligación, pues son conceptos incompatibles. Ese actuar libremente se hace siempre en beneficio propio, por eso no existe coacción pues se es libre de actuar por eso es lícito hacerlo o no.

Así, que la carga de la prueba es una regla de conducta para las partes que señala a quien corresponde probar, o bien a quien le interesa probar a fin de no sufrir las consecuencias de su abstención. También es una regla de juicio para el juzgador porque le indica como resolver en caso de que falten las pruebas de los hechos controvertidos evitando la "non liquet", le permiten entrar al fondo del asunto y por eso se dice que " la carga de la prueba es un sucedáneo de la prueba ", esto es, algo que sustituye a la prueba al momento de decidir.

De tal, la carga de la prueba especie de la carga procesal tiene dos manifestaciones:- como regla de conducta para las partes y como regla de juicio. Esto es importante porque cuando se objeta que exista carga de la prueba en materia penal generalmente solo se alude a uno de estos aspectos de manera que dejandolo intocado hacen persistir una idea importante del concepto de carga.

Manzani y Florian sostienen que en materia penal no hay carga de la prueba, porque el juzgador tiene amplias facultades probatorias, " es donde el juez puede salir en sustitución de las partes o de la habilidad de ella no puede haber cargas procesales ". En tal sentido menos aún carga de la prueba.

Manzini asegura que " no debe haber carga de la prueba en materia penal porque el proceso penal es de naturaleza inquisitivo y no dispositivo, y en el proceso penal importa llegar al conocimiento de la verdad y a la administración plena de la justicia, de manera que si el juez tiene amplias facultades probatorias se hace innecesario la carga de la prueba ".

No obstante que el juzgador tiene amplias facultades probatorias, ello no se opone a la existencia de las cargas de la prueba, porque el juez no actúa para sustituir la inactividad, la negligencia de las partes, sino que es un órgano imparcial que no respalda pretensión o resistencia de alguna de ellas, su actividad lleva otros fines de manera que a pesar de que no haya suficiente material de prueba el juzgador tendrá que decidir sobre la relación jurídico-sustancial que ha sido puesta a su consideración.

En nuestro sistema existen reglas de juicio para el juzgador cuando no se tiene el suficiente material probatorio, que le ayudan a decidir el fondo evitando que pronuncie un "non liquet".

Es cierto que en México no existe un precepto constitucional que establezca la presunción de inocencia del acusado. Aunque doctrinariamente se afirma " que los acusados son inocentes mientras no se pruebe lo contrario " es la presunción de inocencia, además del principio in dubio pro reo. Estos principios pueden inferirse de una amplia interpretación del artículo 14 constitucional, derivado no de su literalidad, sino de su interpretación.

Concretamente en aquella parte que alude a " las formalidades esenciales del procedimiento " y tampoco se va a encontrar una disposición que establezca cuales sean esas formalidades del procedimiento, luego se debe atender a la interpretación conceptual de la Corte, y a la fecha no estima que los principios citados sean formalidades, debiendo acudir a la doctrina selectiva que no la agota, siendo la doctrina dominante o de avanzada.

En nuestro país esta postura la representa Ovalle Fabela, quien sostiene que entre las formalidades esenciales del procedimiento debe contarse con el principio de inocencia del acusado, " al acusado no se le puede exigir la prueba de su inocencia, y si algún procedimiento se lo exige, estará violando las formalidades del procedimiento ". Esta idea se funda en que la existencia de un órgano acusador técnico-jurídico que tiene el monopolio de la acción penal, por una parte, y además, la existencia de un acusado considerado probable responsable, de tal manera que no puede exigírsele la prueba de su inocencia, porque además en muchos casos serían hechos negativos de difícil comprobación.

La prueba incumbe al que afirma no al que niega. Y de la presunción de inocencia obtiene bases para obtener la carga de la prueba, en aplicación del sucedáneo de la prueba. Aplicación de la regla de juicio.

### 3.- LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION.

En materia de libertad caucional la regulan como resultado de la reforma constitucional del 3 de septiembre de 1993, son ahora total y absolutamente nuevas y diferentes.

Anteriormente se indicaba que todo procesado penalmente deberá ser sometido a prisión preventiva, esa era la regla, todo mundo a la cárcel excepcionalmente podrán obtener su libertad caucional aquellos acusados a los que se les imputa un delito, pena media de 5 años, etc.

Bueno en este momento las cosas han cambiado enteramente, hoy se podría decir que la regla es: todo procesado tiene derecho a la libertad caucional y la excepción sería no tienen, no gozan de ese derecho aquellos procesados que se les impute un delito grave.

La mayoría de los procesados que sí tienen derecho a su libertad caucional, cómo la obtendrán, que caución tendrán que poner ante el juzgado. Ahora, no será una caución serán tres cauciones, ésta es la forma en la cual el legislador ordinario ha interpretado el nuevo texto del veinte fracción primera.

La caución para garantizar la libertad, será una caución en cantidad, que resulte, asequible para el procesado, la forma que esto se desarrollo en la práctica de nuestro tribunales, porque con el sistema anterior el juez tenía normas muy claras, que le indicaban, poner una caución que podía aplicar como máximo cuatro años de salario mínimo, bueno pues rápidamente el juez calculaba y ponía un año, dos años, tres años, cuatro años su máximo, pero si el delito ha causado daños, cuando menos tres tantos de nuevos, una norma que rápidamente podía aplicar, pero actualmente, es la que sea asequible para el procesado, la que sea alcanzable, la que el procesado pueda pagar, y que puede pagar, esto se traduce en decir, cuál es la capacidad económica del procesado.

Empero en el momento inicial que es consignado ante el juez, los elementos que tiene el juez para determinar su capacidad económica son muy pocos, antes era principio dogmático, que la libertad debería de concederse, o negarse de inmediato, tan pronto como el procesado lo solicitará.

Hoy, el legislador dice que para que el procesado obtenga su libertad es necesario que garantice la reparación del daño, y para ello dice la Constitución, deberá tomar en cuenta los datos que en el momento de conceder la libertad tenga a su alcance para determinar aproximadamente cuál es el monto del daño causado, siendo un solo tanto y ya no tres tantos del daño.

Entonces esas son las tres cauciones y deberán de entregarse, suponiendo si son tres billetes de la Nacional Financiera tendrán que ser tres billetes, no un solo billete, porque esas diferentes cauciones, están llamadas a diferentes destinos, y en consecuencia es necesario que se le de al juez, la posibilidad de manejarlas cada una de esas cauciones por su parte.

La Constitución por su lado nos dice que la caución podrá ser posteriormente reducida de nuevo, en forma, que parece estar diciendo el constituyente que hay dos momentos, un momento inicial en el cual el juez fija el monto de esas tres cauciones y un momento posterior que puede ser tres días después, tres semanas después, etc., No hay un lapso, no hay un plazo fijo, no hay un término, en algún momento posterior el juez puede disminuir el monto de la caución y no queda muy claro en la Constitución. Como tampoco queda traslucido el número de cauciones, e igualmente cuál o cuáles son las cauciones cuyo monto puede reducirse, pero el legislador ordinario tomó su decisión, todas se pueden reducir.

En las obras de doctrina que hablan de cauciones, es la caución que se usa siempre, se reducirá en la proporción que el juez estime justa y equitativa por cualquiera de las

circunstancias siguientes, se enumeran cinco, no haciendo falta que se reúnan las cinco, si se presenta una sola de ellas basta para que pueda el procesado solicitar, y deba el juez otorgar una reducción de caución.

Primero: El tiempo que el procesado lleve privado de su libertad, el juez se verá llamado a ser un juicio de valor, un cálculo, cuál es la pena, qué más su medio, y en virtud de la relación entre esos dos extremos, podrá el juez disminuir el monto que inicialmente la había iniciado a la caución, a la caución de la libertad.

Segundo: La disminución acreditada de las consecuencias o defectos del delito, todo esto lo que nos está indicando, es la que la decisión judicial que fija el monto de la caución no es definitiva, y que las pruebas que a lo largo del proceso se vaya rindiendo, pueden llevar al juez acreditar que las consecuencias o los efectos del delito, son quizás menos graves que inicialmente se pensó, ello llevaría aparejada disminución de caución de libertad.

Tercero: La imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aun con pagos parciales, auto explicativo.

Cuarto: El buen comportamiento observado en el centro de reclusión, de acuerdo con el informe que rinda el Consejo Técnico Interdisciplinario.

Quinto: Otras que racionalmente, conduzcan a crear seguridad en que no procurara distraerse a la acción de justicia; testigos, dictámenes, psiquiátricos, esto daría base para que el juez disminuya el monto de la caución de libertad.

Entonces, incluso la caución destinada al pago de la reparación del daño incluso esa caución, podrá reducirse si el procesado muestra la imposibilidad económica de pagarla.

Bien, en tratándose del destino de la caución, para el caso que se revoque la libertad, por ejemplo en donde el procesado se constituya prófugo, la caución de la libertad se hará efectiva y se le entregará al Estado, lo mismo que pasaba anteriormente, la caución de la reparación del daño; se hará efectiva y se le entregará a la víctima. Y en eso no hay fundamento jurídico para ello.

Como bien pudo verse a lo largo de esta exposición, el sistema penal siempre ha sido fuente de dilemas, que aparecen en terrenos difíciles, cuando entran en conflicto intereses atendibles pero incompatibles. Entre esos dilemas figura la opción entre la libertad y la reclusión. No tiene caso examinar tan complejo asunto, pero vale la pena recordar que la prisión tanto preventiva como punitiva, se halla tocada por el descrédito.

Ante la antinomia, se ha optado por reducir el empleo de la prisión: no debe usarse lo más que se pueda, sino lo menos posible.

En antaño, nuestro sistema confiaba enteramente en el juzgador para decidir sobre la libertad caucional de la persona, y de esta suerte anticipa una casi inevitable confianza posterior, decidir en el desempeño de su función sobre la idoneidad de la caución y el monto de la misma para efecto de otorgar la ansiada libertad de aquel que permanece detenido, por eso antes de la reforma constitucional del 93, la garantía de libertad estuvo asociada al término medio aritmético de la sanción privativa de libertad.

El fundamento entonces de esas premisas lo constituyen dos factores, uno, las características del hecho y otro, las del probable infractor. Hubo entonces así, una caución ordinaria y otra reforzada pero sólo para casos excepcionales, y diríamos nunca empleada a pesar de que esta contemplada en las legislaciones secundarias. Aunque también cabe citar que algunos impugnadores de ello sostienen que de esa forma se imposibilita o disminuye el acceso del detenido a la libertad caucional.

De esa suerte, es obvio que con la reforma constitucional de 93 se procura mejorar la posición del inculcado y se retraen en la consideración de la sociedad y del ofendido, pero como quiera que sea es loable la notable intención de favorecer la liberación de los detenidos, porque de otra manera, quedarían en prisión preventiva.

Por eso ahora se sugirió la idea de los delitos graves y lo no graves, que por cierto, ya aludimos líneas anteriores, y así, en el caso de los primeros no existe libertad provisional, ope legis, para los probables responsables de los delitos de esta índole, en tal virtud rige el principio de determinación legal.

Finalmente, cuando se examinaba la posibilidad de introducir cambios a la institución de la libertad provisional bajo caución, al nivel del texto constitucional, quedo bien clara la idea de que prevaleciera el interés del inculcado sobre el de la "víctima", por ser aquel un "presunto inocente", aunque desde luego habrá que hacerlo con ciertas reglas o mejor diríamos reservas, en la inteligencia que de hacerlo absolutamente tendríamos que suprimir cualquier tipo de garantía que pudiera imponerse.

En la cuenta favorable de la reforma a la que estamos estando haciendo

alusión, debe sumarse el hecho de que se hubiese incorporado la figura de la revocación de la libertad caucional prevista en el párrafo tercero del artículo 20 Constitucional, dado que anteriormente esto sólo importaba para su regulación a los códigos procesales.

Válido resulta entonces sostener que, la reforma constitucional lleva de suyo el propósito de restringir el ámbito de aplicación de la cárcel preventiva y favorecer la libertad provisional de los detenidos.

Las mejores intenciones rodearon a la reforma constitucional, las mejores reflexiones alimentaron su corporeidad, pero también sus bondades o por que no, sus defectos sólo pueden ser constatados en el mundo de su aplicación en el ejercicio profesional, sin embargo hasta ahora, son sin duda, un perfecto ángulo de la técnica legislativa y de la recta aplicación de la ley, en la materia penal, por cierto, vilipendiada siempre de su falta de tecnicismo. Quedan esas propuestas para la meditación.

#### 4.- EL DERECHO DE OFRECER PRUEBAS.

" En el artículo 20 constitucional en su fracción V se contempla: En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías... V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentre en el lugar del proceso. "(37).

Esté canon constitucional no tiene aplicación en la averiguación previa, por los siguientes motivos: en la etapa investigatoria, los actos de autoridad tienden a allegarse pruebas que demuestren la validez de la pretensión jurídica de la acción penal; son atribuciones exclusivas de la

representación social el determinar qué 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, por tanto, que se actualice la existencia de las atribuciones probatorias del indiciado.

Las facultades probatorias que emanan de esta garantía constitucional, no brindan una protección absoluta a los procesados.

Las pruebas en el proceso penal deben ofrecerse en los términos y plazos que establece la legislación procesal ordinaria, y, para su admisión, deberán ser de tal naturaleza que no resulten contrarias a la ley o a la moral.

Ahora bien, la regla general que se estudia, es aplicable tanto a la prueba testimonial como a las demás pruebas que puedan ofrecerse en juicio para demostrar la inocencia del acusado; el artículo constitucional, en principio enuncia en forma casuística la prueba de los testimonios, pero inmediatamente después les engloba en el dictado general, produciendo ese efecto jurídico.

En este sentido lo que toca a las facultades que posee el juzgador para admitir las pruebas que se ofrezcan en el proceso contencioso constituye una carga del oferente de la prueba el señalar los elementos que permitirán el desahogo cuando su naturaleza lo requiera y que la probanza tiende a acreditar la veracidad de los hechos materia del litigio.

En materia penal, tales exigencias no rigen, ya que 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 siguen en el juicio.

Y, por último, los beneficios probatorios que brinda la garantía constitucional, son dables para quien formalmente esté sujeto a proceso; si el acusado se encuentra prófugo, el haberse sustraído de la acción de la justicia le excluye de la hipótesis constitucional y le hace nugatorio su derecho en las pruebas.

No puede gozar de la garantía de las pruebas, por que al sustraerse de acción de la justicia, el efecto jurídico que produce es la suspensión del procedimiento hasta que se le reaprehenda, y por tales causas no se pueden admitir y desahogar las pruebas que ofrezca, sin que ello viole garantías individuales.

Ello es sin dada el concepto generalizado antes de la reciente reforma constitucional que trastocó el mundo del derecho penal, en el caso, en su parte adjetiva. Ahora con mejor y más dotada técnica jurídica, se sostiene que las pruebas, para ser tales deben cumplir con requisitos como lo son:- el principio de unidad de la misma, a través del cual se considera que las partes deben estar presentes en su desahogo, luego, el principio del contradictorio, en que se permita la discusión sobre el contenido y la certeza de ese instrumento probatorio a desahogar, son esas las razones por la que se sostenía que durante la fase de averiguación previa sólo el Fiscal podría allegarse de las mismas.

Con la llegada de la reforma constitucional, si bien es verdad el monopolio de la acción penal sigue estando en manos del Ministerio Público, si en cambio, se permite que el

presunto responsable detenido o en libertad pueda ofrecer pruebas en su descargo, siendo entonces para ahora que el Representante Social tenga la obligación de recibirlas y desahogarlas, y como no habría de ser así, si se trata de una institución de buena fe en su actuación.

La libertad del detenido para ofrecer pruebas y desahogarlas, solo tiene una limitante:- que las pruebas no vayan en contra de la moral y las buenas costumbres, y por supuesto que están prevenidas en la legislación adjetiva, sin perjuicio de que se trate de aquellas que doctrinalmente se llaman inominadas, pero que no rayan en contradicción a lo ya citado.

La oportunidad de ofrecimiento y desahogo de pruebas nace a partir del momento de su detención y fenece al término de la instrucción, pero al menos en nuestro Estado de Guanajuato, ese marco de temporalidad puede verse extendido incluso en la Segunda Instancia bajo ciertas reglas que el propio código adjetivo enumera.

## CITAS BIBLIOGRAFICAS.

## CAPITULO TERCERO.

- (30).- Ob. Cit. Zamora Pierce., Pág.400.
- (31).- Ob. Cit. Zamora Pierce., Pág.400.
- (32).- Ob. Cit. Zamora Pierce., Pág. 401.
- (33).- Ob. Cit. Zamora Pierce., Pág. 401- 402.
- (34).- Ob. Cit. Zamora Pierce., Pág. 403.
- (35).- Ob. Cit. Zamora Pierce., Pág. 414.
- (36).- Micheli, La carga de la prueba, Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, núm. 60, 1981, Pág. 311.
- (37).- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa., México, 1993, Pág. 24.

#### CAPITULO CUARTO.

## CAPITULO IV.- HACIA LOS DERECHOS HUMANOS.

SUMARIO IV: 1.- Concepto de derechos humanos. 2.- Sugerencias para evitar la innecesaria prisión. 3.- La técnica legislativa penal. 4.- La política penal legislativa en México.

### 1.-CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS.

Las sociedades modernas, en la medida que miran a los altos niveles de la civilización, como meta suprema e ideal a alcanzar, que apareaja bienestar político, social y económico, y con ello el pleno desarrollo cultural de los pueblos e individuos, se acercan, o pretenden hacerlo, con más o menos éxito, a esa preocupación universal de culto relativamente reciente y que conocemos como Derechos Humanos, su preservación, ampliación y eficaz salvaguarda.

Para conceptualizar a los Derechos Humanos, debemos empezar por aceptar que hay un orden que los hombres nos hemos dado y que arranca, para decirlo sin mayores vueltas, del pensamiento individualista.

Convengamos en que a partir de las grandes declaraciones de Derechos del Hombre, en la era moderna, hay parcelas normativas que dan cabida a derechos, que el pueblo quita al soberano o que éste cede y que resultan intocables, perennes e irrenunciables.

Esta suma de derechos del individuo y en la suma de éstos del pueblo, y en visión universal, acaban o empiezan, siendo el hombre, como especie, reconocen y reconocieron dos vertientes o ámbitos:- la de los derechos inherentes a la vida social de los individuos y la de los derechos del hombre en su vida con y el Estado (38).

Sin embargo, no podemos acotar el concepto de Derechos Humanos, a los textos constitucionales, pues es mucho más amplio. Se ubica en todo lo que hace posible la vida del hombre para alcanzar la dignidad plena del ser humano, sin que esto signifique la aceptación de un jusnaturalismo anacrónico, ni de un régimen suprapositivo en relación al derecho que nos rige.

Si hemos de reconocer que la vida moderna atribuye y reconoce en cada hombre, sin distinción alguna, un estatuto mínimo de derechos que le permiten su cabal y más amplio desarrollo, no siempre agotado por el derecho positivo y cuya vulneración irrita a las sociedades.

Hoy los derechos humanos, vuelven a ocupar y preocupar a los pueblos y a los individuos, pues está visto que la rígida norma, no puede alcanzar el enorme universo de posibilidades en la vida de los individuos y de ahí el esfuerzo supremo de preservar esos Derechos Humanos, pero para ello, es menester primero, acotarlos y reconocerlos; de otra suerte, cualquier intento en su favor, sería vano e ineficaz.

Establecer un concepto sobre lo que son los derechos humanos dista mucho de ser algo sencillo. No son pocas las definiciones que obran en ciertos documentos oficiales y textos universitarios de circulación masiva.

Aparte de lo anterior, el término "derechos humanos" ha recibido diversos significados a lo largo de la historia de la humanidad.

Se habla indistintamente de derechos naturales, derechos inatos, derechos fundamentales, derechos individuales, derechos de las personas, derechos de los ciudadanos, derechos del hombre, derechos subjetivos, y otros calificativos más.

Si bien es cierto, entre estos conceptos y el que ahora en este punto nos ocupa puede haber uno o varios puntos de similitud, cada uno de ellos alude a una específica situación jurídica. Por ello es preciso dejar establecida una definición de "derechos humanos", que ya de por sí es un concepto amplio al que corresponden todos los citados en el párrafo precedente, pero para no dejar de ser tradicional vale la indicación siguiente.

Derechos Humanos son "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuáles deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional" (39).

Por su parte, otros como Morris Abram, delegado de los Estados Unidos ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, señaló categóricamente que se llama derechos humanos a "aquellos derechos fundamentales, a los que todo hombre debería de tener acceso, en virtud puramente de su calidad de ser humano y que, por lo tanto, toda sociedad que pretenda ser una sociedad auténticamente humana debe garantizar a sus miembros" (40).

Algunos más los definen como "el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades, pretensiones de carácter civil, político, económico, social, cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente" (41).

La pluralidad de definiciones denota que la realidad de los derechos humanos, en tanto concepto cultural, no puede sustraerse a la evolución histórica de la humanidad a la que va definitivamente ligado. He mencionado aquí algunas definiciones, si acaso aquellas que me han parecido las más esclarecedoras.

Sin duda, pues, la de los derechos humanos es una realidad dinámica, cambiante e integradora de los avances de la sociedad a lo largo de la historia.

Así entonces, podemos sostener que algunas de las características de los derechos humanos son :-

a) Imprescriptibles.- lo que quiere decir que el simple transcurso del tiempo no determina su adquisición o su pérdida.

b) Inalienables.- esto es, que no son objetos de transferencia a otros sujetos.

c) Irrenunciables.- no son de aquellos derechos a los que pueda renunciarse.

d) Inviolables.- tratándose de derechos absolutos, sólo podrán transgredirse cuando exista una limitación legal para su ejercicio.

e) Universales.- se extienden a todos los individuos por dimanar de la naturaleza humana, participando todos por igual.

f) Efectivos.- no es suficiente con un mero reconocimiento como principio ideal y abstracto, sino que constituyen una exigencia de nuestro tiempo y asimismo un compromiso de trabajar incansablemente para su realización.

Hoy en día, la principal característica que envuelve a los derechos humanos es el de su promoción universal. Se pretende que aparte de su concreción en los textos normativos supremos, su real y efectiva aplicación constituya una tangible realidad.

Aún existen zonas en el mundo en donde los derechos humanos son ignorados. Aunque, también es cierto, existen fuertes presiones de la comunidad para terminar con éste proceder contradictorio a la dignidad humana.

No basta con la proclamación en las Constituciones de los derechos humanos, ya que esto no es otra cosa que la enunciación de un compromiso de todos por materializar el espíritu de los derechos en cuestión. Se trata de realizar un trabajo arduo y constante para su concreción real.

Sin duda el reto en nuestros días en materia de derechos humanos es, por principio, conocerlos e identificarlos plenamente, y luego luchar contra todo aquello que se oponga e impida su vigencia.

"Toda persona debe conocer sus derechos, así como sus obligaciones, a efecto de ejercerlos eficaz y responsablemente. Quien conoce sus derechos, y también sus deberes, contribuye decididamente a la creación de un orden social nuevo y justo" (42).

Por su parte, los poderes públicos deben asumir con responsabilidad la encomienda que se les ha asignado. Dicho de otro modo, deben procurar mejorar las condiciones sociales, culturales y económicas de los ciudadanos a efecto de poder concretar los principios estructurales de la sociedad organizada y civilizada:- la libertad y la igualdad de individuos y grupos.

La educación e información adecuada de las personas, así como la correcta actuación de los poderes públicos e instituciones de gobierno (particularmente la procuración y la administración de justicia) contribuirán a la solidaridad en todos los niveles, para lo cual serán necesarios un orden jurídico respetuoso de la dignidad humana y del ejercicio de la responsabilidad ciudadana.

Esto no significa otra cosa sino que vamos en camino a una directa cultura de los derechos humanos, que en lo que a nosotros importa avanza sobre la senda del derecho penal sustantivo y adjetivo, lo que importa ya un cambio trascendente en la actuación de la autoridad respecto del detenido.

Viendo esa necesidad, el camino que sigue el derecho punitivo pasa de ser un mero derecho penal de autor, porque parece que nos interesa más la personalidad del sujeto, con toda la problemática que ello implica, para ser en la actualidad un derecho penal de acto, en donde se resalta ya, la trascendencia de la acción y conducta del sujeto activo. En la medida de su avance, es indudable que vamos directo a un pleno reconocimiento de los llamados:- derechos humanos.

Pensar y actuar en los derechos humanos, es pensar en un mundo mejor.

## 2.- SUGERENCIAS PARA EVITAR LA INNECESARIA PRISION.

Para ser pronta y expedita la justicia penal de favorecer, hasta donde sea razonable y posible, la abreviación de los procedimientos, sin descuidar en ningún aspecto los derechos del ofendido y de la sociedad, ni las garantías constitucionales de los procesados, a través de juicios verdaderamente sumarios en los que dominen los principios de concretación procesal y la oralidad, así como el de procurar una efectiva reparación del daño.

Además, la justicia penal, en lo que quepa evitarlo, no ha de significar carga para la sociedad en cuanto a costos de realización, como hasta ahora ha sucedido en la mayoría de los casos a consecuencia de un sistema en que, por ser pocos los delitos que tienen penas alternativas, abundan los que dan lugar a la sanción preventiva durante la tramitación del proceso, quedando el inculcado sujeto a la necesidad de obtener su libertad provisional bajo caución, si ello procede.

Esto es, la prisión preventiva se ha venido aplicando en la averiguación de gran número de delitos y tal política procedimental -que dan lugar a un anticipo de la eventual sanción-pugna con el principio de que a nadie se le habrá de castigar sino hasta que su culpabilidad sea declarada en sentencia firme.

De consiguiente, esa forma de proceder afrenta en lo moral la dignidad de la persona y en lo material castiga a quien sufre la detención y grava a la sociedad, porque esta tiene que sostener los establecimientos carcelarios y la manutención, en sentido amplio, de quienes se hallen internados, pues sabemos que pese a los propósitos consignados en reglamentos de funcionamiento dichos centros no son autosuficientes.

La prisión preventiva tiene asimismo, el efecto inicuo de que sirve de medio para exhibir desde luego al inculcado como infractor de la ley y para presionarlo a fin de que se coloque en situaciones o consienta en prestaciones que procure quien lo inculpe y que sólo deberían justificarse al existir una sentencia firme de condena; esto sin perjuicio de aplicar medidas precautorias.

La prisión preventiva y la innecesaria prisión por condena acarrean también la separación del sujeto inculcado de su lugar de trabajo y de su ambiente familiar, alcanzando así un irracional efecto trascendente en perjuicio de los familiares que se ven privados del apoyo económico y del trato cotidiano que dan contenido a las relaciones en el hogar "(43).

Por otra parte, la sobrepoblación de los reclusorios acrecienta en ellos las condiciones de promiscuidad, dificulta imponer disciplina en lo interno y favorece la corrupción generalizada, propiciando lo que la misma sociedad ve con desilusión en esos centros, que debieran servir para la readaptación de los delincuentes, constituya "escuelas del crimen".

Se añade a lo anterior, la circunstancia de que por los cambios habidos en la vida social del presente, comparada con la época en que se expidió el Código Penal en nuestro caso para el Estado Guanajuato ha surgido la obsolescencia o simple inadecuación con respecto a las penas asignadas a múltiples delitos.

La problemática aquí señalada ha venido motivando diversas reformas a las leyes sustantivas y adjetivas del orden penal.

De esas reformas derivan dos afirmaciones contundentes:-

La primera apreciación consiste en que la adopción que se ha hecho de reglas que abrevian el trámite en comparación con el procedimiento ordinario, no ha provocado consecuencias inconvenientes, sino que han podido aplicar con algún beneficio para todos los interesados; que tampoco han producido consecuencias inconvenientes la instauración de la libertad provisional en la fase de averiguación previa y no solamente por el juez del trámite del proceso.

Tampoco las ampliaciones que se han hecho en cuanto a la procedencia de la libertad caucional, como tampoco ha sido contraproducente la ampliación del requisito de querrela para abarcar más delitos que se sujetan a ella, ni la despenalización de algunas conductas carentes de gravedad, ni las fórmulas de sustitución de las penas ni de preliberación.

Y, todo ello es mero significativo de un elemental seguimiento del respeto a los derechos humanos, como ya en el apartado que antecede lo dejamos enunciado.

En fin pues, que ninguna de las reformas adopta en la última década, ha producido experiencias que aconsejen dar marcha atrás.

La segunda apreciación a la que hacíamos referencia, es que pese a las reformas recientes, subsisten aún casos de privación innecesaria de la libertad del inculpado o de sentenciados inclusive, , por prevalece la urgencia de avanzar más en las reglas que permitan mayor celeridad en los procedimientos y que den mayor margen de adecuación a las sanciones y más efectividad a su ejecución.

Además a la prisión preventiva, se le debe dar cabalidad el efecto de abono que ordena el último párrafo del artículo 20 constitucional antes de la reforma del año de 1993.

Este panorama me lleva a proponer algunas modificaciones a la legislación adjetiva penal, que en la parte de conclusiones de este trabajo citaré.

### 3.- TECNICA LEGISLATIVA PENAL.

Bajo este rubro, haremos una somera referencia a los principios, reglas y formas que el legislador ha de observar en la elaboración de la leyes penales, para el efecto de que su creación sea lógica constitucional y práctica.

Que las leyes sean lógicas implica el que en forma alguna contradigan las estructuras ontológicas o lógico-objetivas.

Que sean constitucionales se refiere a que respeten las limitaciones establecidas en la ley fundamental y sean el ámbito de su competencia ; y, que sean prácticas, conlleva la idea de que estén redactadas y sistematizadas en forma clara a fin de que se puedan aplicar fácilmente.

En su hacer legislativo, la autoridad no puede contrariar las leyes de la lógica, de la naturaleza o de las estructuras lógico-objetivas, porque estaría penetrando en un campo que le está vedado y, si lo hace, su actividad sería ilegítima y carecería de sentido. A este respecto, conviene puntualizar que las leyes no pueden reglamentar otra cosa que no sea el comportamiento humano y en la medida en que la norma pueda efectivamente ser llevada a cabo porque material y moralmente es posible.

Las leyes no pueden regular fenómenos de la naturaleza como que no lleve en determinada época, que la gente sea de determinada estatura, que los seres vivos alteren su ciclo vital, y que los días tengan más horas, etc., tampoco puede exigir al ser humano, comportamientos que no pueda realizar, material o moralmente, porque la norma es tal en cuanto existe la posibilidad de que se cumpla con el comportamiento ordenado o prohibido.

Las Constituciones de los países, de una forma u otra, establecen limitaciones a los órganos legislativos que, en materia penal, se hacen consistir en que el legislador no puede crear leyes penales en sentido técnico con el contenido que quiera, es decir, la autoridad encargada de crear las leyes no está en aptitud de señalar cualquier conducta con el carácter de delito, ni puede señalar cualquier pena.

Lo deseable sería que la ley primaria destacara cuales son las características que debe tener un comportamiento para que pueda calificarse en la ley como delito, y también destaque cuales son las sanciones que se pueden establecer en la leyes con el carácter de penas

(44).

Respetadas las limitaciones y prohibiciones, el legislador tiene la facultad de calificar como delito cualquier comportamiento del ser humano, lo cual conduce en muchas ocasiones al exceso. La producción legislativa penal es tal que, existen innumerables figuras delictivas, muchas de las cuales no tienen razón de existir, bien porque ya exista una ley fuera del catálogo de delitos, y en otros casos, tampoco el aumento de la penalidad de los ya establecidos es garantía de la disminución de la criminalidad.

Por eso la elaboración de leyes, de reglamentos que en materia penal rigen deben ser siempre objetivos y que cuenten con un respaldo doctrinario y práctico, no se trate de regular hasta el más mínimo detalle de la actividad humana, sino de seguir respetando los ideales de la comunidad.

El órgano legislativo en el proceso de elaboración de leyes, debe tener cuidado en escoger las palabras que mejor expresen lo que se quiere legislar, ya que, de no ser así, la disposición legal una vez que nace no puede tener un significado muy diverso al que originalmente quiso, presentándose la discordia de la voluntad legislativa y la disposición legal, que generalmente significará una circunstancia adversa sobre la utilidad de la ley.

Además de las palabras, el texto debe gramaticalmente integrarse en mejor forma. La estructura de las expresiones escritas tiene que ser la mejor.

Dentro de su labor, el legislador tiene que estar consciente de que existen palabras conceptuales que son aquellas que contienen en sí mismas la descripción de un hecho, como matar, robar, violar, etc., que han sido creadas en el lenguaje para simplificar la comunicación.

En efecto, decir que alguien utilizó la fuerza física o moral para tener relaciones sexuales, es expresar que alguien violó; decir que alguien se apoderó de bienes muebles ajenos, es afirmar que robó.

Estas palabras conceptuales deben hacerse un lado en la práctica legislativa en aras de la simpleza de estilo y de la claridad de las leyes, tratando de definir el comportamiento o hecho delictivo en su expresión amplia. Cuando esta regla no es respetada, surgen los denominados tipos abiertos que se contraponen a los tipos cerrados; en estos últimos existe una descripción clara del contenido del comportamiento que es materia de sanción.

La Constitución ha establecido mecanismos para que la gente que integra los órganos legislativos no se perpetúe en ellos, esto es, para que no permanezcan indefinidamente. Por eso existe una constante renovación de la legislatura, porque sus miembros tienen un período cuyo límite ya está previamente determinado y, si comparamos a los integrantes de una época y otra, podremos observar que quienes integran ese órgano son personas diversas, si bien es cierto que se permite o que está permitido que quien haya sido diputado lo puede ser en períodos futuros, siempre y cuando, no sea en el que es inmediato.

La renovación constante permite garantizar que los representantes de la sociedad realmente sigan conservando esa cualidad. El órgano legislativo, ante los problemas y las situaciones existentes, formula leyes, deroga y modifica las ya existentes.

Eso momento futuro es el que, en su caso han de nombrar las legislaturas próximas o actuales a él, sobre todo si se considera que no se trata de cuestiones de prevención o resguardo de una materia determinada.

El legislador antes de realizar una codificación, debe señalarse cual es la forma de estructura interna que adoptará: - libros, títulos, capítulos, secciones, etc., y ceñirse a ella.

Estos son los lineamientos que por lo menos a nuestro juicio, debe seguir el legislador en la elaboración de las leyes penales. Es decir, que siempre habrá de existir en la ley una norma, y una objetividad tutelada.

Por tales razones, la elaboración de la ley penal merece especial cuidado, habida cuenta que de no seguirse esas disposiciones mínimas, el alcance de la ley puede afectar inclusive la esfera de libertad del gobernado o del destinatario de la norma, de tal suerte, que la ley puede inclusive estar por encima de los llamados derechos humanos. Luego, ese cuidado es responsabilidad del legislador.

#### 4.- LA POLITICA PENAL LEGISLATIVA EN MEXICO.

Para poder entrar al análisis de como es la política penal legislativa en México, considero conveniente establecer algunas delimitaciones conceptuales a efecto de precisar el tema a que nos vamos a referir.

Por una parte, se entiende por política penal legislativa " a aquel sector de la política criminal, que se refiere precisamente a la legislación en materia penal; la que abarca tanto a la legislación penal sustantiva como a la procesal y a la ejecutiva " (45).

Por tanto, para poder hablar de este sector de la política criminal, es también conveniente tener una idea de lo que se entiende por política criminal.

La política criminal ha sido y es entendida, " como la política en torno al problema de la criminalidad; constituye un sector de la política general del Estado, y comprende todo el conjunto de decisiones de medidas que el Estado adopta frente al fenómeno de la criminalidad, y se entiende, por otra parte, que esa política criminal debe ser considerada, a su vez, como un sector de toda la política social de un Estado "(46).

Entonces, el sector que analizamos, es apenas un sector reducido dentro de toda esa política social que corresponde desarrollar al Estado para el cumplimiento de las funciones que se le encomiendan.

Cuando hablamos de la política legislativa penal, nos referimos específicamente a la legislación que tiene ese carácter, porque, junto a esa legislación penal existen otras que también forman parte de la política criminal, en la medida en que, de alguna manera inciden también en el fenómeno de la criminalidad.

Ahora bien, dentro de la legislación estrictamente penal, distinguimos a: la legislación penal sustantiva, adjetiva y ejecutiva, en la medida que todas ellas inciden en la figura y tratamiento de un personaje del proceso penal, me refiero, al detenido.

Lo anterior establece una exigencia para el legislador, consistente en que al momento de dar origen a sus regulaciones tome en cuenta algunos bienes que individual o colectivamente requieren de protección jurídica. Una vez tenido ese conocimiento debe hacer una jerarquización de esos intereses, el legislador debe dejar para el derecho penal únicamente aquellos que sean fundamentales en la vida ordenada en comunidad.

Todos los demás intereses o bienes que no tengan esa característica deben ser excluidos del ámbito del derecho penal, y, en todo caso contemplados y protegidos en otras áreas del derecho. De esta manera, por lo tanto se irán determinando los límites, los alcances precisos que corresponden al derecho penal.

Solo esos bienes de fundamental importancia justifican la intervención del derecho penal, de ahí que " se afirma que el único objeto de regulación de las normas penales lo constituye la conducta humana, ninguna otra cosa pueden prohibir u ordenar dichas normas "(47).

En cada una de estas legislaciones se puede identificar naturalmente, una ideología que a seguido el legislador, o que, por lo menos, a imprimido el legislador a esa legislación.

Un sistema penal en donde el principio de legalidad no tiene el mismo alcance que en el nuestro, en cierta medida pierde importancia, pues que en él se desecha el principio de que solo pueden prohibirse u ordenarse penalmente conductas humanas.

El legislador, de acuerdo con lo anterior ya no esta limitado a establecer regulaciones sólo del comportamiento humano, sino también situaciones o estados de la persona, las medidas que se puedan imponer según esta concepción, no tiene que ser necesariamente penas, ni tampoco tienen que ser penas con una duración determinada, sino que ahora se autoriza la imposición de sustitutivos de la pena, particularmente de las privativas de la libertad.

De esta manera el contenido de la legislación penal, definitivamente no permite la posibilidad de transgredir el respeto a los derechos humanos por parte de los órganos del Estado que intervienen en el conocimiento de los delitos.

En cambio, se va limitando paulatinamente el uso excesivo del derecho penal.

Ante la situación descrita de la política penal legislativa observamos que la reciente reforma constitucional del 93, a iniciado en México, un movimiento de reforma legislativa en el campo del derecho penal, variando la filosofía que inspiró nuestros anteriores códigos penales, pero sigue prevaleciendo la orientación positivista y por ello, en el plano formal, de los derechos humanos.

Ante estos cambios, llegamos a la conclusión de que en el ámbito legislativo se recomienda, entre otras cosas, penas mas racionales, y consideró que las penas privativas de la libertad sumamente elevadas son irracionales pues ya no se mantienen dentro de los límites que se justifica hablar de una reacción adecuada del fenómeno que se trata de combatir.

Como pudo verse, la reforma constitucional viene a revolucionar los conceptos tradicionales del derecho penal sustantivo, adjetivo y ejecutivo, y, todo ello es producto de una mayor claridad por lo que hace a la reorientación de la legislación penal.

En esos pocos puntos, que fueron objeto de reformulación a nivel del texto constitucional, podríamos afirmar que la legislación a seguido la orientación establecida en la moderna política penal legislativa.

En la actualidad en México, se manifiesta independientemente de todos estos aspectos extremos en que se llega al uso del derecho penal, una tendencia a lograr que el derecho penal se ajuste a esos lineamientos que hemos señalado con anterioridad, que son los de nuestra Constitución y los propios de un Estado de Derecho Democrático (48).

“ Por tanto la necesidad de plantear una reforma integral a todo el sistema penal del Estado mexicano, es a su vez de tal manera que contemple por una parte de manera integral la legislación penal, es decir, que comprenda tanto a la sustantiva, como a la procesal y al ejecutivo. Además que este orientada por un pensamiento uniforme. ” (49).

## CITAS BIBLIOGRAFICAS.

## CAPITULO CUARTO.

- (38).- Ob. Cit. Zamora Pierce., Pág 260.
- (39).- Investigaciones Jurídicas., Revista Jurídica Jalisciense., Universidad de Guadalajara, Jal., Año 2, número 3, mayo-agosto, 1992, Pág. 60.
- (40).- Ob. Cit. Revista Jurídica Jalisciense., Pág. 61.
- (41).- Ob. Cit. Revista Jurídica Jalisciense., Pág. 61.
- (42).- Ob. Cit. Revista Jurídica Jalisciense., Pág. 71.
- (43).- Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato., Investigaciones Jurídicas., Boletín No. 43, julio-septiembre., Guanajuato, Gto., 1991.
- (44).- Ob. Cit. Torres López., Pág. 116.
- (45).- Ob. Cit. Revista Jurídica Jalisciense., Pág. 197.
- (46).- Ob. Cit. Revista Jurídica Jalisciense., Pág. 197.
- (47).- Ob. Cit. Revista Jurídica Jalisciense., Pág. 205.
- (48).- Ob. Cit. Revista Jurídica Jalisciense., Pág. 222.
- (49).- Ob. Cit. Revista Jurídica Jalisciense., Pág. 223.

## CONCLUSIONES.

## CONCLUSIONES.

En un estado de derecho como el nuestro, debe partirse del respeto de una serie de garantías del individuo. La acción del Estado encuentra entonces su límite en determinada imagen del hombre, como reducto que no cabe invadir. Para expresar esta idea cabe acudir al concepto de "dignidad humana" tal como se concibe en nuestro momento histórico-cultural.

Sólo cuando la pena se imponga a alguien por algo que pueda considerarse obra suya en cuanto ser racional, se respeta la dignidad humana. Atentaría a ella castigar a alguien por un hecho ajeno a su hacer racional.

El Estado democrático de derecho tiene que ofrecer al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho, que implica desde luego, no abusar del derecho represivo del Estado sino en la medida de lo posible dejar a un lado su utilización, que por cierto, esa es la orientación final de las recientes reformas a la Constitución y a las leyes locales sustantivas y adjetivas amén de la ejecutivas.

Enlaza esto con la exigencia de la seguridad jurídica: el ciudadano ha de confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas conforme a una normal racionalidad, no va a poder ser castigado.

Todo ello sirve, de fundamento a diversas exigencias ampliamente aceptadas hoy que pueden considerarse presupuestos de la posibilidad de considerar a una persona como culpable, evitando la prisión preventiva que ya por sí misma significa un adelanto de la prisión definitiva, cuando que el proceso penal puede inclusive desencadenar en el dictado de una sentencia absolutoria.

Así a fuerza de querer ser enunciativo, diríamos que a guisa de conclusiones tenemos que :-

a) Todo acto de autoridad para que tenga validez y produzca sus efectos jurídicos lícitos, debe consagrarse por escrito y provenir de una autoridad facultada para ese propósito.

b) Todo acto de autoridad debe ser fundado y motivado. Deben observarse las formalidades del caso. Fundar es la obligación del titular del órgano del Estado de señalar en su mandamiento el artículo de la legislación que establezca su esfera de competencia y exigir del particular el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden. Motivar consisten en el razonamiento contenido en el texto del acto de autoridad, donde se indican los supuestos normativos que se adecúan al acto material donde se aplica la ley.

c) El Ministerio Público titular del ejercicio de la acción penal en la elaboración de la averiguación previa con sus facultades de investigación, debe permitir el acceso al detenido a participar activamente en tal función aceptando todos aquellos medios probatorios que le sea ofrecidos y promover a su desahogo.

d) El litigio en materia penal, se consagra de dos maneras:- materialmente, con la pretensión jurídica que es el contenido de la acción penal del Ministerio Público y con la contestación del cargo que haga el acusado en la audiencia de la declaración preparatoria, en el auto de formal prisión, en donde se precisa el delito por que se va a juzgar al gobernado, expresando que pruebas sustentan la acusación.

e) La libertad provisional bajo caución, es una garantía constitucional de los gobernados que son objeto de proceso penal. Su procedencia ahora, se examina con base a la división

de los delitos "graves" y "no graves". Se otorga a solicitud del interesado y se resuelve de plano siempre que se otorgue la caución fijada.

La caución será fijada tomando en cuenta las condiciones económicas del detenido haciendo que sea en la medida posible "asequible", esto es, se tomará en cuenta su condición económica. Se revocará sólo en los casos que las leyes procesales lo admitan y fijen.

f) El acusado en el proceso penal tiene el derecho de defensa y lo podrá ejercer por sí o mediante asesor legal. Su facultad nace a partir del momento en que se haya detenido a disposición material de cualquier autoridad y con ello permite que se protega de cualquier acto de coacción a su persona.

g) Las facultades probatorias del acusado no son garantías absolutas. Las pruebas deben ser ofrecidas en los términos y plazos de las leyes secundarias, e inclusive ofrecerse durante la fase de la averiguación previa, teniendo la autoridad investigadora la obligación de su recepción y desahogo.

h) La declaración coaccionada del detenido produce su inconstitucionalidad, lo que impide que tenga la categoría de prueba confesional, y con efectos probatorios.

i) Los careos constitucionales quedan sólo a disposición del acusado, quien inclusive puede renunciar a ellos. Antes recuerdase que era una obligación procesal.

j) Los plazos para concluir los procesos penales son rígidos e improrrogables, salvo que el detenido o su defensor soliciten su ampliación para el solo efecto de ofrecer

pruebas. Si el juzgador en ese plazo no decide la sentencia ello constituye un exceso de poder, pero no precluye el derecho de acción penal.

k) Las conclusiones acusatorias del Ministerio Público puntualizan el ejercicio del derecho de acción penal, deben señalar con precisión las pruebas que integran el tipo penal y hagan fundamento de la responsabilidad del acusado, son continentes de una reflexión.

l) La absolución de la instancia en materia penal esta prohibida. La garantía del non bis in idem autoriza la aplicación de la figura de la cosa juzgada.

De todo lo dicho hasta ahora se deduce la siguiente conclusión fundamental:- el derecho penal existe porque existe un tipo de sociedad que lo necesita para mantener las condiciones fundamentales de su sistema de convivencia. Sin él, es decir, sin la sanción y sin la detención del inculpado salvo en las cuestiones de los delitos "graves" no debe abusarse del derecho represivo.

Deben proponerse alternativas para aquellos que dado su acto penalmente relevante no estén en prisión preventiva innecesariamente, permitiendo su salida, para ello propongo también, la eliminación de algunos delitos que han perdido su significación y alarma social, un ejemplo, las injurias, las lesiones levisimas, los daños culposos con motivo del tránsito de vehículos, etc., evitando con ello el fenómeno de la contaminación penitenciaria.

Todo ello ninguna validez tendría sino se acude aun principio esencial, el respeto a la dignidad humana y a los derechos públicos subjetivos, a la par que los derechos humanos, para ello se requiere de una profunda transformación al nivel de la política legislativa penal.

**Vayan pues estas consideraciones para la discusión.**

## BIBLIOGRAFIA.

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

## I).- TEXTOS.

- 1).- Beccaria Cesare., TRATADO DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, Editorial Porrúa, S. A., 3a. Edición, México, 1988.
- 2).- Burgoa Orihuela Ignacio., LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, Editorial Porrúa, S. A., 8va. Edición, México, 1988.
- 3).- Calamandrei Piero., REFACIO A LA OBRA DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, Ediciones Jurídicas, Europa América, 2da. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1984.
- 4).- Devis Echandía Hernando., TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, Editorial Cárdenas, 5ta. Edición, Tomo I, Buenos Aires, Argentina., 1981.
- 5).- García Ramírez Sergio., CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.
- 6).- Islas Olga y Ramírez Elpidio., EL SISTEMA PROCESAL PENAL EN LA CONSTITUCION, Editorial Porrúa, S.A., México, 1979.
- 7).- Madrazo Carlos., ESTUDIOS JURIDICOS, Instituto Nacional de Ciencias Penales., México, 1985.
- 8).- Mancilla Ovando Jorge Alberto., LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y SU APLICACION EN EL PROCESO PENAL., Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.
- 9).- Micheli., LA CARGA DE LA PRUEBA., Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, Núm. 60, 1993.
- 10).- Torres López Mario Alberto., LAS LEYES PENALES., Editorial, Porrúa, México, 1993.
- 11).- Zamora Pierce Jesús., GARANTIAS Y PROCESO PENAL, Editorial Porrúa, 3a. Edición, México, 1988.

## II).- OTRAS FUENTES.

- 1).- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS., Editorial Porrúa, México, 1993.
- 2).- Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato., INVESTIGACIONES JURIDICAS., Boletín No. 43, julio-septiembre., Guanajuato, Gto.
- 3).- Reforma Penal de 1994., CRIMINALIA., Academia de Ciencias Penales, Año LX, No. 1., Editorial Porrúa, enero-abril, México, 1994.
- 4).- Revista Jurídica Jalisciense., INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS., Universidad de Guadalajara, Año 2., Número 3., mayo-agosto, Guadalajara, Jal., 1991.
- 5).- Pallares Eduardo., DICCIONARIO DE AMPARO., Editorial Porrúa, 8va. Edición., México, 1984.