407 61

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

ARAGÓN

3

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

"LA FIGURA DE PERSONA DE CONFIANZA, PERMISIDAD NO DESEADA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A :

NOEL CASTRO MELGAR

SAN JUAN DE ARAGÓN, EDO. DE MÉXICO 2002.

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EL CUMPLIR CON UNA META FIJADA, PROPORCIONA UNA GRAN SATISFACCIÓN TRAS HABERLA ALCANZADO.
SIN EMBARGO, ESTO NO HUBIERA SIDO POSIBLE SIN EL ALIENTO CONSTANTE DE NUESTROS SERES MÁS QUERIDOS.
POR ELLO , QUIERO COMPARTIR ESTA DICHA, Y AGRADECER DE MANERA ESPECIAL A:

MI MADRE FLORENTINA MELGAR CRUZ.
No existen palabras dentro de mi corazón para agradecerte todo, absolutamente todo.
Nuca ví en ti lo difícil , imposible.
Nunca ví en ti debilidad ante los momentos difíciles, sólo ví a esta mujer que supo sacar avante a su familia.

MI PADRE ALEJO CASTRO GARCIA.
Soy tu vivo retrato. Gracias a tí soy un hombre de bien, sigo tus enseñanzas, por esto, Dios, te agradezco el haberme permitido convivir, reír, llorar, dialogar y aprender de este hombre, que es mi PADRE.
Tu ejemplo es para mi, el camino a seguir, el impulso a creer y lograr ser un hijo , un padre, un hombre, cada ver mejor.

MIS HERMANOS:
Con afecto y cariño.

A LA UNIVERSIDAD
Por darme la oportunidad de alcanzar un peldaño más en las metas que me he trazado.

MAESTRO JAIME FLORES CRUZ.
A quién admiró y respeto, agradeciéndole sinceramente el apoyo que no sólo como asesor de tesis, sino como un amigo me brindó, pues sin su ayuda, no hubiera sido posible la realización de este trabajo.

MAESTROS LUIS GUERRA VICENTE, YOLANDA SANTOS CELIS, EDUARDO VELÁZQUEZ MARTÍNEZ Y SEBASTIAN FERNANDO MIRANDA ESPINOZA, quienes integraron el Comité Tutoral para la revisión de la tesis, a quienes agradezco sus contribucionestan valiosas que aportaron para la realización de esta investigación.

A MIS AMIGAS: ISABEL Y MAURICIA MENDEZ, quienes siempre estuvieron a mi lado y me apoyaron en todo momento y de quienes me llevo recuerdos imborrables

A NOEL ARTURO
Por ser un motivo más en la búsqueda de mi superación.

AMIS PROFESORES:
A quienes debo los conocimientos profesionales adquiridos, gracias por sus invaluables enseñanzas y su amistad.

ÍNDICE

Prólogo..... IV
Introducción..... VII

CAPÍTULO PRIMERO.
CONCEPTOS GENERALES.

1.1. Concepto de Derecho Penal..... 1
1.2. Concepto de Derecho Procesal Penal..... 4
1.3. Períodos del Procedimiento Penal..... 6
1.4. Los sujetos que intervienen en el Proceso Penal..... 8
A) Juez..... 10
B) Ministerio Público..... 16
C) Inculpado..... 23
D) Defensor..... 27

CAPÍTULO SEGUNDO
ANTECEDENTES Y CONCEPTO.

2.1. Referencia histórica..... 29
2.2. Concepto de defensa..... 42
2.3. Retrospectiva de la defensa en México..... 46
A) Época Precolonial..... 48

B) Época Colonial..... 50
C) México Independiente..... 52

CAPÍTULO TERCERO.
LEGISLACIÓNES APLICABLES

3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..... 56
3.2. Código Federal de Procedimientos Penales..... 82
A) La defensa en averiguación previa..... 83
B) La defensa en el proceso penal..... 93
C) Naturaleza Jurídica de la defensa..... 105
D) Efectos Jurídicos..... 110
3.3. Ley Federal de la Defensoría Pública..... 120

CAPÍTULO CUARTO.
LA FIGURA DE PERSONA DE CONFIANZA, LA PERMISIDAD NO DESEADA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL.

4.1.Persona de confianza en la defensa penal..... 129
A) En la averiguación previa..... 132
B) En el proceso penal..... 138
4.2. Persona de confianza sólo debe ser un profesional en la materia..... 143
4.2.1. La defensa por parte del defensor de oficio hoy defensor público..... 148
4.2.2. Responsabilidad del defensor..... 157
4.3. Lo innecesario de la figura de persona de confianza en nuestro Derecho Procesal Penal Mexicano..... 159
4.4. Propuestas, reformas, adiciones y soluciones..... 184
Conclusiones..... 191
Bibliografía Doctrinal..... 195

Bibliografía Legislación..... 200

PRÓLOGO.

Durante el tiempo empleado en ejercer la carrera, siempre he estado en la importante tarea de procuración y administración de justicia, empecé como prestador del servicio social en el Juzgado Cuarto Penal del Distrito Judicial de Texcoco con residencia, en Ciudad Nezahualcóyotl, posteriormente fui técnico judicial, notificador y secretario de acuerdos; después incursioné en el ámbito federal como Defensor Público Federal; luego entonces el contacto con las causas penales me ha dado la oportunidad de conocer los problemas que enfrentan los solicitantes de justicia, por tal motivo decidí cursar los estudios de Maestría en Ciencias Penales en la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, pues durante el tiempo que me he desempeñado como servidor público me he percatado de que la gente, que tienen problemas legales, siempre busca una esperanza conformándose con un gesto de buen trato por los servidores públicos de la oficina a la que acude, pues desconocedora en su mayoría de las normas legales tratan de encontrar una luz que las guíe en ese mundo impenetrable, para los no letrados en leyes.

No es extraño darse cuenta que la población carece de los conocimientos mínimos sobre la normatividad que nos regula, mucho menos los procedimientos para sancionar las conductas contrarias a

Derecho.

Dicha ignorancia se demuestra entre otras formas con la agresividad verbal y con la búsqueda de ayuda, a cambio de una gratificación. Así pues, ante estas circunstancias, cuando se inicia un procedimiento penal, los servidores públicos que se encuentran en esta instancia se ven envueltos en una maquinaria de corrupción que obviamente les favorece.

Tan grave es el problema que el propio Procurador General de la República ha reconocido ante la sociedad que la Institución que preside está severamente contaminada por la corrupción.

A través de mi mínima experiencia profesional he llegado a detectar que las personas retenidas por el Agente del Ministerio Público, que no cuentan con recursos económicos suficientes para cubrir los honorarios de un licenciado en Derecho, tienen que conseguirlos para pagarlos a un servidor público, en forma directa o a través de una persona cercana al mismo, persona que carece de título de licenciado en Derecho, conocido como "coyote", esto es así, pues, desconocen que la ley les otorga el Derecho de defensa adecuada.

Lo cual implica que dicha garantía constitucional, se pierda al no concretarse; pues una defensa adecuada no se lleva a cabo con un desconocedor del Derecho. Pudiendo tener acceso a la misma a través de un defensor de oficio, sin embargo ya los inculpados desconocen que un profesional en Derecho como el defensor de oficio hoy público debe cumplir con esa tarea, desde este primer momento se pierde porque

desgraciadamente la mala fama de la que por mucho tiempo han gozado los defensores de oficio, llega a espantar incluso a los propios inculpados y no se diga de sus familiares, al considerarlos los más ineficientes y que sólo se presentan para la propia corrupción de Agente del Ministerio Público, que en vez de ayudar los va a perjudicar porque nunca hace nada en favor de su defenso, por ello los indiciados prefieren con la sola esperanza de recibir ayuda aunque sólo moralmente, decidan designar para su defensa a su familiar, amigos como personas de su confianza que aún con su gran disponibilidad, en términos jurídicos no aportan nada para solucionar el problema del indiciado y por el contrario constituyen la mina de oro para los corruptos Agentes del Ministerio Público, porque para ellos, qué mejor que una persona de confianza ignorante del Derecho sea el titular de la defensa, para poderle pillar al inculpado, exprimir el último centavo que pueda tener él y sus familiares, la consigna será para éstos, sacar a su familiar de la agencia del Ministerio Público ya que de lo contrario tendría que ser consignada al Juzgado en turno en donde será difícil obtener su libertad debido a la situación dentro de los Reclusorios. Gente ignorante de sus derechos, cae en la vil trampa de los seudo-servidores públicos, que realizan el negocio esperado.

Ya es tiempo de que estas trampas jurídicas desaparezcan de nuestro Derecho, la persona de confianza de que habla el artículo 20 fracción IX apartado "A" de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe ser sustituida por un profesional en Derecho.

INTRODUCCIÓN.

No es ninguna novedad darse cuenta que la población carece de los conocimientos mínimos sobre la normatividad que nos reguta, mucho menos los procedimientos para sancionar las conductas contrarias a Derecho.

Así pues, ante estas circunstancias, cuando se inicia un procedimiento penal, los servidores públicos que se encuentran en esta instancia se ven envueltos en una maquinaria de corrupción que obviamente les favorece.

Lo anterior es provocado por la propia ley, toda vez que en términos del artículo 20 apartado "A" de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el inculpado tiene Derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza, y si no quiere o no puede nombrar defensor, se le designará uno de oficio. Lo cual implica que dicha garantía consignada en su favor sea desarrollada por cualquier persona, incluso aquéllas desconocedoras del Derecho y desconocidas para el inculpado. Ante esto el único beneficiado es el servidor público que para ayudar a un desconocedor de la materia pide a cambio una remuneración, que puede ser en dinero o en especie.

La defensa penal, que se realiza ante las autoridades investigadoras o en los tribunales es de gran trascendencia para la persona que se encuentra sujeta a un procedimiento penal, pues involucra un Derecho sustantivo más preciado del hombre, como es su libertad. Por ello debe realizarse por profesionales en la materia.

En consecuencia, esta investigación para obtener el grado de maestro en Derecho pretende que desaparezca la figura de "persona de confianza", pues constituye una permisidad no deseada en el procedimiento penal mexicano.

En el primer Capítulo, se conocerán algunos de los conceptos generales que son necesarios para introducirnos al tema de este trabajo de investigación, tales conceptos son Derecho penal, Derecho procesal Penal, las partes procesales, el Juez, Ministerio Público, el Inculpado y el Defensor. Utilizaremos el método intuitivo, porque tiene gran importancia en la investigación jurídica y el sujeto cognocente, aprende o captura el objeto de conocer.

El desarrollo histórico de la defensa, comienza desde la antigüedad, el Derecho de la defensa florece en la evolución del hombre, vemos que en el Derecho griego y romano aparece la figura del defensor, de igual forma en el México precortesiano, también se muestra dicha figura, la cual evoluciona hasta nuestros días. Es por ello, que en el segundo capítulo, abordamos el desenvolvimiento de la defensa. Empleando el método histórico, porque en el campo del Derecho, el conocimiento pleno de las instituciones jurídicas, sólo es posible si consideramos su transformación en el tiempo.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, le otorga al inculpado durante todo proceso penal una serie de garantías. De todas éstas tienen una gran importancia jurídica las establecidas en el artículo 20, que garantizan una serie de derechos que se relacionan con el Derecho de defensa del inculpado en todo procedimiento del orden penal y es precisamente que en el capítulo tercero, nos adentramos en los cuerpos legales que garantizan el Derecho de defensa, iniciando con la Ley Fundamental, el Código Federal de Procedimientos Penales y la Ley Federal de Defensoría Pública. Se hará uso del método deductivo toda vez que constituye el punto de referencia para aplicar la ley, la jurisprudencia y la doctrina a cada caso concreto partiendo de una disposición general para inferir conclusiones particulares.

El inculpado puede nombrar como su defensor a una persona de su confianza. Del texto del artículo 20 constitucional se deduce que tal sujeto procesal para asumir la defensa no necesita tener el carácter de abogado, esto es, no requiere ser titular de una cédula profesional para desempeñar el encargo, pero no es posible jurídicamente sostener que un proceso penal sea formal y plenamente válido si la defensa del inculpado sólo queda a cargo de una persona que únicamente requiere tener capacidad de ejercicio y que no es profesional en Derecho. Por lo que en el cuarto capítulo se analiza la figura de "persona de confianza", utilizando dicho término en el presente trabajo en su sentido constitucional, esto es, como aquel defensor que no tiene expedido título profesional de licenciado en Derecho debidamente registrado ante la autoridad competente. Por tal motivo propongo que la persona de confianza debe desaparecer del procedimiento penal federal pues esa permisidad, no es deseada por los conocedores de la Ciencia del Derecho, ya que sólo trae consigo corrupción. Finalmente, utilizaré el método sistemático, el cual me permitirá considerar los conjuntos legislativos y jurisprudencias para la observancia

concreta del Derecho y hace posible que las interpretaciones literales de las disposiciones jurídicas se complementen con los textos legales.

CAPÍTULO PRIMERO
CONCEPTOS GENERALES.

Si partimos que el procedimiento penal es una franja del mundo del Derecho penal, es necesario iniciar con la definición del Derecho penal y del procedimiento penal.

1.1. DEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL.

Existen demasiadas definiciones de lo que es Derecho penal, se plasmaran algunas, pues la finalidad de este trabajo no es adentrarnos a las diferentes escuelas del Derecho; así tenemos que Eugenio Raúl Zafaronni refiere:

"Al conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones

por parte del autor."[1]

La función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, pero no de cualquier bien jurídico, sino aquéllos que lo quieren para mantener la paz social, así como para procurar, asegurar a los ciudadanos la justicia y la seguridad social, por lo que se debe deducir que el Derecho penal se ocupa de comportamientos humanos que transgreden al orden social exterior, que interesa preponderantemente al Estado para no perturbar la paz y tienen como instrumento las penas y medidas de seguridad que son las consecuencias jurídicas de un tipo específico de ilicitudes al que en forma genérica se les denomina delitos, no siendo permisible al Estado utilizar en forma indiscriminadamente las medidas de seguridad toda vez que el Derecho Penal es el último recurso del Estado para garantizar la paz social.

Para Eugenio Cuello Calón el Derecho penal es: "Conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece para la prevención de la criminalidad."[2]

Por su parte, Fernando Floresgómez González y Gustavo Carvajal Moreno lo consideran como: "conjunto de normas jurídicas relativas a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad que se aplican para lograr conservar el orden social."[3]

---

[1] ZAFARONNI, Eugenio Raúl, TRATADO DE DERECHO PENAL. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, pág. 24.
[2] Citado por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. 41ª edición, Porrúa, México 1990, pág.141.
[3] FLORESGÓMEZ GONZALEZ, Fernando y MORENO CARVAJAL, Gustavo, NOCIONES DE DERECHO POSITIVO MEXICANO, 17ª edición, Porrúa. México 1979, pág. 163.

Edmundo Mezger lo define en el siguiente sentido como: "conjunto de normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica a un hecho cometido."[4]

El Derecho penal suele dividirse en es objetivo o subjetivo, así para Quintano es el "conjunto de normas jurídicas que determina lo que es delito y vincula a él, como consecuencia jurídica, una pena o medida de seguridad a imponer en un proceso." [5]

Lo que caracteriza al Derecho penal frente a los demás sectores del ordenamiento jurídico es, sobre todo, sus consecuencias jurídicas. El orden jurídico es una suma de proposiciones jurídicas y ésta consta de dos elementos el supuesto del hecho y la consecuencia jurídica a él vinculada. Si sucede X, seguirá como consecuencia jurídica, Y.

En otras ramas del Derecho, la gama de consecuencias jurídicas es mucho más amplia. Pensemos en las proposiciones jurídicas del Derecho privado. El que incumpla dolosamente sus obligaciones (supuesto de hecho) vine obligado a indemnizar los daños y perjuicios (consecuencia jurídica) originados por su conducta. El hombre que contraiga matrimonio (supuesto del hecho podrá exigir obediencia de la mujer y está obligado a protegerla (consecuencia jurídica). El hijo que sin motivo niegue los alimentos a sus padres (supuesto de hecho) podrá ser desheredado por éstos (consecuencia jurídica). Se desprende que en el Derecho civil las consecuencias jurídicas

---

[4] MEZGER, Edmundo, DERECHO PENAL. 4º edición, Bibliográfica. Buenos Aires, Argentina., 1954, Tomo II., pág. 27

[5] Citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, CONCEPTO Y METODO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL. Tecnos, Madrid España, 1999, pág.17.

hay un Estado o por lo menos un mínimum de organización social, hace su aparición el proceso." [7]

Guillermo Colín Sánchez, señala:

"Normas procesales son las que regulan el desarrollo de las actividades necesarias para alcanzar los fines del proceso, es decir, la obtención del pronunciamiento jurisdiccional que decide el conflicto jurídico y en su caso su ejecución forzosa; la norma procesal es una norma legal y en gran parte se encuentra codificada." [8]

González Bustamante nos dice que el proceso penal es: "una relación de Derecho penal entre el Estado y el probable responsable y para este fin es necesario mantener un conjunto coordinado de actividades procesales y un complejo de actos de carácter formal que tienen su definición en la sentencia." [9]

Así también se considera que: "el Derecho procesal penal constituye el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional, además, puede decirse que tiene como finalidades el estudio de las Instituciones Jurídicas que tienen relación con el proceso y en tal razón atenderá todo lo relacionado con la válida integración de la relación jurídica procesal, la forma

---

[7] SILVA SILVA Jorge Alberto. DERECHO PROCESAL PENAL.2ª edición, Oxford ,México, 2000, pág.13.

[8] COLÍN SÁNCEZ, Guillermo, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 17ªedición, Porrúa, México, 1998, pág. 43

[9] GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. 10ªedición, Porrúa, México, 1959, pág. 9.

en que ha de desenvolverse el proceso y cómo ha de concluir."[10]

Manuel Rivera Silva lo define como: "el conjunto de actividades reglamentadas por conceptos previamente establecidos, que tiene por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente."[11]

1.3. PERIODOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Una vez establecido lo anterior es de mucha importancia determinar cuáles son los períodos o etapas en que se divide el procedimiento penal federal, dado que la víctima u ofendido y el inculpado deben de conocer en qué momento podrán hacer valer su pretensión, así como en qué circunstancias en que el ofendido puede coadyuvar con el Ministerio Público.

El Código Federal de Procedimientos Penales, se refiere a los siguientes períodos o fases del procedimiento: averiguación previa, preinstrucción, instrucción, primera instancia, segunda instancia y ejecución.

Primer Período.

La averiguación previa, la cual inicia con al noticia del hecho

[10] LOJERA BARRERA, Eduardo, DICCIONARIO JURÍDICO DE DERECHO PROCESAL, Harla, México, 1997, pág. 73.
[11] RIVERA SILVA, Manuel, EL PROCEDIMIENTO PENAL, 18ª edición, Porrúa, México, 1989, pág. 5

delictuoso, que se aporta a la autoridad, con el fin de que tenga conocimiento de ellos, es decir, se debe realizar una exposición verbal o escrita de hechos que lesionen a la sociedad y esto lo puede realizar cualquier persona ante la autoridad Ministerial. Cuando esa noticia implica un delito que debe perseguirse de oficio, se le da el nombre de denuncia; y cuando el delito es perseguible a petición de parte se denomina querella. Con éste conocimiento el Ministerio Público debe de practicar todas las averiguaciones necesarias para convencerse de la existencia de un delito y la responsabilidad de un sujeto, por lo cual concluye cuando se determina el ejercicio o no ejercicio de la acción penal. Tanto la denuncia como la querella son requisitos de procedibilidad que autoriza nuestra Constitución.

Segundo período.

Este período principia con el auto de radicación, que es la primera actividad que ejecuta el órgano jurisdiccional una vez que tiene conocimiento de la consignación y termina con el auto de formal prisión, que es la resolución que sirve de base al proceso.

Tercer período.

A la que se le conoce como proceso y que comprende tres partes: instrucción que es la primera etapa del proceso penal, en esta etapa el Ministerio Público ya no es autoridad sino se convierte en parte procesal, principia con el auto de formal prisión o sujeción a proceso y termina con el auto que declara cerrada la instrucción.

De acuerdo con el artículo primero del Código Federal de Procedimientos Penales que establece en su párrafo tercero: "el de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiaridades del inculpado, así como la responsabilidad e irresponsabilidad penal de éste."

De lo que se infiere que la finalidad de la instrucción no consiste únicamente en probar, sino también en averiguar, pero éste no sería el único fin, sino también contiene fines cautelares, esto es dejar asegurados determinados bienes.

Concluida la instrucción en vísperas del juicio, se realizan actos preparatorios de aquella actividad procesal que culmina en la resolución definitiva. Pues el Ministerio Público precisa su acusación y el procesado su defensa. Con la sentencia se pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión principal controvertida.[12]

1.4. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO PENAL.

Dentro del procedimiento penal federal, intervienen diferentes sujetos como lo es: el Juez, el Ministerio Público, el Inculpado y el Defensor.

---

[12] GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN, Victoria, PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO. 9ª edición, Porrúa, México, 1999, págs. 10-18.

Antes de adentrarnos al tema es necesario conceptualizar lo que se entiende por parte, que es en general la persona que teniendo intervención en un juicio, ejercita en él una acción, opone una excepción o interpone un recurso. Lo que caracteriza a la parte es el interés en obtener una sentencia favorable, lo cual difiere de quienes intervienen en el carácter de testigos y peritos, los cuales carecen de tal interés y se limitan los primeros a relatar sin tomar partido los hechos que personalmente les consten y acerca de los cuales sean interrogados y los segundos a determinar con base a sus conocimientos técnicos, respecto de las cuestiones que les sean planteadas.[13]

Desde otro punto de vista, Francesco Carnelutti distingue entre el sujeto de la acción y de litigio diciendo "el sujeto de litigio es la persona respecto de la cual se hace juicio, mientras que el sujeto de la acción es la persona que hace el juicio o concurre a hacerlo. Así las cosas, en el sujeto de litigio, no en el de la acción, recaen las consecuencias del juicio. Uno y otro pueden ser simples o complejos el agente que obra en el juicio es persona diversa de aquélla sobre cuyo interés hay controversia."[14]

De acuerdo con las funciones que desempeñan los sujetos del proceso se clasifican en principales, necesarios y auxiliares. En este orden, Carlos Oronoz, indica: "sujetos de la relación procesal, señala que se han estimado como sujetos de ésta; al Juez; al Ministerio Público; y al procesado. Las partes son aquéllos sujetos que concurren con un interés manifiesto y específico en la relación procesal, por lo que únicamente se deben admitir

---

[13] Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *MANUAL DEL JUICIO DE AMPARO*, 2° edición, Themis, México, 1996, pág. 21.

[14] CARNELUTTI, Francesco, EL DELITO, Ediciones Jurídicas Europea América, Buenos Aires, 1952, pág. 74

como tales al Ministerio Público y al procesado."[15]

Al respecto, Carnelutti dice: "sobre el fondo del proceso las partes son, pues, siempre dos. Cuando se trata de delito se distinguen por una razón sustancial: uno es el que actúa, y otro es el que sufre la acción: ofensor y ofendido. En cambio cuando se trata de litigio, la distinción se funda en la iniciativa. Una de las dos partes pretende y la otra resiste la pretensión."[16]

"son de sobra conocidas las descripciones doctrinales acerca de la condición de parte, como lo son los problemas que esta calidad suscita en el enjuiciamiento penal, pese al deslinde entre parte en sentido material y en sentido formal, que Carnelutti ha perfilado."[17]

Por lo que las partes en el procedimiento penal federal son: el Juez, el Ministerio Público, el Inculpado y el Defensor.

A) El Juez.

Colín Sánchez dice al respecto: "El representante del Estado en cumplimiento de una de sus atribuciones, provee todo lo necesario para que se lleve acabo la función judicial, y así entre otras medidas preservar la

[15] ORONOZ SANTANA, Carlos, MANUAL DEL DERECHO PROCESAL PENAL, 3ª edición, Limusa, México, 1996, págs.37-38.
[16] CARNELUTTI, Francesco, COMO SE HACE UN PROCESO, Ediciones Jurídica, pág. 48.
[17] GARCÍA RAMIREZ, Sergio, JUSTICIA PENAL, Porrúa, México, 1982, pág.128.

convivencia social."[18]

La función jurisdiccional como atributo del Estado se realiza a través de los diversos órganos jurisdiccionales, en quienes delega la facultad de aplicar la ley a los casos concretos; pero quien lo materializa es el elemento humano, el titular de los diversos tribunales. En la práctica se identifican el órgano jurisdiccional y su titular adquiriendo la persona del Juez singular relieve. Su misión no puede ser ni más augusta ni más delicada impartir justicia, de esta depende el honor, la vida y los bienes de los ciudadanos, así como la fe en lograr la armonía y paz sociales. Por ello se le exigen condiciones excepcionales para ocupar el cargo y se le rodea de ciertas garantías que aseguren su independencia y rectitud, pero sancionando también sus desvíos. Nos ocuparemos de los funcionarios jurisdiccionales cualquiera que sea su nombre y por razón del orden práctico utilizaremos la palabra Juez que se aplica por extensión a todos los titulares de los diversos tribunales que garantizan la función pública de impartir justicia.

Sobre la definición del Juez existen diferentes puntos de vista.

Etimológicamente la palabra Juez proviene del latín iudex que significa el que indica el Derecho.

Para Vicenso Manzinni "La función judicial, la delega el Estado en el juez, éste es el subórgano de que se vale para llevarla a cabo; es un sujeto

[18] COLÍN SÁNCHEZ .Guillermo op.cit. pág.. 184.

primordial importancia en la relación procesal; "es el representante monocrático" o colegial del subórgano judicial del Estado, encargado de ejercer la función soberana de aplicar el derecho de un determinado proceso penal."[19]

Las características generales del Juez son: su calidad moral, cultural y profesional.

De manera ejemplificativa se mencionan las siguientes:

1. Es un funcionario público del Estado. Si partimos de la base que el Estado presta diversos servicios públicos a la ciudadanía a través de sus funcionarios y la impartición de justicia es el más importante.

2. Su función es remunerable. Como consecuencia de las características sus servicios son pagados por el Estado, quien destina las partidas presupuéstales correspondientes, con esto se asegura una mayor independencia en sus funciones toda vez que los particulares se mantienen al margen.

3. Es permanente o inamovible. La designación de estos funcionarios es con carácter permanente.

---

[19] MANZINI, Vicenzo, TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Egea, Buenos Aires, pág.12

4. Es independiente. Estos funcionarios gozan de independencia en el ejercicio de sus funciones. Tienen amplias facultades para interpretar y aplicar la ley a los casos concretos.

5. Tienen inhabilidad profesional. Se encuentran impedidos para el ejercicio profesional a particulares, incluso con el carácter de consulta.

6. Su responsabilidad. Ésta puede ser penal, civil o administrativa, la primera supone la comisión de un ilícito y la segunda se traduce en el pago de daños y perjuicios ocasionados a las partes o a terceros por una indebida actuación; la última consiste en aplicación de una corrección disciplinaria.

Para comprender mejor el tema es importante determinar, qué se debe entender por jurisdicción. Etimológicamente, el término jurisdicción significa declarar el Derecho, tarea, desde un punto de vista general, que en el antiguo Derecho Romano se encomendaba a personas, expresamente seleccionadas para estos fines.[20] Decir o declarar el Derecho. Desde un punto de vista general o común, la jurisdicción hace referencia al poder del Estado para impartir justicia a través de los tribunales, así, jurisdicción significará tribunales de justicia. Con respecto a esta misma palabra se ha expresado que la jurisdicción, es el poder o autoridad que tiene alguien para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicar en juicio. También se ha dicho que es el territorio en el cual el juez ejerce sus funciones de tal, finalmente jurisdicción significa, la autoridad, el poder o dominio que se ejerce sobre otro.

---

[20] Cfr. ESCRICHE, Joaquín, DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, Bauret, México, 1885.

La jurisdicción desde un punto de vista jurídico más técnico, esto es analizada procesalmente, debe de entenderse como la función de juzgar con facultad exclusiva, con limitaciones en razón de las personas, de la materia o del territorio. Consecuentemente la jurisdicción puede ser dividida para su estudio detallado atendiendo a las personas, a la materia y al territorio. Gran parte de los autores sostienen que la jurisdicción es una potestad emanada de la ley, por medio de la cual la persona física, el juez declara el derecho sobre una determinada situación jurídica que se ha planteado. Quintanilla Valtierra cita a Eugenio Florián, señalando: "la potestad de declarar la aplicación de la ley penal en los casos concretos, declaración que tiene lugar mediante un juicio, pero si la facultad jurisdiccional se agotase en esta declaración, los fines prácticos del proceso dejarían de realizarse; La declaración sería puramente teórico sino tuviese la fuerza bastante para hacerse efectiva. La potestad de imprimir fuerza ejecutiva a la declaración con que se aplica la ley penal en el caso concreto. La facultad de dictar las disposiciones adecuadas para la ejecución de la sentencia y en general para la efectiva aplicación de la ley penal".[21]

El maestro Colín Sánchez cita a diversos autores como Hugo Rocco quien entiende a la jurisdicción la actividad constante con que el Estado provee a la tutela del Derecho subjetivo, o sea, a la reintegración del Derecho amenazado o violado. Así para Jiménez Asenjo, "la facultad de poder otorgado o delegado por la ley o los tribunales de justicia para declarar el Derecho objetivo en aquellos casos particulares o subjetivos que se requieran. Más sintética y expresivamente se le ha definido como la potestad de que se hallan investidos jueces y tribunales para administrar justicia, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado". Miguel Fenech, afirma: que es la

[21] QUINTANILLA VALTIERRA, Jesús y otro, MANUAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Trillas, México, 1995, pág. 14.

potestad soberana de decidir en un caso concreto sobre la actuación de una pretensión punitiva y la de resarcimiento, en su caso, de acuerdo con la expresión genérica y abstracta de las normas jurídicas, y en caso afirmativo ejecutar la pena concreta que inflija al condenado en la sentencia, función que se garantiza mediante la reserva de su ejercicio exclusivo a los órganos jurisdiccionales del Estado, instituidos con sus garantías de independencia e imparcialidad, y la observación de determinadas normas que regulan la conducta de aquéllos y de los demás sujetos cuyos actos son necesarios y convenientes para el cumplimiento de la instrucción.[22]

Y para el mismo autor su punto de vista es que: "la jurisdicción en general, es un atributo de la soberanía o del poder público del Estado, que se realiza a través de subórganos, específicamente determinados para declarar por conducto de un funcionario a su servicio el Derecho a un caso concreto; por ende, toda persona que tenga autoridad, puede afirmarse que tiene jurisdicción, o sea, facultad para decidir dentro del área de su competencia, aplicando el Derecho." [23]

Por su parte Cipriano Gómez Lara la define como: "una función soberana del Estado, realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese acto concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo." [24]

---

[22] Citados por COLÍN SANCHEZ, Guillermo. op. cit. págs. 184-186
[23] Idem.
[24] GÓMEZ LARA, Cipriano, TEORÍA GENERAL DEL PROCESO, 9ª edición, Harla, México, 1998, pág. 105.

Una vez expuesto el pensamiento de los autores mencionados concluimos: que la jurisdicción en general es un atributo de la soberanía o del poder público del Estado, que se realiza a través de subórganos específicamente determinados para declarar por conducto de un servidor público, el Derecho a un caso concreto, procedimentalmente hablando, la jurisdicción es un deber jurídico encomendado a la persona física juez, atendiendo a su competencia para declarar si en un caso en concreto se cometió o no un delito, si una persona determina es su autor y en tal caso, aplicarle una pena o una medida de seguridad.

B). El Ministerio Público.

Para Héctor Fix Zamudio, es "la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados, y finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales."[25]

Colín Sánchez lo define asi: "El Ministerio Público, es una función del Estado, que ejerce por conducto del Procurador de Justicia, y busca la aplicación de las normas jurídicas emitidas por el propio Estado para la persecución de los presuntos delincuentes y en los demás previstos en aquéllas en las que expresamente se determina su intervención a los casos concretos."[26]

---

[25] FIX ZAMUDIO, Héctor, MINISTERIO PÚBLICO, en Diccionario jurídico mexicano, UNAM, México, 1981, págs. 1982-1984.
[26] COLÍN SANCHEZ, Guillermo. op.cit. pág.103.

El mismo autor refiere como antecedentes en Grecia y Roma. Otros le otorgan al Derecho Francés su paternidad.

a)- *Grecia.* De acuerdo con lo primeramente anotado, se dice que el antecedente más remoto del Ministerio Público está en el Derecho Griego, especialmente en el "Arconte", magistrado, que a nombre del ofendido y de sus familiares, los datos que obran al respecto no son suficientes para emitir un juicio preciso.

A pesar del alto grado de desenvolvimiento jurídico a que llegaron, tanto los romanos como los griegos el Ministerio Público, era desconocido para estos pueblos, quizá porque, como ya se indicó, anteriormente, la investigación de los delitos estaba a cargo de la víctima y de sus familiares.

b)- *Roma.* Se dice también que en los funcionarios llamados "Judices Questiones" de las Doce Tablas, existía una actividad semejante a la del Ministerio Público, porque estos funcionarios tenían facultades para comprobar los hechos delictuosos, pero esta apreciación no es del todo exacta; sus atribuciones características eran netamente jurisdiccionales.

El Procurador del César, de que habla el *Digesto*, en el Libro Primero, título 19, se ha considerado como antecedente del Ministerio Público, debido a que dicho Procurador, en representación del César, tenía facultades para intervenir en las causas fiscales y cuidar del orden de las colonias, adoptando diversas medidas, como la expulsión de los alborotadores y la vigilancia sobre estos, para que regresaran al lugar de donde habían sido expulsados.

En la postrimerías del Imperio Romano, se instituyeron funcionarios cuya actividad estaba relacionada con la justicia penal (curiosi, Stationari o Irenarcas). Estos eran autoridades dependientes directamente del pretor y sus funciones estaban circunscritas al aspecto policíaco.

c)- *Italia Medieval*- Tampoco es posible identificar al Ministerio Público con los "Sindici o Ministrales" (funcionarios instituidos en Italia durante la Edad Media), por ser, más bien, colaboradores de la función jurisdiccional en la presentación oficial de la denuncias sobre los delitos.

d)- *Francia*- Quienes consideran al Ministerio Público como "una institución" de origen francés, fundamentan su afirmación en la Ordenanza de 23 de marzo de 1302, en la que se instituyeron las atribuciones del antiguo Procurador y abogado del Rey como una magistratura encargada de los negocios judiciales de la Corona, ya que con anterioridad, únicamente, actuaban en forma particular en lo

concerniente a los negocios del monarca.

Debido a que en esa época, la acusación, por parte del ofendido o de su familiares decayó en forma notable, surgió un procedimiento de *oficio o por pesquisa que dio margen al establecimiento del Ministerio* Público, aunque con funciones limitadas, siendo la principal, investigar los delitos, hacer efectivas las multas y las confiscaciones decretadas como consecuencia de una pena.

Posteriormente, surgió una reacción en contra, aunque con resultados poco favorables.

Más tarde, a mediados del siglo XIV, el agente del Ministerio Público interviene en forma abierta en los juicios del orden penal; sus funciones se precisan en forma más clara durante la época napoleónica, llegándose, inclusive, a la conclusión de que dependiera del Poder Ejecutivo, por considerársele "representante directo del interés social en la persecución de los delitos".

A partir de ese momento, principió a funcionar dentro de la magistratura, dividiéndose, para el ejercicio de sus atribuciones, en secciones llamadas "párquets" cada uno formando parte de un tribunal francés.

Los Párquets tenían un Procurador y varios auxiliares sustitutos en los tribunales de justicia o sustitutos generales o abogados generales en los tribunales de apelación.

e)- *España*- Los lineamientos generales del Ministerio Público Francés, fueron tomados por los autores del Derecho Español Moderno. Desde la época del "Fuero Juzgo", había una magistratura especial, con facultades para actuar ante los tribunales cuando no hubiera un interesado que acusara al delincuente; este funcionario, era un mandatario particular del Rey, en cuya actuación representaba al monarca.

En la Novísima Recopilación, Libro V, título XVII, se reglamentaron las funciones del Ministerio Fiscal. En las Ordenanzas de Medina (1849), se menciona a los fiscales; posteriormente, durante el reinado de Felipe II, se establecen dos fiscales: uno para actuar en los juicios civiles y otro en los criminales.

En un principio, se encargaban de perseguir a quienes cometían infracciones relacionadas con el pago de contribución fiscal, multas a toda pena de confiscación , más tarde, fueron facultados para defender la jurisdicción y el patrimonio de la Hacienda Real.

Posteriormente, el Procurador Fiscal formó parte de la Real Audiencia, interviniendo, a favor de la causas públicas y en aquellos negocios en los que tenía interés la Corona; protegía a los indios para obtener justicia, tanto en lo civil como en lo criminal; defendía la Jurisdicción y el patrimonio de la Hacienda Real y también integraba el Tribunal de la Inquisición.

En este tribunal, figuró con el nombre de Promotor Fiscal, llevando la voz acusatoria en los juicios; y para algunas funciones específicas del mismo, era el conducto entre éste y el Rey, a quien entrevistaba comunicándole las resoluciones que se dictaban.[27]

Los principios esenciales que caracterizan al Ministerio Público como tal, los cuales son:

Jerarquía:

El Ministerio Público está organizado jerárquicamente bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General, en quien residen las funciones del mismo.

Las personas que lo integran, no son más que una prolongación del titular, motivo por el cual reciben y acatan las órdenes de éste, porque la acción y el mando en esa materia son de competencia exclusiva del Procurador.

Indivisibilidad:

Esto es nota saliente en las funciones del Ministerio Público, porque quienes actúan no lo hacen a nombre propio, sino representándolo; de tal manera que, aun y cuando varios de sus agentes intervengan en un asunto

[27] Cfr. COLÍN SANCHEZ, Guillermo, op. cit. págs. 103-106

determinado, éstos representan en sus diversos actos a una sola institución y el hecho de separar a la persona física de la función específica que le está encomendada, no afecta ni menoscaba lo actuado, esto en razón de que representa a una sola parte la sociedad, la persona física de los Agentes del Ministerio Público podrá variar, pero la pluralidad de los miembros no alteran la unidad en las funciones, no hay jerarquías, ni diferencias por razón de competencia; las diversas funciones que desempeñan se refieren a las medidas de orden administrativo y de una mejor división en el trabajo, pero que no alteran la representación social que realizan.

Independencia:

La independencia del Ministerio Público es en cuanto a la jurisdicción, porque si bien es cierto, sus integrantes reciben órdenes del superior jerárquico, no sucederá lo mismo con relación a los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público no depende de nadie, se rige por su propia Ley Orgánica y actúa bajo la dirección y mando de un solo jefe, el Procurador General de la República o Procurador Local, cuyo nombramiento y permanencia en el cargo depende del Ejecutivo.

Irrecusabilidad:

Refiere que cuando exista alguna de las causas de impedimentos que la ley señala para las excusas de los Magistrados y Jueces Federales, deberán excusarse del conocimiento de los negocios en que intervengan, situación en la que se confiere al Presidente de la República la facultad de

calificar la excusa del Procurador General y éste la de los funcionarios del Ministerio Público, únicamente podrá excusarse de seguir conociendo de un asunto sobre el cual exista una manifestación de incapacidad legal del funcionario, por existir algún impedimento que la ley determine cuando deben de excusarse.

Imprescindible:

Ningún Tribunal del ramo penal puede funcionar sin tener un Agente del Ministerio Público, todas las determinaciones tomadas o providencias tomadas por los jueces o tribunales, deben ser notificadas al mismo, pues es parte imprescindible en todo proceso, en representación de la sociedad; su no-intervención traerá consigo la nulidad de las actuaciones que se hubieren practicado sin su intervención, en virtud de que ningún proceso puede ser iniciado ni continuado sin la intervención de los Agentes del Ministerio Público.

Por lo anterior y a fin de dictaminar la naturaleza jurídica de la institución del Ministerio Público lo consideraremos desde diversos puntos de vista:

Como representante de la sociedad:

En el ejercicio de la acción penal, ya que es el Estado quien otorga al Ministerio Público el derecho para ejercer la tutela jurídico general y

representa así los intereses de la sociedad ejercitando en nombre de ésta la acción penal.

Como órgano administrativo:

Actúa con el carácter de parte, el Ministerio Público es un órgano de la administración pública dependiente del Ejecutivo destinado al ejercicio de la acción penal y por tal motivo la función que realiza será bajo la vigilancia del Ministerio de gracia y de justicia que es precisamente representado al Poder Ejecutivo en el proceso penal.

Además, el Ministerio Público no decide controversias judiciales por lo que no es posible considerársele como órgano jurisdiccional, sino más bien administrativo, derivándose de ésta su carácter de parte.

Dicha institución también actúa con el carácter de parte en el proceso, hacer valer la pretensión punitiva, ejerce poderes de carácter de indagatorio, preparatorio, coercitivo y presenta impugnaciones, tiene facultad de pedir providencias de todas clases.

Como órgano judicial:

Se sostiene que no puede ser un órgano administrativo, sino más bien de carácter judicial por las atribuciones que ejercita en un momento dado y

distingue la potestad del Estado, ya que se concretará a solicitar la aplicación del derecho más no a declararlo puesto que el declararlo es función del Juez.

Como colaborador de la función jurisdiccional:

Es posible en un momento dado llegar a admitir que el Ministerio Público colabora con funciones específicas porque en última instancia ésta obedece al interés característico de toda la organización estatal, para el fiel cumplimiento de sus fines el Estado recomienda deberes específicos a sus diferentes órganos para que colaboren plena y cordialmente, mantengan el orden y la legalidad, razón por la cual el Ministerio Público (órgano de acusación) lo mismo al perseguir el delito que al hacer cesar toda clase de lesión jurídica en contra de los particulares.

C) INCULPADO.

En la realización ejecución de conductas o hechos delictuosos, existen múltiples teorías respecto de los actos humanos penalmente relevantes, así Raúl Plascencia señala al citar al Del Rosal Juan, que la conducta es propiamente el examen del punto de vista en el cual el hombre entra en contacto con el ordenamiento,[28] quien mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificados, da lugar a la relación jurídica material de Derecho Penal y, en su caso, a la relación jurídica procesal.[29]

---

[28] Cfr. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, TEORÍA DEL DELITO, UNAM, México, 1998, pág. 47.
[29] Cfr. COLÍN SACNHEZ, Guillermo, op cit. pág. 223

Y como dice Francisco Muñoz Conde: "la norma jurídica penal pretende la regulación de conductas y tiene por base la conducta humana que pretende regular. Para ello tiene que partir de la conducta humana tal como aparece en la realidad de toda la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente y conmina con una pena. Es, pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados, que convierten esa conducta humana en delito."[30]

Así, la conducta humana tiene relevancia para el Derecho penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente él es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad. Este principio indiscutible en nuestro tiempo, carecía de validez en otras épocas. Según enseña la historia, antaño se consideró a los animales como delincuentes, distinguiéndose tres períodos o etapas fetichismo en donde se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas, simbolismo, se entendía que los animales no delinquían, pero se les castigaba para impresionar y por último solamente se le sancionaba al propietario del animal dañoso.[31]

Al supuesto autor del delito se le han otorgado diversas denominaciones. Se le conoce como arrestado, detenido, querellado, denunciado, imputado, juzgado, acusado, enjuiciado, demandado, reo, culpable, convicto, criminal, indiciado, sospechoso, sujeto activo del delito, probable sujeto activo del delito, probable responsable, presunto responsable,

---

[30] MUNOZ CONDE, Francisco, TEORÍA GENERAL DEL DELITO, 2º edición, Temis, Colombia, 1999 pág. 7.

[31] Cfr. CASTELLANOS, Fernando, LINEAMINETOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL, 31ª edición, Porrúa, México, 1992, pág.149.

sujeto pasivo del proceso, procesado, encausado, apelante apelado, recurrente, recorrido, bandido, encartado, sentenciado, preliberado, etcétera.

El punto de vista del maestro Colín Sánchez es "calificar, impropiamente, al sujeto activo del delito, no sólo es demostración de atraso en esta materia, sino también de excesos o consideraciones injustas para aquel que como consecuencia de una *notitia críminis* o de una querella, es sometido a determinados actos procedimentales en materia penal. Este hecho, no siempre significa que la persona esté colocada fatalmente dentro de las situaciones previstas por las normas penales sustantivas".[32]

Para Silva Silva es un sujeto pasivo del proceso, quien es el sujeto procesado, destinatario no sólo de la instrucción, sino también del juicio o plenario. Desgraciadamente, no se comprenden como "sujeto pasivo del proceso" al preprocesado; es decir, aquel que está en la averiguación previa policial, previa o administrativa, sin que se haya promovido la acción.[33]

Con relación a la terminología, es conveniente determinar, si debe emplearse solamente uno de los calificativos mencionados, y en tal caso, distinto para cada etapa procedimental.

En la legislación mexicana, los integrantes del Congreso Constituyente de 1917, al referirse al supuesto sujeto activo del delito, *usaron,*

---

[32] Ibidem. pág. 224.
[33] Cfr. SILVA SILVA, Jorge Alberto, op.cit. págs. 180-192.

inapropiadamente los adjetivos: acusado, procesado y reo, sin tomar en cuenta el momento procedimental en el que interviene.

Para algunos autores, el término procesado nos indica a la persona sujeta a proceso. Aunque en lo penal existe procesado, el sujeto que estudiamos no se queda aquí, pues también nos interesa la persona a la que previo el proceso, se le imputa un hecho con apariencia de delictuosidad. El sujeto de la averiguación policial, por ejemplo, no es un procesado.

Los vocablos arrestado o detenido sólo hace alusión a la persona sujeta a medida cautelar, más no aquélla que, como en lo penal, está exenta de que se le aplique tal medida. No todos los sujetos a que nos referimos tienen que estar arrestados o detenidos.

Culpable, convicto, delincuente, criminal, sujeto activo del delito, bandido, tampoco retratan a nuestro personaje, pues estos vocablos, además de pertenecer al derecho penal y no al procesal penal, hacen eco de la relación sustancial, pero no de la procesal. Basta recordar que puede darse el caso de que sea culpable, o delincuente. No habrá sujeto activo del delito sino hasta que se dicte sentencia ejecutoriada que así lo declare.

La palabra reo, aunque en la actualidad tiende a ser asociada con la de sancionado o penado, histórica y etimológicamente responde a la idea de demandado, en cuanto tal sujeto es el vinculado con la reus o rei, la cosa el asunto, el litigio. Sin embargo, nuestro sujeto de estudio no necesariamente es un sujeto de litigio, sino de la acción.

El vocablo acusado encuentra mayor aquiescencia, no obstante, muchos lo han rechazado para no confundirlo con el acusado en sentido estricto, el cual es sólo aquel contra quien existe o pesa una concreta pretensión procesal. Por eso en México se le llama acusados a aquellos contra los que se han presentado conclusiones acusatorias, y se dice así que acusado sólo lo hay en el plenario, mientras que en la instrucción sólo hay inculpados. Por eso es más técnico y preciso llamarlo acusado cuando se hayan formulado conclusiones acusatorias, independientemente, de que siga siendo sujeto de imputación.

Llamarle indiciado durante la averiguación previa, porque tal nombre deriva de "indicio", "dedo que indica" y como existen "indicios" para considerar que pudo haber cometido el delito por eso es objeto de tal averiguación.

Concluido ese período, si se ejercita la acción penal, dictado el auto de radicación, adquiere el nombre de procesado.

Posteriormente, cuando el agente del Ministerio Público presenta ante el juez conclusiones acusatorias, recibirá el nombre de acusado hasta que se dicte sentencia; cuando ésta se pronuncia, adquiere el carácter de sentenciado; y, finalmente, cuando la resolución judicial mencionada causa estado, se llamará reo.

D) Defensor.

El concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción, son los pilares sobre los que descansa la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y válida administración de justicia dentro del estado de Derecho. Ante la pretensión penal, como tesis que sostiene en forma monopólita el Ministerio Público, la defensa sostiene la antítesis queda reservado al poder jurisdiccional el efectuar la síntesis.[34] Luego entonces como afirma Guarneri: "tiene naturaleza poliédrica, y unas veces se presenta como representante, otras como asistente y, finalmente como sustituto procesal."[35]

El defensor debe de estar presente en todos los actos procesales, aún cuando el propio procesado no se encuentre presente. Por ello se ha convertido un el sustituto procesal del acusado. Más adelante hablaremos del concepto y naturaleza jurídica, pues es la esencia de este trabajo de investigación.

Para el desarrollo de este primer capítulo utilizamos el método intuitivo, porque tiene gran importancia en la investigación jurídica y el sujeto cognocente, aprende o captura el objeto de conocer.

---

[34] Cfr.ZAMORA-PIERCE, Jesús, GARANTÍAS Y PROCESO PENAL. 10ª edición, Porrúa, México, 200, pág. 255.
[35] GUARNERI, José, LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL, José M. Cajica Jr. Puebla, México,1952 .págs.336 y 338.

CAPÍTULO SEGUNDO.
ANTECEDENTES Y CONCEPTO

2.1. REFERENCIAS HISTÓRICAS.

Desde la antigüedad el Derecho de la defensa aparece en la evolución del hombre, vemos que en el Derecho griego aparece la figura del defensor, cuando se permitía al acusado defenderse por sí mismo o un tercero ante el areólogo. De igual forma se sabe que en el Antiguo Testamento se expresa que Isaías y Job proporcionan normas a los defensores de los mentecatos, ignorantes, menores, viudas, pobres, para que tuvieran éxito en su defensa.[36]

En el Derecho Romano existieron los patronus o causidicus, oradores defensores quienes eran asesorados por un perito en derecho o advocatus. Es en Grecia donde a través del desarrollo y perfeccionamiento de la Oratoria, se da origen a la persuasión mediante la oratoria depurada, los lológrafos aparecen y su labor consiste en elaborar discursos por escrito (discurso forense), dando lugar así a los escritores de alegatos, sin embargo,

---

[36]Cfr. COLÍN SANCHEZ, Guillermo, op. cit., pág. 242.

era sólo el acusador y el acusado los que comparecían personalmente ante el Tribunal del pueblo para alegar de viva voz, es decir, la función de los lológrafos era escribir discursos para que otros los leyeran, cobrándoles honorarios por tal servicio, surgiendo la carrera de Abogado.

Durante el siglo V d.C., se rompen los velos del Derecho tradicional Romano, permitiéndoles a los plebeyos preparar su propia defensa, el patronatus ocausidicus era un experto orador que defendía los intereses de su cliente, previo asesoramiento de un verdadero advocatus, que significa abogado, que eran llamados como profesionales por los litigantes para que los asesoren o actúen por ellos en las contiendas judiciales.[37] Con el tiempo el orador y asesor se unificaron en una sola persona.

Así, el Derecho Romano supera al griego con la intervención de sus grandes jurisconsultos, dando inicio a la etapa del procedimiento penal moderno, al adoptarse el juicio oral ante el pueblo, y desarrollarse públicamente el proceso en la plaza del angora o en el foro romano.

En el Derecho Germano, es el *intercesor* quien representa al acusado, sus afirmaciones erróneas podían ser rectificadas, pero esta rectificación no procedía si habían sido hechas por las partes en persona y que con posterioridad, el defensor tenía intervención para estar presente en la recepción de pruebas y para formular pedimentos; pero cuando el reo confesaba, la misión del defensor únicamente se reducía a solicitar el perdón de su defenso. Es en la Constitución Carolina de 1532 donde se reconoce al

[37] Cfr. OSSORIO Y FLORIT, Manuel, Voz Abogado en enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo I-A, Driskill, Buenos Aires, 1986, pág. 65.

inculpado el Derecho de encomendar su defensa a un tercero y en la que se regulan las funciones de la defensa, además de regularse ampliamente las funciones de defensa, es decir, contiene ya la reglamentación de la defensa, así como su intervención autorizada; en los casos de cierta gravedad, la defensa se declaraba obligatoria y, si el acusado confesaba, la función del defensor se concretaba a pedir perdón para su representado.[38]

"La única persona a quien se le permitía enmendar sus errores para el *Intercesor*, el cual podía rectificarlos en tanto que las declaraciones manifestadas por las partes tenían la característica de ser irrevocables. El ofendido exigía su Derecho por medio de la venganza. Aplicándose el juicio de Dios, los Ordalias y el juramento purgatorio." [39]

Según Alcalá Zamora, la figura típica que prevaleció en el Derecho Germánico fue la autodefensa, desarrollándose el proceso en forma oral y pública, con carácter solemne y formalista, cuyo objetivo principal era lograr la composición para evitar venganza de la sangre.[40]

"A su vez la competencia, se delimitará por la asamblea de los hombres libres en quienes radicaba la jurisdicción. Está presidida por el Juez Director de Debates, pero la propuesta del fallo reacia en el Juez permanente, en los jurisperitos o en los urteinisfinder." [41]

---

[38] Cfr. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, op. cit., pág. 87.
[39] Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto, DERECHO PROCESAL, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tomo II, México, 1969, pág. 444.
[40] Citado por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Porrúa, México, 1978, pág.74.
[41] Ibidem, pág. 75.

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

En España, también aparece la figura de la defensa penal, la cual se observa en sus diferentes cuerpos normativos y al ser la nación que conquistó a México, es de gran trascendencia adentrarnos al estudio de sus leyes.

Así, en el Derecho Español, también se conoce la institución de la defensa, tanto en el fuero juzgo como en la nueva recopilación, se faculta al juez para apremiar a los profesores de Derecho y a los abogados del foro para que proporcionaran sus servicios profesionales gratuitos a favor de la defensa de los pobres desvalidos, se mencionaba también a los defensores y mandadores, teniendo estos últimos la encomienda por parte de príncipes y obispos para hacer valer la verdad y no dejarla derrumbarse ante el poderío. Sin embargo, es de señalar que los conquistadores españoles pusieron empeño para impedir la entrada de abogados en los territorios del continente americano. El pretexto alegado en 1613 por el regidor de Buenos Aires, Miguel del Corro, para impedir la entrada de letrados era en el sentido de que con la presencia de abogados no faltaban pleitos, trampas y marañas, y otras disensiones de que han resultado a los pobres vecinos y moradores, desinquietudes, gastos y pérdidas de haciendas. No obstante lo anterior, la verdadera razón de la oposición era muy otra pues como explica Ruíz Guiñazú, de múltiples documentos, cartas al rey, representaciones de

cabildos y tribunales, memoriales sobre comercio y disputas de posesión y privilegios, se desprendía que la acción legal de los abogados era el mayor obstáculo para la libertad de procederes de los conquistadores, ya que los abogados eran "censores contra la avidez insaciable de riquezas" y en tal condición ocuparon sitio de resistencia en la serie inacabable de atropellos y demasías. Opina Bielsa que sin desconocer las causas del descrédito de la abogacía en los siglos XV y XVI era también cierto que los conquistadores y funcionarios ejercían su autoridad despóticamente y veían en el abogado al defensor del oprimido, del agraviado o del despojado. Que el conquistador mandaba y quería mandar sin las vallas ni reparos que los derechos invocados por el abogado le suponían.[42]

Así, la Ley de Enjuiciamiento Criminal del 14 de septiembre de 1882, estableció para los integrantes que los Colegios de Abogados la obligación de representar a las personas que estaban imposibilitadas económicamente para cubrir los gastos de un defensor particular, los cuales no tenían Derecho de excusa, sino únicamente por motivos de fuerza mayor o verdaderamente personal, y que estaban supeditados a la aprobación de los decanos de los Colegios de Abogados o por el Tribunal donde les correspondería desempeñar su función. Dichas disposiciones estuvieron vigentes en el Virreinato, antes de la proclamación de la Independencia de México, condenándose en la Providencia de la Real Audiencia del 21 de octubre de 1796.

Existieron en España otras leyes importantes como el Fuero Real, en el que se instaura la Unidad Jurídica, después de la reconquista de Alfonso X,

[42] Cfr. OSSORIO Y FLORIT, Manuel, op, cit, pág. 70.

las cuales fueron el resultado de la influencia romanista y canonista en España. En estas leyes, a los defensores se les llamó "Voceros" y "Procuradores". Teniendo éstos escasa intervención en la representación del acusado. Las Leyes de Estilo, sirvieron para la aplicación e interpretación de las normas haciendo la función de jurisprudencia o doctrina en el Derecho, aclarando las lagunas que había en la legislación. En la Constitución de Cádiz de 1812 se suprime el absolutismo, limitando las atribuciones de los gobernantes. En esta Constitución se otorga muy pocos derechos a las personas que se les imputa alguna acusación criminal. En donde los fueros consistían en diversos ordenamientos legales, que promulgaban los diferentes monarcas en sus reinados, normalmente los acusados civiles y penales y la relación jurídica entre los ciudadanos.[43]

Por otra parte, el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español de 1872 ordenaba que los procesados deberían ser representados por procurador y defendidos por letrado y que si no nombraban defensor o no tuviesen aptitud legal para hacerlo, se les designaría uno de oficio cuando lo solicitasen. [44]

Con posterioridad se expidieron leyes que reconocían la gratuidad de la defensa para aquellas personas que por sus circunstancias económicas, no se encontraban en aptitud de sufragar los honorarios de un defensor.

En el Fuero Viejo de Castilla se permitió a los litigantes elegir

---

[43] Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto. DERECHO PROCESAL. Cárdenas Editor y Distribuidos. Tomo II. México1969. pág.444.

[44] Ley de Enjuiciamiento Criminal concordada y anotada por don Emilio Reus, Madrid. Imprenta de la Revista de Legislación, pág.. 1883. Citada por González Bustamante.

abogados y en el Fuero Real se les conoció bajo el nombre de voceros y a los procuradores como personeros, siendo su intervención indispensable en el proceso.

En las Leyes de Partida, la defensa adquiere el carácter de función pública vedada sólo a las mujeres.

Entre otras legislaciones que tuvieron gran importancia dentro de la evolución del Derecho de defensa, la tiene la legislación inglesa, principalmente en su Carta Magna de 1215, y por la cual en la Edad Media los señores feudales obtuvieron del rey Juan sin Tierra el reconocimiento de derechos fundamentales. De la Carta Magna de Juan sin Tierra destaca la cláusula número 39, que textualmente dice: "Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley ni exiliado, ni nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país."[45]

De esta manera el principio romano expresado por Séneca *audiatur altera pars* y aquél que ordena que nadie puede ser condenado sin ser oído aparecieron expresamente reconocidos. La Carta Magna Inglesa de 1215 representó el triunfo de un movimiento que, entre sus distintas reinvindicaciones, consagró el principio de defensa como oportunidad inherente al imputado. Este fundamental antecedente también tiene una especial importancia por poner término a la arbitrariedad y a la

[45] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, DERECHO POSITIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS, Debate, Madrid, 1987, pág.31.

discrecionalidad, por haber intentado el control del poder y por las ideas que implica sobre los requisitos del juez competente, la ley preexistente y el debido proceso.

Eduardo J. Couture ha visto con acierto que la significación de la insurrección de los barones contra Juan sin Tierra "desbordó el espíritu de su tiempo, para transformarse en la conquista de las libertades políticas para todo tiempo futuro".[46] De ahí que este ordenamiento haya servido de inspiración para los movimientos libertarios posteriores.

En el Derecho angloamericano se encuentra como un importante antecedente de reglamentación del Derecho de defensa la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, que dispuso entre otras cosas, que en toda acusación criminal el hombre tiene Derecho a conocer la causa y la naturaleza de la acusación; a ser careado con los acusadores y testigos; a producir pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un tribunal imparcial de doce vecinos sin cuyo consentimiento unánime no podría ser declarado culpable. De ahí que la doctrina del Derecho norteamericano entienda que la defensa en juicio comprende: 1º el Derecho de ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación; 2º el Derecho a ser careado con los testigos; 3º Derecho a pedir procedimientos compulsivos para la comparecencia de testigos; y, 4º el Derecho a ser juzgado imparcialmente. [47]

En Francia en el esplendor del sistema inquisitivo, con la Ordenanza

[46] Citado por VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, LA DEFENSA PENAL, 3ºedición, Rubinzal–Culzoni, Buenos Aires, 1996, pág. 59.
[47] Cfr. SILVA, Armando V. Voz Defensa en Juicio en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo VI, Drikill, Buenos Aires, 1997, pág. 24.

de 1670, se prohibió de una forma generalizada que el acusado tuviera la asistencia jurídica del defensor, de tal manera que al entrar en vigor se suprimió de una forma total la intervención del defensor, pues no obstante que la representación jurídica estaba limitada grandemente en las leyes anteriores a dicha ordenanza, estas disposiciones eran poco respetadas por no ser tan rigoristas como el sistema inquisitivo. El Edicto del 8 de Mayo de 1777, trajo consigo reformas positivas a la Ordenanza anteriormente citada, entre las que se puede anotar la suspensión del tormento o a la exigencia de los jueces de motivar su sentencia, obligándolos a fundar jurídicamente las mismas. Así Jiménez de Asúa, señala que a partir de la Revolución Francesa comienza verdaderamente el movimiento codificador que, tanto en materia sustantiva como adjetiva penal consagra algunos de los principios de garantías a los derechos del individuo. Los códigos sancionados significan indudablemente una avanzada contra la arbitrariedad y a favor de la seguridad. Básicamente se terminó con el proceso puramente inquisitivo, dándose lugar al procedimiento mixto. La primera parte del procedimiento, con resabios de la Ordenanza de 1670, es escrita, secreta y no contradictoria.[48]

"Una revolución, como siempre, primero en las ideas (Enciclopedia y Aufklärung), y luego en la realidad política, ha parido un nuevo modelo de ser, la filosofía penal liberal nace revolucionariamente en las postrarías del siglo XVIII, como siempre en toda labor revolucionaria, su acento fue primero crítico y se preocupó ante todo de destruir. Las tres figuras de la época Beccaria, Howard y Marat, más que edificar un Derecho penal y carcelario nuevo, censuran lo existente, procuran destruir lo ya caduco. Por esos son revolucionarios".[49]

---

[48] Cfr. JIMENEZ DE ASÚA, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL, Losada. Buenos Aires ,1956,Tomo I, pág. 309.
[49] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, LECCIONES DE DERECHO PENAL, Oxford, volumen 3, México, 1999, págs.15-17.

Durante la Revolución Francesa se suprime la abogacía de acuerdo al Decreto del 25 de Agosto de 1790, siendo sólo Robespierre quien se opuso a la disolución de la orden de abogados, éste alegaba que era en el foro donde aún se encontraba el coraje de la verdad que quiere proclamar los derechos de los débiles oprimidos contra los crímenes del opresor poderoso; y que desaparecida aquella institución, ya no se vería en el santuario de la justicia a esos hombres sensibles, capaces de apasionarse por la causa de los desgraciados y, por consiguiente, dignos de defenderla; diciendo: "Esos hombres independientes y elocuentes, apoyo de la inocencia y castigo del crimen a quienes asusta la debilidad, la mediocridad y la injusticia, pues serán rechazados y habréis acogido gente de ley sin delicadezas, sin entusiasmo en su deber y sólo colocaréis en una noble carrera un vil interés. Vosotros desnaturalizáis, degradáis, funciones preciosas para la humanidad, esenciales para el progreso del orden público. Cerráis esa escuela de virtudes cívicas, donde el talento y el mérito aprenden, defendiendo la causa de los ciudadanos ante el juez, a defender un día la de los pueblos ante los legisladores". [50]

Con posterioridad se estableció que las partes pudieran defenderse por sí mismas o por conducto de defensores de oficio.

Es en la Asamblea Constituyente de Francia en la que al expedirse las leyes que regula el procedimiento penal, el 29 de septiembre de 1791, se consagra el principio de que la defensa es obligatoria y de que el acusado debe disfrutar de toda clase de libertades para prepararla. Se establece que desde el interrogatorio, el acusado tiene Derecho a nombrar defensor, y si se

[50] OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *op. cit*, pág. 70.

negaba, el juez debía hacer el nombramiento, bajo pena de nulidad de lo actuado. Al inculpado no se le exigía juramento antes de declarar, y si lo pedía, sólo se le recomendaba que se condujese con verdad, y si lo pedía, el juez debía entregarle todas las piezas de autos, sin costo alguno de su parte, debía también cuidar de que aquél quedase plenamente enterado de los cargos que había en su contra para que estuviera en condición de contestarlos. Todas estas ideas se reflejaron en la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, siendo las siguientes: 1° Libertad limitada en la expresión de la defensa. 2° Obligación impuesta a los jueces para proveer al acusado de un defensor en caso de rehusarse a designarlo. 3° Obligación impuesta a los profesores de Derecho y abogados, para dedicar parte de las horas de su trabajo a la atención de la defensa de los pobres de solemnidad. 4° Prohibición absoluta a las autoridades judiciales para compeler de algún modo a los acusados para declarar en su contra. 5° Derecho reconocido al inculpado para la designación de defensor desde el momento en que es detenido. 6° Derecho del defensor para estar presente en todos los actos procesales, sin que pueda vedársele el conocimiento de las actuaciones practicadas a partir de la iniciación del procedimiento. 7° Obligación impuesta a las autoridades judiciales de recibir las pruebas que ofrezca el acusado dentro de los términos señalados para su admisión, estableciéndose como excepciones que las pruebas confesional, documental y la inspección judicial y reconstrucción de hechos, pueden rendirse hasta la audiencia que precede al fallo siempre que concurran causas bastantes que demuestren que la prueba no fue presentada en el periodo de sumario por causas ajenas a la voluntad del promovente. 8° Obligación de las autoridades de auxiliar al inculpado para obtener la declaración de personas cuyo examen solicite. El juez debe proveer al nombramiento de defensor si el inculpado se muestra renuente a designarlo, tan luego como haya rendido su declaración

preparatoria. [51]

El Código de Instrucción Criminal de 1808, que mantuvo su vigencia en Francia, mediante el cual es aceptada la defensa y la hace obligatoria en algunos casos, sufriendo varias reformas pero manteniendo la esencia que se le dio desde la Época Napoleónica.[52]

Bernabé Luna Ramos apunta:

"Ya desde el año de 1791, en la Asamblea Constituyente en Francia, se reconocía el Derecho a la defensa por parte del indiciado a designar defensor desde el momento de ser detenido; asimismo se reconoce el Derecho del defensor de intervenir en todas las actuaciones procesales sin que pudiera vedársele el conocimiento de las actuaciones practicadas desde el inicio del procedimiento".[53]

Por otro lado, en tiempos actuales con la llegada del socialismo con el triunfo la figura de la defensa es afectada y aún cuando hoy en día el socialismo ha sido superado como régimen es importante destacar dicho antecedente.

Así, en el Derecho Ruso, con la Revolución Rusa de 1917, se suprime

---

[51] Cfr. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, op. cit., págs. 87 y 88.
[52] Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto, op. cit, pág. 448.
[53] LUNA RAMOS, Bernabé, LA DEFENSA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA, Anuario Jurídico UNAM, Año 1985, Tomo XII, pág. 476.

la abogacía por considerarse una práctica burguesa, restableciéndose la profesión posteriormente, dándole al defensor el carácter de servidor de la colectividad y después un mandatario de su cliente.

2.2. CONCEPTO DE DEFENSA.

El concepto de defensa ha recibido diversas acepciones, atendiendo a su raíz etimológica, derivada de latín "defensa", que pasa al español como defensa, y no es otra sino la acción y efecto de defenderse, gramaticalmente el Diccionario Enciclopédico Bruguera consigna que la palabra defensa significa:

"Razón o motivo que se alega en el juicio para contradecir o desvirtuar la acción del demandante", también significa "abogado defensor del litigante o presunto responsable", para finalizar indica que también implica la connotación de "amparo, protección, socorro."[54]

Desde el punto de vista jurídico, según José Guarneri:

"El concepto de defensa es correlativo al de la acusación y constituye en la dialéctica procesal de los contrarios, el momento de la antítesis."[55]

---

[54] DICCIONARIO ENCICOPÉDICO BRUGUERA, Editorial Bruguera Mexicana de Ediciones, 16 vols., Tomo II. México 1979. pág. 428.
[55] GUARNERI, José, op. cit., pág. 328.

Otras definiciones de este concepto son:

"Amparo, protección, resistencia al ataque, arma defensiva, mantenimiento de una causa, idea o plan discutido e impugnado por otros, socorro, ayuda, repulsa o rechazamiento de una agresión, abogado defensor, escrito con el que se trata de atenuar la conducta del acusado ante un Tribunal, hecho o Derecho en juicio civil o contencioso de otra índole".[56]

La Enciclopedia Jurídica Española nos da definiciones de este concepto desde varios puntos de vista:

Criminológico.- Indudablemente dicha palabra adquiere su significado originario y propio, fuera del campo del Derecho, y expresa, el ejercicio de una actividad, natural o humana, de amparo y protección. Se defiende activa o pasivamente, aquél o a quien se ataca, justa o injustamente: hombres, pueblos y animales... incluso las cosas se defienden metafóricamente, de la acción de los elementos que conspiran contra su existencia en el mundo de los seres. En tal concepto la defensa es una fuerza vital que tiende en todo momento a procurar la permanencia de todo lo que es o está creando, frente a las acciones contrarias que pretenden destruirlas. De aquí se desprenden: 1. La idea de defensa es correlativa, y se da en ofensa. 2. Implica una actividad de signo igual, pero contrario a la primera y; 3. Posee un carácter preponderantemente bélico, en cuanto tiene a enervar o destruir todo aquello que se le opone.

---

[56] LOPEZ LEYVA, Jesús, LA DEFENSA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA, Anuario Jurídico UNAM, año 1985, Tomo XII, pág..448.

Jurídico.- Para el Derecho, la palabra "defensa" posee también acepciones o significados diferentes, así, unas veces se aplica como eco de su significación original, al ejercicio de una actividad jurídica de amparo y protección a quien se encuentra atacado, por el ejercicio de una acción dirigida contra él o bien por trasposición, del acto a la gente; se llama también defensa a la persona que ejercita esta actividad o también al instrumento o pieza oratoria utilizada para defender, por lo cual se verifica, en el sector jurídico, análogo fenómeno de mimetismo. Constriñéndonos a un terreno puramente técnico, en Derecho se habla de dos clases o direcciones de la defensa: la material y la formal.

Es material, aquélla que se ejercita legítimamente por cualquier persona, cuando se ve atacado por otra, y suele dar lugar a la figura material de "defensa legítima" que regula el Código Penal. Un segundo sentido de la defensa llamada "formal o procesal", constituye el Derecho de defensa específico. Se caracteriza éste, como aquél, que se ejercita en los Tribunales de Justicia, a favor de los derechos que son ahí controvertidos en legal formal. Es lo que se llama, ordinariamente, ejercicio del Derecho de defensa en juicio o jurisdiccional.

Procesal.- Dogmática dominante haciéndose eco de cierta tendencia doctrinal extranjera, distingue dos modalidades de la misma. Se entiende por defensa material a la que se practica por deber legal, por todos los elementos personales componentes o intervenientes en el procedimiento; y la segunda, o sea, la formal, es aquélla que se practica profesionalmente, por personas, peritos en Derecho, asumiendo tal carácter a favor de sus patrocinados.

a) Defensa Material: Se funda en la regla que justifica el principio general de la defensa humana y es aplicado a la situación de necesidad jurídica en que se encuentra favorecido por la misma. En definitiva, las instituciones públicas están situadas en consideración a proveer a la ayuda y protección del necesitado, evitando la agresión a que conduce la ignorancia o el error. En cualquier caso, el deber social de socorro, se debe cumplir de una manera actual y permanente.

b) Defensa Formal o Estricta: Independientemente del concepto procedente, se distingue por la doctrina la defensa procesal genuina o estricta, que es aquélla que se encomienda a una persona perito en Derecho para que ampare y defienda los derechos de otra en juicio. Es, en definitiva, un concepto instrumental de la institución, que ha tomado carta de naturaleza en el Derecho mundial y contribuye a componer el equipo instrumental de los organismos jurisdiccionales encargados de la administración de justicia.

Aún dentro de este concepto se distinguieron otros dos sentidos:

El que se refiere a la institución encargada de prestar la asistencia técnica que representa, o bien, la propia persona que ejercita in acto dicha función a favor de los acusados e incluso demandados, en el sentido más amplio.[57]

Rafael De Pina, define el concepto de defensa como:

[57] Cfr. NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Francisco Seis, Tomo VI, Barcelona España, 1975, págs. 320-321.

"La actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos aplicados a un proceso (penal, civil, etc.), realizada por abogado, por persona no titulada (en aquellos regímenes procesales que permiten la intervención de personas no tituladas en esta función) o por el propio interesado."[58]

Respecto a la defensa, Juan José González Bustamante opina:

"La institución de la defensa representa en el procedimiento penal moderno una función de altísimo interés, sea que se le considere como un órgano encargado de prestar gratuitamente asistencia técnica a las partes o como la persona que, a cambio de retribución, pone los conocimientos profesionales que posee al servicio del inculpado."[59]

Por su parte, Jesús Zamora-Pierce, opina:

"El Derecho de defenderse es aquél que tiene el procesado penal para oponerse a la acusación."[60]

2.3. RETROSPECTIVA DE LA DEFENSA EN MÉXICO

El Derecho de defensa en México se ha consagrado en casi todas sus

[58] DE PINA, Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO, 15°edición, Porrúa, México, 1988, pág. 208.
[59] GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, op. cit, pág. 86.
[60] ZAMORA-PIERCE, Jesús, op. cit., pág. 255.

Constituciones, las leyes mexicanas establecen el principio de la defensa, así como su obligatoriedad en materia penal, y el hecho de ser gratuita en materia federal, común y militar, se establece también la institución del Defensor de Oficio, el cual proporciona sus servicios profesionales de manera gratuita a quien lo solicita, y son las leyes penales las que regulan o reglamentan la defensa.

A continuación, se presenta una retrospectiva histórica de la Defensa en México a través de las Épocas Precolonial, Colonial e Independiente.

A) ÉPOCA PRECOLONIAL

México, las dos culturas precoloniales más sobresalientes fueron la Maya y la Azteca, contaban con una sorprendente organización jurídica y un Derecho de tipo consuetudinario, transmitido de padres a hijos y de ancianos a jóvenes. La noticia más remota sobre el defensor en México, la encontramos en el tepantlato del Derecho prehispánico, abogado que auxiliaba a los acusadores y acusados que se presentaban ante el juzgador a exponer verbalmente sus conflictos; el tepantlato recibía un pago por sus servicios.

Fray Bernardino de Sahagún (1499-1590) en el Códice Florentino que concluyó en 1579, Libro Décimo, Capítulo de los Hechiceros y Trampistas, relata pormenorizadamente la actividad del Procurador, típica del ejercicio profesional y la versión original dice: Tepantlato, cuya traducción según la gramática del idioma náhuatl de Fray Alonso Molina (1514?-1585), significa

intercesor o abogado, tepan: Sobre alguno (s) por otro y tlatoa: hablar, Tlatoa tepanni: Abogar o rogar por otro, además de las representaciones gráficas ad hoc que contiene al respecto y son muy ilustrativas; si bien es cierto que la organización judicial de los aztecas fue sencilla, también es verdad que se necesitaban ya conocimientos tales que requerían del abogado, figura claramente corporizada en el tepantlato.[61]

J. Kolher al hablar del pueblo azteca señala que: "En el Derecho de los aztecas el procedimiento penal se seguía de oficio y se iniciaba con el rumor público de que había cometido un hecho ilícito, para iniciarle la persecución".[62]

Ahora bien, a pesar de no existir penas por falta de moneda, y más aún que los aztecas no conocían la pena de prisión, si en cambio existían penas leves y penas graves. Así lo menciona la enciclopedia "México a través de los siglos", "No existía la pena pecuniaria por la falta de moneda, ni la prisión como pena; los delitos se consideraban leves o graves; en las leves la pena consistía principalmente en azotes, golpes con palos, piedras, exhibiciones públicas, o sea, primordialmente penas corporales, y los graves consistían en esclavitud, la pena del talión o la muerte".[63]

El Derecho Maya en forma similar al de los aztecas, con algunas

---

[61] Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. VOLUMEN "A-CH". 7° edición, Porrúa, México, 1994, pág. 13.

[62] KOHLER J. EL DERECHO DE LOS AZTECAS. Traducción del alemán por el Licenciado Carlos Robalo y Fernández, Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México, 1924, pág. 75.

[63] RIVA PALACIO, D. Vicente y otros, MÉXICO A TRAVÉS DE LOS SIGLOS, séptima edición, Cumbre, Décimo Tomo II, México, 1981, págs. 202-203.

particulares, se caracterizaba por ser extremadamente rígido en las sanciones que imponían, castigando al que atentaba contra las buenas costumbres, la paz y la tranquilidad social, no existiendo ningún recurso en contra de las sanciones o sentencias que se pronunciaban.[64]

B) ÉPOCA COLONIAL.

Durante la Época Colonial, debido a la conquista, México tuvo una gran influencia española; paulatinamente el Derecho Peninsular fue desplazado al sistema jurídico de las culturas indígenas de la Nueva España. Las Ordenanzas expedidas por Hernán Cortés son los primeros antecedentes de la introducción del Derecho Hispano en México.

Durante la época colonial, en México se adoptaron las prescripciones de las leyes de la corona española.

Respecto al Derecho español, también se conoció la institución de la defensa; ya que en el Fuero Juzgo y en la Novísima Recopilación se ordenó que el procesado estuviera asistido de un defensor. Sin embargo, es de señalar que los conquistadores españoles pusieron empeño para impedir la entrada de abogados en los territorios del continente americano. El pretexto alegado en 1613 por el regidor de Buenos Aires, Miguel del Corro, para impedir la entrada de letrados era en el sentido de que con la presencia de abogados no faltaban pleitos, trampas y marañas, y otras disensiones de que

[64] Ibídem, pág.203.

han resultado a los pobres vecinos y moradores desinquietudes, gastos y pérdidas de hacienda. No obstante lo anterior, la verdadera razón de la oposición era muy otra pues como explica Ruíz Guiñazú, de múltiples documentos, cartas al rey, representaciones de cabildos y tribunales, memoriales sobre comercio y disputas de posesión y privilegios, se desprendía que la acción legal de los abogados era el mayor obstáculo para la libertad de procederes de los conquistadores, ya que los abogados eran "censores contra la avidez insaciable de riquezas" y en tal condición ocuparon sitio de resistencia en la serie de inacabable de atropellos y demasías. Opina Bielsa, citado por Osorio y Florit, que sin desconocer las causas del descrédito de la abogacía en los siglos XV y XVI era también cierto que los conquistadores y funcionarios ejercían su autoridad despóticamente y veían en el abogado al defensor del oprimido, del agraviado o del despojado. Que el conquistador mandaba y quería mandar sin las vallas ni reparos que los derechos invocados por el abogado le suponían. [65]

Mediante cédulas reales compiladas en las Leyes de Indias, se reguló la figura del defensor o protector de indios, cuya misión principal era defender a aquéllos cuando se les imputaba la comisión de delitos o faltas.

Durante esta época para ejercer la profesión de abogado se requería ser examinado por la Real Audiencia que era el órgano judicial máximo en la colonia. También se requería contar con cuatro años de pasantía, una vez cursado el bachillerato.

[65] Citado por OSSORIO Y FLORIT, Manuel, op. cit., pág. 70.

En un principio la organización del poder en todos sus aspectos y formas recayeron en personas de origen español, los cuales eran nombrados por los reyes de España, los virreyes y otras altas autoridades, siendo hasta la Cédula Real del 9 de octubre de 1549, donde se exigió que se seleccionara entre los indígenas a las personas más idóneas para desempeñar, entre otros cargos, los de jueces, alcaldes, alguaciles, regidores y escribanos.

"El procedimiento penal hasta poco después de proclamarse la Independencia en México, se rigió por el sistema de enjuiciamiento inquisitorio, el cual, como ya se dijo antes, se caracteriza por la falta de garantías y derechos para el acusado con el exceso de facultades que envestía a los jueces, convirtiendo su voluntad en fallos inapelables, a la confesión que se le consideró la reina de las pruebas, era arrancada por medio del tormento, la incomunicación y la privación indefinida de la libertad".[66]

C) MÉXICO INDEPENDIENTE.

Después de la proclamación de la Independencia en México, continuaron rigiendo provisionalmente las normas y procedimientos implantados durante la Colonia, pues se carecía totalmente de ordenamientos propios.

[66] RIVA PALACIO, D. Vicente y otros, op. cit., págs. 203-204.

Cádiz de 1812, así como de las ideas emanadas de la Revolución Francesa transformaron el pensamiento, las leyes y el procedimiento, tanto en España como en México; así el 22 de octubre de 1814 se promulga en México "El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana", a pesar de no haber tenido vigencia, es de gran importancia por ser el antecedente de las constituciones que posteriormente regirían a México, ya que éstas recogerían lo más importante y próspero de las bases jurídicas y filosóficas de la Revolución Francesa, así como de la Constitución de Cádiz.

El 4 de septiembre de 1824, se proclamó la primera Constitución de la República Independiente, bajo el sistema Federal; que fue la Constitución de 1824, esta ley suprema mejora la administración de justicia y los procedimientos judiciales, otorgando garantías a los gobernados, teniendo como antecedente el Derecho de defensa en el que nadie debería de ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente. Esta Constitución y las leyes secundarias sufrieron grandes modificaciones, durante el régimen Centralista del General Antonio López de Santa Ana, a partir de 1835, así como los constantes cambios de gobierno, la intervención norteamericana y cuartelazos que afectaron la naciente República Mexicana.

En el estatuto de 23 de mayo de 1829 se estableció que todos los abogados del foro tenían el deber de patrocinar gratuitamente a los pobres en virtud de la obligación que contraen para con la sociedad, al recibir sus títulos profesionales. Esta misma obligación se afirmó en la Ley Orgánica de Agentes de Negocios de 17 de octubre de 1867, que obligaba a los legos a tomar la defensa gratuita de los pobres de solemnidad.

En 1847 a propuesta de Don Ponciano Arriaga, el Congreso Local de San Luis Potosí crea la institución de la defensoría de los pobres y como consecuencia de su establecimiento es promulgada el 10 de marzo de 1847 la Ley de Procuradurías de Pobres. Esta Ley ordenó que en el Estado hubiera tres procuradores, designados por el Gobernador, que se abocasen exclusivamente a la defensa de personas desvalidas que fueran objeto de cualquier agravio o vejación, ya en el orden judicial, político o militar. El cargo de procurador de pobres debía de ser ejercido por personas de conducta y actividad conocida, que hubiesen dedicado por lo menos dos años al estudio de la jurisprudencia.

En la Ley de 17 de enero de 1853 se previno que el acusado podía nombrar defensor después de haber producido su confesión, y en el caso de no hacerlo, se encargaría su defensa a los abogados de pobres.

La Ley Juárez de Jurados Criminales de 15 de junio de 1859, dispuso en su artículo 11 que inmediatamente después de dictado el auto de formal prisión, se notificase el mandamiento al reo y se le requiriese para que nombrase defensor, o al procurador de la defensa para que lo aconsejara.

En el proyecto de Constitución Política de la República de 1856, se prevenía en su artículo 24, fracción I: "En los procedimientos criminales, el acusado tendrá las siguientes garantías: Que se le oiga en defensa por sí o por personero, o por ambos".

Estas fueron algunas disposiciones dictadas después de consumada la

independencia, en que se reguló el Derecho de defensa.

La Constitución de 1857, también llamada Constitución Liberal y que consagra las ideas de la Reforma, se puede considerar como el resultado del descontento y las injusticias, principalmente del régimen dictatorial santanista. En esta Carta Magna, es donde se consagran los derechos del hombre, considerando por primera vez en la República Mexicana, garantías que tuvieron notorias deficiencias, pues no estaban debidamente especificadas.

Es en ella, donde nace la Defensoría de Oficio, como el resultado de la madurez humana y jurídica, después de haber sufrido el pueblo mexicano múltiples injusticias. La Constitución Liberal de 1857 en su artículo 20 fracción V, establecía: "Todo acusado tiene el Derecho de defenderse por sí mismo o por persona de su confianza, y en caso de no tener quien lo defienda se le presentará la lista de los defensores de oficio para que él designe a los que considere convenientes".

En la Carta Magna de 1857, se cambia el nombre de "Personero" al de "Defensor", también se consagran otras garantías; en el artículo 20 se indica que el acusado tendrá el Derecho de saber el motivo de su enjuiciamiento y el nombre de su acusador, si lo había; así también que se le recibiera su declaración preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas, contadas a partir de cuando se le pusiera a disposición al juez; tenía el Derecho de ser careado con los testigos que deponían en su contra, así como que se le facilitaran los datos necesarios que constaran en el proceso, para la preparación de su defensa.

El mismo sistema siguió la Constitución de 1917, al establecer en el artículo 20: "En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías: fracción IX.- Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En el caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensor, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá Derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite".

En 1993 se adicionó en la fracción IX del artículo 20 constitucional, el término de "defensa adecuada", ordenando: "En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: fracción IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá Derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá Derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera."

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

hasta 1911.

En la Constitución de 1917 se consagran diversas garantías, pero por el momento mencionaremos que es el artículo 20 donde se establece el Derecho de la Defensa y que en virtud del Derecho publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de septiembre de 1993, dicho articulado queda reformado, estableciendo constitucionalmente el Derecho a la defensa en la fase de averiguación previa.

En 1922 se expide la Ley de Defensoría de Oficio del Fuero Federal, vigente hasta 1998. Fue en este año el 28 de mayo que se publica en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Federal de Defensoría Pública, la define como una institución pública cuyo propósito es garantizar el Derecho a la defensa en el campo penal a través de defensores públicos y el acceso a la justicia en diversas materias, mediante la orientación y representación jurídica de asesores profesionales, en los términos que la misma ley establece.

Empleamos el método histórico en el vigente capítulo, porque en el campo del Derecho, el conocimiento pleno de las instituciones jurídicas, sólo es posible si consideramos su transformación en el tiempo.

CAPÍTULO TERCERO
LEGISLACIONES APLICABLES.

3.1. EL DERECHO DE DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, le otorga al inculpado durante todo proceso penal una serie de garantías. Alberto del Castillo del Valle al referirse a las garantías individuales señala: "son en concreto, medios jurídicos de protección, defensa o salvaguarda de los derechos del hombre, en primer término, por lo que estos derechos son jurídicamente resguardados y tutelados por la Constitución y por el sistema jurídico mexicano." [67]

Tenemos que el artículo 13 establece que, el inculpado no puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales.

---

[67] DEL CASTILO DEL VALLE, Alberto, GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL, Duero, México, 1992, pág.21.

El artículo 14 señala que ninguna ley se aplique retroactivamente en su perjuicio; a un debido proceso que se traduce en ser juzgado ante *tribunales imparciales previamente establecidos* con las formalidades esenciales y conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho; que no se le impongan penas que no estén previstas por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado que puede aplicarse retroactivamente la ley si no causa perjuicio.

"RETROACTIVIDAD DE LA LEY, SE PROTEGE CONTRA LA, SI CAUSA PERJUICIO. La Constitución General de la República consagra el principio de la irretroactividad cuando la aplicación de la ley causa perjuicio a alguna persona; de donde es deducible la afirmación contraria, de que pueden darse efectos retroactivos a la ley, si ésta no causa perjuicio."[68]

Lo que se ve apoyado por la siguiente jurisprudencia, de la que se desprende que la retroactividad opera, en beneficio del reo.

"RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. DEBEN APLICARSE LAS DISPOSICIONES DEL NUEVO CÓDIGO PENAL QUE ABROGÓ AL ANTERIOR DE DEFENSA SOCIAL, CONFORME AL CUAL SE DICTÓ LA SENTENCIA RECLAMADA, SI FAVORECEN AL QUEJOSO (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). El artículo 14 constitucional establece que "a

[68] Quinta Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: Tomo VI, Parte SCJN. Jurisprudencial: 464.pág. 309.

ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna", de donde interpretando a contrario sensu dicho precepto es factible la aplicación retroactiva de la ley penal en beneficio del reo. El artículo segundo, primer párrafo, del Código Penal vigente en el Estado (artículo 55 del abrogado Código de Defensa Social promulgado el tres de agosto de mil novecientos setenta y uno), establece que cuando entre la comisión de un delito y la sentencia que sobre el mismo se pronuncie se promulgue una ley que disminuya la sanción establecida en la vigente al cometerse el delito, se aplicará la nueva ley. Ahora bien, la sentencia reclamada en el amparo se pronunció por el Magistrado responsable conforme las disposiciones del Código de Defensa Social vigentes en ese momento, y entre la fecha de su pronunciamiento y aquella en que este Tribunal Colegiado emite el fallo constitucional, ese ordenamiento quedó abrogado, entrando en vigor a partir del cuatro de abril de mil novecientos ochenta y siete, el Código Penal del Estado de Chihuahua, que en el presente caso, por cuanto a la penalidad aplicable en el delito imputado al quejoso, disminuye la contemplada por las anteriores disposiciones del Código de Defensa Social. Como el tribunal de amparo no puede sustituirse al criterio del resolutor de instancia para imponer las sanciones respectivas, debe concederse la protección de la Justicia Federal solicitada a fin de que la autoridad responsable, con plenitud de jurisdicción aplique el ordenamiento actualmente en vigor en los aspectos que beneficien al peticionario del amparo, pues no existe otro momento en el que pueda realizarse la aplicación retroactiva de la nueva ley, ya que la sentencia de segunda instancia reclamada se encuentra subjúdice al haberse sometido al análisis constitucional de este Tribunal Colegiado".

De igual forma cuando se trata de la libertad provisional bajo caución, de acuerdo con las reformas de considerar a los delitos en graves o no graves, siendo que en los primeros no se concede la libertad provisional y en

los segundos procede.

"LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. ES UN DERECHO SUSTANTIVO RESPECTO DEL CUAL RIGE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL, CONSISTENTE EN LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY EN BENEFICIO DEL REO. La libertad provisional bajo caución establecida en el artículo 20, fracción I, de la Constitución Federal, es un Derecho sustantivo o fundamental del gobernado, y no una cuestión meramente adjetiva o procesal, porque además de estar consagrada como tal en la Carta Magna, involucra uno de los derechos sustantivos más preciados del hombre, como es su libertad, y la afectación que produce su negativa, no es susceptible de ser reparada, aunque el interesado obtuviera una sentencia absolutoria; y, por ende, le es aplicable la excepción contenida en el artículo 14 constitucional, en cuanto a la aplicación retroactiva de la ley en beneficio del reo, en este caso, del indiciado, procesado o sentenciado; lo que significa que al resolver sobre el Derecho de referencia se debe aplicar la ley más benéfica para aquél, ya sea la vigente al momento en que se cometió el ilícito, si ésta permitía que se otorgara dicho beneficio, o bien, la vigente en la época de emisión del acuerdo respectivo, si esta última le es más favorable."[69]

Así el artículo 16 señala; que no se le realicen actos de molestia sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que se encuentre debidamente fundado y motivado.

[69] Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIII, Abril de 2001,Tesis: 1a./J. 10/2001, pág. 333.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado:

"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, CONTENIDAS EN EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL. NO NECESITAN REPETIRSE EN LA LEY SECUNDARIA. (ARTICULO 151 DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION). Un precepto no viola el artículo 16 constitucional por el hecho de no establecer que los actos de molestia deben constar en mandamiento escrito de autoridad competente y de que deben estar fundados y motivados. Estos requisitos están contenidos en el artículo 16 constitucional y no necesitan repetirse en la ley secundaria para que ésta sea constitucional. La conclusión anterior es lógica puesto que la circunstancia de que no exista en la ley aplicable precepto alguno que imponga a la autoridad responsable la obligación de fundar y motivar su mandamiento de que éste debe ser por escrito, no exime a la autoridad del cumplimiento de esos requisitos, en atención a que, en ausencia de norma específica contenida en la ley del acto, se halla el mandato imperativo del artículo 16 de la Constitución Política, que protege dicha garantía, sin excepción, a favor de todos los gobernados. En estas condiciones, el artículo 151 del Código Fiscal de la Federación, que faculta a las autoridades hacendarias para emitir mandamientos de ejecución y requerimientos de pago en contra de los particulares, no resulta violatorio de la Constitución por el hecho de no reproducir los requisitos constitucionales de motivación y fundamentación."[70]

El máximo Tribunal ha entendido a la fundamentación y motivación, como el señalamiento de los preceptos legales y los razonamientos en que apoye sus determinaciones, pero no basta con citarlos, sino que señale las fracciones a detalle, para el efecto de no dejar en estado de indefensión al

[70] Séptima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 199-204 Primera Parte, pág: 139.

gobernado, tal como se desprende de las siguientes Jurisprudencias:

"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, GARANTÍA DE. Para que la autoridad cumpla la garantía de legalidad que establece el artículo 16 de la Constitución Federal en cuanto a la suficiente fundamentación y motivación de sus determinaciones, en ellas debe citar el precepto legal que le sirva de apoyo y expresar los razonamientos que la llevaron a la conclusión de que el asunto concreto de que se trata, que las origina, encuadra en los presupuestos de la norma que invoca."[71]

"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, GARANTÍA DE. LA AUTORIDAD AL EMITIR EL ACTO DEBE CITAR EL NUMERAL EN QUE FUNDAMENTE SU ACTUACIÓN Y PRECISAR LAS FRACCIONES DE TAL NUMERAL. El artículo 16 de la Constitución Federal, al disponer que nadie puede ser molestado en su persona, posesiones o documentos, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, exige a las autoridades no simplemente que citen los preceptos de la ley aplicable, sino que también precisen con claridad y detalle la fracción o fracciones en que apoyan sus determinaciones. Lo contrario implicaría dejar al gobernado en notorio estado de indefensión, pues se le obligaría, a fin de concertar su defensa, a combatir globalmente los preceptos en que funda la autoridad el acto de molestia, analizando cada una de sus fracciones, menguando con ello su capacidad de defensa."[72]

---

[71] Séptima Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Apéndice de 1975, Tomo: Parte III, Sección Administrativa, Tesis: 402, pág. 666.

[72] Séptima Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo VI, Parte TCC., Tesis Jurisprudencial: 800, pág. 542.

Por otro lado, también ha considerado que en la resolución o acto escrito de autoridad, debe constar la firma, el nombre y apellido de la persona que los expide, en la forma (legible o no) en que acostumbra hacerlo, esto con el propósito de dar autenticidad y firmeza a la resolución así como aceptar la responsabilidad que deriva de la emisión del mandamiento.

"FIRMA AUTÓGRAFA, RESOLUCIÓN CARENTE DE. ES INCONSTITUCIONAL. Si bien es cierto que el artículo 16 constitucional no establece expresamente que las autoridades firmen sus mandamientos autógrafamente, sí se desprende del citado artículo, al exigir que exista un mandamiento escrito que funde y motive la causa legal del procedimiento, que los mandamientos de autoridad ostenten la firma original. En efecto, por "firma", según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende: "Nombre y apellido, o título de una persona que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad o para obligarse a lo que en él se dice". El vocablo "firma" deriva del verbo "firmar" y éste del latín "firmare", cuyo significado es afirmar o dar fuerza. A su vez, la palabra "firmar", se define como "Afirmar, dar firmeza y seguridad a una cosa" (diccionario citado). En este orden de ideas y trasladando los mencionados conceptos al campo del Derecho Constitucional, debe decirse que la firma consiste en asentar al pie de una resolución o acto escrito de autoridad, el nombre y apellido de la persona que los expide, en la forma (legible o no) en que acostumbra hacerlo, con el propósito de dar autenticidad y firmeza a la resolución así como aceptar la responsabilidad que deriva de la emisión del mandamiento. Es por ello que la firma de una resolución, para que tenga validez a la luz de la Constitución General de la República, debe ser autógrafa, pues ésta es la única forma en que la persona que la asienta, adquiere una relación directa entre lo expresado en el escrito y la firma que debe calzarlo; es decir, es la única forma en que la autoridad

emitente acepta el contenido de la resolución con las consecuencias inherentes a ella y, además, es la única forma en que se proporciona seguridad al gobernado de que el firmante ha aceptado expresamente el contenido de la resolución y es responsable de la misma. Desde luego es irrelevante para que exista esa seguridad jurídica en beneficio del gobernante (quien firma) y el gobernado (quien recibe o se notifica de la resolución firmada), que la resolución o acto de autoridad se encuentren o no impresos, pues al firmar la autoridad emitente se responsabiliza del contenido, sea cual fuere la forma en que se escribió la resolución. Pero en cambio, no puede aceptarse que la firma se encuentre impresa, pues en estos casos no existe seguridad jurídica ni para el gobernante ni para el gobernado, de que la autoridad de manera expresa se ha responsabilizado de las consecuencias de la resolución."[73]

El artículo 17 indica que se le administre justicia por tribunales que deberán impartirla de manera pronta, completa, imparcial y gratuita.

Al respecto la jurisprudencia ha reiterado lo establecido en la Carta Magna, señalando que en ese numeral se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, Derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, dejando al legislador los plazos y términos para dicha administración de justicia.

---

[73] Séptima Época, Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo VI, Parte TCC., Tesis Jurisprudencial: 794, pág. 538.

"JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL. De la interpretación de lo dispuesto en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución General de la República se advierte que en ese numeral se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, Derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los Gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República; por ende, para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la Norma Fundamental deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da." [74]

---

[74] Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Septiembre de 2001Tesis: P./J. 113/2001, pág. 5.

El artículo 18 menciona que no debe ser sometido a prisión preventiva sino únicamente cuando el hecho que se impute merezca pena corporal.

Las autoridades administrativas, deben dar cumplimiento a lo ordenado por dicho precepto constitucional, pues en los Centros Preventivos y de Readaptación Social debe existir un departamento especial que preste las seguridades debidas, para internar a los detenidos previamente, tal como se desprende del criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

"PRISIÓN PREVENTIVA, LUGAR EN QUE DEBE SUFRIRSE. No puede aceptarse que sean las autoridades administrativas las obligadas a proveer las medidas para el debido cumplimiento del artículo 18 constitucional, porque el Juez está obligado a acatar la Constitución y a expedir la orden conducente, pero no bajo ese pretexto puede negarse a reconocer la vigencia y autoridad de la Constitución, que de este modo caería en desuso. La alegación de las autoridades administrativas, sobre que en el penal respectivo no existe departamento especial que preste las seguridades debidas, para internar a los detenidos previamente, es inaceptable, porque esa excusa tiene a hacer nugatoria la garantía del artículo 18 constitucional y el acondicionamiento de un local distinto donde deba internarse a los procesados, no significa una erogación tan cuantiosa que constituya un impedimento de orden material y económico, para que las autoridades administrativas no puedan resolverlo, dentro del presupuesto ordinario de sus egresos."[75]

[75] Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: LXXXIV, pág. 2765.

El artículo 20 en su apartado "A", a que una vez sujeto a un procedimiento del orden penal pueda obtener su libertad provisional bajo caución en los casos en que ésta sea procedente, a no ser obligado a declarar, a no ser torturado, a saber quienes deponen en su contra, a ser careado, a ofrecer pruebas, a ser informado de los datos que obren en su causa, a ser juzgado dentro de los términos de ley, a ser informado de sus Derecho constitucionales.

El artículo 21; dice a que las penas a que se haga acreedor le sean impuestas únicamente por la autoridad judicial.

El artículo 22; a no ser objeto de penas inusitadas y trascendentales.

El artículo 23; a no ser juzgado dos veces por el mismo delito.

De todas estas garantías tienen una gran importancia jurídica las establecidas en el artículo 20 apartado "A", de la Carta Magna, en que se garantizan una serie de derechos que se relacionan con el Derecho de defensa del inculpado en todo procedimiento del orden penal. Así tenemos:

Que la fracción VII, establece el Derecho a ser informado;
En la fracción III, encontramos el Derecho a rendir declaración;
La fracción V, establece el Derecho a ofrecer pruebas;
El Derecho a ser careado, lo encontramos en la fracción IV;
El Derecho a tener defensor lo establece la fracción IX.

Derecho a ser informado

El artículo 20 constitucional apartado "A", en su fracción VII ordena que al inculpado le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. Lo que se traduce en que ninguna actuación que obre en la averiguación previa, en el proceso penal o en cualquier otro procedimiento substanciado dentro de su proceso puede mantenerse en secreto para el inculpado y su defensor. Éstos deben tener acceso a todas y cada una de las constancias que obren en la causa. Sin embargo, esto no sucede cuando se trata de Delincuencia Organizada, pues la Ley Federal de Delincuencia Organizada en su artículo 13 indica que "A las actuaciones de averiguación previa por los delitos a que se refiere esta Ley, exclusivamente deberán tener acceso el indiciado y su defensor, únicamente con relación a los hechos imputados en su contra, por lo que el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares guardarán la mayor reserva respecto de ellas, sin perjuicio de que el indiciado o su defensor, sobre la base de la información recibida, puedan presentar las pruebas de descargo que juzguen oportunas...".

A su vez, el artículo 20 de nuestra Carta Magna en su fracción III del apartado "A", ordena que al inculpado se le haga saber, en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de su acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria. Esto reitera el Derecho del reo a ser informado de la acusación. Tal Derecho debe hacerse valer dentro de una serie de formalidades: en audiencia pública, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, conociendo

el nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación, con la finalidad de que conozca bien el delito que se le atribuye.

El término acusador a que se refiere la Constitución se entiende en su sentido amplio, como cualquier persona que imputa a alguien un delito.

Por naturaleza de la acusación se debe entender el delito por el cual se le consigna ante la autoridad judicial, por causa debe comprenderse las pruebas y razones que tienden a servir de fundamento para presumir su responsabilidad.

Por otro lado, en la primera parte de su fracción IX del apartado "A", del artículo 20 de la Constitución Federal, establece que el inculpado desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna la propia Constitución Federal. Algunos autores como Zamora-Pierce refiere que las autoridades del Estado de Hidalgo, con el propósito de dar cumplimiento a dicho mandato constitucional, imprimieron un folleto en el que se encuentran redactados tales derechos, el cual es entregado de manera oportuna al inculpado,[76]considerando que esto es, al parecer, el camino recomendable para que quien se encuentre enterado de las garantías que a su favor consigna la Constitución. Sin embargo, en la práctica esto no se llevaría a cabo, ya que si tomamos en cuenta que desde el momento en que el inculpado es aprehendido por los elementos policiales, se ven sujetos a presiones, torturas de todo tipo y que no sería ellos precisamente los que le proporcionaría los folletos.

[76] Cfr. ZAMORA-PIERCE Jesús, op. cit., pág. 260.

Consideramos que dicha información es necesaria pero que para el fin que se persigue que el inculpado conozca sus derechos constitucionales, debería de ser el defensor Público quien se los diera a conocer desde el momento en que sea puesto a disposición del Ministerio Público y que quedara constancia de ello.

Derecho a rendir declaración

Jorge Alberto Silva Silva al hablar de la significación de la declaración del inculpado nos dice que: "la declaración del imputado puede consistir en aceptación de hechos –caso en que estamos ante la confesión -, en el rechazo de éstos, o en una aclaración o calificación de los mismos. En cuanto al efecto jurídico que puede producir, la declaración del imputado puede serle adversa a sus intereses, beneficiario o ser neutral.

Independientemente del valor que tenga la declaración del imputado, constituye un medio de prueba a partir del cual se pueden obtener datos (favorables o desfavorables que contribuyen a esclarecer la verdad histórica, como elemento para solucionar el conflicto penal."[77]

Además de que dicha declaración debe de realizarse en audiencia pública, que tenga libre acceso del público e incluso dicha declaración puede ser tomada en áreas especiales, en el caso de que la persona que vaya a declarar se encuentre internada en algún hospital.

[77] SILVA SILVA. Jorge Alberto, op.cit, pág.573.

"DECLARACIÓN PREPARATORIA. La declaración preparatoria en términos del artículo 153 del Código Federal del Procedimientos Penales, se recibirá en un lugar al que tenga libre acceso del público. Ahora bien, no infringe lo dispuesto por el referido numeral, la circunstancia de que la declaración preparatoria del sentenciado se hubiera recabado cuando se encontraba hospitalizado en un área especial para detenidos, puesto que es un sitio al que previa autorización, cualquier persona tiene acceso."[78]

En relación con este Derecho, el artículo 20 constitucional, dispone en su fracción II del apartado "A", que el inculpado no podrá ser obligado a declarar; quedando prohibida toda comunicación, intimidación o tortura.

Desprendiéndose que el inculpado no está obligado a declarar, o bien puede hacerlo, manifestando lo que considere declarar conforme a su interés, puede incluso a negarse a contestar a las preguntas que le formulen el Ministerio Público o el Juez, toda vez que no puede ser compelido a declarar en su contra. Sin embargo, para el caso de la averiguación previa, este Derecho no es respetado por el Ministerio Público, pues al no contar con defensor perito en la materia que lo defienda, sino mañosamente le designa como persona de confianza ya sea a algún familiar presente en los mejores de los casos o a alguna persona que nunca se encuentra presente, y obtiene su declaración bajo presiones de toda índole. Como por ejemplo el hecho de que tiene que decir la verdad o en caso de no hacerlo se hará acreedor de una sanción penal porque declara falsamente. Y tomando en consideración que la persona que lo asiste en su declaración no es perito en Derecho, entonces este tipo de presión tiene resultados. Ahora bien, es preciso

[78] Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: X, Septiembre de 1992, pág. 259.

mencionar que en dado caso que se llagare a probar una violación a esta garantía y se declarará nula la confesión, pero ello no es una garantía de que el procesado será absuelto del delito imputado o que no se le sujetará a proceso, pues la existencia de los demás medios probatorios puede ser suficiente, para inculpar al procesado, en base desde luego a la prueba circunstancial o indiciaria.

Derecho a ofrecer pruebas

Guillermo Colín Sánchez, al hablar sobre pruebas, menciona que etimológicamente viene de probandum, que significa patentizar, hacer fe, y por lo tanto prueba en materia penal, es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad del presunto delincuente, y bajo esa base definir la pretensión punitiva estatal.[79]

Así el artículo 20 fracción V, apartado "A" de la Constitución Federal se consagra este importante Derecho. El mencionado precepto a la letra dice: "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso."

Esta disposición constitucional es clara al señalar los límites para que los jueces auxilien a los procesados para la presentación de los testigos, sin

[79] Cfr. COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, op. cit., págs. 406 y 407.

embargo, en la práctica existen serias dificultades para cumplirse, pues delitos como el tráfico de indocumentados presenta por la propia naturaleza de los implicados una difícil tarea de localización de personas que son de otras nacionalidades, ya que en el momento en que se pretende el desahogo de dichos testigos, éstos ya no se encuentran en nuestro país, pues ya fueron deportados y en la mayoría de los casos dan direcciones que no son las verdaderas, lo que ocasiona una dilatación enorme del proceso.

Derecho a ser careado.

En el actual marco constitucional el careo es un derecho del inculpado y no un medio de prueba. Como apuntó Rivera Silva: "el careo constitucional no posee ninguna de las raíces del careo procesal. Es decir, no tiene compromisos con el testimonio, ni con ningún medio probatorio. Más que un medio probatorio, es un derecho concedido al inculpado para que, como lo establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación el cual podrá solicitar, el reo vea y conozca las personas que declaren en su contra para que no se puedan formar artificialmente testimonios en su perjuicio, y para darle ocasión de hacerles las preguntas que estime pertinentes a su defensa".[80]

En su fracción IV el artículo 20, apartado "A" de la Ley Fundamental establece como garantía del inculpado en el proceso penal, el ser careado siempre que lo solicite en presencia del juez con quienes depongan en su contra.

---

[80] Citado por SILVA SILVA, Jorge Alberto, op. cit., págs.599 y 600.

Esta modificación a la ley que se realiza en septiembre de 1993, indica con claridad que los careos constitucionales sólo pueden llevarse a cabo si lo solicita el indiciado o su defensor, por lo cual su verificación ya no es obligatoria para el juzgador. El inculpado tiene entonces el Derecho a ser careado con todos aquéllos que lo acusen o lo incriminen, ya sea el denunciante o el querellante, o los testigos de cargo. Luego entonces el objeto de este careo es que el inculpado constate la presencia física de todos los que lo incriminan, para evitar acusaciones temerarias y maliciosas. Además, para evitar que de manera artificial se forjen testimonios en su perjuicio, y desde luego para darle ocasión de que pueda formular preguntas que estime pertinentes a quienes deponen en su contra; que vea y conozca a las personas que le realizan las indicaciones incriminatorias y también para que se cerciore de que realmente lo que aparece en autos ha sido declarado por lo que lo incriminan.

Esta situación es de gran importancia para cuando en segunda instancia o en el juicio de garantías se hace valer la falta de dichos careos. En cuando se hubiera hecho la solicitud y no se llevaran a cabo es una causa de reposición del procedimiento.

Como lo indica la fracción comentada el inculpado es el único que puede solicitar ser careado y como titular de tal Derecho renunciar al mismo; esto en observancia a las últimas reformas de 1993 que fueron realizadas al precepto citado, ya que como es sabido, con anterioridad a las mismas era obligatoria la práctica de los careos constitucionales.

En apoyo a lo anterior se invoca la Jurisprudencia sustentada por el

Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, bajo el número 471, visible a página 358 del Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, cuyo rubro y contenido es:

"CAREOS. ALCANCE DE LA REFORMA SUFRIDA POR LA FRACCIÓN IV DE ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL. A partir de la reforma sufrida por la fracción IV del artículo 20 Constitucional que entró en vigor el 04 de septiembre del año en curso, el inculpado deberá ser careado en presencia del Juez con quienes depongan en su contra, siempre y cuando previamente lo solicite; lo que implica que la celebración del careo dejó de ser obligación legal del Juzgador, pues éste solo debe acordarlo a petición.

Así como la tesis visible a página 356, Tomo III, correspondiente a abril de 1996, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado de Circuito, publicada en los siguientes términos:

"CAREOS CONSTITUCIONALES. SU CELEBRACIÓN DEBE SER A PETICIÓN DE PARTE Y NO CELEBRARSE DE OFICIO. El reformado artículo 20 Constitucional en su fracción IV establece. "en todo proceso del orden penal tendrá el inculpado las siguientes garantías: ... IV. Siempre que lo solicite, será careado en presencia del Juzgador con quienes depongan en su contra... "de una interpretación adecuada debe establecerse que de acuerdo al contenido de la fracción IV, el careo constitucional por su naturaleza jurídica, es un derecho fundamental a la defensa que tiene todo inculpado, de conocer a las personas que depongan en su contra, para estar en la posibilidad jurídica de refutarles sus imputaciones y de interrogarlos para

que de esta manera se defienda en el proceso, de ahí que los careos no pueden celebrarse de manera oficiosa por parte del Juez, por que este debe acordarlo solo a petición del inculpado o procesado, ya sea por sí o por conducto de su defensor y solo a dicha parte le corresponde la decisión de que se celebren los careos constitucionales, por lo tanto, los careos que el juez celebre de oficio, son ilegales y carecen de valor probatorio".

Sin que sea obstáculo, el hecho de que el Juez de proceso, los denomine "Careos Procesales" pues independientemente del nombre que se le asigne así como la etapa procesal en que se actúe, lo cierto es que en virtud de que en los mismos intervendría el inculpado, tales diligencias pueden llevarse a cabo si el procesado está de acuerdo en ello, por ser una garantía que tiene de conformidad en el artículo 20 fracción IV constitucional, consecuentemente, como ya se mencionó sólo a petición del inculpado podrán llevarse a cabo. Al respecto cito la siguiente Tesis XII.2º 23 P, visible a página 1737, Tomo XIII, correspondiente a febrero de 2001, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta:

"CAREOS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES. SU OFRECIMIENTO Y VALORACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA). Los careos constitucionales previstos por el artículo 20 fracción IV de la Constitución General de la República, sólo pueden decretarse cuando lo pida el inculpado o su defensa, para que celebrarse entre aquél y quienes depongan en su contra. Por otra parte, de conformidad con lo establecido por la fracción II del mismo dispositivo fundamental, el encausado no puede ser obligado a declarar. Consecuentemente, cuando existen divergencias entre lo expuesto por el sujeto a proceso y lo manifestado por los testigos de cargo,

sólo podrán realizarse careos entre ellos cuando lo solicite el encausado o su defensa, pues de otro modo se obligaría al inculpado a declarar contrariando lo que señala la fracción II invocada. No obsta para ello, el hecho de que el Juzgador o, el Ministerio Público solicitante de tal diligencia, la denominen "careos procesales", pues independientemente del nombre que se les asigne, lo cierto es que se trata de aquéllos que prevé el precepto constitucional citado. En tal virtud, si a pesar de la prohibición aludida, la autoridad (sea el Ministerio Público, o sea el instructor), desahoga tal probanza en contra de la voluntad del indiciado, al recabarse la misma violando preceptos constitucionales, así como lo dispuesto por el artículo 303 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sinaloa, e inconcuso que dicho medio de convicción carece de eficacia demostrativa."

Así, en los careos constitucionales si bien es cierto que es la voluntad del inculpado, también lo es que dicha solicitud la puede realizar a través de su defensor, es decir, que no necesariamente él tiene que solicitar su celebración por conducto de su defensor, ya dicha parte le corresponde el derecho de que se celebren. Tal como se desprende de la siguiente tesis:

"CAREOS. SU CELEBRACIÓN PUEDE VERIFICARSE A PETICIÓN DEL DEFENSOR. El artículo 20, fracción IV, de la Constitución Federal, establece: "En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías: ... IV. Siempre que lo solicite, será careado en presencia del Juez con quienes depongan en su contra.". Por su parte, el artículo 323 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, dispone: "Cuando exista contradicción entre las declaraciones de las personas podrá practicarse careo entre ellas, que se repetirá cuando surjan nuevos puntos de discrepancia o cuando el tribunal lo considere oportuno. Sólo cuando lo

solicite el inculpado se le careará con quienes declararon en su contra.". Ahora bien, atendiendo a que por su naturaleza jurídica el careo constitucional es un Derecho fundamental a la defensa de todo inculpado, que le permite conocer a las personas que deponen en su contra para estar en la posibilidad jurídica de refutarles sus imputaciones y de interrogarlos, y de esta manera ejercer su Derecho de defensa, la interpretación de los preceptos anteriormente citados no debe ser en el sentido de que tales careos tienen que ser solicitados, exclusivamente, por el procesado o inculpado, pues no es ese el alcance de ambos preceptos, al establecer de manera similar que sólo cuando lo solicite el inculpado será careado con quienes declaren en su contra, sino que ese aspecto sólo debe entenderse referido a que los careos no pueden celebrarse en forma oficiosa, por parte del Juez o a petición del agente del Ministerio Público, como parte en el proceso, en tanto que sólo procede su celebración a petición del inculpado o procesado, por sí, o por conducto de su defensor, porque sólo a dicha parte le corresponde el Derecho de que se celebren."[81]

Derecho a tener defensor.

Más adelante en un apartado se hará una exposición más amplia respecto al Derecho del inculpado a tener defensor. Por el momento, se hace mención de esta garantía constitucional a favor del inculpado en todo proceso del orden penal. La fracción IX, apartado "A" del artículo 20 de la Constitución Federal, establece que el inculpado en todo proceso tendrá Derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza, que si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido

[81] Novena Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEPTIMO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIII, Abril de 2001, Tesis: XVII.1o.6 P., pág. 1038.

para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio; también tendrá Derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

El texto aprobado de la fracción IX por el Pleno de la Cámara de Diputados, y que es el que actualmente está en vigor, quedó redactado en los siguientes términos: "Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá Derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá Derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera". El propósito de esta reforma como se desprende del dictamen en que se pone singular énfasis en el Derecho de defensa y se advierte que en todo Estado de Derecho debe garantizarse el Derecho a una Defensa adecuada.

Los elementos que introduce esta nueva fracción se reducen a establecer:

a) La información al inculpado.
b) El sistema de designación del defensor.
c) El principio de defensa adecuada.

a). La información al inculpado.

El imputado debe ser informado desde el inicio de su proceso sobre los derechos que consagra a su favor la Ley Fundamental; esto es, desde el primer momento en que comparezca ante el órgano jurisdiccional; aun cuando al rendir su declaración en la averiguación previa ya se le hubiere informado. Este Derecho también lo tiene durante la averiguación previa en virtud de lo establecido en el penúltimo párrafo del apartado "A" del artículo 20 Constitucional.

Para la estricta observancia de esta garantía constitucional, aun cuando no lo ordena la Constitución, se debe en todo caso dejar constancia de ello en la averiguación previa o en el proceso penal, aunque se desprende su deficiente redacción, apoya lo anterior desde el punto de vista de la tesis de Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XCVIII. Página: 1334

"DECLARACIÓN PREPARATORIA, LEGALIDAD DE LA. No aparece que la declaración preparatoria del reo haya sido tomada en contravención a lo dispuesto por el artículo 154 del Código Federal de Procedimientos Penales y, por tanto, que se haya violado la fracción III del artículo 20 constitucional, si a pesar de lo deficiente de su redacción, consta que se hicieron al acusado las exhortaciones y advertencias del caso".

b). Designación del defensor.

De acuerdo con el texto constitucional comentado, el inculpado puede asumir su propia defensa o encargar dicha función a un tercero, ya sea en

calidad de abogado o de persona de confianza.

c). El principio de defensa adecuada.

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

Para una defensa adecuada señala el Doctor Sergio García Ramírez:

"La ley secundaria no precisa en qué consiste ese carácter de "adecuada" que se predica de la defensa. Sin embargo, sus rasgos se infieren de las características mismas de dicha función procesal y de la posibilidad de reposición del procedimiento cuando existen graves deficiencias en la defensa. Sería excesivo pretender que la defensa "adecuada" es la defensa "exitosa". Lo relevante, a este respecto, es que el defensor realice todo lo que sea pertinente para sostener los intereses del inculpado".[82]

La defensa adecuada no se relaciona únicamente con la persona del defensor, sino también con el desempeño mismo de la función.

[82] GARCÍA, RAMÍREZ, SERGIO Y ADATO GREEN Victoria, op.cit., pág. 8.

Para que una defensa adecuada tenga éxito es necesario que se lleve a cabo todo lo que la ley permite para que el inculpado no quede en estado de indefensión

La defensa adecuada a pesar de ser una garantía que se reconoce al inculpado, la ley secundaria no nos dice en qué consiste la defensa adecuada, se infiere por lo tanto, que no puede ser desplegada por una persona de confianza que no es perito en la materia, que justifiquen el cumplimiento de todos los requisitos legales para ejercer aquella profesión.

De acuerdo con la fracción comentada, la defensa puede ser ejercida por el propio inculpado, por abogado o por persona de confianza de aquél, y a falta de éstos por un defensor de oficio designado por el juez.

La razón de ser de la defensa ejercida por los sujetos antes mencionados la encontramos en el dictamen de la Cámara de Diputados en el que se precisó que se ha impugnado a la intervención necesaria del abogado en la defensa como una disposición elitista, criterio que se considera infundado, ya que la disposición tiene por objeto precisamente proteger a quienes por su escasa educación o por su carencia de recursos económicos, es víctima de personas que alegando influencias o usurpando la profesión, se aprovechan vilmente de las desventajas del inculpado, mermando sus posibilidades legítimas de defensa. Es claro que en la historia se han acreditado casos de quienes ofrecen sus servicios con recta intención; sin embargo, su número, por reducido no justifica el grave daño que esta práctica indebida genera en detrimento de los ideales de verdad y justifica que alientan a la materia penal.

Además, es innegable que sólo quien conoce a cabalidad los derechos del inculpado, puede cumplir con la exigencia constitucional de una defensa adecuada; la ignorancia o improvisación de quienes intervienen en un procedimiento penal sin los conocimientos necesarios, sólo aquellos casos en que se repone el proceso por vicios en la defensa. A mayor abundamiento, no tiene sustento una impugnación que ignora la exigencia constitucional de la intervención de un defensor de oficio para quienes por razones de diversa índole no puedan o no quieran nombrar defensor particular.

La iniciativa utiliza el término de abogado, para incorporar en este concepto a aquellas personas que en los términos que la ley, están autorizadas para abogar, es decir, para actuar por otros en la causa penal.

3.2. EL DERECHO DE DEFENSA EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Para la realización de la investigación de este trabajo, no se toma en consideración los procesos penales de las entidades federativas, sino sólo nos concretamos al procedimiento penal federal, al considerar su aplicación en todo el territorio de la República Mexicana.

El Derecho de defensa que establece la Constitución, se traslada en el Código Federal de Procedimientos Penales, quedando reproducida en los artículos 128, 154, 155, 159, 160, 206 y 265, en los cuales se reitera el Derecho de información al inculpado respecto de la imputación existente en su contra y demás datos que obren en el proceso, nombre del denunciante o

querellante, de los derechos otorgados por la Constitución Federal en un procedimiento del orden penal, de rendir declaración o abstenerse de hacerlo, la facultad de nombrar defensor y derecho a tenerlo durante todos los procedimientos de su causa; y que éste pueda comparecer en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación, que se le reciban pruebas y auxilio para su desahogo.

Sobre la base de lo establecido por el penúltimo párrafo del apartado "A" del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la garantía de defensa también debe ser observada durante la averiguación previa.

Debe entenderse a la averiguación previa como "etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los Agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de la Policía Judicial, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar, en su caso, la acción penal."[83]

A) EL DERECHO DE DEFENSA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

La Constitución Política, en su artículo 20 apartado "A", penúltimo párrafo, literalmente dice: "Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto

[83] COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, op. cit., pág. 10.

en la fracción II no estará sujeto a condición alguna".

Las garantías del inculpado durante la averiguación previa que guardan relación con nuestro estudio y se encuentran señaladas en el mandamiento constitucional transcrito, son las siguientes:

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

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 encuentren en el lugar del proceso;

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

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su

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

Estas garantías se encuentran reproducidas en el numeral 128 del Código Federal de Procedimientos Penales en diversas de sus fracciones alude a derechos de defensa de que el inculpado es titular en la averiguación previa:

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

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

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

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

b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará

desde luego un defensor de oficio.

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

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

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

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

Para efectos de los incisos b y c se les permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o

cualquier otro medio de comunicación del que pueda disponer, o personalmente si ellas se hallaren presentes".

Y por su parte en el artículo primero fracción I del Código Federal de Procedimientos Penales. Nos indica que el primer procedimiento que señala este Código, es el de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejerce o no la acción penal. De lo que se desprende que la averiguación previa en nuestro Derecho es la base del proceso penal. De ahí que encontremos en ésta, el primer acto de defensa que tiene una trascendente importancia es la designación del defensor. Si se desea respetar esta garantía al imputado el Ministerio Público deberá proveer la designación del defensor que aquél designe otorgándole los medios necesarios para que el defensor designado pueda concurrir y comunicarse con el indiciado, y sobre todo para que realmente entre en el desempeño del cargo. Sin embargo, en la práctica diaria es precisamente el Ministerio Público quien oculta al inculpado con el pretexto de que lo pueden inducir en su declaración y sólo puede ver personalmente a su defensor en el momento de su declaración. Hecha la designación, la presencia del defensor cobra una especial relevancia. El defensor debe estar presente en el acto en el que el inculpado rinda su declaración inicial, vigilando que efectivamente la representación social respete su Derecho a no declarar si no desea hacerlo, que no coaccione su voluntad y libertad para declarar si lo desea, que realmente se haga constar lo que el inculpado ha declarado; que se les respeten sus derechos humanos, que se oponga a los maltratos que se hagan sobre su cliente y que exija la represión ante las autoridades competentes de aquéllos de que el indiciado haya sido víctima; que las preguntas que le haga la representación social a su defendido se encuentren apegadas a Derecho y que se hagan constar en el acta respectiva las objeciones que manifieste, que

se le permita al imputado enterarse de la naturaleza y causa de la acusación, de los nombres de los denunciantes, querellantes y demás personas que depongan en su contra y del contenido de las constancias de la averiguación previa; que pueda aportar todas las pruebas conducentes a desvirtuar la imputación que pesa sobre su defendido.

Además de que si el Agente Ministerio Público, no desea que la defensa la tome un determinado profesional en la materia o incluso el defensor de oficio hoy público, puede nombrar a alguno de su entera confianza a cambio de obtener un lucro indebido. Sin embargo, esto no lo hace por su libre arbitrio, sino que la propia ley y criterios jurisprudenciales lo autorizan a ello, a manera de ilustración cito la siguiente jurisprudencia, Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: II, Diciembre de 1995. Tesis: III.2o.P. J/1.Página: 420.

"DEFENSOR DE OFICIO. NO ES VIOLATORIO DE GARANTÍAS QUE EL MINISTERIO PÚBLICO DESIGNE COMO TAL, A UN PASANTE EN DERECHO. Es incorrecto el argumento del peticionario del amparo, en el sentido de que, al rendir su declaración ministerial se vulneró en su contra, lo previsto en el artículo 128, incisos a), b), c) y d) del Código Federal de Procedimientos Penales, porque el representante social federal le designó como defensor a un pasante en derecho; toda vez que el referido numeral señala, en lo conducente: "Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma: III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes: a).- No declarar

si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor; b).- Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio; c).- Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación; d).- Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa;...", y si esas exigencias fueron satisfechas, ya que el agente del Ministerio Público Federal hizo saber al inculpado, el derecho que tenía de designar defensor particular, a lo que manifestó que se reservaba esa prerrogativa, por lo que dicho funcionario le designó un pasante en derecho, quien al estar presente aceptó el cargo conferido, protestó su fiel y legal desempeño y firmó el acta condigna; es evidente que como el referido numeral no exige que el defensor de oficio en la etapa de averiguación previa sea necesariamente abogado, un pasante en derecho, puede fungir como tal, y por ende, no se viola garantías en perjuicio de la parte quejosa."

Es necesario resaltar que en el momento de las declaraciones de los inculpados, por lo general no se les hacen saber estos derechos tan elementales. No se diga cuando se trata de delincuencia organizada, pues en base a la Ley Federal de Delincuencia Organizada, sólo le permiten al inculpado y defensor enterarse de las imputaciones, sin embargo se ocultan a los imputadores, pues bajo la figura de testigo protegido no se hacen saber los nombres de los mismos.

Por ello la función del defensor en la averiguación previa es el de un actor en la defensa de los intereses de su cliente, el de ser un guardián de la

legalidad, de los derechos humanos. Aún cuando se encuentre con serios obstáculos que el Ministerio Público interponga en su paso, no debe de conformarse con la de ser un solo asistente, un observador en la declaración del inculpado, sino también la de ser un promotor activo de todas las pruebas que puedan destruir o desvirtuar los elementos que se han aportado a la misma. Realizar una defensa adecuada en la averiguación previa consiste en no desaprovechar tal momento procedimental ya que en ocasiones los vestigios, huellas y demás caracteres de los hechos al no ser permanentes (se pierden con el paso del tiempo) y siendo medios de prueba requieren, ser ofrecidos y desahogados cuanto antes, conforme al principio de inmediatez procesal. Para ello cuenta con la ley de su lado.

El defensor buscará obtener la libertad de su cliente, solicitando la libertad provisional, deberá conocer los hechos de viva voz de su representado, será su misión buscar y encontrar elementos que desvirtúen la incriminación del inculpado, pues el Ministerio Público, sólo actúa de manera unilateral en la investigación allegándose, todos los indicios incriminatorios y en donde la actuación del defensor se ve obstaculizada bajo el pretexto de que su actuar puede entorpecer la averiguación, siendo ignorados sistemáticamente, aquéllos que lo puedan desvirtuar, por ello el defensor debe esperar el cambio de situación jurídica, para poder ofrecer y desahogarlos hasta la presencia del juzgador. Apoyo lo anterior en el contenido de la siguiente jurisprudencia de la Novena Época Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: IX, Mayo de 1999.Tesis: 1a./J. 29/99. Página: 296.

"ORDEN DE APREHENSIÓN, PRUEBAS ADMISIBLES EN EL AMPARO CONTRA LA. La reforma al penúltimo párrafo de la fracción X, del

artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se vincula a la fracción V del mismo precepto, consagra entre las garantías del inculpado, que se le reciban las pruebas que ofrezca durante la averiguación previa, en los términos establecidos en la ley. El numeral 128, fracción III, inciso e), del Código Federal de Procedimientos Penales incluye ese mandamiento, pero circunscribiéndolo a que no se entorpezca la averiguación y se encuentren en el lugar de la averiguación las personas cuyos testimonios se ofrezcan, esto es, que no siempre se practican las probanzas; por ende, si de esto existe constancia indubitable, y se recurriere al juicio de amparo en contra de la orden de aprehensión, el Juez Federal habrá de recibir los elementos de convicción; en el caso contrario, si fueron ofrecidos y desahogados en la averiguación, o bien, habiendo tenido oportunidad de ofrecerlos, no lo hizo el indiciado, ya no se admitirán en el amparo. El criterio anterior surge a virtud de la actual redacción del invocado precepto constitucional, reformado mediante decreto de 2 de julio de 1996, que viene a modificar en parte los aspectos tomados en cuenta en la jurisprudencia 229 de la entonces Primera Sala, publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, página 130, cuyo texto es: "ORDEN DE APREHENSIÓN, PRUEBAS EN EL AMPARO RESPECTO DE LA.- Cuando el amparo se promueve contra una orden de aprehensión, el quejoso puede presentar, ante el Juez constitucional, las pruebas que estime pertinentes para demostrar la inconstitucionalidad del acto reclamado, aun cuando no las haya tenido a la vista la autoridad responsable, toda vez que no teniendo conocimiento el inculpado, en la generalidad de los casos, del procedimiento que se sigue en su contra, sino al ser detenido, no tiene oportunidad ni medios de defensa, si no es ante el Juez que conozca del juicio de garantías.". En efecto, esta jurisprudencia correspondiente a la Quinta Época, parte del supuesto de que el indiciado no ha tenido oportunidad de defensa, sino hasta que comparece ante el Juez Federal, que ya no priva en la actualidad a virtud de la reforma

de mérito, y constituye motivo suficiente para apartarse de la misma."

El tiempo con que cuenta el Ministerio Público para realizar la consignación del inculpado a la autoridad judicial es de cuarenta y ocho horas y tratándose de delincuencia organizada noventa y seis horas, bajo esta limitante la Autoridad Ministerial, sólo se allega los elementos probatorios para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, por lo cual la garantía constitucional con que cuenta el indiciado de ofrecer y rendir toda clase de pruebas dentro de la averiguación previa, en la práctica y la experiencia, ha demostrado que no se cumple, pues para el Ministerio Público interesa sólo la consignación y si ésta la puede hacer en cinco horas lo hace y se quita un asunto más. Ya que cuentan con turnos de veinticuatro horas, por ello es necesario no dejar nada para el siguiente turno. Además de que los inculpados detenidos en flagrancia, pueden pasar horas sin que sean puestos a disposición de la autoridad ministerial y ese tiempo no entra en el cómputo del término de cuarenta y ocho horas. Para ello cito la siguiente tesis aislada de los Tribunales Colegiados de Circuito:

"RETENCIÓN POR CUARENTA Y OCHO HORAS QUE LLEVA A CABO EL MINISTERIO PÚBLICO. NO COMPRENDE EL TIEMPO DE LA DETENCIÓN POR LA AUTORIDAD INMEDIATA, EN CASO DE FLAGRANCIA. Los párrafos del cuarto al séptimo del artículo 16 constitucional, permiten una interpretación sistemática para establecer el cómputo de dicho término constitucional, porque si fue una autoridad militar la que detuvo a los indiciados, al sorprenderlos in fraganti en la comisión de un delito, es inconcuso que su obligación constitucional consistió en ponerlos "sin demora" a disposición de la representación social, es decir, que esa prontitud constituye un plazo distinto del que a ésta se le impone para que, a su vez,

los consigne a la autoridad judicial o para ordenar su libertad; pero sin que dentro de esas cuarenta y ocho horas quede comprendido el otro término (sin demora), corriendo aquél a partir de que los indiciados sean puestos a disposición del fiscal, con el objeto de que integre la averiguación previa penal correspondiente y proceda a su consignación o a dejarlos en libertad, según se trate. No pudiendo ser en otro sentido, ya que la interpretación auténtica lo confirma, pues los debates del Constituyente Permanente por el que se discutieron y aprobaron las reformas y adiciones al señalado precepto constitucional, entre otros, efectuados en julio y agosto de mil novecientos noventa y tres, también permiten establecer que su voluntad fue la de que el término de cuarenta y ocho horas corriera a partir de que el indiciado quedase a disposición del Ministerio Público, sin contar el plazo relativo a "sin demora" y tan fue esa la intención, que lo relacionaron con la integración de la averiguación previa." [84]

B). LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL.

Ejercitada la acción penal ante el órgano jurisdiccional consignando la averiguación previa con detenido o detenidos y radicado el asunto se inicia el proceso penal. Rivera Silva entiende al proceso como "el conjunto de actividades, debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales, previamente excitados para su actuación por el Ministerio Público, resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea".[85] Desde el momento de su aprehensión por la policía judicial el inculpado tiene ya el derecho a designar defensor puesto que el artículo 197 del Código Federal de

[84] Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, Junio de 1998, Tesis: XI.2o.23 P., pág.703.
[85] RIVERA SILVA, Manuel, op. cit., pág. 179.

Procedimientos Penales dispone: "Siempre que se lleve a cabo una aprehensión en virtud de orden judicial, quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido, sin demora alguna, a disposición del tribunal respectivo, informando a éste acerca de la fecha, hora y lugar en que se efectúo, y dando a conocer al aprehendido el Derecho que tiene para designar defensor".

En lo que respecta al Código Federal de Procedimientos Penales, se dispone que al inculpado desde el momento de su aprehensión, se le hará saber su Derecho de designar defensor, pero no se establece la manera o modo en que se pueda concretizar este Derecho. Por ello se propone que inmediatamente de que el inculpado quede a disposición de la autoridad judicial en una diligencia formal, previa e independiente de la declaración preparatoria se le haga saber el Derecho que tiene para designar defensor, para que en ese momento lo designe y el defensor entre en el desempeño de su encargo.

Aun cuando la Constitución señala que las garantías de defensa de las que es titular el inculpado debe gozarlas desde el inicio de su proceso, los mencionados derechos se le dan a conocer en el acto en que aquél rinde su declaración preparatoria. Es entonces la declaración preparatoria el punto de partida de la defensa del indiciado.

El artículo 154 del aludido ordenamiento dice al efecto:

"Se le hará saber el Derecho que tiene para defenderse por sí o por

persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le nombrará un defensor de oficio.

Si el inculpado no hubiere solicitado su libertad provisional bajo caución, se le hará nuevamente conocedor de ese derecho en los términos del artículo 20 fracción I del apartado "A" de la Constitución Política y del artículo 339 de este Código.

A continuación se le hará saber en qué consiste la denuncia o querella así como los nombres de sus acusadores y de los testigos que declaren en su contra, se le preguntará si es su voluntad declarar y en caso de que así lo desee se le examinará sobre los hechos consignados. Si el inculpado decidiere no declarar, el juez respetará su voluntad dejando constancia de ello en el expediente.

Igualmente se le harán saber todas las siguientes garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; que se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, en los términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite, siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio; así como que será sentenciado antes de cuatro meses, si se tratare de delitos cuya pena máxima excediere de ese tiempo; y que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

Acto seguido el juez le interrogará sobre su participación en los hechos imputados, y practicará careos entre el inculpado y los testigos que

hayan declarado en su contra y estuvieren en el lugar del juicio, para que aquél y su defensor puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, mismo derecho que también corresponde al Ministerio Público".

Aún cuando la autoridad le haga saber los derechos no en la forma sistemática que ordena tal precepto, pues ello no es violatorio de garantías, tal como se establece en el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia.

"DECLARACIÓN PREPARATORIA, LEGALIDAD DE LA. No aparece que la declaración preparatoria del reo haya sido tomada en contravención a lo dispuesto por el artículo 154 del Código Federal de Procedimientos Penales y por tanto, que se haya violado la fracción III del artículo 20 constitucional, si a pesar de lo deficiente de su redacción, consta que se hicieron al acusado las exhortaciones y advertencias del caso."[86]

Por otro lado en los careos constitucionales que se celebren en la declaración preparatoria, podrá interrogar el propio procesado, su defensor y el Ministerio Público, tal como lo ha establecido en criterio los Tribunales Colegiados de Circuito

"CAREOS CONSTITUCIONALES, PUEDEN PARTICIPAR EL DEFENSOR DEL ACUSADO Y EL REPRESENTANTE SOCIAL FEDERAL INTERROGANDO, YA SEA AL ACUSADO O AL TESTIGO, EN LA

[86] Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XCVIII, pág. 1334.

DILIGENCIA DE. Si bien es cierto que el artículo 20 constitucional en su fracción IV, establece la garantía del acusado de que: "Siempre que lo solicite, será careado en presencia del Juez con quienes depongan en su contra;" Debiéndose entender que el careo sea practicado entre el acusado y quienes depongan en su contra; también lo es, que no impone prohibición para que aquél y éstos puedan ser interrogados en la misma diligencia, lo que debe ser, obviamente inmediatamente después del careo; en esas condiciones, es correcto que en la celebración de esa diligencia tengan participación el defensor del acusado y el representante social federal, interrogando ya sea al acusado o al testigo, en razón de que así lo faculta y autoriza el último párrafo del artículo 154 del Código Federal de Procedimientos Penales." [87]

Como ya se ha mencionado durante la averiguación previa el inculpado tiene el Derecho a ofrecer pruebas. Habría que plantearse la interrogante de o qué pasa cuando por el poco tiempo que tiene el Ministerio Público para consignar al indiciado, no es posible el desahogo pues en esta situación se le reservarán sus derechos para que los haga valer ante la autoridad judicial. Ello significa que el inculpado deberá reiterar ante la autoridad judicial el ofrecimiento de las pruebas que durante la averiguación previa fueron propuestas, para que el juez las mande a recibir. Es de advertir que dado el notablemente escaso, si no es que nulo tiempo de que el indiciado dispone para rendir y desahogar las pruebas en la averiguación previa, lo correcto consistiría en, que para hacer realmente efectivo el Derecho de defensa del inculpado, la expeditez del procedimiento, en debido acatamiento a los principios de igualdad y equilibrio procesal entre las partes, así como en aras del cumplimiento de la inmediatez procesal, el juez

[87] Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Octubre de 1996, Tesis: XX.91 P., pág. 503.

inmediatamente que se haya recibido la declaración preparatoria del inculpado, sin esperar a que éste expresamente insista en el ofrecimiento, rendición y desahogo de las pruebas respecto de las cuales ya lo hizo dentro de la averiguación previa, lo lógico consiste en que dicho funcionario judicial inmediatamente, dentro del término constitucional, se aboque a proveer, desahogar y recabar las pruebas aludidas que, por razones de hecho, se entiende, no fue posible desahogar en la averiguación previa.

Puesto el indiciado a disposición de la autoridad jurisdiccional, ésta dentro del término de cuarenta y ocho horas deberá tomar al inculpado su declaración preparatoria si éste desea declarar, y dentro del término de setenta y dos horas deberá resolver la situación jurídica de aquél.

El término constitucional ha sido establecido para respetar al imputado su garantía de audiencia y a la vez para que éste pueda contestar el cargo que se le imputa ofreciendo y desahogando todas las pruebas necesarias para su defensa. De esta manera el artículo 19 de la Constitución Política prevé la posibilidad de que dicho término puede prorrogarse a petición del indiciado y en la forma que señale la ley.

Por su parte el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales reglamenta la forma en que podrá ejercitarse el citado Derecho expresando: "Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados los siguientes requisitos:

I.- Que se haya tomado declaración preparatoria al inculpado, en forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien que conste en el expediente que aquél se rehusó a declarar;

II.- Que esté comprobado el cuerpo del delito que tenga señalado sanción privativa de libertad;

III.- Que en relación a la fracción anterior esté demostrada la probable responsabilidad del inculpado; y

IV.- Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal.

El plazo a que se refiere el párrafo primero de este artículo, podrá prorrogarse por única vez, hasta por setenta y dos horas, cuando lo solicite el indicado, por sí o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, o dentro de las tres horas siguientes, siempre que dicho prórroga sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica.

El Ministerio Público no podrá solicitar dicha prórroga ni el juez resolverá de oficio; el Ministerio Público en ese plazo puede, sólo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el indiciado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa.

La prórroga del plazo se deberá notificar a la autoridad responsable del establecimiento en donde, en su caso, se encuentre internado el indiciado, para los efectos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 19 constitucional.

Adicionalmente, el auto de formal prisión deberá expresar el delito que se le impute al indiciado, así como el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución."

Ampliado el término constitucional a petición del inculpado o de su defensor más no a solicitud del Ministerio Público ni tampoco de oficio. Su prórroga puede ser de hasta setenta y dos horas y siempre debe tener como finalidad el desahogo de las pruebas ofrecidas por la defensa. Esto significa que el Ministerio Público durante la ampliación no podrá ofrecer y, por tanto, desahogar probanzas, cualesquiera que sea su naturaleza, sino que solamente con relación a las pruebas o alegatos que desahogue y formulen el indiciado o la defensa le corresponderá promover lo conducente al interés social que representa. Ese criterio ha sido sostenido por los Tribunales Colegiados de Circuito

"AUTO DE FORMAL PRISIÓN. AMPLIACIÓN DEL TÉRMINO CONSTITUCIONAL. Si se parte de la premisa de que al establecer el legislador la ampliación de las setenta y dos horas correspondientes al término constitucional, duplicando el término, la finalidad no es otra sino la de que se le brinde una oportunidad de defensa mayor y el juzgador no resuelva tomando únicamente en consideración los datos que obran en la averiguación previa, sino también las pruebas que aporte el inculpado. Es obligada

conclusión, que tal beneficio a favor del inculpado debe ser respetado cabalmente hasta su fenecimiento, supuesto que, de no ser así, se podría llegar a la hipótesis en que ningún inculpado que tuviese la intención de ofrecer y desahogar pruebas de descargo, estuviese en aptitud de hacerlo, si no se respeta la ampliación del término constitucional una vez autorizada. De aquí que sea ilegal el auto de formal prisión dictado antes de que concluya el plazo."[88]

Una vez que se autorizó la duplicidad del termino constitucional de setenta y dos horas, y se han ofrecido las pruebas del inculpado, no necesariamente la Autoridad Judicial, tendrá que esperar hasta que fenezca dicho tiempo para poder dictar el auto que resuelva la situación jurídica del inculpado, pues puede suceder que el defensor o el propio inculpado se desistan de dichas pruebas, situación que no ha pasado desapercibida por los Tribunales Colegiados de Circuito al señalar en la siguiente tesis:

"TÉRMINO CONSTITUCIONAL AMPLIADO. PUEDE RESOLVERSE LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL INDICIADO AUN ANTES DE QUE CONCLUYA LA AMPLIACIÓN, SI EL DEFENSOR DE AQUÉL DESISTIÓ DE LA MISMA, ASÍ COMO DE LAS PRUEBAS OFRECIDAS EN DICHA ETAPA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). El artículo 178 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, prevé sustancialmente que los defensores pueden libremente desistirse de las diligencias que hayan solicitado o de los recursos promovidos que no hubieran sido solicitados a su vez de manera personal por el procesado, porque en ese caso se requerirá del consentimiento de este último para que surta efecto dicho desistimiento;

[88] Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Diciembre de 1996, Tesis: VIII.2o.12 P., pág. 369.

luego, si el Juez de la causa tuvo al defensor del indiciado por desistido de la ampliación del término constitucional y de la prueba testimonial que había ofrecido, puesto que el autor de ambas promociones fue el propio defensor y por ello no se requería del consentimiento del indiciado, no puede estimarse entonces ilegal el auto de formal prisión, por el solo hecho de que el Juez no haya esperado el fenecimiento del plazo por el que amplió el término constitucional para resolver la situación jurídica, pues dada la legítima petición de desistimiento de esa ampliación, dicha autoridad responsable no estaba obligada a efectuar la mencionada espera, máxime que no existía ninguna prueba de descargo pendiente de desahogo."[89]

Si se toma en consideración que la declaración preparatoria debe ser rendida dentro de las cuarenta y ocho horas que sigan al momento en que se pone al inculpado a disposición del juzgador, ya sea en el centro de reclusión o de salud, y dado que en la práctica jurídica el indiciado rinde su declaración por regla general en las últimas horas de fenecer el término aludido es claro que la defensa queda reducida a un breve término de veinticuatro horas y por lo tanto si se desea el desahogo de pruebas siempre tendrá que solicitarse la ampliación del término, pero aún concediéndose su aplicación, para el desahogo de pruebas sólo se contará con un término efectivo de noventa y seis horas, tiempo que a todas luces es insuficiente para el desahogo de pruebas. De lo que se desprende que las pruebas propuestas por la defensa no podrán ser desahogadas, ya que el término que media entre el momento en que el indiciado es puesto a disposición del juzgador y aquél en que rinde su declaración es un tiempo que en la práctica no es aprovechado para su defensa, y que se verá reflejado al transcurrir el término constitucional y su ampliación sin que sean desahogadas las pruebas propuestas por la defensa,

---

[89] Novena Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEPTIMO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Febrero de 2000, Tesis: XVII.1o.3 P., pág.1128.

situación que redundará en perjuicio del inculpado al resolverse su situación jurídica.

Por lo tanto para un mejor aprovechamiento del término constitucional a favor de un mejor sistema de administración de justicia sería adecuado que se legisle para que el juzgador tome la declaración preparatoria del inculpado dentro de las doce horas que sigan al momento en que quede a su disposición y que antes de la declaración preparatoria en diligencia formal se le dé a conocer el Derecho que tiene a designar defensor para que éste inmediatamente entre al desempeño de su cargo.

Por otro lado, la ley faculta a los Magistrados para que al conocer del recurso de apelación puedan reclasificar los hechos delictuosos sobre la base de que el auto de formal prisión como regulador del proceso penal, debe dictarse por el delito que aparezca probado, consideración que debe sostenerse tanto por lo que respecta al A quo, como por lo que toca al Ad quem, no obstante que sólo hubiesen apelado el inculpado y su defensor, ya que tal facultad la confiere el segundo párrafo del artículo 385 del Código Federal de Procedimientos Penales,. Así las cosas, debe decirse que el numeral citado en primer término autoriza al Magistrado del Tribunal Unitario, para que sin variar los hechos y las pruebas demostrativas de la probable responsabilidad, esto es, ajustándose estrictamente a los términos de los hechos delictuosos acreditados e imputados al recurrente, reclasifique los mismos sin infringir las garantías otorgadas en el numeral 19 de la Constitución Federal, porque tal norma exige que todo proceso se siga forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión y porque el efecto de la resolución que el superior dicta, sustituyéndose o reasumiendo la jurisdicción inferior, viene a nulificar así que el Derecho de

defensa del inculpado no es correcto que se le agrave al inculpado su situación jurídica, cuando fue él mismo y su defensor, quienes recurrieron el auto de término constitucional, ya que la naturaleza del recurso de apelación en este caso, es que se analicen los motivos por los que considera el recurrente se le perjudica, pues el artículo 364 del Código Penal Federal señala que la segunda instancia se abrirá a petición de parte legítima para resolver sobre los agravios que estime el apelante le causa la resolución recurrida; además prevé dicho artículo que cuando sea el procesado el recurrente, se suplirá la deficiencia de la queja. Ahora bien, si la instancia de apelación se abre a solicitud del procesado, obvio es que su situación jurídica no puede perjudicarse, pues aun y cuando el artículo 385, segundo párrafo, del Código Penal Federal indica que el Magistrado de apelación podrá cambiar la clasificación del delito y dictarse el auto de formal prisión por el que aparezca probado, ello debe interpretarse en concordancia con los demás artículos señalados, esto es, que si el procesado apela, se podrá suplir en su beneficio la queja, y no en contra. Ahora bien, la tesis sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que aparece publicada bajo el rubro: "DELITO. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 385 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, QUE AUTORIZA SU RECLASIFICACIÓN EN EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O EL DE SUJECIÓN A PROCESO, NO TRASGREDE EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL.", no se considera aplicable pues en ella se dice que no es inconstitucional el artículo 385 en su segundo párrafo, donde se le otorgan facultades al tribunal de alzada para reclasificar el delito, pues considera el Pleno " siempre y cuando se ajuste a los hechos denunciados y acreditados que motivaron la consideración de que se demostraron los elementos de un ilícito y la presunta responsabilidad del recurrente; así, la norma procesal penal citada tiene por finalidad el cumplir con exigencias de orden público e interés social, que consisten en buscar que el proceso se siga por el delito o delitos exactamente

determinados por los hechos denunciados, de tal manera que la reclasificación que hace el tribunal ad quem es precisamente para dar cumplimiento al artículo 19 de la Constitución Federal, a efecto de que el proceso se siga por los delitos que tipifican los hechos denunciados y no por otros. " Sin embargo, en el proceso penal el representante del orden público y de la sociedad lo es el Ministerio Público, quien es parte en el proceso, por lo que si no apela el auto de formal prisión, el tribunal de apelación no debe sustituirse al representante social, pues el Tribunal Unitario se está convirtiendo en Juez y parte, transgrediendo todos los principios del Derecho penal, el de igualdad de las partes en el proceso y violentando el de seguridad jurídica, pues se hace nugatorio el Derecho a apelar el auto de formal prisión, dado que el reo preferirá no hacerlo, por el temor de que el tribunal de apelación reclasifique en su perjuicio el delito por el que se dictó el auto de formal prisión.

C) NATURALEZA JURÍDICA.

Para tratar de explicar la naturaleza del defensor veamos que para muchos autores el titular de la defensa es un mandatario; un auxiliar de la administración de la justicia; como un órgano imparcial de la justicia; colaboradores del proceso, parte o representante; asesor; sustituto procesal del procesado.

Mandatario.

Por contrato de mandato se entiende: "el contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear o trasmitir derechos y obligaciones".[90] A este respecto dice Guillermo Colín Sánchez "Desde el punto de vista de la representación, no es posible ubicarlo radicalmente dentro de la institución del mandato civil, porque aunque ejerce sus funciones por disposición de la ley y por la voluntad del `mandante´ (procesado), no reúne estrictamente los elementos característicos del mandato, encuadra, tanto en el contrato de prestación de servicios como en el contrato de mandato. La designación de defensor y los actos que lo caracterizan, se ciñen estrictamente a los actos procesales que, en todos sus aspectos, están regulados por la ley y no en todo por el arbitrio de las partes." [91]

Mi punto de vista al respeto es que si el contrato tiene como requisitos para su existencia y validez la voluntad, y toda vez que la garantía de la defensa es una garantía establecida por nuestra Carta Magna aún incluso en contra de la voluntad del inculpado, por lo tanto la defensa no debe de regirse por las reglas de dicho contrato civil.

Auxiliar de la administración de la justicia.

"Desde un punto de vista general, si la asistencia jurídica del defensor se concreta a la aportación de pruebas y a la interposición de los recursos procesales, podría considerársele como un auxiliar de la administración de justicia." [92] Para González Bustamante no se le debe considerar como auxiliar

---

[90] ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. CONTRATOS CIVILES.3° edición, Porrúa, México, 1989, pág.19.
[91] COLÍN SANCHEZ, Guillermo, op.cit., pág. 243.
[92] Ibidem, pág. 244.

ya que el defensor tendría que romper con el secreto profesional y comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiese recibido del inculpado.[93]

Yo me adhiero a lo que manifiesta este último autor.

Colaborador del proceso.

Claría Olmedo, sitúa al defensor dentro de lo que él llama colaboradores del proceso, y dice: "Al lado y en representación, según los casos, de los sujetos privados del proceso, sean principales o secundarios, en general actúan los defensores y mandatarios y los asesores profesionales."[94]

Parte o representante.

Algunos autores consideran que el defensor es parte en el proceso, uno de ellos es el maestro Gómez Lara. Al considerar "En cuanto a la figura del defensor, aunque un sector muy amplio de la doctrina rechaza considerarlo como parte formal, nosotros sí le admitimos tal carácter, descartando desde luego, rotundamente, la idea de considerarlo como un representante del procesado, ya que su posición en el proceso, no es la de un mero mandatario, ya que puede llegar a contar con atribuciones autónomas e

[93] Cfr. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, op.cit., Tomo IV, pág.147.
[94] Ibidem, Tomo III, pág. 9

independientes de la voluntad del procesado, a grado tal que la voluntad de éste puede ser totalmente irrelevante para los fines procesales".[95]

Silva Silva, refiere en este sentido "en el proceso penal sólo hay dos partes (acusadora y acusada) y no más; que en cuanto existen varios enjuiciados, sólo habrá pluralidad de sujetos demandados (litisconsorcio pasivo), pero no pluralidad de partes. El penalmente enjuiciado o los penalmente enjuiciados, sólo son parte. El defensor únicamente es defensor en función de la existencia del imputado, el defensor sólo lo representa"[96]

No comparto tal opinión pues, el defensor actúa sin la presencia del inculpado en actos procesales.

Asesor.

Al respecto Jesús Zamora-Pierce dice" el defensor es asesor del encausado en cuanto que lo aconseja, con base en sus conocimientos técnicos y en su experiencia, informándole sobre las normas sustanciales y procesales en relación con el hecho y las peculiares de su caso".[97]

---

[95] GÓMEZ LARA, Cipriano, op. cit., pág.193.
[96] SILVA SILVA, Jorge Arberto, op.cit., pág.200.
[97] ZAMORA-PIERCE, Jesús, op.cit., pág. 267.

Opinión que comparto ampliamente con dicho autor, pues sin duda que para que un defensor oriente al encausado requiere de conocimientos jurídicos que sólo los tiene un profesional en la materia.

Sustituto procesal.

Leone Giovanni, dice: "contemplando al defensor en su configuración general, prescindiendo, por lo tanto, de aquellos casos en que la ley le confiere expresamente una posición de representación nos encontramos en presencia de una serie de tentativas encaminadas a definirlo jurídicamente: representación, nunciatura, sustitución procesal, titularidad de oficio; relación a intereses subordinados. Se trata de tentativas cada una de las cuales toca un aspecto del disputadísimo problema, pero incapaz de resolverlo en su integridad." [98]

Es comprensible que el Derecho no es estático, por lo tanto el proceso penal va aumentando sus niveles técnicos y en este sentido el papel del defensor es esencial, pues conforme a la ley su presencia es obligatoria en todos los actos procesales, en cambio la del procesado ha disminuido, y sólo se encuentra en los actos personalísimos, como en la declaración preparatoria, careos. En esa circunstancia no hay duda de que se ha convertido en el sustituto procesal del acusado.

---

[98] LEONE, Giovanni. TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Ediciones Jurícas , Europa-América. Buenos Aires, 1961, Tomo I, pág. 574.

D) EFECTOS JURÍDICOS.

La adecuada defensa, no es un Derecho, sino una garantía constitucional, es decir, las autoridades tienen la obligación de respetar que las personas cuenten con una defensa adecuada, es obligatoria, pero no constituye una carga al procesado, así para el Ministerio Público como para el Juez es un imperativo y un deber para el defensor.

Así en la averiguación previa el Agente del Ministerio Público, precisamente al recibir una declaración con carácter de confesión, por referirse aquélla a hechos propios que le perjudican, debe sin restricción cumplir con el deber que le impone el artículo 128, fracción III, inciso b), en relación con el 287, fracción II, del citado Código Federal de Procedimientos Penales, ambos en concordancia con las fracciones IX y X del artículo 20 constitucional, que establecen que desde el inicio de su proceso, el inculpado será informado de los derechos que en su favor consigna la Constitución y tendrá Derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza.

Cuando las autoridades violan esa garantía Constitucional, procede el Juicio de amparo directo, en términos del artículo 160 de la Ley de Amparo, que a la letra establece "Articulo 160. - En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

I.- Cuando no se le haga sober (sic) el motivo del procedimiento o la

causa de la acusación y el nombre de su acusador particular si lo hubiere;

II.- Cuando no se le permita nombrar defensor, en la forma que determine la ley; cuando no se le facilite, en su caso, la lista de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscripto (sic) al juzgado o tribunal que conozca de la causa, si no tuviere quien lo defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio;

III.- Cuando no se le caree con los testigos que hayan depuesto en su contra, si rindieran su declaración en el mismo lugar del juicio, y estando también el quejoso en él;

IV.- Cuando el juez no actúe con secretario o con testigos de asistencia, o cuando se practiquen diligencias en forma distinta de la prevenida por la ley;

V.- Cuando no se le cite para las diligencias que tenga derecho a presenciar o cuando sea citado en forma ilegal, siempre que por ello no comparezca; cuando no se le admita en el acto de la diligencia, o cuando se la (sic) coarten en ella los derechos que la ley le otorga;

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

VII.- Cuando se le desechen los recursos que tuviere conforme a la ley, respecto de providencias que afecten partes substanciales del procedimiento y produzcan indefensión, de acuerdo con las demás fracciones de este mismo artículo;

VIII.- Cuando no se le suministren los datos que necesite para su defensa;

IX.- Cuando no se celebre la audiencia pública a que se refiere el artículo 20, fracción VI, de la Constitución Federal, en que deba ser oído en defensa, para que se le juzgue;

X.- Cuando se celebre la audiencia de derecho sin la asistencia del Agente del Ministerio Público a quien corresponda formular la requisitoria; sin la del juez que deba fallar, o la del secretario o testigos de asistencia que deban autorizar el acto;

XI.- Cuando debiendo ser juzgado por un jurado, se le juzgue por otro tribunal;

XII.- Por no integrarse el jurado con el número de personas que

determine la ley, o por negársele el ejercicio de los derechos que la misma le concede para la integración de aquél;

XIII.- Cuando se sometan a la decisión del jurado cuestiones de distinta índole de la que señale la ley;

XIV.- Cuando la sentencia se funde en la confesión del reo, si estuvo incomunicado antes de otorgarla, o si se obtuvo su declaración por medio de amenazas o de cualquiera otra coacción;

XV.- Cuando la sentencia se funde en alguna diligencia cuya nulidad establezca la ley expresamente;

XVI.- Cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso delito.

No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal;

XVII.- En los demás casos análogos a los de las fracciones anteriores, a juicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda."

En comentario a la fracción II, Alberto del Castillo del Valle refiere: "Esta violación es grave, ya que el defensor del quejoso es la persona que va realizar todos los trámites jurídicos pertinentes para que el procesado quede libre de toda la culpa penal. Así pues, la Constitución de la República ordena que toda persona tenga un defensor, con quien podrá tener contacto en todo tiempo para que lleve adelante su defensa, salvaguardándose así los derechos del gobernado."[99]

En la práctica es muy común que al momento de declarar la persona, ya sea ante el Agente del Ministerio Público o el Juez, se le impida comunicarse con su defensor, lo cual a mi juicio es violatorio a la garantía de defensa, ya que de que forma podrá hacerle saber a su defenso que no declare, que no conteste a las preguntas que se le llegaren a formular que se acoja a la garantía establecida en el artículo 20 fracción II del apartado "A" de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En estos casos es conveniente solicitar a la autoridad que se certifique tal situación, con ello ya no habría duda que se violentó una garantía constitucional.

Ahora bien, el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo establece "Artículo 388.- Habrá lugar a la reposición del proceso por alguna de las causas siguientes:

---

[99] DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, LEY DE AMPARO COMENTADA, Duero, México, 1992, pág. 334.

I.- Por no haberse hecho saber al procesado durante la instrucción ni al celebrarse el juicio, el motivo del procedimiento, o el nombre de las personas que le imputen la comisión del delito.

II.- Por no habérsele permitido nombrar defensor o no nombrársele el de oficio en los términos que señala la ley; por no habérsele facilitado la manera de hacer saber al defensor su nombramiento, y por habérsele impedido comunicarse con él o que dicho defensor lo asistiere en alguna de las diligencias del proceso.

II Bis.- Por haberse omitido la designación del traductor al inculpado que no hable o entienda suficientemente el idioma castellano, en los términos que señale la ley.

III.- Por no habérsele ministrado los datos que necesitare para su defensa y que constaren en el proceso.

IV.- Por no habérsele careado con algún testigo que hubiere depuesto en su contra, si el testigo rindió su declaración en el mismo lugar donde se sigue el proceso, estando allí también el procesado.

V.- Por no haber sido citada alguna de las partes para las diligencias que tuviere derecho a presenciar;

VI.- Por no haberse recibido a alguna de las partes, injustificadamente, las pruebas que hubiere ofrecido, con arreglo a la ley;

VII.- Por haberse celebrado el juicio sin asistencia del funcionario que deba fallar, de su secretario o testigos de asistencia y del Ministerio Público;

VII bis.- Por existir omisiones graves de la defensa en perjuicio del sentenciado; se reputan como omisiones graves de la defensa:

a) No haber asesorado al inculpado sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos imputados en el proceso;

b) No haber asistido a las diligencias que se practicaren con intervención del inculpado durante la averiguación previa y durante el proceso;

c) No haber ofrecido y aportado las pruebas necesarias para la defensa del inculpado;

VIII.- Por haberse hecho la insaculación de jurados en forma distinta de la prevenida por este Código.

IX.- Por no haberse aceptado injustificadamente al acusado o a su

defensor, la recusación de alguno o algunos de los jurados hecha en la forma y términos legales.

X.- Por no haberse integrado el jurado por el número de personas que señale la ley o por carecer alguna de ellas de algún requisito legal.

XI.- Por haberse sometido a la resolución del jurado cuestiones de distinta índole de las que la ley señale.

XII.- Por haber sido juzgado el acusado por un tribunal de derecho, debiendo haberlo sido por el Jurado, o viceversa.

XIII.- Por habérsele condenado por hechos distintos de los que fueron considerados en las conclusiones del Ministerio Público.

XIV.- Por haberse negado a alguna de las partes los recursos procedentes, o por haberse resuelto la revocación en forma contraria a derecho; y

XV.- Por haberse tenido en cuenta una diligencia que, conforme a la ley, fuese nula.

Como podemos observar al no desplegarse una defensa adecuada,

entendiendo ésta como una defensa con pericia, trae consigo efectos jurídicos, ya sea que la Justicia de la Unión ampare y Proteja al inculpado o bien que el Tribunal de apelación ordene la reposición del procedimiento. Lo anterior es así, porque el espíritu del legislador no fue otro que el de otorgar a los gobernados acceso a la justicia, y tal prerrogativa se colma, entre otros muchos aspectos cuando se da la posibilidad a las personas de escasos recursos económicos, de que durante el desarrollo del proceso al que se encuentran sujetos, estén asesorados por profesionales del Derecho, por personas con capacidad en la materia que puedan defender con conocimiento jurídico y suficiente sus intereses, a fin de que su garantía de seguridad jurídica en los procedimientos penales se vea respetada. Tal como lo dispone también el artículo 14 constitucional, ya que en éste se consagran las garantías de defensa, legalidad y seguridad jurídica in genere, que respecto de los procesados se traducen en la posibilidad de defenderse ante las pretensiones punitivas del Estado, dando lugar a la reglamentación secundaria sobre las formalidades del procedimiento, en este caso de naturaleza penal; en nuestro país, se recogen diversos principios fundamentales, legal y jurisprudencialmente reconocidos, exempli gratia: el de culpabilidad, duda absolutoria, non reformatio in peius, plenitud de defensa, y defensa adecuada, este último como regla de procedimiento elevada a rango de garantía constitucional en la fracción IX del artículo 20 de nuestra Ley Suprema. Al respecto el más alto Tribunal ha establecido en la Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, Diciembre de 2000. Tesis: 1a. XXXV/2000. Página: 242.

"DEFENSA ADECUADA. DIFERENCIAS ENTRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LAS FRACCIONES IX Y X, PÁRRAFO CUARTO, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL. Una recta

interpretación de lo dispuesto en las fracciones IX y X, párrafo cuarto, del artículo 20 constitucional, permite deducir la existencia de significativas diferencias entre los alcances y efectos de las garantías de defensa adecuada consagradas en dichas fracciones; esto es así, porque jurídica y fácticamente existe imposibilidad para que ambas sean observadas en igualdad de circunstancias, en virtud de que el campo de su aplicación pertenece a fases procedimentales distintas, además de que se rigen por reglamentaciones específicas contenidas en los artículos 128 y 160 del Código Federal de Procedimientos Penales. En efecto, para el ejercicio de esta prerrogativa constitucional en la fase indagatoria de un proceso penal federal, no es factible jurídica ni materialmente que esa garantía pueda ser exigible y existan condicionantes reales para que su otorgamiento pueda hacerse antes del desahogo de la diligencia de declaración inicial a cargo de los inculpados y, por tanto, el mandato constitucional que obliga a la designación de abogado o persona de su confianza que los asista durante el desahogo de todas las diligencias ministeriales que al respecto sean practicadas en esta fase previa, debe ser interpretado en forma sistemática y lógica, no literal, a fin de que tenga la debida consistencia jurídica, pues es inconcuso que existe imposibilidad real y objetiva para que esta garantía sea observada en aquellas diligencias probatorias que ya hubiesen sido desahogadas con antelación, en razón de que únicamente cuando se llega a ese estado procedimental (toma de declaraciones ministeriales), la autoridad persecutora de delitos se encuentra real y jurídicamente en condiciones de saber si los hechos investigados son constitutivos de delito federal y si el o los detenidos se encuentran en calidad de inculpados o de testigos de esos hechos, pues sólo hasta ese momento ministerial, el representante social federal con base en los resultados que arrojen las diligencias probatorias aludidas, es factible cronológicamente que se encuentre en posibilidad de cumplir y hacer cumplir la garantía constitucional aludida, lo que no sucede en tratándose del derecho de defensa ejercido en las diversas etapas que en términos de lo previsto en

el artículo 4o. del Código Federal de Procedimientos Penales, conforman el proceso penal federal (preinstrucción, instrucción, primera instancia y segunda instancia) pues en tales casos, el juzgador federal desde el auto de radicación tiene conocimiento de los hechos consignados y de la calidad de las personas puestas a su disposición, por lo que no existe impedimento alguno para que desde ese momento procesal hasta la total conclusión del juicio pueda ser ejercida y cumplida la garantía constitucional en cita; luego entonces, los indiciados, procesados y sentenciados tienen la atribución legal debida de exigir y ejercer con eficiencia y eficacia esa garantía desde el momento mismo de su puesta a disposición ante el órgano jurisdiccional federal, o bien, durante el transcurso de los diversos periodos que comprende el proceso penal federal."

3.3. LEY FEDERAL DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA.

La Reforma Judicial de 1994, tuvo como objetivo la actualización de los instrumentos jurídicos para adecuarlos a los cambios de la vida social y para asegurar la validez del orden constitucional.

Como resultado de ese proceso de reforma judicial para fortalecer el Estado de Derecho en México, actualmente la nueva asistencia jurídica para el fuero federal, del que Ley Federal de Defensoría Pública que la crea apareció publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998, representa un cambio sustancial con relación a su cobertura de atención y a la libertad de actuación jurídica, definiéndose como una institución pública cuyo propósito es garantizar el derecho a la defensa en el campo penal a través de defensores públicos y el acceso a la justicia en

diversas materias, mediante la orientación y representación jurídica de asesores profesionales, en los términos que su propia ley lo precisa.

La defensoría de oficio en materia federal, se encuentra regulada por la Ley Federal de Defensoría Pública. Su objeto, en materia penal, es la prestación del servicio de defensoría pública en asuntos del fuero federal, a fin de garantizar el derecho a la defensa.

El Instituto Federal de Defensoría Pública, es el órgano encargado de prestar el servicio de defensoría pública. Los servicios de este órgano en los asuntos del orden penal federal se prestan a través de los defensores públicos desde la averiguación previa hasta la ejecución de las penas.

El servicio de la defensoría pública, en todos los niveles se brindará con autonomía y bajo los criterios institucionales de probidad honradez y profesionalismo (art. 2°), además de que se establecen como requisitos para ser defensor público quien debe contar entre otros requisitos con el grado de licenciado en Derecho, con cédula profesional expedida por la autoridad competente y con una experiencia profesional mínima de tres años en la materia (art. 5°, fracciones II y III).

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobó la tesis jurisprudencial número 91/2001, en sesión de tres de octubre del dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos:

"DEFENSOR PÚBLICO EN MATERIA PENAL FEDERAL. DEBE CONTAR CON TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO. La fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé tres formas a través de las cuales el inculpado puede ejercer su defensa, a saber: a) por sí mismo, b) por abogado, y c) por persona de su confianza; y, además, dispone que en caso de que el inculpado no elija una de estas posibilidades, después de que haya sido requerido para ello, el Juez deberá nombrar un defensor. En concordancia con esa disposición, el numeral 128, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales, deberá hacérsele saber los derechos que otorga la Constitución Federal, entre otros, el de "...Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio...". Ahora bien, esa designación de defensor en materia penal efectuada por el Estado (órgano jurisdiccional o Ministerio Público), debe recaer en un defensor público, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5°., fracción II, de la Ley Federal de defensoría Pública, debe contar con título de licenciado en derecho. Lo anterior es así, porque el espíritu del legislador no fue otro que el de otorgar a los gobernados acceso a la justicia, y tal prerrogativa se colma, entre otros muchos aspectos cuando se da la posibilidad a las personas de escasos recursos económicos , de que durante el desarrollo del procesos al que se encuentran sujetos , estén asesorados por profesionales del derecho, por personas con capacidad en la materia que puedan defender con conocimiento jurídico y suficiente sus intereses, a fin de que su garantía de seguridad jurídica en los procedimientos penales se vea respetada. En contradicción con esa disposición, es claro que la designación que haga el propio inculpado de su defensa puede no satisfacer ese requisito; por tanto, el nombramiento de defensor podrá ejercerlo cualquier persona".

Precisamente porque la defensa en materia penal no debe dejarse en manos de personas sin conocimientos en la Ciencia del Derecho, por lo tanto tal como se expondrá en su oportunidad la figura de persona de confianza es una permisidad no deseada. Por otro lado el legislador debe de tomar en cuenta los razonamientos emitidos por el más Alto Tribunal para cambiar la ley.

Para que el defensor realice su función, basta con la simple solicitud que realice el indiciado en la averiguación previa, el inculpado en el proceso penal, el sentenciado y el agente del Ministerio Público o el órgano jurisdiccional, de acuerdo al caso, siendo asignados inmediatamente por el Instituto Federal de Defensoría Pública.

Ahora bien, los servicios que presta el defensor público en el procedimiento penal deben ser estudiados bajo dos vertientes: En la averiguación previa y en el proceso penal, pues su actividad profesional es diferente.

Así tenemos que en la averiguación previa el defensor público federal debe realizar sus funciones en base a lo ordenado y lo que dispone el artículo 11 de la Ley Federal de Defensoría Pública que a la letra establece:

"Artículo 11. El servicio de defensoría pública ante el Ministerio Público de la Federación comprende:

I.- Atender inmediatamente las solicitudes formuladas por el indiciado o el Agente del Ministerio Público necesarias para la defensa;

II.- Solicitar al Agente del Ministerio Público de la Federación correspondiente la libertad caucional, si procediera o el no ejercicio de la acción penal a favor de su defendido, cuando no existan elementos suficientes para su consignación;

III.- Entrevistar al defendido para conocer de viva voz la versión personal de los hechos que motivan la averiguación previa en su contra, así como los argumentos y pruebas que le sirvan para tratar de justificar o explicar su participación en los mismos hechos, con el propósito de que pueda hacerlos valer ante la autoridad del conocimiento;

IV.- Asistir jurídicamente al ofendido en el momento en que rinda su declaración ministerial, así como en cualquier otra diligencia que establezca la ley;

V.- Informar al defendido o sus familiares del trámite legal que deberá desarrollarse en todo el proceso para establecer con ellos una comunicación estrecha sobre el particular;

VI.- Analizar las constancias que obren en el expediente a fin de contar con mayores elementos para la defensa;

VII.- Procurar la continuidad y uniformidad de criterios en la defensa, y

VIII.- Las demás promociones necesarias para realizar una defensa conforme a Derecho y que propicie una impartición de justicia pronta y expedita".

Es trascendente señalar que en la práctica al acudir al llamado del Ministerio Público de la Federación, el defensor tiene que esperarse un tiempo considerable que van desde una hora hasta cuatro o cinco, para que el Ministerio Público lo tenga por nombrado como defensor del indiciado, pues es práctica común de la Representación Social de la Federación, agotar hasta todos los medios para que el indiciado declare sin la presencia del Defensor Público.

Cuando se trata de dar cumplimiento a la fracción III, debe decirse que la entrevista se realiza después de su declaración, con lo cual no es posible asesorarlo antes de que rinda su declaración ministerial, lo que considero que atenta a la garantía de defensa adecuada, pues el defensor debe de entrevistarse antes de que rinda su declaración para conocer de viva voz los hechos, pues es muy corto el tiempo que se tiene para ofrecer pruebas, por lo que cuando realmente se realiza la entrevista sólo quedan algunas horas para que venza el término constitucional de cuarenta y ocho horas.

Tratándose de delincuencia organizada, ni el defensor ni el indiciado, pueden consultar la averiguación previa, pues la propia Ley Federal de Delincuencia Organizada lo limita, lo cual a todas luces es violatoria de

garantías individuales.

Las obligaciones que establece para el defensor público durante el proceso penal, lo dispone el artículo 12 de la Ley Federal de Defensoría Pública y son:

"I.- Atender inmediatamente las solicitudes que le sean formuladas por el inculpado, o por el juez de causa;

II.- Solicitar al juez de la causa la libertad caucional, si procediera;

III.- Hacer valer los medios que desvirtúen los elementos del tipo penal, o la probable responsabilidad del ofendido, en cualquier etapa del proceso, ofreciendo las pruebas y promoviendo los incidentes, recursos, alegatos y demás diligencias que fueren necesarias para una eficaz defensa;

IV.- Asistir jurídicamente al defendido y estar presente en el momento en que rinda su declaración preparatoria y hacerle saber sus derechos;

V.- Formular conclusiones en el momento procesal oportuno;

VI.- Informar al defendido o a sus familiares del trámite legal que deberá desarrollarse en la fase de apelación para establecer con ellos una

comunicación estrecha sobre el particular;

VII.- Analizar las constancias que obren en autos a fin de contar con mayores elementos para la formulación de los agravios respectivos en el momento procesal oportuno, durante la tramitación de la segunda instancia;

VIII.- Practicar las visitas que sean necesarias a los centros de reclusión con el objeto de comunicar a su defendido el estado procesal en que se encuentra su asunto, informar los requisitos para su libertad provisional bajo caución, y

X.- Las demás promociones que sean necesarias para una adecuada defensa conforme a Derecho".

Para estar en posibilidad de brindar una defensa eficaz en los asuntos en que intervengan los defensores públicos, el Instituto Federal de Defensoría Pública podrá contratar servicios periciales así como servicios de consultoría.

Ello significa que el Instituto Federal de Defensoría Pública así como sus Delegaciones en las entidades federativas, contrariamente a lo que sucede con el Ministerio Público de la Federación, no cuentan con un cuerpo de peritos y de asesores sino que tienen que recurrir a la contratación de servicios externos.

Los defensores públicos no están exentos de incurrir en responsabilidad administrativa al no cumplir con las obligaciones respecto a la defensa del inculpado.

Como ejemplos de causas que pueden dar lugar a la responsabilidad administrativa tenemos que el defensor descuide o abandone injustificadamente el desempeño de sus funciones de defensa; negarse injustificadamente o patrocinar la defensa de los indiciados que, no teniendo defensor particular ni los recursos económicos suficientes para cubrir los honorarios de alguno, sean designados por éstos, el Ministerio Público de la Federación o por el órgano jurisdiccional correspondiente, aunque la negativa de la aceptación de defensa por parte del servidor público, debe de ser debidamente probada, pues hoy en día la buena fe de las autoridades se encuentra en duda; dejar de interponer en tiempo y forma los recursos legales que procedan, desatender su trámite, desistirse de ellos o abandonarlos en perjuicio de su defendido.

Se uso el método deductivo, toda vez que constituye el punto de referencia para aplicar la ley, la jurisprudencia y la doctrina a cada caso concreto partiendo de una disposición general para inferir conclusiones particulares.

CAPÍTULO CUARTO.
LA FIGURA DE PERSONA DE CONFIANZA, LA PERMISIDAD NO DESEADA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL.

4.1. PERSONA DE CONFIANZA EN LA DEFENSA PENAL.

En el proceso penal la presencia del defensor es condición *sine qua non* para que el proceso sea válido. La figura del defensor la encontramos regularmente en las siguientes hipótesis:

1. Persona de confianza del inculpado o asistencia no profesional; y

2. Abogado, entendido éste como el profesional del Derecho que se hace cargo de la defensa.

El inculpado puede nombrar como su defensor a una persona de su confianza. Del texto del artículo 20 constitucional se deduce que tal sujeto

procesal para asumir la defensa no necesita tener el carácter de abogado, esto es, no requiere ser titular de una cédula profesional para desempeñar el encargo, pero no es posible jurídicamente sostener que un proceso penal sea formal y plenamente válido si la defensa del inculpado queda a cargo de una persona que sólo requiere tener capacidad de ejercicio y que no es profesional en Derecho.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación actuando en Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de marzo del año dos mil, aprobó, con el número LI/2000, la tesis aislada y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial.

"DEFENSORES DE OFICIO EN MATERIA PENAL. EL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN IX, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NO EXIGE QUE TENGAN TÍTULO PROFESIONAL. El citado precepto constitucional establece la facultad del indiciado para nombrar su defensor y en caso de no querer o no poder hacerlo, su voluntad será sustituida por la de la autoridad quien le nombrará un defensor de oficio; sin embargo, la Carta Magna no precisa que el defensor de oficio que se designe deba ser licenciado en Derecho, es decir, el texto constitucional no consagra la garantía de que el defensor de oficio que nombre la autoridad deba ser abogado, lo que seguramente se debe a que el legislador se reservó la facultad de precisarlo, al considerar que un nombramiento de esta naturaleza dependerá de diversas circunstancias, entre ellas, las diferencias socioeconómicas y culturales de cada región del país, que provocan que existan lugares en los que abundan los profesionales del Derecho, pero también otros en los que es difícil encontrar un abogado, o bien, los existentes no deseen desempeñarse como defensores de oficio

porque las percepciones que pueden ofrecerles las diversas entidades federativas no responden a sus expectativas, sino que lo que la Constitución determina es que el designado cumpla con realizar una defensa adecuada".[100]

Cierto resulta que la intención del Constituyente pudiera ser que el procesado no quede en estado de indefensión, por lo que le otorga la garantía de contar con alguien que lo defienda; sin embargo, una "persona de confianza", de ninguna manera garantiza que una defensa sea acertada, por la razón esencial de que no es perito en Derecho, sino sólo es, en el mejor de los casos, un empírico practicante, que no puede garantizar la defensa de quien en él confía. Sin embargo, anteriormente los Agentes del Ministerio Público, ni siquiera respetaban ese Derecho del inculpado, obviamente tal situación era permitida incluso por criterios de la Suprema Corte de Justicia al emitir tesis que permitían dicho actuar de los Agentes del Ministerio Público.

"DEFENSA, GARANTIA DE. MOMENTO EN QUE OPERA. La garantía consagrada en la fracción IX del artículo 20 constitucional se refiere a todo juicio del orden criminal, es decir, al procedimiento judicial, y no a la preparación del ejercicio de la acción penal (averiguaciones previas). Por otra parte, aun cuando el acusado no haya tenido defensor al rendir sus declaraciones ministeriales, tal omisión es imputable a él, si no existe constancia que demuestre que desde el momento de su detención se le coartara su Derecho a designarlo; por tanto, la violación que en este sentido se reclame, no puede atribuirse a la autoridad jurisdiccional, si se acató lo

---

[100] Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Abril de 2000. Tesis: P. LI/2000, pág:70

dispuesto por el invocado artículo 20, fracción IX, del Pacto Federal, dándosele a conocer al acusado, en la diligencia en que rindiera su declaración preparatoria, la garantía, de advertirse que expresamente designó defensor".[101]

A) EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Anteriormente el criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se vertía en el sentido de que no era violatorio de garantías el hecho de que el inculpado no se encontrará asistido por defensor, tal como se desprende la siguiente tesis:

"DEFENSA, GARANTIA DE, EN AVERIGUACIONES PREVIAS. Que los enjuiciados no hubieren estado asistidos de defensor en la averiguación previa, no constituye violación a la fracción IX del artículo 20 de la Carta Fundamental, en atención a que la garantía que consagra rige a partir del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público y no durante las diligencias que se practican para prepararlo."[102]

Es precisamente en esta etapa del procedimiento penal, que la persona de confianza se vuelve indispensable para cumplir con una garantía Constitucional.

---

[101] Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 72 Segunda Parte, pág. 27.
[102] Séptima Época, Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 175-180 Séptima Parte, pág. 165.

Durante esta etapa del procedimiento penal, el indiciado, se encuentra desprotegido por la ley, pues no existe ningún precepto legal dentro del Código Federal de Procedimientos Penales, que límite la actuación de la persona de confianza, como en el proceso.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado al respecto:

"DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. EL INDICIADO TIENE LIBERTAD PARA DESIGNARLO AUNQUE CAREZCA DE TÍTULO PROFESIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, FRACCIÓN IX, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). De acuerdo con lo dispuesto en el precepto constitucional mencionado, el acusado tiene una facultad amplísima para designar a la persona o personas que se encarguen de los actos de su defensa, pues ésta puede ser llevada por el propio sujeto o por otra persona que libremente designe, sin más limitación que la de ser de su confianza porque el Constituyente consideró necesaria la concesión de una plena libertad a los indiciados para decidir por quién desean ser defendidos dentro de un procedimiento penal, sin exigir que se trate de un profesional del Derecho, pues una defensa adecuada no sólo la pueden ejercitar los profesionales del Derecho, sino también diversos ciudadanos, que sin tener la calidad de abogados, debido a sus nexos de amistad o de parentesco con el inculpado, poseen mayor interés personal para ayudarlo y protegerlo o en el caso en que la defensa la ejerza por sí mismo, por tratarse precisamente del interesado, es notorio su interés en defenderse."[103]

---

[103] Novena Época, Instancia: Pleno, visible Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Abril de 2000 Jurisprudencia número P. L/2000, pág. 69.

Así pues, el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales establece los derechos de las personas que son detenidas o se presentan voluntariamente en la averiguación previa ante el Agente del Ministerio Público, señalándonos que si el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato a hacerle saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro de los que se encuentran el consagrado por la fracción III, de tener una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza, o si no quiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio.

De lo anterior se desprende que cualquier persona de su confianza puede ser su defensor con la única limitante prevista en el artículo 160 de la ley procesal invocada, que no esté en calidad de indiciado, inculpado, procesado, sentenciado y que, además, no se encuentre ausente, es decir, que deberá de comparecer dentro de las veinticuatro horas siguientes a su nombramiento para aceptarlo.

Aceptado el cargo por la persona de confianza, deberá de comparecer en todos y cada uno de los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, así como que se le reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca.

Al respecto, es conveniente señalar que el Agente del Ministerio Público Federal, tiene la obligación de admitir las pruebas que se ofrezcan en la averiguación previa, pero no tiene la obligación del desahogo de todas y

cada una de las mismas, debido por una parte al término perentorio de cuarenta y ocho horas el cual es insuficiente en ocasiones para que el Ministerio Público pueda decidir si ejercita acción penal y por otra porque así lo ha establecido en criterio jurisprudencial.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha resuelto en la tesis aislada LXXXII/2001, aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en la sesión de quince de agosto de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos:

"DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SU OBSERVANCIA NO ESTÁ SUBORDINADA A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA PRESENCIA DEL INCULPADO O SU DEFENSOR (INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Del análisis sistemático y teleológico del contenido de la exposición de motivos que dio origen a las reformas del artículo 20 de la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, así como de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de sus debates, se advierte que con la finalidad de regir las necesidades sociales y económicas imperantes en nuestro país y erradicar viejas prácticas vejatorias e infamantes a que se encontraba sujeta una persona en la investigación de los delitos, el Poder Constituyente sentó las bases para que en la fase jurisdiccional el presunto responsable de un delito contara con la defensa adecuada consistente en dar oportunidad a todo inculpado de aportar pruebas, promover los medios de impugnación frente a los actos

de autoridad que afecten los intereses legítimos de la defensa, exponer la argumentación sistemática del Derecho aplicable al caso concreto y utilizar todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa, pero además hizo extensiva las garantías del procesado en esa fase a la etapa de averiguación previa, con la salvedad de que debe ser "en lo que se adapta a la naturaleza administrativa de la misma", lo que significa que según lo permita la naturaleza de las actuaciones o diligencias que deban desahogarse en la averiguación previa, podrán observarse cabalmente las garantías que el inculpado tiene en la fase jurisdiccional. Ahora bien, si se toma en consideración, de acuerdo a lo anterior, que dentro de la averiguación previa la garantía de defensa adecuada deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar la persona involucrada en la investigación, siempre y cuando así lo permita la naturaleza de las citadas diligencias, es inconcuso que el debido cumplimiento de tal garantía no está subordinado a que el Ministerio Público forzosamente y de manera ineludible tenga que desahogar todas las diligencias que practique en la mencionada etapa investigatoria con la presencia del inculpado o su defensor y menos aún que si no lo hace así sus actuaciones carecerán de valor probatorio. Lo anterior, porque de estimar lo contrario se llegaría al extremo de transgredir el artículo 16 de la Constitución Federal, en el que se considera al Ministerio Público en la averiguación previa como una autoridad con imperio a quien exclusivamente le corresponde resolver si ejercita o no acción penal en la investigación que se practique, así como consignar los hechos ante el Juzgado competente de su adscripción, en el perentorio término de 48 horas, si encuentra que se reúnen los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado."[104]

---

[104] Novena Época, Instancia Primera Sala, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV. Agosto de 2001, Tesis aislada LXXXII/2001, pág.174.

Para ser persona de confianza, encargada de la defensa, de un indiciado, el Código Adjetivo en la materia federal no exige ninguna cualidad ni requisito que se indica en la ley, entonces la persona de confianza, puede ser la madre, el padre, el hermano, el tío, el primo, cualquier pariente sin limitación de grado e incluso el amigo o algún desconocido.

Por lo tanto, para el Agente Investigador de la Federación, el nombrarle una persona ajena al conocimiento jurídico para que defienda al indiciado, no le ocasiona mayor problema, pues lo encuentra en cualquier parte del local de su oficina, así, puede nombrar a algún familiar que en ese momento se encuentre o bien a personas que prestan su servicio social. Por lo que para dicha autoridad cumple con lo que dispone el artículo 20 constitucional en sus fracciones IX y X del apartado "A".

Lo cierto es que, para el indiciado la persona de confianza debe ser aquélla que le brinde apoyo moral y no jurídico. Su poco o nulo conocimiento del aspecto jurídico le indica que ante las presiones que recibe por parte de sus aprehensores, y del personal de la Agencia del Ministerio Público, lo único útil que puede recibir en ese momento es un apoyo moral. Sin embargo, realmente, no se le deja opción al indiciado pues al momento de rendir su declaración ministerial se entera que quien funge como su defensor es un conocido, si bien le va; puede suceder que se trate de alguna persona que no se encuentra presente, y sólo ante el juzgado al declarar en preparatoria, se entera que alguien lo asistió al rendir su declaración ministerial.

B) EN EL PROCESO PENAL.

Las disposiciones adjetivas de la materia señalan que cuando el imputado designe una persona de su confianza para que ésta se encargue de su defensa, el tribunal dispondrá la intervención de un defensor de oficio para que oriente a aquélla y directamente al inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.

La designación del defensor de oficio, de acuerdo al texto constitucional, sólo tiene lugar cuando el inculpado:

1. No quiera designar defensor.
2. No pueda por cualquier motivo designar defensor.

Por lo que la exigencia constitucional de tener defensor quedará satisfecha si el inculpado designa con tal carácter a una persona que tenga la calidad de abogado.

El artículo 160, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales precisa que cuando el inculpado encargue su defensa a una persona de su confianza se le designará, además, un defensor de oficio que asesore a aquél y directamente al inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.

Esto es así en razón de que únicamente cuando se llega a ese estado procedimental el juzgador federal desde el auto de radicación tiene conocimiento de los hechos consignados y de la calidad de las personas puestas a su disposición, por lo que no existe impedimento alguno para que desde ese momento procesal hasta la total conclusión del juicio pueda ser ejercida y cumplida la garantía constitucional en cita; luego entonces, los indiciados, procesados y sentenciados tienen la atribución legal debida de exigir y ejercer con eficiencia y eficacia esa garantía desde el momento mismo de su puesta a disposición ante el órgano jurisdiccional federal, o bien, durante el transcurso de los diversos períodos que comprenden el proceso penal federal.

Situación que no es ajena a los Tribunales Colegiados de Circuito, pues se han tomado en consideración para emitir criterio jurisprudencial, que a continuación se transcribe:

"DEFENSOR. LA DESIGNACIÓN HECHA POR EL ESTADO DEBE RECAER EN UN DEFENSOR DE OFICIO, HOY DEFENSOR PÚBLICO. De lo dispuesto por los artículos 20, fracciones II, IX y X, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 128, fracción III, inciso b), y 159 del Código Federal de Procedimientos Penales, 28 de la Ley Reglamentaria del artículo 5o. Constitucional relativo al ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, y 1o. y 5o. de la Ley Federal de Defensoría Pública, se desprende que en los procedimientos del orden penal el inculpado tiene el Derecho fundamental de defenderse por sí, por abogado, o por persona de su confianza, pero si no quiere o no puede designar defensor, debe nombrársele un defensor de oficio, hoy defensor

público, a fin de garantizar el Derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica que sólo un profesional del Derecho reconocido legalmente puede prestar."[105]

De acuerdo con los preceptos y la jurisprudencia aludidas la función del defensor de oficio es la de ser un asesor más no en sentido estricto el de ser un defensor. El asesor se limita a dar consejo, a orientar o ilustrar con sus conocimientos propios o especiales de su oficio o profesión. Consideramos que el precepto acabado de señalar deforma la esencia de la figura del defensor titulado, realizada por un abogado o profesional de la Ciencia del Derecho, ya que el cometido que realiza la defensa profesional mediante la abogacía, no es la de un mero asesor, orientador o proporcionador de conocimientos referentes a alguna rama del conocimiento o incluso de la Ciencia jurídica, sino que se trata de una actividad de rango superior, como lo es la de defender los intereses y los derechos de un procesado o de un inculpado dentro del enjuiciamiento penal. Por estas razones, estimamos que el precepto aludido deberá ser modificado para que en su texto se consagre de manera clara y expeditiva la figura de la defensoría profesional realizada por abogado titulado.

Por otro lado ¿qué sentido tiene nombrar a una persona de confianza en el proceso? Si realmente el aspecto técnico jurídico queda a cargo de un profesional en Derecho, que en este caso lo es un defensor público. Entonces la pregunta es: ¿Acaso se pretende fomentar la corrupción? Toda vez que

---

[105] Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: X, Octubre de 1999, Jurisprudencia número 15, pág.1178

muchas personas que en el campo del litigio se les conoce como "Coyotes", son los únicos que se benefician de esto, ya que ellos les cobran honorarios a los que asisten, sin embargo, la ley los llega incluso a proteger, ya que tendrán a sus servicios un profesional del Derecho como lo es el defensor público, pagado por el Estado, siendo un licenciado en Derecho.

La Ley Federal de Defensoría Pública, no admite a persona que no cuente con un Titulo y Cédula Profesional en Derecho para ejercer esa función, refiriendo que para ser defensor público es necesario entre otros requisitos: tener título de licenciado en Derecho, debidamente registrado ante la autoridad competente.

Resulta lógico pensar que la figura de la persona de confianza, como integrante de la defensa del inculpado o procesado se originó por la necesidad de que el inculpado contara con alguien que defendiera sus intereses y derechos, de modo que la carencia o falta de personas dedicadas profesionalmente a esas actividades, se tuvo que recurrir a personas prácticas en conocimientos de temas jurídicos, razones que explican por motivos históricos la existencia de la figura del defensor por razones de mera confianza o de personas de confianza en la defensa de los inculpados.

El artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece: "La confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos:

II.- Que sea hecha ante el Ministerio Público o el tribunal de la causa

con la asistencia de su defensor o persona de confianza, y que el inculpado esté debidamente informado del procedimiento y del proceso".

Del precepto transcrito se advierte que basta que el inculpado se encuentre asistido de una persona o defensor de confianza, sin la presencia del defensor propiamente dicho o abogado titulado. De una apreciación integral y coherente de todas las disposiciones que regulan la materia de la defensoría en el proceso y en los procedimientos penales se desprende que, en los actos procesales que puedan afectar los derechos o los intereses del inculpado siempre debe intervenir un defensor de oficio o un abogado titulado, de ahí que conforme a este criterio debiere tener aplicación la disposición acabada de mencionar.

Por otra parte es conveniente citar en este apartado lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 154 del código procesal mencionado: "La declaración preparatoria comenzará por los generales del inculpado, en los que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y si entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el Derecho que tiene para defenderse por sí o por persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le nombrará un defensor de oficio".

En relación con el precepto aludido, el arábigo 160 del mismo ordenamiento procesal señala: "No pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados. Tampoco podrán serlo los que hayan

sido condenados por alguno de los delitos señalados en el Capítulo II, Título Segundo del Libro II del Código Penal, ni los ausentes que, por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor.

Fuera de los casos excluidos en el párrafo anterior, el inculpado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en Derecho o autorización de pasante, conforme a la Ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa".

De los anteriores preceptos se puede concluir que emplear el término persona de confianza para referirse al defensor que puede o no tener expedida cédula profesional de Licenciado en Derecho. Empero el artículo 20 fracción IX del apartado "A" de la Constitución Política indica que el inculpado tendrá Derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza, es decir, utiliza al término persona de confianza para designar al defensor del inculpado que carece de cédula profesional que le permita ejercer la abogacía.

4.2. PERSONA DE CONFIANZA SÓLO DEBE SER UN PROFESIONAL EN LA MATERIA.

Dentro del procedimiento penal federal, se establece que la defensa del inculpado la puede realizar:

a) El inculpado.

b) Un profesional particular.

c) Un no profesional en la materia.

d) Un abogado de oficio.

Cuando el propio inculpado, realiza su defensa material, se califica como una autodefensa, por lo tanto, todos los actos tendientes a su defensa deberá hacerlos por su propio Derecho.[106]

En este caso, la defensa material constituye un desequilibrio de las partes en el procedimiento, porque el inculpado se enfrenta a un órgano técnico que tiene el apoyo de toda una institución, para acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad penal, es decir, debe justificar que un hecho tipificado por la ley como delito ha sido perpetrado y que determinada persona lo ejecutó, en consecuencia corresponde al Ministerio Público, la carga de probar los elementos y hechos que integran el delito imputado.

[106] Por lo tanto, el Ministerio Público de la Federación y el Juez, deberán de respetar y atender todas las promociones, que a nombre propio y en defensa de sus intereses realice el inculpado, sin más límite que las promociones se hagan conforme a Derecho.

Por ello la autodefensa que realiza el inculpado se ve en desventaja, pues carece de conocimientos y práctica jurídica.[107]

Como bien señala Carnelutti, cuando dice "Es verdad que el "juzgando" por lo general, aun cuando sea culpable, contradice al acusador. Pero la eficacia del contradictorio implica paridad de potencia en los contradictores. El "juzgando", salvo rarísimas excepciones, no tiene ni la experiencia ni la sangre fría necesarias para equilibrar al ministerio público. Es pues, una exigencia de equilibrio aquella por la cual se introduce en el proceso, junto al "juzgando", al defensor".[108]

Por otro lado, cuando la defensa se realiza por un profesional particular,[109] es una defensa idónea, porque el inculpado se encuentra en justo equilibrio con el Ministerio Público, ya que el defensor posee los conocimientos y práctica jurídica suficientes para desplegar una defensa adecuada.

---

[107] Aun cuando el juzgador se encuentra obligado a auxiliar al inculpado para lograr el desahogo de probanzas, esto es en virtud de que impera el sistema de prueba abierta.

[108] CARNELUTTI, Francesco, DERECHO PROCESAL PENAL ,Oxford, México. 1999, pág.28.

[109] La Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal que rige en esta Ciudad para los asuntos del orden común en toda la República en asuntos del orden federal, en su artículo 28, regula esta garantía al disponer: "En materia penal el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de persona de confianza o por ambos según su voluntad. Cuando la persona o personas de la confianza del acusado designados como defensores no sean abogados, se le invitarán para que designe, además, un defensor con título. En caso de que no hiciere uso de ese derecho, se le nombra un defensor de oficio". Por su parte el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone que no pueden ser defensores los presos, los procesados, los condenados por delitos, abogados, patrones o litigantes, ni los ausentes que por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor; y agrega "Fuera de los casos excluídos, el inculpado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de Licenciado en Derecho o autorización de pasante, conforme a la Ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa".

"Así se demuestra la necesidad, para el éxito de la función punitiva, no sólo de la acción, doble y contraria, del ministerio público y del defensor, sino del equilibrio entre ellos, en el sentido que estén dotados de los mismos poderes en el desenvolvimiento del proceso. Este es un principio fundamental del proceso penal".[110]

La defensa no profesional, se origina cuando se deja a cargo de una persona de confianza que no es un licenciado en Derecho. Situación que es permitida por el artículo 20 de la Carta Magna y por el criterio jurisprudencial

"DEFENSORES DENTRO DEL JUICIO PENAL, NO PUEDE EXIGIRSE LA CALIDAD DE ABOGADOS CON TÍTULO A LOS. La Constitución establece lineamientos generales y son las leyes reglamentarias las que puntualizan la forma de operancia de las garantías; pero ello no significa que la Ley secundaria pueda contradecir el espíritu del mandato constitucional. En tratándose de la garantía consignada en la fracción IX del artículo 20 Constitucional, debe decirse que es rígida en beneficio del procesado y que la calidad del abogado no se exige al defensor dentro del juicio penal; lo que no podrá hacer el defensor nombrado en las condiciones señaladas, es ostentarse como abogado, pero si defensor a quien le encomendó esa misión. Las leyes que reglamentan el ejercicio de profesiones no pueden derogar disposiciones de jerarquía indiscutiblemente superior como son las consignadas en la Constitución y debe decirse que las leyes que reglamentan el ejercicio profesional que requieren título legalmente expedido comprenden, indiscutiblemente, la abogacía, pero también es verdad que debe diferenciarse entre el ejercicio habitual de esa profesión, ostentándose como

[110] Ibídem, págs. 28 y 29.

abogado quien no lo es, o bien llevando a cabo funciones propias del abogado quien no tiene el título correspondiente, y la defensa que lleva a cabo quien, por cualquier motivo, es acreedor a la confianza del procesado. La inconstitucionalidad declarada por el Juez en el caso sujeto a su jurisdicción tuvo como base de imposibilidad constitucional de que se coarte el Derecho de defensa, pero no significa que se permita el ejercicio profesional habitual y ostentosamente a quien no tiene el título exigido por las leyes reglamentarias correspondientes, las que únicamente desarrollan el pensamiento constitucional contenido en el párrafo último del artículo 4o. de la Constitución Política de la República, pero no tienen por qué invadir la esfera de garantías consignadas a favor del acusado en el artículo 20 de la propia Ley Fundamental."[111]

"DEFENSOR, NO SE REQUIERE TÍTULO PARA DESEMPEÑAR LAS FUNCIONES DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE). La fracción IX del artículo 20 constitucional instituye, al mismo tiempo que la garantía del acusado para designar como defensor a persona de su confianza, el Derecho para el designado de cumplir con su cometido, para que aquella garantía no resulte nugatoria; de manera que la elección debe ser absolutamente libre y de acuerdo con la conveniencia del acusado. Sobre este principio, es evidente que por aplicación del artículo 133 de la Constitución, que establece la jerarquía más alta en favor de esta ley, todas las demás deben supeditarse a ella y no pueden contrariarla, de donde resulta que la restricción emanada del Reglamento para el ejercicio de profesiones, vigente en el Estado de Campeche, no puede operar y, lógicamente, tampoco puede cometer el delito instituido en los artículos 450 y 451 del Código Penal de aquel Estado, el que sin título ejerza la defensa de un acusado, ya que no puede ser delito lo que

[111] Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXXXI, pág, 248.

la Constitución declara lícito. No obsta la objeción de que la palabra "persona" que emplea el artículo 20 constitucional, debe entenderse como "individuo capaz", desde los puntos de vista jurídico y gramatical porque la Constitución quiere que el nombrado merezca confianza al reo buscando su beneficio; de modo que todas las restricciones que para el ejercicio de la defensa opongan las leyes secundarias, no pueden prevalecer sobre lo mandado en la Constitución."[112]

Ocasionando con ello que en la etapa de averiguación previa, la persona de confianza al no tener conocimientos ni práctica jurídica deja en total desventaja procesal al indiciado.

Por lo que hace al proceso como ya se mencionó anteriormente, cuando el defensor no cuente con título profesional, el Juez le designará un defensor de oficio, para que lo oriente, la ley procesal así lo refiere.

4.2.1. LA DEFENSA POR PARTE DEL DEFENSOR DE OFICIO.

La defensa por un defensor de oficio hoy público, se origina cuando el inculpado:

a) No quiera designar defensor.

[112] Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: LXXX, pág, 1088.

b) No pueda designar defensor.

c) Haya designado personas de confianza no tituladas.

El nombramiento defensor público o defensor de oficio, implica la asistencia profesional, obligatoria y gratuita; es profesional, porque debe ser un perito en Derecho; obligatoria por ser imprescindible y gratuita por estar exenta de costa o cargo del beneficiario.

En el tercer caso el defensor de oficio será designado para asesorar a las personas de confianza no tituladas del inculpado y directamente a éste en todo lo que concierne a su adecuada defensa.

Es importante resaltar que la designación del defensor de oficio opera con independencia de la capacidad económica del inculpado. Al respecto Jorge Alberto Silva Silva precisa: "el defensor de oficio debe diferenciarse del llamado abogado de pobres. Mientras que el primero no le debe importar si el imputado posee o no bienes, el segundo sólo atiende a los menesterosos. El primero actúa, además, debido a la imprescindibilidad de la defensa, cosa que no ocurre en el segundo caso".[113]

En nuestro país la defensa de oficio implica la asistencia profesional, obligatoria y gratuita. Profesional, porque debe ser un especialista en Derecho

---

[113] SILVA SILVA, Jorge Alberto, op. cit., pág. 210.

(por lo menos licenciado en Derecho); obligatoria por ser imprescindible; y gratuita por estar exenta de costas a cargo del beneficiario.[114]

La Ley Federal de Defensoría Pública, establece que para ser defensor público es necesario tener entre otros requisitos, título de licenciado en Derecho, debidamente registrado ante la autoridad competente.

Lo que constituye un requisito esencial, pues incluso la Ley Federal de Defensoría Pública, superó lo que la Jurisprudencia establece.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobó la tesis jurisprudencial número 91/2001, en sesión de tres de octubre del dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos:

"DEFENSOR PÚBLICO EN MATERIA PENAL FEDERAL. DEBE CONTAR CON TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO. La fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé tres formas a través de las cuales el inculpado puede ejercer su defensa, a saber: a) por sí mismo, b) por abogado, y c) por persona de su confianza; y, además, dispone que en caso de que el inculpado no elija una de estas posibilidades, después de que haya sido requerido para ello, el Juez deberá nombrar un defensor. En concordancia con esa disposición, el numeral 128, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales, deberá hacérsele saber los derechos que otorga la Constitución Federal, entre otros, el de

[114] Idem, pág. 210

"...Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio...". Ahora bien, esa designación de defensor en materia penal efectuada por el Estado (órgano jurisdiccional o Ministerio Público), debe recaer en un defensor público, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º., fracción II, de la Ley Federal de defensoría Pública, debe contar con título de licenciado en Derecho. Lo anterior es así, porque el espíritu del legislador no fue otro que el de otorgar a los gobernados acceso a la justicia, y tal prerrogativa se colma, entre otros muchos aspectos cuando se da la posibilidad a las personas de escasos recursos económicos, de que durante el desarrollo del procesos al que se encuentran sujetos, estén asesorados por profesionales del Derecho, por personas con capacidad en la materia que puedan defender con conocimiento jurídico y suficiente sus intereses, a fin de que su garantía de seguridad jurídica en los procedimientos penales se vea respetada. En contradicción con esa disposición, es claro que la designación que haga el propio inculpado de su defensa puede no satisfacer ese requisito; por tanto el nombramiento de defensor podrá ejercerlo cualquier persona".

Por otro lado el defensor de oficio, hoy público, debe representar al inculpado en todos los procedimientos que establece el artículo 4° del Código Federal de Procedimientos Penales, en razón de que su actuación debe ser continua y sin condiciones que limiten su función, que comprende desde la averiguación previa hasta la ejecución de las penas, es decir, todas las actuaciones encaminadas a procurar la defensa del afectado, en términos del dispositivo 4o. de la Ley Federal de Defensoría Pública; aun cuando el artículo 21, fracción II, de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, establezca que la

función del defensor culmina con la consignación de la averiguación previa, pues tal ordenamiento no puede estar por encima de lo que dispone una ley que es de mayor jerarquía, por lo tanto el defensor público puede interponer la demanda de amparo en contra de una orden de aprehensión dictada en contra de su representado. Cito la siguiente tesis al respecto:

"DEFENSOR PÚBLICO. SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA PROMOVER LA DEMANDA DE AMPARO EN FAVOR DE SU DEFENSO CONTRA LA ORDEN DE APREHENSIÓN, CUANDO FUNGE COMO TAL EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. Conforme con lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Amparo, tratándose de actos emanados de un procedimiento del orden penal, basta para la admisión de la demanda, la afirmación que de su carácter haga el defensor del inculpado en su escrito. Por ende, si la averiguación previa es un procedimiento de naturaleza penal, el defensor público federal que representó al inculpado en esa etapa, se encuentra legitimado para promover en su favor la demanda de garantías contra la orden de aprehensión que se dictó en su contra, siempre que no le hubieren revocado el cargo; en razón de que su actuación debe ser continua y sin condiciones que limiten su función, que comprende desde la averiguación previa hasta la ejecución de las penas, es decir, todas las actuaciones encaminadas a procurar la defensa del afectado, en términos del dispositivo 4o. de la Ley Federal de Defensoría Pública; aun cuando el artículo 21, fracción II, de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, establezca que la función del defensor culmina con la consignación de la averiguación previa, pues tal ordenamiento no puede estar por encima de lo que dispone una ley que es de mayor jerarquía. En consecuencia, al declarar improcedente el juicio constitucional, el Juez de Distrito veda a aquél la oportunidad de defenderse adecuadamente a través

de un defensor de oficio, como lo prevé la fracción IX del artículo 20 de la Constitución General de la República."[115]

En segunda instancia, la defensa que realice el defensor público, debe ser adecuada, toda vez que en términos del artículo 20, fracción IX, del apartado "A", de la Constitución Politica de los Estados Unidos Mexicanos, que determina la defensa "adecuada", entendida no sólo con la persona del defensor, sino también con el desarrollo mismo de su función y a la mayor amplitud de contar con posibilidades de aportación de pruebas en descargo de la acusación que pese en su contra. Esta orientación debe seguirse en el sentido de la posibilidad de ofrecimiento de la prueba testimonial en segunda instancia, la que es procedente cuando se satisfagan los requisitos previstos en los artículos 373, 376 y 378 del Código Federal de Procedimientos Penales, que consisten en: primeramente que se proponga dentro de los tres días siguientes a la vista del proceso; y que al ofrecerse se exprese el objeto y la naturaleza de la prueba y los hechos sobre los que hayan sido motivo de examen de testigos en la causa natural, esto sobre la base de lo establecido por la jurisprudencia número 24/96, cuyo contendido es:

"TESTIMONIAL EN LA APELACIÓN EN JUICIOS PENALES FEDERALES. ES ADMISIBLE CON REQUISITOS LEGALES, AÚN CUANDO HABIÉNDOSE PROPUESTO EN PRIMERA INSTANCIA, HAYA SIDO DESECHADA POR AUTO NO RECURRIDO. La historia reciente del procedimiento penal mexicano muestra una constante tendencia a mejorar la posición del inculpado y, dentro de ella, a otorgarle una reiterada provisión de

[115] Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIII, Marzo de 2001, Tesis: XX.2o.10 P., pág. 1739.

mayores y mejores posibilidades de asistencia jurídica y de defensa, que dieron pauta a la reforma del artículo 20, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, emitida mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, que determina la defensa "adecuada", entendida no sólo con la persona del defensor, sino también con el desarrollo mismo de su función y a la mayor amplitud de contar con posibilidades de aportación de pruebas en descargo de la acusación que pese en su contra. Esta orientación debe seguirse en el sentido de la posibilidad de ofrecimiento de la prueba testimonial en segunda instancia, la que es procedente cuando se satisfagan los requisitos previstos en los artículos 373, 376 y 378 del Código Federal de Procedimientos Penales, que consisten en: a) que se proponga dentro de los tres días siguientes a la vista del proceso; b) que al ofrecerse se exprese el objeto y la naturaleza de la prueba y los hechos sobre los que hayan sido motivos de examen de testigos en la causa natural. No es obstáculo a lo anterior la circunstancia de que en primera instancia habiéndose propuesto la testimonial se hubiera desechado por extemporánea y que el auto no se impugnara en su oportunidad, porque ello sólo determina la pérdida del Derecho de ofrecerla en la propia instancia, pero no excluye la posibilidad de que se proponga en la alzada, en atención a que esta etapa se rige por reglas que confieren atribuciones, reguladas expresamente, para el tribunal de apelación en los dispositivos señalados, en materia de recepción de pruebas. Lo anterior, sin perjuicio del Derecho del Ministerio Público o del ofendido de expresar argumentos en contra de la propuesta de admisión de dicha probanza."[116]

[116] Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Septiembre de 1996, Tesis: 1a./J. 24/96, pág. 51.

Existen diferencias entre la defensa adecuada por parte del defensor público en la fase de la averiguación previa y la que se realiza en el proceso penal federal, ello a través de una recta interpretación de lo dispuesto en las fracciones IX y X, párrafo cuarto, apartado "A" del artículo 20 constitucional, que permite deducir la existencia de significativas diferencias entre los alcances y efectos de las garantías de defensa adecuada consagradas en dichas fracciones; esto es así, porque jurídica y fácticamente existe imposibilidad para que ambas sean observadas en igualdad de circunstancias, en virtud de que el campo de su aplicación pertenece a fases procedimentales distintas, además de que se rigen por reglamentaciones específicas contenidas en los artículos 128 y 160 del Código Federal de Procedimientos Penales. En efecto, para el ejercicio de esta prerrogativa constitucional en la fase indagatoria de un proceso penal federal, no es factible jurídica ni materialmente que esa garantía pueda ser exigible y existan condicionantes reales para que su otorgamiento pueda hacerse antes del desahogo de la diligencia de declaración inicial a cargo de los inculpados y, por tanto, el mandato constitucional que obliga a la designación de abogado o persona de su confianza que los asista durante el desahogo de todas las diligencias ministeriales que al respecto sean practicadas en esta fase previa, debe ser interpretado en forma sistemática y lógica, no literal, a fin de que tenga la debida consistencia jurídica, pues es inconcuso que existe imposibilidad real y objetiva para que esta garantía sea observada en aquellas diligencias probatorias que ya hubiesen sido desahogadas con antelación, en razón de que únicamente cuando se llega a ese estado procedimental (toma de declaraciones ministeriales), la autoridad persecutora de delitos se encuentra real y jurídicamente en condiciones de saber si los hechos investigados son constitutivos de delito federal y si el o los detenidos se encuentran en calidad de inculpados o de testigos de esos hechos, pues sólo hasta ese momento ministerial, el representante social federal con base

en los resultados que arrojen las diligencias probatorias aludidas, es factible cronológicamente que se encuentre en posibilidad de cumplir y hacer cumplir la garantía constitucional aludida, lo que no sucede en tratándose del Derecho de defensa ejercido en las diversas etapas que en función de lo previsto en el artículo 4o. del Código Federal de Procedimientos Penales, conforman el proceso penal federal (preinstrucción, instrucción, primera instancia y segunda instancia) pues en tales casos, el juzgador federal desde el auto de radicación tiene conocimiento de los hechos consignados y de la calidad de las personas puestas a su disposición, por lo que no existe impedimento alguno para que desde ese momento procesal hasta la total conclusión del juicio pueda ser ejercida y cumplida la garantía constitucional en cita; luego entonces, los indiciados, procesados y sentenciados tienen la atribución legal debida de exigir y ejercer con eficiencia y eficacia esa garantía desde el momento mismo de su puesta a disposición ante el órgano jurisdiccional federal, o bien, durante el transcurso de los diversos períodos que comprende el proceso penal federal.

Ahora bien, se establece la torpeza o negligencia del defensor cuando por no combatir las resoluciones, no puede dar lugar a la reposición del procedimiento, por violaciones manifiestas del mismo, toda vez que no puede estimarse como tal la actuación de quien llevará la defensa, independientemente de la apreciación que de ese quehacer tenga el acusado. Apoyo lo anterior en la tesis jurisprudencia al respecto, cuyo contenido es:

"REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO, PRESUPUESTO DEL. NO LO ES LA DEFICIENTE ACTUACIÓN DEL DEFENSOR, SINO LA EXISTENCIA DE UNA VIOLACIÓN PROCESAL MANIFIESTA QUE PROVOQUE

INDEFENSIÓN. Si bien es cierto que conforme al artículo 387 del Código Federal de Procedimientos Penales, el Tribunal de apelación puede ordenar la reposición del procedimiento incluso de manera oficiosa, esa posibilidad no es arbitraria o caprichosa sino que tiene un presupuesto o condición indispensable, el cual consiste en la existencia indiscutible de una "violación manifiesta del procedimiento que haya dejado sin defensa al procesado, y que sólo por torpeza o negligencia de su defensor no fue combatida", de lo que se sigue que la condición para ordenar la reposición en tal hipótesis, no es la actitud del defensor sino la violación manifiesta al procedimiento y por éste debe entenderse el conjunto de actos, diligencias y resoluciones relativas a las diversas etapas de la secuencia de un juicio o actividad jurisdiccional, es decir, las normas o reglas impuestas por la ley para dar forma a la función del juez y las partes en el ejercicio y aplicación del Derecho; por tanto, es evidente que no se produce violación procedimental cuando no se infringe alguna disposición de tal naturaleza, y si la quejosa aduce que la violación consiste en la ineptitud mostrada por un defensor al no haber impugnado determinadas pruebas o por dejar de ofrecer algunas otras y de las constancias se advierte que la causa penal se llevó por todas sus fases y sin contravenir precepto legal alguno, procede declarar infundado el concepto de violación en que se considera necesaria la reposición, puesto que no existió ninguna violación manifiesta al procedimiento que produjera la indefensión del procesado, y no puede estimarse como tal la actuación de quien llevara la defensa, independientemente de la apreciación que de ese quehacer tenga el acusado." [117]

4.2.2. RESPONSABILIDAD DEL DEFENSOR.

[117] Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIII, Mayo de 2001, Tesis: XXIII.1o. J/19, pág. 917.

Las acciones y omisiones de los defensores en el desempeño de su encargo pueden dar lugar a fincar responsabilidades penales, por comisión de delitos, que pueden traer como consecuencia la privación de la libertad, la inhabilitación o la destitución en el caso de defensores de oficio.

Así, es motivo de responsabilidad penal el abandonar la defensa de un cliente, sin motivo justificado y causando daño, y el no promover pruebas ni dirigir al inculpado en su defensa (art. 232 del Código Penal aplicable en materia del fuero común en el Distrito Federal y para toda la República en materia del fuero federal).

Es de hacer notar que si el defensor tiene el carácter de persona de confianza del inculpado, es decir, es un sujeto que no tiene expedida a su favor cédula profesional de Licenciado en Derecho, no podrá fincársele la comisión de los mencionados delitos, ya que en la especie no se acreditaría la calidad del sujeto activo, que en todo caso debe ser un profesional, puesto que las mencionadas disposiciones se encuentran ubicadas en el Título relativo a la responsabilidad profesional. A este respecto cito las siguientes tesis, de la Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: LXIX. Página: 14.

"DEFENSORES, USURPACIÓN DE FUNCIONES Y DE PROFESIONES POR LOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE). La fracción IX del artículo 20 constitucional instituye, al mismo tiempo que la garantía del acusado para designar como defensor, a persona de su confianza, el Derecho para que el designado de cumplir con su cometido,

para que aquella garantía no resulte nugatoria, de manera que la elección debe ser absolutamente libre y de acuerdo con la conveniencia del acusado. Sobre este principio, es evidente que por aplicación del artículo 133 de la Constitución, que establece la jerarquía más alta en favor de esta ley, todas las demás deben supeditarse a ella y no pueden contrariarla, de donde resulta que la restricción emanada del reglamento para el ejercicio de profesiones vigentes en el Estado de Campeche, no puede operar, ni lógicamente tampoco puede cometer el delito instituido en los artículos 450 y 451 del Código Penal de aquel Estado, el que sin título ejerza la defensa de un acusado, ya que no puede ser delito lo que la Constitución declara lícito. No obsta la objeción de que la palabra "persona" que emplea el artículo 20 constitucional, debe entenderse como "individuo capaz", desde los puntos de vista jurídico y gramatical, porque la Constitución quiere que el nombrado merezca confianza al reo sobre qué proceda buscando su beneficio, de modo que todas las restricciones que para el ejercicio de la defensa opongan las leyes secundarias, no pueden prevalecer sobre lo mandado en la Constitución."

4.3. LO INNECESARIO DE LA FIGURA DE PERSONA DE CONFIANZA EN NUESTRO DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO.

El término de persona de confianza se utiliza en el presente trabajo en su sentido constitucional, esto es, como aquel defensor que no tiene expedido título profesional de Licenciado en Derecho debidamente registrado ante la autoridad competente.

En la práctica forense de la cual se desprende la participación de la persona de confianza, es precisamente en la primera declaración que el inculpado realiza ante la autoridad, en la etapa de averiguación previa y en donde el Ministerio Público Investigador, realiza la tarea de reunir los elementos necesarios para ejercitar acción penal o no ejercitar acción penal.

Es esta primer etapa del procedimiento penal, en donde el indiciado se encuentra frente a la maquinaria estatal y es sometido a presiones de todo tipo, en donde aquella persona que se encuentra privada de su libertad, lo único que desea, es ser escuchado para narrar la forma en que ocurrieron los hechos, pero al momento de su aprehensión física lo único que recibe es información de los aprehensores, la cual es muy importante, porque estos elementos ya sea de Seguridad Pública o de las Procuradurías Generales de Justicia, se convierten en magos jurídicos, porque se van transformando en abogados, Ministerios Públicos, Jueces y llegan a ser hasta Ministros, a cambio de unos pesos pocos o muchos, le informan, le sugieren, le intimidan, le motivan sobre la forma en que debe rendir su declaración para el efecto de poder "ayudarlo"; para lograr su objetivo de obtener un lucro, presionan psicológicamente tanto al indiciado como a todo aquél que ve por él.

Esos malos servidores públicos aprovechan la falta de un abogado, para lucrar con la angustia del detenido y de sus familiares y amigos que se preocupan por su situación y no es de extrañarse que tanto los elementos de la Policía Judicial y los Agentes del Ministerio Público se encuentren coludidos con personas que en la práctica se les conocen como "coyotes".

Ahora bien, la falta de un abogado en la etapa de averiguación previa trae consigo dos situaciones:

1. Que con afán de "ayudar" al indiciado, las autoridades lucren con esa falsa esperanza, pues la ayuda consiste según sea el caso, para librarlo totalmente, para obtener su libertad provisional o bien que la averiguación previa o la consignación se integre técnicamente deficiente o floja.

2. Que se violen los derechos humanos y sus garantías constitucionales, al no contar con los servicios de un profesional en Derecho que vele por el respeto a los mismos.

Así, siendo que es de vital importancia la primera declaración que marca el sentido de la secuela procesal, pues, se considera que el declarante no tiene tiempo para ser aleccionado y por lo tanto sus manifestaciones son espontáneas, ya sea aceptando o negando los hechos.

Así para Guillermo Colín Sánchez, la declaración del probable autor del delito "es el atestado o manifestación que éste lleva al cabo, relacionada con los hechos delictuosos, ante la autoridad investigadora o frente al juez; es un medio de prueba, factible de contribuir a la realización de los fines específicos del proceso; porque de la misma pueden obtenerse elementos que, si lo ameritan, serán la base de sustentación para la práctica de otras

diligencias".[118]

Cuando acepta en su primera declaración del que es materia de acusación, tiene el carácter de prueba confesional, después de haber cumplido con los requisitos que establece el artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, toda vez que presume la ausencia de aleccionamiento previo.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia ha precisado:

"CONFESIÓN, PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO. De acuerdo con el principio procesal de inmediación procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores".[119]

Es en la primera declaración donde se aprecia la inconveniencia de la intervención de la persona de confianza, pues una persona que no cuenta con conocimientos mínimos de Derecho y por lo tanto no puede vigilar al Ministerio Público, para que no se vulneren los derechos elementales del inculpado, tampoco podrá oponerse a los cuestionamientos que formule la autoridad, al obtener la declaración del inculpado.

---

[118] COLÍN SANCHEZ, Guillermo, op.cit., pág.437.

[119] Jurisprudencia No. 70, visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte I, Primera Sala, págs. 157 y 158.

En consecuencia la presencia de un profesional en Derecho no sólo es necesaria sino es imprescindible, ello teniendo como base no sólo la supremacía de nuestra Carta Magna, sino el hecho de que las leyes secundarias no pueden contrariar los mandamientos Constitucionales, siendo que en el caso de la confesión deben reunirse ciertos requisitos para que se les otorgue valor jurídico. El artículo 20 apartado "A" de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala que el inculpado no podrá ser obligado a declarar, quedando prohibida toda incomunicación, intimidación y tortura. "La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta al Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio" (FRACCCIÓN II) y por su parte el artículo 287 de la ley procesal federal establece: "La confesión ante el Ministerio Público y ante el Juez deberá reunir los siguientes requisitos: Que sea hecha ante el Ministerio Público o el tribunal de la causa, con la asistencia de su defensor o persona de su confianza, y que el inculpado esté debidamente informado del procedimiento y del proceso."

Esto es, la confesión únicamente es válida cuando se rinde con la asistencia de su defensor, por lo tanto la que se emite con la asistencia de persona de confianza es una confesión inconstitucional, porque nuestra ley suprema en su artículo 20 fracción II, no señala a la persona de confianza.

Situación que no es ajena a los Tribunales Colegiados para emitir jurisprudencia:

"CONFESIÓN MINISTERIAL. CARECE DE VALOR PROBATORIO

CUANDO LA DESIGNACIÓN HECHA POR EL MINISTERIO PÚBLICO PARA RECIBIRLA NO RECAE EN UN DEFENSOR DE OFICIO, HOY DEFENSOR PÚBLICO. Si bien es cierto el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 125, confiere la facultad al Ministerio Público para que una vez iniciada una averiguación, pueda "... citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos ...", no menos lo es que dicho servidor público precisamente al recibir dentro de la averiguación previa respectiva una declaración con carácter de confesión, por referirse aquélla a hechos propios que le perjudican, debe sin restricción cumplir con el deber que le impone el artículo 128, fracción III, inciso b), en relación con el 287, fracción II, del citado Código Federal de Procedimientos Penales, ambos en concordancia con las fracciones IX y X del artículo 20 constitucional, que establecen que desde el inicio de su proceso, el inculpado será informado de los derechos que en su favor consigna la Constitución y tendrá Derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. La primera y la tercera hipótesis tienen lugar cuando el acusado manifiesta de manera clara su voluntad de defenderse por sí solo, es decir, se nombra a sí mismo su propio defensor, o bien designa como tal a una persona de su confianza; sin embargo, cuando el inculpado no manifiesta su voluntad de defenderse por sí mismo y, además, expresa que no tiene persona de su confianza que lo defienda, deberá serle designado un defensor de oficio, hoy defensor público, pues de lo contrario, la defensa que se le asigne no sería la adecuada, en contravención al texto constitucional y al código adjetivo mencionado. Así, si como en el caso, la persona que el Ministerio Público nombró al quejoso para que lo asistiera en su declaración ministerial no tiene el carácter de defensor de oficio, por estar en el supuesto contemplado en la fracción IX del artículo 20 de la Carta Magna, es inconcuso que tal nombramiento no satisface el requerimiento constitucional anotado y en esa

virtud la declaración ministerial vertida carece de valor probatorio".[120]

En la práctica forense es el Ministerio Público, quien dicta la declaración del indiciado, la cual obtiene a través de interrogatorios directos, por lo tanto es una imperiosa necesidad que dicha persona declare libremente y asistida por un profesional en Derecho, el cual detectaría e impediría inmediatamente cualquier intento de violación de los derechos humanos y garantías constitucionales de parte de la autoridad y de consumarse podrá denunciarla a través de los mecanismos jurídicos establecidos para ello (denuncia o queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos o ante la del Distrito Federal o del Estado de que se trate e interponiendo una demanda de amparo), vigilaría que la declaración sea rendida sin coacción de ninguna índole, además oponiéndose a los cuestionamientos insidiosos que pretenden ofuscar la inteligencia del declarante. Al respecto es importante mencionar que los Agentes del Ministerio Público y su personal, en su caso, se atreven a protestar en forma verbal al inculpado, siendo esto indebido, pues se viola la garantía constitucional de no incriminarse, situación que puede ser evitada por un profesional en Derecho, pues para aquél que no lo es, todo lo que realice la autoridad le resultara normal, ya que dentro de su contexto cultural, tal vez necesite ver como torturan físicamente al inculpado para poder considerar que existe tortura y no se imagina siquiera que ésta puede darse en forma psicológica.

Se debe considerar la violencia como una verdadera coacción moral, cuando tienen por objeto torcer la voluntad de un delincuente, empleando,

---

[120] Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: X Octubre de 1999, Jurisprudencia Nº17, pág. 1172

para ello, medios indebidos que originan miedo en aquél; que no necesariamente sean golpes, sino amenazas, o relatos que tengan ese fin. De todos modos surge el concepto de que la confesión, para que sea válida, no debe obtenerse por coacción de especie alguna, pues compeler, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa obligar a uno con fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere. Lo que se pretende evitar es que la confesión sea arrancada por incomunicación o por cualquier otro medio. Ahora bien, si se comprueba que el acusado, después de ser aprehendido, fue atormentado por sus aprehensores, para arrancarle la confesión y después ya consignado al Juez, se sustrajo a los tormentos a que se le había sometido, si ratificó en todas sus partes ante el mismo Juez, la declaración que rindió ante sus aprehensores, es de suponerse que la confesión que produjo ante la presencia judicial, fue hecha libre y espontáneamente, y si el fallo condenatorio se fundó para condenar, precisamente en esa confesión, el fallo no es violatorio de garantías, sin embargo esto lo hacen por que no entienden los significados jurídicos de ratificar su declaración y aún tienen la secuela de miedo, desorientados jurídicamente no comprenden la magnitud de su declaración.

Sin embargo, probar la violencia en contra del declarante, no es nada fácil para un desconocedor del Derecho de defensa, que no cuenta con la mínima idea de la forma en que los organismos del Estado se desenvuelven para cumplir con su finalidad.

Sirve de apoyo la siguiente tesis jurisprudencial:

"CONFESIÓN COACCIONADA, PRUEBA DE LA. Cuando el confesante no aporta ninguna prueba para justificar su aserto de que fue objeto de violencias por parte de alguno de los órganos del Estado, su declaración es insuficiente para hacer perder a su confesión inicial el requisito de espontaneidad necesaria a su validez legal."[121]

Esa confesión aun cuando tiene el valor de indicio, puede alcanzar valor probatorio pleno, cuando no se encuentra desmentida y existan otros elementos de convicción, es decir, debe, además, estar integrada no sólo por una cadena de datos proporcionados por el acusado, sino por una trama de elementos, en forma múltiple conexos los unos a los otros; de donde puede concluirse que la confesión, como medio de prueba autónomo, debe de ser valorada junto con los restantes datos probatorios singulares, para evitar el error de aceptar como verdadera la conclusión que derive de ella como única fuente probatoria, lo anterior en atención a la jurisprudencia número seis, cuyo contenido es:

"CONFESIÓN, VALOR DE LA. Conforme a la técnica que rige la apreciación de las pruebas en el procedimiento penal, la confesión del imputado, como reconocimiento de su propia culpabilidad derivada de los hechos propios, tiene el valor de un indicio y alcanza el rango de prueba plena, cuando no está desvirtuada, ni es inverosímil y en cambio está corroborada por otros elementos de convicción."[122]

---

[121] Jurisprudencia número 71, visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte I, Primera Sala. págs. 160 y 161.

[122] Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 76, Abril de 1994, Tesis: II.1o. J/6, pág. 41.

Así como la siguiente jurisprudencia, del la Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 74, Febrero de 1994. Tesis: XX. J/52. Página: 79.

"CONFESIÓN DEL INCULPADO ANTE LA POLICIA JUDICIAL RATIFICADA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO Y NEGADA ANTE EL ORGANO JURISDICCIONAL DEL FUERO COMÚN, SIN APOYO EN NINGÚN OTRO ELEMENTO DE CONVICCIÓN. VALOR PROBATORIO DE LA. La confesión de un inculpado vertida ante la policía judicial y ratificada ante el Ministerio Público, pero no ante el órgano jurisdiccional del fuero común, si no tiene apoyo en ningún otro elemento de convicción, queda reducida a simple indicio, en razón, de que por sí sola carece de las suficientes bases de sustentación para darle pleno valor probatorio, al resultar inconsistente por sospecharse que fue efectivamente obtenida mediante violencia, si así lo afirma el inculpado, que si bien resulta eficaz para la emisión del auto de formal prisión, es insuficiente para fincar en definitiva la responsabilidad penal."

La confesión es para la jurisprudencia, el reconocimiento del inculpado de su propia responsabilidad penal derivada de hechos propios y puede rendirse tal como lo dispone el artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales, hasta antes de pronunciarse sentencia irrevocable. Tesis de la Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: II, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1988. Página: 202

"DECLARACIÓN PREPARATORIA, CASO DE IMPROCEDENCIA DE LA AMPLIACIÓN DE LA. No procede la ampliación de la declaración preparatoria que pretende apoyarse en el artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales, porque este precepto legal dispone que únicamente se recibirá la confesión del reo hasta antes de pronunciarse sentencia irrevocable, y por confesión debe entenderse el reconocimiento del inculpado de su propia responsabilidad penal derivada de hechos propios y no las manifestaciones tendentes a demostrar que no es responsable, con la pretensión de retractarse de su confesión contenida en su declaración preparatoria".

De igual forma la siguiente tesis aislada de Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXXV. Página: 1199.

"CONFESIÓN DEL ACUSADO (CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES). El artículo 207 dispone que la confesión se admitirá en cualquier estado del procedimiento hasta antes de pronunciarse sentencia; pero si las declaraciones posteriores del inculpado constituyen una negativa de los hechos imputados, no puede estimarse como confesión, por lo que no es aplicable la prevención de dicho artículo."

De lo anterior se desprende que una persona de confianza sin contar con título profesional para ejercer la defensa del inculpado en vez de beneficiarle le perjudica, pues tomando en cuanta su mínima actividad procesal y las herramientas técnicas jurídicas que tiene el Agente del

Ministerio Público, pues sus diligencias en investigación del delito son documentos públicos conforme a los artículos 281 del Código Federal de Procedimientos Penales y 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles y tiene fuerza probatoria plena, de acuerdo con los artículos 280, 440 y principalmente con el 145 del citado Código Federal de Procedimientos, de tal suerte que si el reo afirma que dichas diligencias fueron practicadas *ad hoc* y si fue víctima de violencia, pero no hay ninguna demostración que apoye tales afirmaciones, subsiste la fuerza probatoria de aquéllas. Lo que ocasiona que el indiciado se quede en estado de indefensión, ya que la ley le otorga mayor credibilidad a los dichos de los aprehensores, pues en el momento de ser examinados como testigos de cargo y careados con los procesados durante la instrucción, declaran que no recuerdan los detalles de la captura, tales respuestas no invalidan el parte informativo, y su ratificación ante la autoridad investigadora, que hubieren rendido, pues el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales, aunque impone el deber jurídico a los testigos de declarar, no los constriñe respecto del contenido o sentido de tales declaraciones. Además de que en el caso de que el inculpado pretenda ampliar su declaración preparatoria mediante un escrito en donde se retracte de su confesión, esto no tiene validez jurídica

Si nos adentramos en la prueba confesional, no es porque sea la reina de pruebas, sino porque para recalcar lo importante que resulta ser asistido por un profesional en Derecho al momento de rendir la primera declaración y lo difícil que es procesalmente demostrar que dicha confesión fue arrebatada por medio de la violencia y tortura ejercida en ese momento.

Ahora bien, como ya se mencionó, el Agente del Ministerio Público

para integrar la Averiguación previa debe de realizar una serie de diligencias en investigación del delito y que en muchas ocasiones utiliza profesionales en un arte o ciencia, lo que define Guillermo Colín Sánchez, como la peritación que es: "el acto procedimental, en el que, el técnico o especialista en un arte o ciencia (perito), previo examen de una persona, de una conducta o hecho, cosa, circunstancias, efectos, etc., emite un dictamen, contendido su parecer, buscando un razonamiento técnico sobre aquello en lo que se ha perdido su intervención."[123]

La autoridad ministerial al realizar peritajes, sólo lo hace en forma unilateral, toda vez que la participación de la defensa puede tomarse como un obstáculo para la integración de dicha investigación, sin embargo, dichas diligencias pueden ser objetadas en su momento procesal oportuno y obviamente lo hará no aquella persona de confianza, sino un profesional en la materia; al respecto cito el contenido de la Tesis del la Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: I, Mayo de 1995. Tesis: VI.2o. J/3. Página: 272.

"PERITOS. VALOR DE SUS DICTAMENES. El juzgador disfruta de las más amplias facultades para valorar los dictámenes, incluso de los de carácter científico, y si bien es verdad que las partes tienen Derecho a designar el suyo, cuando no lo hacen y no objetan durante el proceso el dictamen del perito oficial, tácitamente se han conformado con él."

[123] COLÍN SANCHEZ, Guillermo, op.cit., pág 482.

El tiempo para objetar un dictamen pericial es hasta antes de que se cierre la instrucción, así lo ha manifestado el criterio sostenido por los Tribunales Colegiados:

"PRUEBAS EN EL PROCESO. OPORTUNIDAD PARA OBJETARLAS Y ACREDITAR SU IMPUGNACION. Si bien la ley no establece un término legal para objetar pruebas documentales que obren en el proceso, no debe perderse de vista que en todo procedimiento penal existen diversas fases, y hasta antes de cerrarse el período de instrucción pueden ofrecerse pruebas, acorde con lo establecido por el artículo 225 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla; por ende, antes del cierre de instrucción deben objetarse y rendirse pruebas sobre el particular, para que de esa forma puedan ser tomadas en consideración por el juzgador; luego, para que pudiera tomarse en cuenta la "objeción" hecha por el quejoso en segunda instancia respecto de ciertas documentales, fue menester que la demostrara a través de los medios correspondientes, máxime que con los documentos que se inconformó son públicos y por ende tienen pleno valor al no probarse la falsedad de su contenido."[124]

Ahora bien, un desconocedor del Derecho de defensa no podrá incluso formular ningún tipo de interrogantes a las personas que depongan en contra del inculpado, pues se debe de seguir una estrategia para realizar cuestionamientos a los testigos de acuerdo con sus testimonios y nos atrevemos a señalar que ni siquiera comprende que es un testimonio, el cual tiene un carácter histórico que se concreta en la declaración narrativa de una

[124] Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XV, Enero de 1995, Tesis: VI.2o. 383 P., pág. 290.

persona, por lo cual testigo es, la persona física que puede suministrar datos sobre algo que percibió y de lo que guarda recuerdo. Los elementos esenciales del testigo son: una percepción, una apercepción y un recuerdo, o sea, recibir una impresión por los sentidos, darse cuenta de esa impresión y guardar memoria de ella. La falta de cualquiera de los elementos señalados hace imposible la calidad de testigo. [125] Así, las declaraciones incluso de menores de edad cuando se observó durante el proceso el adecuado empleo de los términos usados por la testigo, su razonamiento eficiente y sobre todo la energía desplegada al enfrentarse al inculpado adulto, es indubitable que careció de significación que fuera menor de edad, toda vez que debido a la labor judicial analítica mencionada, cumplimentadora de una exigencia técnica de convertirla en "principalísimo objeto de la prueba", dicho testimonio adquirió la calidad de indicio relevante, máxime que los demás elementos del sumario confirman el contenido de sus afirmaciones.

Por otro lado la forma en que se desahoguen esas testimoniales la ley establece que cada testigo será examinado separadamente y sin que se imponga de lo declarado por los demás.

Al respecto cito los siguientes criterios jurisprudenciales:

Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XI, febrero de 2000.Tesis: XII.2o.17 P. Página: 1103.

---

[125] Cfr. RIVERA SILVA, Manuel, op. cit., pág. 249.

"PRUEBA TESTIMONIAL. EL JUEZ CARECE DE FACULTAD PARA APERCIBIR CON DECLARARLA DESIERTA UNA VEZ QUE LA ADMITA, PARA EL CASO DE QUE EL OFERENTE NO PRESENTE A LOS TESTIGOS (CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES). Del artículo 20, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprende como una garantía constitucional del inculpado, que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite siempre que se encuentren en el lugar del proceso. Por otra parte, los artículos 240 al 257 del Código Federal de Procedimientos Penales establecen claramente que el tribunal no podrá dejar de examinar durante la instrucción a los testigos presentes cuya declaración soliciten las partes, y que también mandará examinar, según corresponda, a los testigos ausentes, sin que esto estorbe la marcha de la instrucción ni la facultad del tribunal para darla por terminada cuando haya reunido los elementos bastantes; empero, ninguno de dichos preceptos así como algún otro de ese cuerpo de leyes, contiene disposición alguna que faculte al Juez para que, al admitir la prueba testimonial, aperciba con declararla desierta si la defensa no presenta a los testigos en la fecha y hora señalados para su desahogo, pues en todo caso, el propio código adjetivo citado establece en su artículo 44, los medios de apremio de que dispone el juzgador para hacer cumplir sus determinaciones, y en sus artículos 73 a 85 instrumenta todo un capítulo relativo a las citaciones de las personas que están obligadas a presentarse ante los tribunales. Por tal razón, tanto el apercibimiento que dicte el Juez en el sentido indicado, como la propia declaratoria de deserción de la prueba testimonial por no haberse cumplido el requerimiento, son determinaciones que se apartan de los preceptos legales que regulan la admisión y desahogo de las pruebas en el procedimiento penal federal; y como la información que proporcionan los testigos relacionados con

los hechos pueden revelar algún dato de interés en el asunto, los señalados autos de apercibimiento y cumplimiento del mismo, constituyen una violación procesal que afecta la defensa del quejoso y trasciende al resultado del fallo, conforme a lo dispuesto por el artículo 160, fracción VI, de la Ley de Amparo".

Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XCV. Página: 350

"TESTIGOS EN EL PROCESO, FALTA DE EXAMEN DE LOS. Si el quejoso alega que no se examinó, a cierto testigo, y la prueba de su responsabilidad se ha fundado en su expresa confesión, aunque dichos testigos la corroboren se tendrá que llegar al mismo resultado, por lo que se hace necesario la reposición del procedimiento, dándosele en obvio de trámite, pleno valor probatorio a su confesión."

Quinta Época. Instancia: Cuarta Sala Fuente: Informes. Tomo: Informe 1942. Página: 117

"TESTIGOS. SU CITACIÓN. La firmeza de una resolución judicial que ordena la citación de testigos, no puede invocarse para llegar al absurdo de esperar indefinidamente que el testigo sea localizado, después de que en numerosas ocasiones se intentó notificarle o citarle, sin lograrlo, por estar ausente y desconocerse su residencia y domicilio."

Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: V, Febrero de 1997. Tesis: XIV.2o.51 P. Página: 802

"TESTIGO LIGADO AL INCULPADO. EL HECHO DE NO ESTAR OBLIGADO A DECLARAR NO LO EXIME DEL DEBER DE PRESENTARSE ANTE EL JUEZ A MANIFESTAR SU VOLUNTAD. Es inexacto que el Derecho de no ser obligado a declarar, que la ley le confiere al que esté ligado con el inculpado por amor, respeto, gratitud, cariño o estrecha amistad, sea susceptible de ejercerse no asistiendo a la audiencia que con motivo de su comparecencia tenga lugar, dado que si bien es verdad que el Derecho a no rendir declaración le asiste, no debe soslayarse que corresponde a la autoridad judicial verificar el vínculo con el imputado, pues de lo contrario, la regla general de que está obligado a declarar todo aquel a quien le consten hechos relacionados con ilícitos, quedaría sujeta al arbitrio personal, además de que el testigo puede hacerse acreedor a cualquiera de las medidas de apremio decretadas por el Juez responsable, y su conducta omisiva se ubica en el delito de desobediencia y resistencia de particulares."

Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XIV, Agosto de 1994. Tesis: VI. 2o. 128 P. Página: 671

"TESTIGOS. PARIENTES O AMIGOS DE LA PERSONA EN FAVOR DE QUIEN DEPONEN. VALOR DE SUS DECLARACIONES. Si bien en materia penal no existen tachas y el hecho de que un testigo tenga lazos de

parentesco o íntimos de amistad con la persona en favor de cuyos intereses depone, no invalida su declaración, justificadamente, debe negársele eficacia probatoria cuando con relación al testimonio concurra otro dato que permita desconfiar de su veracidad, como sería que fuera muy lejano de los hechos, detallado o coincidente con otro también extemporáneo."

Séptima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 151-156 Sexta Parte. Página: 47

"COACUSADOS PARIENTES DEL ACUSADO, DECLARACIÓN DE LOS. SU EFICACIA PROBATORIA. Es inexacto que la imputación que al inculpado le haga un hermano sobre su participación en el delito, carezca de eficacia probatoria, por no habérsele hecho saber previamente el contenido del artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues tal dispositivo no tiene aplicación en el caso, si la imputación de referencia la hizo el hermano del acusado a éste, en su carácter de coacusado, y no de simple testigo."

Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 90 Segunda Parte. Página: 45

"TESTIMONIO CONYUGAL, VALOR PROBATORIO DEL. El artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, dice que no se obligará a declarar al cónyuge del inculpado, más no que debe advertírsele que tiene Derecho a no declarar en contra de él; por lo cual, si no consta en autos que

el cónyuge haya sido obligado a declarar, la declaración de éste tiene valor igual."

Séptima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 80 Sexta Parte. Página: 81

"TESTIGOS. NOMBRE EQUIVOCADO O INCOMPLETO. En la actualidad, es generalizada costumbre y verdadero hecho notorio, que por falta de comunicación humana no se conozcan los nombres y apellidos exactos de las personas con las que habitualmente se trata; consecuentemente, cuando por razonables circunstancias es perfectamente lógico y posible suponer que el testigo propuesto es quien comparece a rendir declaración, no obstante existir cierta disparidad en el nombre proporcionado por el oferente y el que da el testigo al rendir sus generales o bien que se omitió proporcionar alguno de sus dos nombres y apellidos, resulta injustificado desechar la referida testimonial y declarar desierta la prueba, si además no existe el menor indicio que pueda sugerir que se intenta la suplantación de la persona originalmente propuesta como testigo."

Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIII, Abril de 2001. Tesis: III.2o.P.72 P. Página: 1112.

"PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIA PENAL. ES INDEBIDO EL APERCIBIMIENTO QUE CONDICIONA SU DESAHOGO A LA

PRESENTACIÓN DEL PLIEGO DE PREGUNTAS. No es ajustado a Derecho el actuar del juzgador, al condicionar el desahogo de una prueba testimonial ofrecida por el inculpado, mediante apercibimiento, para que a más tardar en la hora y fecha fijadas para su desahogo presente el pliego de preguntas a formular a los testigos de mérito y que, de no hacerlo, declarará desierta dicha prueba, toda vez que ni en el Código Federal de Procedimientos Penales, ni en alguna otra ley, existe disposición que faculte al Juez o tribunal a proceder en ese sentido; por el contrario, de acuerdo con el artículo 249 del código procesal en mención, en el desahogo de la audiencia, los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que tengan escritas, además, el Juez o tribunal tendrá la facultad de desechar las preguntas que a su juicio o por objeción de parte sean impertinentes o inconducentes, y para interrogar a los testigos sobre los puntos que estime conveniente; de ahí que dicho apercibimiento pugne con las formalidades esenciales del procedimiento, al no recibirse la prueba con arreglo a Derecho, porque dicha irregularidad afecta las defensas del quejoso que amerita la reposición del procedimiento, acorde con lo dispuesto por el artículo 160, fracción VI, de la Ley de Amparo."

Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: I, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1988. Página: 202.

"CONFRONTACIÓN. A QUIEN COMPETE PROVEERLA Y LA NECESIDAD DE SU DESAHOGO. De conformidad con los términos de los artículos 258 y 259 del Código Federal de Procedimientos Penales, cabe concluir que es el juez de los autos a quien discrecionalmente compete

proveer sobre el desahogo de la confrontación, ya oficiosamente o a solicitud de parte, dada la finalidad de la misma; la cual, por ser una prueba auxiliar de la testimonial, su propósito es el de que "el que declare no puede dar noticia exacta de la persona a quien se refiera, pero exprese que podrá reconocerla si se le presentare... (y) lo mismo se hará cuando el que declare asegure conocer a una persona y haya motivos para sospechar que no la conoce". Si dicha diligencia no se practicara, siendo necesaria, o se desahogare en forma distinta de la prevenida por la ley, hace procedente la reposición del procedimiento en términos de la fracción IV del artículo 160 de la Ley de Amparo."

Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XI, Mayo de 2000. Tesis: XXI.1o.49 P. Página: 944.

"INFORME POLICÍACO. EL RENDIDO ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA NO REQUIERE DE RATIFICACIÓN ANTE EL JUEZ PARA QUE SURTA EFECTOS. Conforme al artículo 272 del Código Federal de Procedimientos Penales, los documentos privados y la correspondencia procedente de uno de los interesados, que se presenten por otro, se reconocerán por aquél; para tal objeto se le mostrarán originales y se le dejará ver todo el documento; sin embargo, esta exigencia no aplica a los informes que durante la indagatoria criminal realizan los cuerpos policiacos en auxilio del órgano persecutor de delitos, porque no se trata de un documento privado ni de correspondencia de una de las partes, sino de una actuación realizada en la averiguación previa, que como tal no requiere de ratificación ante el Juez instructor para que tenga validez."

En ese orden de ideas, hoy en día no es necesario que las pruebas sean plenas sino que sólo sean indicios, entendiéndose al "indicio" como una circunstancia cierta de la que se puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia (o inexistencia) de un hecho a probar; por tanto, la convicción indiciaria se basa en un silogismo en el que la premisa mayor (abstracta y problemática), se funda en la experiencia o en el sentido común, la premisa menor (concreta y cierta) se apoya o constituye la comprobación del hecho, y la conclusión, sacada de la referencia de la premisa menor a la premisa mayor, el indicio, por consiguiente, se diferencia de la presunción en que el dato genérico y probable agrega el dato específico y cierto, a lo abstracto une lo concreto; de lo que antecede ya se desprende sin dificultad que requisito primordial de la prueba indiciaria es la certeza de la circunstancia indiciante, o sea, que el indicio presupone necesariamente la demostración de circunstancias indispensables por las que se arguye indirecta pero lógicamente el hecho que hay que probar mediante un proceso deductivo, con la misma certeza que da la prueba directa, por lo tanto no se necesita de la imputación directa en contra del inculpado para tener por acreditada su probable responsabilidad en la comisión de un delito, la prueba circunstancial o presuntiva adquiere suma importancia, pues es el resultado de la apreciación en conjunto de los datos arrojados por la averiguación, los cuales no deben considerarse en forma aislada, puesto que cada uno constituye un indicio que concatenados en forma lógica y natural con los demás, llevan al conocimiento de la verdad que se busca; al respecto se cita la siguiente tesis jurisprudencial:

"PRUEBA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL. En materia penal, el indicio atañe al mundo de lo fáctico, porque es un hecho

acreditado que sirve de medio de prueba, ya no para probar, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido; es decir, existen sucesos que no se pueden demostrar de manera directa por conducto de los medios de prueba regulares como la confesión, testimonio o inspección, sino sólo a través del esfuerzo de razonar silogísticamente, que parte de datos aislados, que se enlazan entre sí, en la mente, para llegar a una conclusión."[126]

De ahí la trascendencia de contar con una defensa adecuada por parte del inculpado, pues también dichos indicios sirven para obtener una sentencia absolutoria o condenatoria, sin embargo, al crearse la duda jurídica, se pueden perder el valor de los indicios para poder considerarlos como prueba plena. Esto significa que para que la prueba circunstancial pueda tener pleno valor acreditativo, deben existir una serie de indicios que de manera lógica permitan inferir la comisión del evento delictivo. Sentado lo anterior, es conveniente formular la siguiente reflexión: Hay casos en los que si bien existen ciertos indicios que pudieran presumir la comisión de un delito, en contrapartida, existen otros que pudieran determinar que el ilícito no se perpetró. Esta situación puede provocar una duda razonable sobre la realización del hecho delictivo. Ahora bien, si existen tanto una serie de indicios que no favorecen al acusado, como otros que le benefician; y unos y otros tienen más o menos el mismo valor convictivo, resulta evidente que no puede integrarse la prueba circunstancial para considerar demostrada en forma plena la materialidad del ilícito. Lo anterior es axiomático: si hay duda sobre la comisión de un ilícito es obvio que no puede estimarse plenamente probado el tipo delictivo.

---

[126] Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: V, Junio de 1997, Tesis: 1a./J. 23/97, pág. 223.

En consecuencia, la persona de confianza al ser un sujeto procesal que jurídicamente no está autorizado por el Estado para ejercer la profesión de licenciado en Derecho debe su naturaleza y carácter ser precisados y delimitados tanto en la Ley Fundamental como en los Procedimientos Penales. La naturaleza de la persona de confianza no es la de ser un defensor, puesto que carece de los requisitos legales para ejercer la abogacía, por lo que su función debe corresponder a la de un asistente del inculpado durante los procedimientos y el proceso penal, sin tener injerencia en ningún acto de la defensa ya que ésta por definición debe estar encomendada a un profesional del Derecho.

Se le debe dar a la persona de confianza el carácter que por su naturaleza le corresponde y que es la de un asistente del inculpado, esto es, una persona que auxilia, acompaña y ayuda al imputado durante la tramitación del proceso y de los procedimientos, pero sin participar de las características del ejercicio de la abogacía.

El Código Federal de Procedimiento Penales al dar lugar al supuesto de que el inculpado pueda ser defendido por una persona de confianza que tenga cédula profesional de Licenciado en Derecho se refiere al abogado de confianza pero no al sujeto procesal denominado persona de confianza por nuestra Constitución mismo que de acuerdo a ésta puede conceptuarse como el defensor que carece de la mencionada licencia para ejercer dicha profesión.

Por lo anterior, se considera que la persona de confianza debe

desaparecer de la averiguación previa, pues esa permisidad, no es deseada por los conocedores de la Ciencia del Derecho, ya que sólo trae consigo corrupción.

4.4. PROPUESTAS, REFORMAS, ADICIONES Y SOLUCIONES.

Aun cuando existen diversas disposiciones que regulan el Derecho de defensa, las mismas no sientan las bases para hacer verdaderamente efectivo tal Derecho.

Encontramos que en la averiguación previa, el indiciado tiene la posibilidad de ofrecer pruebas, sin embargo, el período de duración de la misma cuando existe detenido generalmente en la práctica resulta ilusorio, y así queda sin posibilidades reales de defensa.

Así también cuando el inculpado ha ofrecido pruebas en la averiguación previa y su desahogo no es posible, y siendo que se le reservan sus derechos para hacerlos valer ante la autoridad judicial, es de mencionar que tal ofrecimiento por lógicas razones de conservar su plena vigencia una vez que ha sido puesto a disposición del órgano jurisdiccional, de manera tal que ya no tuviera la carga de nuevamente ofrecer tales probanzas, sino que el juez de oficio, debería proveer inmediatamente su desahogo dentro del término constitucional para hacer más expedito el procedimiento.

Si bien es cierto que las pruebas que fueron ofrecidas por el inculpado y/o por su defensor en la averiguación previa correspondía su admisión y desahogo al Ministerio Público integrador de la misma, quien desde luego en vez de proveer lo conducente para el inmediato desahogo de ellas, da prioridad al desahogo de las pruebas que le interesan para incriminar al inculpado, ya que en la actualidad la institución del Ministerio Público se ha concretado a recabar las pruebas que perjudiquen al indiciado, sin tener en cuenta que se debe encargar de investigar a fondo el hecho posiblemente ilícito puesto en su conocimiento, buscando ante todo la verdad real; realizando de hecho una investigación de manera unilateral en perjuicio del inculpado o indiciado; deja de proveer respecto a las pistas de investigación propuestas por el inculpado, y sus peticiones le son reservadas para que en caso de insistir sean proveídas dentro del proceso ante el órgano jurisdiccional. Cierto es también, que puesto a disposición del juez, se encuentra la mayoría de las veces limitado por situaciones reales y concretas para poder promover lo conducente ante dicho órgano de jurisdicción pues en tratándose de indiciados que no son sometidos a prisión preventiva, tienen en su contra el desconocimiento del procedimiento, y quienes se encuentran privados de su libertad personal, el no poder acudir directamente ante la persona o personas que consideren pueden auxiliarlos en un problema de esa magnitud; por consiguiente, es reiterada la situación de que aún cuando los indiciados ofrecieron pruebas en la averiguación previa, al no haberse desahogado las mismas en aquélla, no vuelven a reiterar su ofrecimiento ante el juez de la causa en el término constitucional de las setenta y dos horas, ocurriendo también que aun cuando las reiteran, siendo que esto lo hacen después de haberse radicado los autos y haberles notificado el mismo, ya ha transcurrido un tiempo avanzado de la dilación constitucional de las setenta y dos horas, que se ve aun más mermado si se tiene en consideración que tendrá necesidad de formular su escrito de ofrecimiento o reiteración de

pruebas y el necesario para que la autoridad jurisdiccional lo acuerde y le notifique para cuando, de acuerdo a su agenda de trabajo, se podrán recepcionar tales probanzas, que lógicamente será en tiempos muy apresurados dado que debe ser en el procedimiento de preinstrucción, por lo que más seguro es que el inculpado, ya sea en libertad o preso, no pueda reunir a sus testigos o peritos o cualquiera otra persona que tenga que ver con el desahogo de su probanza, y consecuentemente, el Derecho de defensa que se encuentra tutelado en la Carta Magna, materialmente no se llega a hacer efectivo por las condiciones de hecho analizadas, realidad de nuestro sistema procesal penal.

El hecho formal de que la averiguación previa haya sido consignada ante el órgano jurisdiccional, no cambia en lo absoluto la voluntad del posible sujeto activo del delito y/o su defensor, de que se desahoguen las pruebas que han ofrecido, y por ello el juez debe en el momento mismo en que el inculpado queda a su disposición, proveer respecto al desahogo de las pruebas que el inculpado y/o su defensor ofrecieron en la averiguación previa, y éstas no fueron desahogadas.

La Constitución Federal aun cuando menciona como principio de la defensa que sea adecuada, objetivamente no se puede sostener que los actos de defensa realizados por una persona que no sea perito en Derecho puedan satisfacer la mencionada exigencia constitucional. La defensa debe ser profesional, esto es, debe ser encargada a un profesional de Derecho, que tenga expedida a su favor cédula profesional.

Aún más, a pesar de que encontramos diversas disposiciones procedimentales que tratan de hacer efectivo el Derecho a una defensa adecuada, imponiendo al juez la carga de designar defensor de oficio cuando el inculpado designa como su defensor a persona o personas de su confianza tituladas, esto produce en la práctica jurídica que no haya coherencia y eficacia en la defensa y que ninguno de los sujetos procesales mencionados asuma plenamente su cometido. Así vemos, que el defensor de oficio al darse cuenta de que en un proceso existe designada persona de confianza para que defienda al procesado, se concreta a recibir notificaciones de la causa y llenar los libros administrativos de control que en su institución se encuentran confeccionados al efecto, sin asumir un papel activo, posiblemente esperando a solicitar el cierre de la instrucción; que se le tengan por formuladas conclusiones, solicitando se le absuelva por considerarlo inocente o apelando a la bondad del juzgador, para que en caso de encontrarlo culpable le imponga la pena mínima; y una vez que el juez condena interponer el recurso de apelación. Cuando el expediente se encuentra en la alzada para el trámite de la apelación interpuesta en contra de la sentencia condenatoria, nuevamente se presenta la persona de confianza, se le discierne el cargo, pero puede observarse que en términos generales no expresa agravios; menos aún hace uso del Derecho de ofrecer pruebas, para defender los derechos e intereses de su defenso de acuerdo a las normas y términos de la tramitación del recurso de apelación. Por lo cual, nuevamente se deja desprotegido materialmente, sin defensa al sentenciado, quien deberá de estarse a lo que el criterio del órgano de apelación considere que dentro de su mando que es el proceso, en el que evidentemente no existe prueba a favor del aquél, a quien la Constitución otorga tantos derechos, pero que en los hechos, sigue tan desvalido, indefenso, vulnerable como en aciagas pretéritas épocas que a pesar de contar con una persona de confianza, de un defensor de oficio, y demás garantías y derechos no los pudo hacer efectivos,

en virtud de que las instituciones, dependencias u órganos oficiales que tienen que ver con estas materias, por la manera como se encuentran establecidas, funcionan y operan preponderantemente para hacer efectivas las atribuciones, las facultades, las obligaciones, las pretensiones, etc., de que se encuentran investidos todos esos organismos por el sistema jurídico vigente, con la finalidad de asegurar, de crear las condiciones necesarias para que el inculpado al definir su situación jurídica se le declare formalmente preso, tratándose de proceso con detenido; y que en su oportunidad se le dicte la sentencia condenatoria correspondiente.

Es de advertir, que aún cuando la persona de confianza no realice una defensa adecuada del inculpado u omita realizar los actos tendientes a lograr aquélla, no le genera ningún tipo de responsabilidad, pues como se trata de alguien que carece de título profesional, de cédula profesional y en fin de aptitud legal para el ejercicio de la profesión de abogado, no le alcanzan en el aspecto formal los supuestos jurídicos establecidos en las leyes para aquéllos que resulten responsables profesionalmente de realizar actividades ilícitas o deshonestas en el ejercicio de las actividades que tengan dicho carácter. En tal virtud se hace necesario definir tanto en la Constitución Federal como en la legislación procesal penal, de manera congruente y correcta el alcance y carácter que tiene y debe tener la figura del defensor o persona de confianza del inculpado o procesado con el objeto de que asuma y adopte la de una institución o figura jurídica que tenga por objeto prestar todo el auxilio, apoyo o asistencia que le es necesario al individuo con motivo de su situación del inculpado o procesado, sin más límite que el respeto a los intereses de terceros y sin reconocerle ningún carácter o personalidad como defensor, todo lo cual significa que con motivo del ejercicio del cargo de persona de confianza, quien lo realice podrá incluso coadyuvar y auxiliar al defensor en el

ejercicio de su cargo.

Se realizan las siguientes propuestas:

PRIMERA.- Reformar el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que el término de retención en la averiguación previa, se pueda duplicar únicamente a petición del inculpado, por sí o por medio de su defensor, y para el solo efecto de que se desahoguen las pruebas que en el trámite de la averiguación hayan sido ofrecidas por el propio inculpado o por su defensor, para lo cual la Ley secundaria deberá establecer que el Ministerio Público previamente debe tener como defensor del inculpado al particular profesional que aquél haya designado o en su defecto al de oficio federal de su adscripción.

SEGUNDA.- Adición de una fracción al artículo 20 de la Constitución Federal, para establecer el Derecho del inculpado a ser asistido durante la averiguación previa y en el proceso penal por una persona de su confianza sin reconocerle ninguna atribución de defensor, sino únicamente de asistente o auxiliar del inculpado.

TERCERA.- Reforma al artículo 20 de la Constitución Federal en su fracción III del apartado "A" para establecer el Derecho del inculpado a que se le haga saber inmediatamente de que quede a disposición de la autoridad judicial, en diligencia formal, el Derecho que tiene de designar defensor para que desde ese momento lo haga, y hecho que sea se le informe de todos los

demás derechos que le otorga la Ley Fundamental; estableciendo además que el juzgador deberá, en audiencia pública y dentro de las veinticuatro horas siguientes en que quede a su disposición, tomar, su declaración preparatoria con los requisitos constitucionales.

CUARTA.- Para cumplir con espíritu del penúltimo párrafo del artículo 20 de la Constitución Federal, relacionado con la fracción V apartado "A" del mismo numeral constitucional, el Código Federal de Procedimientos Penales deberá normar una obligación a cargo del juzgador de proveer inmediatamente de la consignación del inculpado el desahogo de las pruebas ofrecidas por éste en la averiguación previa que no fueron desahogadas en aquella etapa, sin necesidad de que se reitere el ofrecimiento de las pruebas para el inculpado.

QUINTA.- Reforma a la fracción IX del apartado "A" artículo 20 de la Constitución Federal, para suprimir la intervención de la persona de confianza en la defensa del inculpado. Precisando que ésta quedará únicamente a cargo de un profesional del Derecho, particular o en su defecto el de oficio hoy público.

Finalmente, para el actual apartado empleamos el método sistemático, el cual nos permitió considerar los conjuntos legislativos y jurisprudencias para la observancia concreta del Derecho y hace posible que las interpretaciones literales de las disposiciones jurídicas se complementen con los textos legales.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Derecho de defensa se encuentra consagrado en la Constitución Política, el cual debe de ser observado en todo procedimiento del orden penal, tanto en la averiguación previa como en el proceso penal.

SEGUNDA.- Para hacer efectivos los derechos e intereses del inculpado se deben de cumplir los siguientes derechos: El Derecho a ser informado de la acusación; el Derecho a declarar o a no hacerlo; el Derecho a ofrecer pruebas y el Derecho de designar defensor.

TERCERA.- El Derecho de defensa en la averiguación previa cuando se ha decretado la retención del indiciado se hace nugatorio al no poder el inculpado desahogar las pruebas que ha ofrecido por lo restringido del término para integrar la averiguación previa de cuarenta y ocho horas, cuya situación al dictarse la resolución que corresponda causará un perjuicio.

CUARTA.- El Derecho de defensa consagrado en el Código Federal de

Procedimientos Penales al indiciado desde el momento de su aprehensión es nugatorio al no establecerse en el ordenamiento procesal citado medio alguno para que designe defensor.

QUINTA.- El término constitucional de setenta y dos horas para que se resuelva la situación jurídica del inculpado, no es suficiente para que el indiciado pueda hacer efectivo su Derecho de defensa, pues el término de cuarenta y ocho horas dentro del cual puede el inculpado rendir su declaración preparatoria representa de hecho un tiempo desaprovechado para que el inculpado pueda hacer efectivo su Derecho de defensa, ya que hasta ese momento puede designar defensor y desahogar las pruebas; lo que representa que el indiciado sólo cuenta con veinticuatro horas para desahogar las probanzas que haya ofrecido y en el supuesto de que él o su defensor haya solicitado la ampliación del término constitucional contará con otras setenta y dos horas lo que traduce en que aun cuando se actualice este último supuesto sólo tendrá noventa y seis horas para efectuar su defensa, lo que al no ser materialmente posible el desahogo de las probanzas por él ofrecidas, redundará en su perjuicio al resolverse su situación jurídica.

SEXTA.- La Constitución Política al establecer la defensa del inculpado por un sujeto no profesional del Derecho denominado persona de confianza desnaturaliza el carácter que debe tener el defensor penal, que por los aspectos técnicos del procedimiento penal y la necesidad de hacer efectivos los derechos e intereses de toda persona sujeta a un procedimiento o procesos penales, requiere de conocimientos profesionales en la ciencia jurídica que sólo son satisfechos por quien tiene título profesional de licenciado en Derecho debidamente registrado ante la autoridad competente,

es decir, licencia otorgada por el Estado para ejercer la abogacía.

SÉPTIMA.- La figura procesal de la persona de confianza del inculpado debe tener en todo procedimiento o proceso del orden penal, delimitando su función en atención a su naturaleza de ser sólo un asistente o auxiliar del inculpado, pero sin estar a su cargo y por ende sin tener injerencia en los actos de defensa del imputado, que por definición deben estar encomendados a un abogado.

OCTAVA.- El Código Federal de Procedimientos Penales al imponer al juzgador la obligación de designar un defensor de oficio en el supuesto en que el inculpado designe como defensores a persona o personas de su confianza no tituladas desnaturaliza la función del defensor de oficio como profesional de la ciencia jurídica al limitar aquélla a la de ser un mero asesor, orientador o consejero de la persona o personas de confianza del inculpado sin tener en cuenta que el defensor de oficio como persona jurídicamente idónea para llevar a cabo una defensa encuentra en la función de asesor una restricción para el logro de la tarea que en razón de su cargo está llamado a realizar.

NOVENA.- Para la real concreción de la garantía constitucional de defensa adecuada del inculpado se deben establecer mecanismos jurídicos tales como términos que por su amplitud permitan al indiciado allegar de manera eficaz todos los elementos probatorios a la averiguación previa y al proceso penal, necesarios para la defensa de sus intereses y derechos para un necesario equilibrio frente al órgano del Estado titular de la acción penal

que tiene por objeto encaminar su actuación a fincarle la responsabilidad de hechos delictuosos y de este modo llevar al terreno de los hechos la pretensión punitiva. Deben establecerse por ello normas que contengan obligaciones, para que el juzgador provea inmediatamente el desahogo de las pruebas que el inculpado haya ofrecido en la averiguación previa.

DÉCIMA.- La lógica del proceso penal exige que en equilibrio a la actuación del Ministerio Público, la institución de la defensa esté dotada de la infraestructura que coadyuve a lograr el fin de la defensa adecuada, para lo que se hace indispensable que el defensor sea jurídicamente apto para desempeñar la defensa contando con cédula profesional de licenciado en Derecho, experiencia profesional y con los auxilios o apoyos necesarios de personal capacitado, como cuerpos de peritos a los cuales pueda recurrir en cualquier momento obteniendo una respuesta expedita.

BIBLIOGRAFÍA
DOCTRINAL.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, DERECHO PROCESAL, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tomo II, México, 1969.

CARNELUTTI, Franceso, EL DELITO, Ediciones Jurídicas Europea América, Buenos Aires, 1952.

_____DERECHO PROCESAL PENAL ,Oxford, México. 1999.

_____COMO SE HACE UN PROCESO, Ediciones Jurídica.

CASTELLANOS, Fernando, LINEAMINETOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL, 31ª edición, Porrúa, México, 1992.

COLÍN SÁNCEZ, Guillermo, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, 17°edición, Porrúa, México, 1998.

DE PINA, Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO, 15ª edición, Porrúa, México, 1988.

DEL CASTILO DEL VALLE, Alberto, GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL, Duero, México, 1992.

_____LEY DE AMPARO COMENTADA, Duero, México, 1992.

DICCIONARIO ENCICOPÉDICO BRUGUERA, Editorial Bruguera Mexicana de Ediciones, 16 vols., Tomo II. México 1979.

ESCRICHE, Joaquín, DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, Bauret, México, 1885.

FIX ZAMUDIO, Héctor, MINISTERIO PÚBLICO, en Diccionario jurídico mexicano, UNAM, México,1981.

FLORESGÓMEZ GONZALEZ, Fernando y MORENO CARVAJAL, Gustavo, NOCIONES DE DERECHO POSITIVO MEXICANO, 17ª edición, Porrúa. México 1979.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. 41ª edición, Porrúa, México 1990.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Porrúa, México, 1978.

_____JUSTICIA PENAL,Porrúa, México,1982.

GARCÍA, RAMÍREZ, SERGIO Y ADATO GREEN Victoria, PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO, 9ª edición, Porrúa, México, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, CONCEPTO Y METODO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL. Tecnos, Madrid España, 1999.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. 10°edición, Porrúa, México, 1959.

GÓMEZ LARA, Cipriano, TEORÍA GENERAL DEL PROCESO, 9ª edición, Harla, México, 1998.

GUARNERI, José, LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL, José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1952.

Instituto de Investigaciones de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. VOLUMEN "A-CH". 7° edición, Porrúa, México, 1994.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, LECCIONES DE DERECHO PENAL, Oxford, volumen 3, México, 1999.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, TRATADO DE DERECHO PENAL, Losada. Buenos Aires, 1956.

KOHLER J. EL DERECHO DE LOS AZTECAS. Traducción del alemán por el Licenciado Carlos Robalo y Fernández, Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México, 1924.

LEONE, Giovanni, TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Ediciones Jurícas, Europa-América. Buenos Aires.

LOJERA BARRERA, Eduardo, DICCIONARIO JURÍDICO DE DERECHO PROCESAL, Harla, México, 1997.

LOPEZ LEYVA, Jesús, LA DEFENSA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA, Anuario Jurídico UNAM, año 1985, Tomo XII.

LUNA RAMOS, Bernabé, LA DEFENSA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA, Anuario Jurídico UNAM, Año 1985, Tomo XII.

MANZINI, Vicenzo, TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Egea, Buenos Aires.

MEZGER, Edmundo, DERECHO PENAL. 4º edición, Bibliográfica. Buenos Aires, Argentina., 1954.

MUNOZ CONDE, Francisco, TEORÍA GENERAL DEL DELITO, 2º edición, Temis, Colombia, 1999.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Francisco Seis, Tomo VI, Barcelona España, 1975.

OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Voz Abogado en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo I-A, Driskill, Buenos Aires. 1986.

ORONOZ SANTANA, Carlos, MANUAL DEL DERECHO PROCESAL PENAL, 3ª edición,

Limusa, México, 1996.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, DERECHO POSITIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS, Debate, Madrid, 1987.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, TEORÍA DEL DELITO, UNAM, México, 1998.

QUINTANILLA VALTIERRA, Jesús y otro, MANUAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Trillas, México, 1995.

RIVA PALACIO, D. Vicente y otros, MÉXICO A TRAVÉS DE LOS SIGLOS, séptima edición, Cumbre, Décimo Tomo II, México, 1981.

RIVERA SILVA, Manuel, EL PROCEDIMIENTO PENAL, 18ª edición, Porrúa, México, 1989.

SILVA, Armando V. Voz Defensa en Juicio en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo VI, Drikill, Buenos Aires, 1997.

SILVA SILVA Jorge Alberto. DERECHO PROCESAL PENAL.2ª edición, Oxford, México, 2000.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. DERECHO PROCESAL PENAL. Ed. Harla. Segunda edición, México. 1995.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *MANUAL DEL JUICIO DE AMPARO,* 2° edición, Themis, México, 1996.

VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, LA DEFENSA PENAL, 3°edición, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1996.

ZAFARONNI, Eugenio Raúl, TRATADO DE DERECHO PENAL. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.

ZAMORA-PIERCE, Jesús, GARANTÍAS Y PROCESO PENAL. 10ª edición, Porrúa, México, 2000.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. CONTRATOS CIVILES.3° edición, Porrúa, México, 1989.

BIBLIOGRAFÍA
LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DC. Compila IV, Poder Judicial de la Federación, México,2001.

Código Penal Federal. DC. Compila IV, Poder Judicial de la Federación, México,2001.

Código Federal de Procedimientos Penales. DC. Compila IV, Poder Judicial de la Federación, México,2001.

Ley Federal de Defensoría Pública. DC. Compila IV, Poder Judicial de la Federación, México,2001.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. DC. Compila IV, Poder Judicial de la Federación, México,2001.