

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 879309



**LA DEFENSA EN MATERIA PENAL FEDERAL
DEBE SER EXCLUSIVA DE UN ABOGADO.**

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

CARLOS GABINO GONZÁLEZ MORENO.

Asesor: Lic. Rogelio Llamas Rojas.

Celaya, Guanajuato.

Octubre 2007.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Doy gracias a mi padre y madre por haberme dado la vida, por todos los esfuerzos que hicieron por mi de forma tan desinteresada, y espero ser la gran flecha que con mucha paciencia labraron, apuntaron y dispararon a ese gran universo que llamamos vida.

También agradezco a mi hermana esa gran amiga y cómplice que he tenido desde el día que nació.

A Ceci, por ser una gran pareja y la causante de tantas emociones hermosas durante estos dos últimos años de mi vida.

A Valentina, por ser el milagro que eres, y recordarme el espíritu de lucha que todos debemos tener.

A todos mis amigos y amigas que nunca dejaron de animarme en todos estos años para culminar este trabajo de tesis.

Í N D I C E

<u>INTRODUCCIÓN</u>	
<u>CAPITULO 1</u>	1
<u>LA PERSONA</u>	1
<u>1.1.- ANTECEDENTES</u>	1
<u>1.1.1.- DEFINICIÓN DE DERECHO</u>	2
<u>1.1.2.- DERECHO SUBJETIVO Y OBJETIVO</u>	2
<u>1.2.- LA PERSONA</u>	3
<u>1.3.- TEORÍAS DE LA PERSONALIDAD</u>	4
<u>1.4.- ATRIBUTOS DE LA PERSONA</u>	8
<u>1.4.1.- CAPACIDAD</u>	9
<u>1.4.2.- CONCEPTO</u>	9
<u>1.4.3.- CLASIFICACIÓN</u>	10
<u>1.4.3.1.- DE GOCE</u>	10
<u>1.4.3.2.- DE EJERCICIO</u>	11
<u>1.4.3.3.- INCAPACIDAD LEGAL Y NATURAL</u>	13
<u>1.5.- LA REPRESENTACIÓN</u>	15
<u>1.5.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS</u>	15
<u>1.5.2.- TEORÍAS DE LA REPRESENTACIÓN</u>	18
<u>1.5.3.- TIPOS DE REPRESENTACIÓN PROCESAL</u>	20
<u>CAPITULO 2</u>	26
<u>GENERALIDADES DE LA CAPACIDAD EN RELACIÓN AL ABOGADO Y EJERCICIO DE DEFENSA</u>	26
<u>2.1.- ANTECEDENTES DE LA ABOGACÍA</u>	26
<u>2.1.1.- ROMA</u>	26
<u>2.1.2.- EDAD MEDIA</u>	27
<u>2.1.3.- ESPAÑA</u>	27
<u>2.1.4.- VIRREINATO</u>	27
<u>2.1.5.- MÉXICO INDEPENDIENTE</u>	28
<u>2.1.6.- MÉXICO ACTUAL</u>	29

<u>2.2.- CONCEPTO DE ABOGADO</u>	30
<u>2.2.1.- PUNTO DE VISTA FILOSÓFICO</u>	30
<u>2.2.2.- PUNTO DE VISTA JURÍDICO</u>	33
<u>2.3.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEFENSOR</u>	33
<u>2.4.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DEFENSOR</u>	34
<u>2.5.- DERECHO DE DEFENSA Y SU CONCEPTO</u>	38
<u>2.5.1.- DERECHO DE DEFENSA</u>	38
<u>2.5.2.- CONCEPTO DE DEFENSA</u>	40
<u>2.6.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ABOGADO</u>	43
<u>2.6.1.- SUJETOS QUE REALIZAN ACTOS DE DEFENSA EN EL</u> <u>DERECHO MEXICANO EN MATERIA PENAL</u>	50
<u>2.6.1.1.- DEFENSA MATERIAL Y TÉCNICA</u>	51
<u>2.6.1.2.- DEFENSOR EN EL PROCESO PENAL</u>	52
<u>2.6.1.3.- DEFENSOR DE OFICIO</u>	54
<u>2.6.1.4.- MOMENTO PROCEDIMENTAL EN QUE SE REALIZA LA</u> <u>DESIGNACIÓN DE DEFENSOR</u>	55
<u>2.6.1.5.- ACEPTACIÓN DEL CARGO Y RENUNCIA AL MISMO</u>	56
<u>2.6.2.- OBLIGATORIEDAD DE LA DEFENSA</u>	58
 <u>CAPITULO 3</u>	 59
 <u>GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL ORDEN PENAL</u>	 59
<u>3.1.- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SU HISTORIA</u>	59
<u>3.1.1.- EL PRIMER CONGRESO CONSTITUYENTE</u>	59
<u>3.1.2.- ACTA CONSTITUTIVA DE LA NACIÓN</u>	61
<u>3.1.3.- TRANSFORMACIÓN IDEOLÓGICA</u>	62
<u>3.1.4.- GARANTIAS INDIVIDUALES EN LA CONSTITUCION DE 1857</u>	63
<u>3.1.5.- CONSTITUCIÓN DE 1917</u>	65
<u>3.1.5.1.- ACONTECIMIENTOS HISTÓRICOS</u>	65
<u>3.1.5.2.- CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917</u>	67
<u>3.2.- ASPECTOS HISTÓRICOS DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN</u> <u>NUESTRO PAÍS</u>	69
<u>3.3.- GARANTÍAS INDIVIDUALES EN EL ORDEN CRIMINAL</u>	73
<u>3.3.1.- CONCEPTO</u>	73
<u>3.3.2.- LOS ELEMENTOS DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES SON:</u>	74
<u>3.3.3.- ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL</u>	76
<u>3.3.3.1.- CONCEPTO DE PRIVACIÓN</u>	80
<u>3.3.3.2.- FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO</u>	81
<u>3.3.4.- ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL</u>	82
<u>3.3.5.- ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL</u>	86

<u>3.3.6.- ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL, APARTADO A, FRACCIONES II Y IX.</u>	89
<u>3.3.6.1.- DECLARACIÓN MINISTERIAL Y PREPARATORIA DEL ACUSADO EN UN JUICIO CRIMINAL.</u>	96
<u>3.4.- VIOLACIONES FORMALES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL (JUICIO DE AMPARO DIRECTO). GENERALIDADES.</u>	102
<u>CAPITULO 4</u>	105
<u>PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL.</u>	105
<u>4.1.- DEFINICIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL.</u>	105
<u>4.2.- PERÍODOS Y FINES DEL PROCEDIMIENTO PENAL.</u>	108
<u>4.3.- SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCESAL PENAL.</u>	111
<u>4.3.1.- EL MINISTERIO PÚBLICO.</u>	112
<u>4.3.2.- EL JUEZ.</u>	115
<u>4.3.3.- EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO.</u>	116
<u>4.3.4.- EL SUJETO PASIVO DEL DELITO, EL OFENDIDO Y LA VÍCTIMA</u>	121
<u>4.3.5.- AUXILIARES DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN LA RELACIÓN PROCESAL. (LA POLICÍA).</u>	122
<u>4.4.- ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.</u>	124
<u>4.4.1.- AVERIGUACIÓN PREVIA.</u>	126
<u>4.4.2.- PREINSTRUCCIÓN.</u>	127
<u>4.4.3.- INSTRUCCIÓN.</u>	128
<u>4.4.3.1.- RADICACIÓN.</u>	128
<u>4.4.3.2.- DECLARACIÓN PREPARATORIA.</u>	132
<u>4.4.3.3.- AUTO DE FORMAL PRISIÓN, SUJECIÓN A PROCESO O DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.</u>	134
<u>4.4.3.4.- PROCEDIMIENTO SUMARIO</u>	136
<u>4.4.3.5.- PROCEDIMIENTO ORDINARIO.</u>	137
<u>4.4.3.6.- AUTO QUE DECLARA AGOTADA LA INSTRUCCIÓN</u>	138
<u>4.4.3.7.- CIERRE DE INSTRUCCIÓN</u>	138
<u>4.4.4.- LAS PRUEBAS.</u>	139
<u>4.4.4.1.- TIPOS</u>	141
<u>4.4.4.1.1.- CONFESIÓN</u>	141
<u>4.4.4.1.2.- INSPECCIÓN</u>	141
<u>4.4.4.1.3.- PERITOS.</u>	142
<u>4.4.4.1.4.- TESTIGOS</u>	143
<u>4.4.4.1.5.- CONFRONTACIÓN.</u>	144
<u>4.4.4.1.6.- CAREOS</u>	144
<u>4.4.4.1.7.- DOCUMENTOS</u>	144
<u>4.5.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA.</u>	146

<u>4.6.- JUICIO. AUDIENCIA FINAL DE</u>	150
<u>4.7.- SENTENCIA</u>	151
<u>4.7.- RECURSOS</u>	152
<u>4.7.1.- REVOCACIÓN</u>	154
<u>4.7.2.- APELACIÓN</u>	154
<u>4.7.3.- DENEGADA APELACIÓN</u>	156
<u>4.7.4.- QUEJA</u>	157
<u>4.8.- INCIDENTES</u>	157
<u>4.8.1.- CONCEPTO</u>	158
<u>4.8.2.- CLASIFICACIÓN DESDE DIFERENTES PUNTOS DE VISTA</u>	160
<u>CONCLUSIONES</u>	
<u>CONCLUSIÓN FINAL</u>	
<u>ANEXO 1</u>	
<u>ANEXO 2</u>	
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	

INTRODUCCIÓN.

El presente tema lo considero para mi de gran importancia, ya que durante los cinco años que me desempeñé como oficial administrativo en el área penal del Juzgado Quinto de Distrito en el estado de Guanajuato, observe en múltiples ocasiones a justiciables la gran mayoría con precaria situación económica, y con una escasa o nula educación, por lo cual puedo asegurar que dichas personas, no obstante de haberseles llevado un proceso judicial en su contra, la gran mayoría poco o nada entendieron de su proceso penal, pero lo más lastimoso es que personas que se ostentaron como abogados y personas de su confianza también poco o nada entendieron de los procesos llevado en contra de sus defensos.

El trabajo que a continuación presento, es con el ánimo a portar un grano de arena más a ese gran desierto que es la disciplina del derecho, y desarrollar el tema si la defensa del justiciable debe de estar a cargo de un licenciado en derecho, o de cual quien persona, es decir como lo establece nuestra constitución “persona de confianza”, figura jurídica que en lo particular creo superada por diversos factores los cuales serán abordados en el presente trabajo.

CAPITULO 1

LA PERSONA.

1.1.- ANTECEDENTES.

El concepto de persona jurídica tiene una larga y complicada historia. Es el fruto de una lenta y fatigosa elaboración conceptual, en la cual se refleja toda la historia de la dogmática y la experiencia jurídica. Los varios significados de “persona”, los de su equivalente griego y sus derivaciones modernas han sido objeto de muchas controversias entre filólogos juristas, filósofos y teólogos. En la actualidad “persona jurídica” es un término altamente técnico con el cual los juristas normalmente se refieren a una entidad dotada de existencia jurídica, susceptible de ser titular de derechos subjetivos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas.

La etimología de la palabra, no obstante algunos problemas, ha sido claramente establecida. Se ha corroborado ampliamente la percepción de Aulio Gelio de que la locución latina “persona” deriva de *personare*. En todo caso entre los latinos el significado originario de “persona” fue el de “máscara”. Persona designaba una careta que cubría la cara del actor cuando recitaba en una escena. El propósito de la máscara era hacer la voz del actor vibrante y sonora. Poco después, “persona” pasó a designar al propio actor enmascarado: al personaje. Esta transición puede apreciarse en la conocida expresión “*dramatis personae*”, con la que se designaban las máscaras que habrían de ser usadas en el drama.

El significado dramático de persona penetró en la vida social. Por extensión metafórica se aplica a todas las partes que el hombre hace en la

escena de la vida. Así como el actor en el drama, representa la parte de alguno, los individuos en la vida social, representan alguna función.

La persona consecuentemente, funge como algo, hace las veces de algo, protagoniza algo: un papel, una parte, en suma: personifica un papel social.

1.1.1.- DEFINICIÓN DE DERECHO.

Conjunto de normas que regulan la conducta social de los individuos, susceptibles de recibir una sanción política, y que, inspiradas en la idea de justicia, tienden a realizar el orden social.

1.1.2.- DERECHO SUBJETIVO Y OBJETIVO.

El primero, es un poder, porque el individuo está en posibilidad, apoyado por la ley, de ejercitarlo (su derecho) sobre los demás hombres, obligándose a respetarlo. La ley, reconociendo justo dicho derecho, lo apoya prestando su garantía para que los individuos puedan realizar la finalidad que mediante él se proponen alcanzar, y que no es otra cosa que la satisfacción de sus legítimos intereses. Asimismo, no pasa desapercibido para el suscrito que el derecho de que se habla se divide en tres grandes grupos: *“Derechos subjetivos públicos; Derechos subjetivos políticos; y, Derechos subjetivos civiles (personales y patrimoniales).”*

El segundo, es la norma jurídica, o bien el conjunto de normas jurídicas; en una palabra, las leyes u ordenamientos que rigen la conducta de los individuos cuando establecen relaciones entre sí, o bien con el Gobierno del Estado. Empleando la definición del Licenciado Angel Caso, decimos que el *Derecho Objetivo* es: *“El conjunto de leyes que rigen las relaciones de los individuos entre sí, de los individuos con el Estado, de éste con aquellos y de los Estados entre sí.”* Además, es preciso señalar

que este tipo de derecho, se fracciona en dos conjuntos: “*Interno y externo o interestatal*”.

1.2.- LA PERSONA.

Este término como ya se había dicho en el preámbulo de esta tesis, proviene del latín *personae*, donde, entre otras cosas, significa “máscara”. Dicha etimología es interesante y demuestra que, desde su origen, el concepto de persona ha sido algo artificial, una creación de la cultura y no de la naturaleza.

Se da el nombre de sujeto, o persona a todo ente capaz de tener facultades y deberes.

Se da el nombre de personas físicas a los hombres, en cuanto sujetos de derecho. De acuerdo con la concepción tradicional, el ser humano, por el simple hecho de serlo, posee personalidad jurídica, si bien bajo ciertas limitaciones por la ley (edad, uso de razón, sexo masculino para el ejercicio de algunas facultades legales). Los partidarios de dicha teoría estiman que el individuo, en cuanto tal, debe ser considerado como persona. El principio que acabos de citar no ha sido siempre reconocido, como lo prueba la institución de la esclavitud. En los sistemas que la aceptan, el esclavo no es sujeto de derecho, sino objeto de relaciones jurídicas especiales, es decir, cosa.

El sujeto físico es persona en su calidad de intermediario entre la realidad y los valores, o sea, en cuanto puede intuir y realizar éstos, haciendo que trasciendan de la esfera ideal al mundo de los hechos.

Ahora bien, es necesario señalar que existen especies de personas, para lo cual, debe decirse que el hombre es apto para ser sujeto de derechos y obligaciones, no sólo como persona aislada, como individuo, sino también como grupo, como conjunto de individuos. Existen, por tanto, agrupamientos humanos a quienes la ley considera capaces de poseer derechos. Esto trae por consecuencia, que la doctrina reconozca dos especies de personas: las personas físicas, es decir, los hombres considerados individualmente, y las personas jurídicas o morales, que son agrupamientos de individuos que constituyen seres colectivos y que persiguen finalidades comunes y lícitas.

Para mejor comprensión de lo antes transcrito, es menester citar el siguiente ejemplo: “Varios obreros, se reúnen para formar un sindicato con la finalidad de alcanzar su mejoramiento moral, intelectual y económico, o bien, varios individuos crean una sociedad mercantil para obtener lucro, ese sindicato o esa sociedad, independientemente de los individuos que los forman, constituyen una persona jurídica, apta o capaz para poseer derechos. En este sentido se dice, también, que las personas jurídicas son sujetos de derechos”.

1.3.- TEORÍAS DE LA PERSONALIDAD.

En derecho la palabra personalidad tiene varias acepciones: se utiliza para indicar la cualidad de la persona en virtud de la cual se le considera un centro de imputación de normas jurídicas o sujeto de derechos y obligaciones. Esta acepción se encuentra muy vinculada con el concepto de persona y sus temas conexos, como la distinción entre la física y la moral o colectiva, las teorías acerca de la personalidad de los entes colectivos y otros.

Por otro lado, el vocablo personalidad se utiliza en otro sentido, que en algunos sistemas jurídicos se denomina personería, para indicar el conjunto de elementos que permiten constatar las facultades de alguien para representar a otro, generalmente a una persona moral.

El hombre es el único que puede ser sujeto de derechos, éstos son fundamentalmente humanos, no pueden existir independientemente del hombre, exigen, necesariamente, alguien que los posea, que sea su titular, ese alguien es el hombre mismo.

En el lenguaje jurídico se dice, que quien es capaz de tener derechos tiene personalidad, o en otras palabras, es persona. Por tanto, podemos definir a la persona desde el punto de vista jurídico, diciendo que es todo ser capaz de tener obligaciones y derechos, y la personalidad, como la *aptitud o idoneidad, para ser sujeto de derechos y obligaciones*. Este concepto de la personalidad se confunde, con el de capacidad jurídica.

La personalidad, de acuerdo con las modernas ideas jurídicas, la posee todo ser humano. En la antigüedad, en que existió la esclavitud, no se pensaba así; se consideraba, por el contrario, que el esclavo no era persona, sino cosa.

Se ha discutido si seres como los animales o las plantas deben considerarse como dotados de personalidad. A este respecto, la doctrina jurídica se ha declarado por la negativa. El hecho de que se proteja a los animales y plantas y aún se castigue a quienes los maltratan, debe interpretarse como el interés que el hombre tiene en salvaguardar su propia moralidad o conveniencia. Es inhumano e inmoral maltratar a los animales, es

perjudicial destruir plantas, por eso establecen responsabilidades para los que cometen dichas faltas, lo que no significa que dichos seres tengan, jurídicamente, *personalidad*.

Sentado lo anterior, es oportuno destacar que el pandectista Brinz, en su **teoría de los derechos sin sujeto**, estableció la división de los patrimonios en dos categorías: de persona e impersonales, llamados también patrimonios afectos a un fin, o de destino. Los del primer grupo pertenecen a un sujeto. Los del segundo carecen de dueño, pero encuéntrase adscritos al logro de una finalidad determinada y gozan de garantías jurídicas especiales. La circunstancia de que éstos no pertenezcan a una persona, no significa que no tengan derechos. Los derechos existen, pero no son de alguien, sino de algo (es decir del patrimonio).

Existen también las llamadas **teorías realistas**, las cuales declaran que las personas jurídicas, tanto privadas como públicas, son realidades. Los partidarios de tales doctrinas afirman que el concepto de sujeto de derecho no coincide con el de hombre, ni se halla referido exclusivamente a los seres dotados de voluntad. De ahí que puedan existir y de hecho existan múltiples sujetos de derecho diversos de las llamadas persona físicas.

Las teorías realistas son numerosas, como ejemplos se puede citar el organicismo, la teoría del alma colectiva; y, la tesis del organismo social.

De acuerdo con la tesis organicista, los entes colectivos son verdaderos organismos comparables al humano individual. La definición de Claude Bernard, según la cual organismo es un “todo viviente formado de partes vivientes”, puede aplicarse, dicen los defensores de la citada posición, tanto al

hombre aislado como a las personas colectivas. Desarrollando esta idea, establecen un curioso paralelismo entre individuo y sociedad, y descubren en las colectividades numerosas analogías con los organismos individuales, llegando a afirmaciones tan grotescas como la de que el Primer Ministro es la nariz del Estado.

Siguiendo un procedimiento semejante, diversos sociólogos han sostenido que en cada sociedad existe un alma o espíritu colectivo distinto de las almas individuales de los miembros del grupo. Por esta razón, no ven dificultad alguna en que al lado de las personas físicas se admita la existencia de personas colectivas, tan reales como las primeras.

La teoría más famosa, conocida como del organismo social, dice: “La persona colectiva no se contrapone a los miembros como un tercero, sino que está en ligazón orgánica con ellos, de aquí la posibilidad de una conexión de los derechos de la unidad y la pluralidad. La persona corporativa está ciertamente, sobre, pero no fuera de la colectividad de las personas que forman su cuerpo, constituye una inmanente unidad con él, es un ente único, pero simultáneamente colectivo. Esta asociación tiene una voluntad general propia, que no es la simple suma de varias voluntades autónomas, como no es la voluntad de una unidad ideal separada de los particulares, sino una voluntad plural y única, voluntad común de todos ordenadamente declarada. La corporación tiene también una capacidad de obrar propia. Una acción colectiva existe allí donde la generalidad de los miembros como un ente concreto y visible traduce en acto de la voluntad general. Esta generalidad no es ni el órgano colegiado de una diversa unidad corporativa ni una simple suma de individuos, es más bien la corporación misma que en su totalidad toma forma de una pluralidad recogida en unidad.”

1.4.- ATRIBUTOS DE LA PERSONA.

Se llaman atributos *las cualidades de los seres*, esas cualidades los caracterizan, distinguiéndolos unos de otros.

En derecho, los atributos de la personalidad son las cualidades que desde el punto de vista jurídico, deben tener los individuos y que los distinguen unos de otros.

Los atributos de la personalidad son cuatro:

a).- El nombre; denominación verbal o escrita de la persona, sirve para distinguirla de las demás que forman el grupo social, haciéndola, en cierto modo, inconfundible.

b).- El domicilio; lugar donde reside una persona con el propósito de establecerse en él, a falta de éste, el lugar que tiene el principal asiento de negocios, y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle.

c).- Estado civil; la relación en que se hallan en el agrupamiento social (familia, Estado) respecto a los demás miembros del agrupamiento.

d).- Patrimonio; es el conjunto de cargas y derechos pertenecientes a la persona y apreciables en dinero.

Ahora bien, es menester recalcar que la personalidad se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que el individuo es concebido, esta bajo la protección de la ley y se le tiene por

nacido para otorgarle determinados derechos, lo anterior, tiene su fundamento en el artículo 22 del Código Civil Federal.

Cuando el hombre ha muerto deja de ser persona, la muerte destruye su personalidad; sin embargo, ésta continúa produciendo efectos, como en el caso de los testamentos, en que la voluntad del difunto se prolonga más allá de la muerte. Lo mismo ocurre respecto al cadáver, que ha dejado de ser persona, pero que es protegido por la ley en virtud de lo que fue.

El nacimiento y la muerte son dos hechos jurídicos capitales, que abren y cierran el ciclo de la vida humana, de ahí que su prueba sea de importancia fundamental. El nacimiento se prueba mediante el acta correspondiente del Registro Civil; la muerte, también, mediante el acta relativa; cuando hay duda acerca de la muerte de una persona, debe acudirse al procedimiento jurídico llamado *declaración de ausencia*.

1.4.1.- CAPACIDAD.

Previo a entrar al análisis de este subtema, me permito destacar que en la elaboración de la presente tesis, resulta ocioso entrar al estudio de la capacidad de la persona moral o colectiva, toda vez que el objeto sobre el que versa este trabajo, lo es en la persona física como tal; por tanto, hecha la aclaración anterior, se procede únicamente a analizar la capacidad de la persona física.

1.4.2.- CONCEPTO.

Del latín *capacitas*, aptitud o suficiencia para alguna cosa. Jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma. Hans Kelsen, considera al respecto, que debe entenderse por capacidad la aptitud de un individuo para que de sus actos se deriven consecuencias de derecho.

1.4.3.- CLASIFICACIÓN.

Existen dos especies de capacidad: la jurídica y la de goce. Así las cosas, se le estudiará desde dos aspectos diferentes. A saber:

1.4.3.1.- DE GOCE.

Es un atributo de la personalidad que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte en virtud de la cual una persona puede ser titular de derechos y obligaciones.

La capacidad jurídica la adquiere la persona al nacer y la pierde en el momento de la muerte; pero esta es una idea del Derecho moderno.

Se llama *capacidad jurídica*, que tiene el individuo para ser sujeto de derechos. Esta especie corresponde a *todo hombre*, por el hecho de serlo, sin tener en cuenta su sexo, edad o nacionalidad.

Ahora bien, apoya lo anterior el artículo 22 del Código Civil Federal, indica:

“ARTICULO 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”

El anterior numeral transcrito, después de especificar que la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, amplía sus fronteras temporales determinando que, para los efectos del ordenamiento civil, un individuo entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido desde el momento de su concepción, disposición que es complementada por el artículo 337 del Código Civil Federal, que establece:

“ARTICULO 337.- Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.”

1.4.3.2.- DE EJERCICIO.

La capacidad de actuar es *la aptitud del individuo para realizar actos jurídicos, ejercer derechos y contraer obligaciones*. No todas las personas la poseen, ésta supone pleno conocimiento y libertad para actuar.

La plena capacidad de actuar se adquiere con la mayor edad; es decir, al cumplir los 18 años o la emancipación y se pierde junto con las facultades mentales ya sea por locura, idiotismo, imbecilidad o muerte.

Los sordomudos que no sepan leer y escribir, los ebrios consuetudinarios y los que hacen uso de drogas enervantes también

carecen de capacidad de ejercicio, según lo dispuesto por el artículo 450 del Código Civil Federal, que es del siguiente tenor literal:

“ARTICULO 450.- *Tienen incapacidad natural y legal:*

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.”

Existen circunstancias que limitan o destruyen la capacidad de actuar, como la minoría de edad, la locura, **la condena penal**, etc.; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de **sus representantes**.

La carencia de capacidad de ejercicio da lugar al concepto de incapacidad que siempre será excepcional y especial, **por lo que no puede concebirse a una persona privada de todos sus derechos**.

La capacidad de ejercicio, para los efectos de los actos jurídicos, tiene un doble aspecto: a) capacidad general, referida a aquélla aptitud requerida para la realización de cualquier tipo de actos jurídicos, y b) la capacidad especial como la aptitud requerida a determinadas personas en la realización de actos jurídicos específicos. *Exemplia gratia*; el arrendamiento en donde el arrendador se le pide que tenga, además de

la capacidad para contraer (general), el dominio o administración del bien materia del contrato (capacidad especial).

En algunos sistemas jurídicos se limita la capacidad de los extranjeros. A este respecto, el ordenamiento jurídico mexicano establece, en la fracción I, del artículo 27 Constitucional, los casos en que los extranjeros verán restringida su capacidad.

1.4.3.3.- INCAPACIDAD LEGAL Y NATURAL.

Hay circunstancias que limitan o aniquilan la capacidad de actuar. Cuando una persona se encuentra colocada dentro de tales circunstancias, se dice que es *incapaz*; es decir, **que no puede actuar en derecho**. La incapacidad es, por tanto, *el estado especial en que se halla la persona que queda privada del ejercicio de su capacidad de actuar*.

El derecho, al declarar incapaz a una persona, puede perseguir una doble finalidad: proteger al individuo o sancionarlo. En el primer caso se hallan los menores, los locos, etc., que por sus estado especial necesitan de la protección de la ley; en el segundo, los individuos plenamente capaces, pero a quienes reitera la facultad en virtud de una sanción.

La incapacidad puede ser de dos especies: natural y legal y simplemente legal.

El individuo puede estar incapacitado, ya sea porque su razón no tenga suficiente madurez, por falta de experiencia, como ocurre con los menores, o bien porque su razón sufra algún trastorno o enfermedad, que la debilite o destruya, como ocurre con los locos. En ambos casos se dice que la persona es incapaz por naturaleza. Cuando el individuo está imposibilitado para ser plenamente consciente de sus actos, se dice que es incapaz naturalmente, porque un estado especial de su propia naturaleza lo coloca en esa situación; pero, además, la ley, al reconocer y sancionar su estado, le niega la capacidad de actuar, por eso se dice, también, que es incapaz natural y legalmente. (Para mejor entendimiento véase el artículo 450 del Código Civil Federal, transcrito en supralíneas). Las personas a quienes se ha declarado incapaces de realizar los actos jurídicos necesarios en la vida civil, se dice que están en *estado de interdicción*. Esta última palabra es un galicismo que equivale a nuestro vocablo: **incapacidad**.

La incapacidad no siempre tiene un origen natural, hay casos en que la persona es plenamente capaz; pero la ley le niega el derecho de actuar, atendiendo a diversas circunstancias. Cuando esto ocurre, se dice que la persona está incapacitada; pero sólo legalmente. La incapacidad legal es *el estado especial en que se halla la persona que, a pesar de ser capaz naturalmente, tiene prohibido por la ley actuar en Derecho*. Están en dicha situación, los menores emancipados (véase artículo 451 del Código Civil Federal) y las personas que **han sido condenadas a sufrir dicha pena**. Los emancipados, sin embargo, no carecen por completo de la capacidad de actuar, tiene una capacidad restringida, la ley sólo les prohíbe realizar determinados actos.

La incapacidad es un estado de la persona que el Derecho toma en consideración para protegerla. A este efecto, ha creado instituciones que tiene por objeto la guarda y protección del incapaz y de sus intereses, como la patria potestad, la tutela, la curaduría, etc.

1.5.- LA REPRESENTACIÓN.

Es una institución que tiene por objeto la protección de los incapaces, y que consiste en que una persona obre en nombre y en interés del sujeto incapacitado, adquiriendo sus derechos y obligaciones, ejercitando unos y cumpliendo las otras.

Por tanto, representación es el acto de representar o la situación de ser representado. Sustituir a otro o hacer sus veces.

Ahora bien, podemos decir en cuanto a la designación de las partes, el término *reus*, que primero se refería tanto al actor como al demandado, poco a poco se reservó exclusivamente para el demandado, trasladándose luego, en la terminología moderna, al campo penal (reo).

1.5.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Es posible que en la antigüedad, alguien actuara como actor o demandado, en primer término, mientras que otro asistiera al proceso con un papel secundario, como coadyuvante. Esta intervención podía hacerse por libre iniciativa del coadyuvante o más bien en cumplimiento de un deber suyo. En otros sectores jurídicos, los antiguos sólo lentamente habían reconocido la posibilidad de la representación jurídica en materia procesal

hubo pronto una amplia posibilidad de hacerse representar, cuando menos, desde el comienzo del sistema formulario.

Todavía antes de ser reconocida la posibilidad de hacerse representar en los juicios, existía, cuando menos, la de hacerse acompañar en los actos procesales por peritos en el derecho o en la práctica forense, los *advocati* (literalmente, los que son llamados para asistir al proceso), los oradores (especialistas en el “bien decir”, que deben impresionar al juez con bellas palabras, cuando quizá la pura razón jurídica no bastase para convencerlos) y los *patroni* (originalmente, ciudadanos poderosos que intervenían a favor de personas humildes o extranjeras –sus clientes- que se habían colocado bajo su protección).

Posiblemente sea en relación con los menores de edad, *sui iuris*, cuando encontramos, por primera vez, la representación procesal, por el tutor, todavía en plena época de las *legis actiones*. A partir de este momento, la facultad de otorgar poderes para pleitos se fue extendiendo y generalizando poco a poco. Esta representación procesal tomaba dos formas. A saber: En primer lugar, hallamos al *cognitor*, instituido en presencia del adversario por palabras solemnes. En caso de representar al demandado respondía personalmente del cumplimiento de la eventual condena; y el actor, para conservar su derecho de reclamar ésta también al demandado mismo, debía obtener de éste una fianza, la *cautio iudicatum solvi*, o sea, la garantía de que el demandado pagaría el objeto de la sentencia.

También, era posible basar la representación procesal en otra figura, la del *procurator*, aceptado por el magistrado sin solemnidad especial ni

necesidad de la presencia del adversario e inclusive, sin mandato especial por parte de su representado. En legítimo interés de la parte contraria, tal *procurator* del demandado debía garantizar, con una fianza, que el objeto de la posible conducta sería pagado por él (la *cautio iudicatum solvi*) y garantizar también que su representado aceptaría el resultado de su intervención (la *cautio ratam rem dominum habiturum*).

En tiempos de Justiniano, las dos formas de representación procesal ya se habían unificado bajo el nombre de *procurator*; el término *cognitor* se encuentra también en la literatura postclásica, pero con un nuevo significado, equivalente al del juez (“el que conoce del pleito”).

Al respecto, la *cautio iudicatum solvi* era un elemento accesorio del proceso romano, que no se relacionaba únicamente con la intervención de un *procurator*. Se exigía esta fianza en cada caso en que el pretor considerase necesario proteger al actor, en forma especial, del peligro de que el demandado no cumpliera una eventual sentencia condenatoria. Así, se solía exigir esta *cautio*, por ejemplo en las acciones reales para evitar que el demandado en posesión del objeto del pleito lo destruyera en víspera de su derrota –un peligro evidente, después de abandonarse el principio de la *condemnatio pecuniaria*-.

En tal caso, el demandado debería de todos modos una indemnización, pero la adición de la mencionada *cautio* podía sancionar dicha conducta en forma adicional. Si el demandado se negaba a otorgar en este caso la *cautio iudicatum solvi*, el actor podía reclamar la posesión interina del objeto litigioso. Luego el antiguo demandado, ahora desposeído del objeto, en caso de que creyera tener mejor derecho podía convertirse en

actor, ejerciendo la *actio reivindicatoria*, la *publiciana*, etc.; pero, por su anterior negativa a torgar la citada fianza, su calidad original de demandado se había convertido en la de actor (que tiene generalmente un papel más difícil).

1.5.2.- TEORÍAS DE LA REPRESENTACIÓN.

Brevemente, en este apartado se explicará que han existido multitud de teorías que han sido esbozadas para explicar el fenómeno de la representación. Los autores generalmente no la definen, sino que prefieren limitarse a describir sus efectos, diciendo que merced a ella las declaraciones de voluntad del representante producen sus efectos directamente para el representado.

La causa o explicación científico-jurídica de la representación no ha sido formulada unánimemente por los tratadistas. Puede sin embargo, explicarse satisfactoriamente la institución que se comenta, como lo hace Alfredo Rocco, partiendo de la consideración de que el derecho atribuye efectos jurídicos a la voluntad humana en la medida en que ésta es exteriorizada y se propone fines lícitos, fines que constituyen intereses jurídicamente tutelados. Así, cuando el fin perseguido por una voluntad reúne los requisitos de licitud y exteriorización, nada se opone a que el derecho reconozca y tutela, atribuyéndole los efectos jurídicos buscados por el agente de la voluntad. Para que esto suceda, se requiere que el declarante (representante) esté autorizado para obrar por otro (representado) y que esta autorización esté exteriorizada.

En razón de su finalidad, la representación se divide en dos clases: voluntaria y legal.

La representación voluntaria existe cuando mediante una declaración de voluntad se faculta a otro para actuar a nombre y por cuenta propia. Esta declaración puede ser unilateral del representado, mediante un poder o procura, que debe distinguirse del contrato de mandato, con el que usualmente se le confunde a causa de la errónea conceptualización que de ambas figuras hacen los códigos civiles de la República; también puede constituirse representación mediante contrato, como el de comisión mercantil.

La representación legal, como su nombre lo indica, dimana directamente de la ley; tal es el caso de la representación de los incapaces, que la ley confiere a las personas que los tienen a su cuidado, a través de las instituciones de la patria potestad y la tutela. En estos casos las facultades de que se encuentra investido el representante, dimanar en forma directa de la ley.

Existe una situación intermedia entre las representaciones voluntaria y legal, que algunos autores identifican con esta última, a pesar de la clara diferencia que las distingue. Se trata de la representación de las personas morales por parte de sus administradores y gerentes.

Algunos autores sostienen la existencia de una llamada "representación oficiosa" que existe en función de la necesidad de intervenir en las cosas ajenas cuando su dueño, ausente o impedido, no pueda cuidarlas. La moderna doctrina de la legitimación no encuentra, en este

caso de “representación oficiosa”, un verdadera representación, si no más bien lo que la referida doctrina denomina “legitimación por sustitución”.

Independientemente de las muy diversas teorías que se han elaborado para explicar el fenómeno de la representación sin perjuicio de conceptualización que se haga del fenómeno representativo, es posible observar una serie de consecuencias que algún autor califica como “objetivas” y que se desprenden de la mecánica misma de la representación. Es decir, aceptando que en todo fenómeno representativo existe siempre por un lado, un “representante” que actúa personalmente y, por otro lado, un “representado” en cuya esfera jurídica se producen los efectos legales del acto de que se trate, puede afirmarse lo siguiente:

a) El representante, en todo caso, debe tener capacidad de ejercicio, aptitud de “querer”, aún cuando no tenga la capacidad de goce necesaria para adquirir los derechos de que se trate.

b) Los vicios de la voluntad del representante afectan al acto jurídico, produciendo su nulidad relativa. Si la voluntad que interviene en el acto es la del representante, resulta lógico lo anterior.

c) El representado debe tener la capacidad de goce necesaria para adquirir los derechos que dimanen del acto otorgado por su representante.

1.5.3.- TIPOS DE REPRESENTACIÓN PROCESAL.

La representación judicial, también conocida como personería.

Atributo del personero, procurador o representante de otro juicio. Se emplea en el sentido de personalidad o capacidad para comparecer en un

juicio. En términos generales equivale a mandatario o apoderado; específicamente se refiere al mandatario o procurador judicial.

En las Siete Partidas se definía al personero como aquel que se cobra o hace algunos pleitos o cosas ajenas, por mandato del dueño y en calidad se requería ser varón mayor de veinticinco años, ser hombre libre, en pleno uso de sus facultades mentales y no estar acusado de un “gran yerro”(Partida 3a., tít. V, ley 1a.)

Ahora bien, el acusado en un Procedimiento Penal Federal, tendrá derecho a ser asistido en su defensa por la persona o persona de su confianza; sin embargo, cuando la persona o personas nombradas no sean abogados se les invitará a que nombren un defensor con título, en caso contrario se les nombrará un defensor de oficio (artículo 28 de la Ley Reglamentaria del numeral 5° Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal).

En materia de Amparo el artículo 4° de la Ley de Amparo, establece que en un juicio puede promoverse por el agraviado, por su representante, por su defensor o por medio de algún pariente u otra persona cuando la ley así lo permita, pero sólo podrá seguirse por el agraviado o por su representante o defensor.

Son partes en el Juicio de Amparo: el agraviado, la autoridad responsable, el tercero perjudicado y el Ministerio Público Federal. De ellos la autoridad responsable no puede hacerse representar en el juicio de amparo, pudiendo exclusivamente acreditar delegados en las audiencias. Solo el Presidente de la República podrá ser representado por el Procurador

General de la República, por los Secretarios de Estado o Jefes de Departamento Administrativo a quienes cada caso corresponda el asunto; lo anterior, según lo dispone el artículo 19 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política Federal.

Las personas jurídicas colectivas podrán pedir amparo por medio de sus representantes legítimos o por conducto de los funcionarios autorizados dependiendo de si se trata de privados u oficiales respectivamente (artículos 8° y 9° de la Ley de Amparo).

La personería se acredita, en material civil y mercantil, mediante escritura pública o escrito presentado y ratificado por el otorgante ante el Juez de los autos, según lo contempla el artículo 2586 del Código Civil Federal. Cuando el personero o procurador deba desistirse, transigir, comprometerse en árbitros, absolver y articular posiciones, hacer cesión de bienes, recusar, recibir pagos, deberá contar con poder o cláusula especial para ello, de tal suerte que el personero deberá acreditar los poderes generales para pleitos y cobranzas otorgado con todas las facultades generales y especiales que requieran cláusula conforme a la Ley (artículos 2554 y 2587, ambos del Código Civil Federal).

Son obligaciones del procurador o personero una vez aceptado el encargo: a) Seguir el juicio en todas sus instancias a menos que el mandato termine por alguna de las causas previstas por la ley; b) Pagar los gastos que se causen en su instancia, teniendo el derecho de reembolso; c) Practicar bajo su responsabilidad, cuanto sea necesario para la defensa de su poderdante, debiendo seguir las instrucciones que éste le hubiere dado o lo que exija la naturaleza del litigio, y d) Guardar el secreto profesional.

La representación del procurador termina: por revocación; renuncia; muerte del procurador o del mandante; por la interdicción de uno u otro; por vencimiento del plazo; por la conclusión del negocio para el que fue concedido; por separarse el poderdante de la acción u oposición que haya formulado; por haber terminado la personalidad del poderdante; por haber transmitido el poderdante a otros sus derechos sobre la cosa litigiosa, cuando la transmisión sea debidamente notificada y conste en autos; por nombramiento de otro procurador para el mismo negocio.

Están incapacitados para actuar como personeros: los incapaces, los jueces, magistrados y demás funcionarios y empleados de la administración de justicia en ejercicio dentro de los límites de su jurisdicción y los empleados de la hacienda pública, en cualquier negocio en que deban intervenir de oficio dentro de los límites de su distrito (artículo 2585 del Código Civil Federal).

En razón de lo anterior, a efecto de complementar aun más nuestro estudio relativo a la representación, es necesario exponer brevemente el **mandato**; que proviene del latín *mandatum*. Es un contrato por el cual una persona llamada mandatario se obliga a ejecutar por cuenta de otra denominada mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

Suele darse en derecho mexicano al mandatario en juicio, tanto el Código Civil del Distrito Federal, como el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, también le llaman “procurador”. En consecuencia, una de las acepciones de la expresión “procurador” es la referente al mandatario en juicio.

El mandato en sí mismo tiene efectos entre las partes, para que se efectúe frente a terceros se requiere un poder de representación.

El poder de representación es un acto unilateral que el mandante realiza frente a terceros a efecto de investir al mandatario de determinadas facultades, por esta razón el legislador mexicano exige que el poder del mandato se otorgue en “escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos y con ratificación de firmas del otorgante y testigos ante notario, ante los jueces o autoridades administrativas: cuando el poder sea general; cuando el interés del negocio para el que se confiere sea superior al equivalente a mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse; o cuando en virtud de él haya de ejecutar el mandatario, a nombre del mandante, algún acto que conforme a la ley debe constar en instrumento público.

El mandato es un contrato fundado en la confianza, por eso aun cuando el mandato es un contrato principal y oneroso, salvo que se pacte expresamente su gratitud, el contrato es unilateral, en virtud de que el mandante puede revocar el mandato y el mandatario por su parte puede renunciar al mismo.

En materia penal mediante la designación del defensor que se haga ante el juez de la causa; y en materia de amparo en la misma forma que fija la ley de la materia de la que emane el acto reclamado. Pudiendo acreditarse mediante escrito ratificado ante el Juez de Distrito o autoridad que conozca del amparo (artículo 12 de la Ley de Amparo). En caso de que el acto reclamado provenga de un procedimiento penal, el defensor podrá

promover el amparo con la simple aseveración de su carácter; en cuyo caso la autoridad que conozca del amparo admitirá la demanda y pedirá al juez de la causa remita la certificación correspondiente (artículo 16 de la Ley de Amparo); lo antes dicho puede considerarse escueto, sin embargo, en el capítulo siguiente se estudiará más ampliamente la representación en materia penal.

CAPITULO 2

GENERALIDADES DE LA CAPACIDAD EN RELACIÓN AL ABOGADO Y EJERCICIO DE DEFENSA.

2.1.- ANTECEDENTES DE LA ABOGACÍA.

2.1.1.- ROMA.

En todos los tiempos¹ los seres humanos se han visto precisados a consultar a un conocedor de las leyes a fin de proteger y defender sus derechos. En un principio, en Roma, para ejercer la actividad de abogado no se requería título alguno; únicamente era necesario contar con el reconocimiento de sabiduría jurídica. Ésta la adquirían bajo la dirección de un maestro que les enseñaba e inducía en las ideas de Gayo, Ulpiano, Paulo y Papiniano, razón por la cual se les daba el nombre de *Jurisconsulti*, ahora bien, se intervenían por otros se les denominaba *patroni* o *causidici*. En el Digesto se afirma, que “El papel de un abogado es exponer ante el juez competente su deseo o la demanda de un amigo, o bien combatir la pretensión otro”. También de Roma provienen los nombres de ilustres abogados como Ibeo, Hortensio, Scalova, Cicerón y otros.

2.1.2.- EDAD MEDIA.

¹ Pérez Fernández del Castillo, Alberto, Deontología Jurídica, Ética del Abogado y del Servidor Público, 6ª ed., Editorial Porrúa, México, 2001, p. 200.

A finales de la Edad Media² se crean algunas universidades: de 1100 a 1180 la de Babilonia, en donde Irnerio y Graciano fungieron como maestros de derecho. “Corresponde a Irnerio el mérito de haber logrado autonomía definitiva del estudio y enseñanza del derecho, autonomía que la enciclopedia del saber medieval no consentía”.

En 1200 la Universidad de París con estudios de Teología y Derecho Canónico.

En 1215 la de Salamanca en donde se establecen los estudios de derecho. De esta manera continúan la de Padua, Nápoles y otras.

2.1.3.- ESPAÑA.

Por lo que se refiere a las Siete Partidas, en ellas se describe al abogado como el “hombre que razona pleitos de otro en juicio, o el suyo mismo, demandando o respondiendo”.

Respecto a los requisitos para ejercer esta profesión establecía: “todo hombre que fuere sabedor de derecho, o del fuero o de la costumbre de la tierra, porque la haya usado en gran tiempo, puede ser abogado de otro”.

En cuanto a evitar a los “estorbadores y embargadores de los pleitos” disponía que sólo podían practicar la abogacía aquellos quienes “inscribieren sus nombres en el libro de registro” por haber acreditado ante los jueces ser “sabedores de derecho”.

2.1.4.- VIRREINATO.

² Idem. p. 47

En la Nueva España, recién consumada la Conquista Hernán Cortés en 1527 solicita al Rey Carlos I de España(V de Alemania) que no se aceptaren abogados en las tierras descubiertas, pues “por parte de los conquistadores y pobladores de la dicha tierra, nos ha sido hecha relación que de haber en ellas letrados y procuradores se siguen muchos males”. A ello el Rey contestó: “...pero que de no los haber, nacer otros inconvenientes y es que muchos dejan de perder sus causas por no saber pedir ni defender su justicia...”. Más tarde, en 1551 se funda la REAL Y Pontificia Universidad de México, con el establecimiento de Facultades de Cánones y Leyes.

El 21 de junio de 1760 Carlos III expide una cédula mediante la cual aprueba los estatutos y constituciones del “Ilustre y Real Colegio de Abogados en México”, colocando bajo su protección y concediéndole privilegios análogos a lo que gozara el propio Real Colegio Matritense. En dichos estatutos se establecía la colegiación obligatoria, es decir, que a quien no hubiese sido miembro de la institución no se le permitiría ejercer la abogacía en la Corte.

2.1.5.- MÉXICO INDEPENDIENTE.

Durante la Colonia y principio del México Independiente³ para ser abogado se requería: 1° Edad competente. 2° Estudios y práctica correspondientes. 3° Calificación o habilitación de la legítima autoridad. En cuanto al primer requisito sólo se exigía edad mínima de 17 años. El 2° y 3° se acreditaban presentando ante la Escribanía de Cámara de la Audiencia su grado, certificación jurada por letrado conocido de haber practicado cuatro años y la fe de bautismo legalizada.

³ Idem. p. 48

A partir de 1830, según se expresa Manuel de la Peña y Peña, los pretendientes a ejercer la abogacía debían: 1° Presentarse a la Corte Suprema de Justicia con su título de bachiller y certificación jurada por letrado y por la academia de haber practicado tres años; 2° Con esta solicitud y documentos dar vista al Fiscal, quien de no haber inconveniente se daba por citado y enviaba oficio al rector para proceder al examen; 3° Recibido por el rector, se realizaba el examen en los términos de los Estatutos del Colegio, y devueltas por éste las diligencias con la *censura* del examinado, se informaba de todo a la Corte Suprema; 4° Enseguida el mismo pretendiente concurría al Tribunal para sacar autos y ser allí vuelto a examinar; 5° El Presidente de la Sala indicaba los autos que se le debían entregar y recibidos por el examinado, los guardaba por el término de 48 horas; 6° Cumplido este término, se presentaba al Tribunal en donde “hace en él una relación ligera, escrita y en castellano, de la materia y trámites del negocio que se le entregó, acabando con dar su resolución; después de lo cual los Ministros de la Sala, comenzando por lo menos antiguo, le hacen las preguntas que les parece, bien sobre el caso de pleito o sobre puntos generales de teórica o de práctica; 7° Concluido el examen los sinodales a puerta cerrada lo calificaban. Si el pretendiente era aprobado el Presidente le manifestaba que podía ejercer la abogacía, y acto continuo rendía protesta.

2.1.6.- MÉXICO ACTUAL.

Por la Ley Orgánica de la Instrucción Pública⁴ de 2 de diciembre de 1867, se funda la Escuela de Jurisprudencia y se instala en el edificio de San Ildefonso. Posteriormente en marzo de 1951 y con la creación de los cursos de doctorado, esta institución fue elevada al rango de Facultad de Derecho. En cuanto a las actividades de la Escuela Libre de Derecho en el

⁴ Idem. p. 50

Distrito Federal, éstas se inician en 1912 bajo los auspicios del ilustre y Nacional Colegio de Abogados. Más tarde “se observa que en la enseñanza del derecho se ha multiplicado con una expansión acelerada al parecer una gran cantidad de instituciones educativas, entre las cuales se encuentran: La Universidad Iberoamericana 1945, el Instituto Tecnológico Autónomo de México 1946, Universidad La Salle 1962, Universidad Panamericana 1966, Universidad Latina 1966, y Universidad Anáhuac 1967 y muchas otras más de carácter privado.

2.2.- CONCEPTO DE ABOGADO.

El término abogado, se origina del latín *advocatus*, esto es la persona que aboga o defiende los intereses de los litigantes, y también que asesora sobre cuestiones jurídicas. Pero es un vocablo que igualmente deriva de *bozero*, al cual se alude en las *Siete Partidas*, colección de leyes y costumbres de gran interés histórico, redactada por orden de Alfonso X “El Sabio” (1252-1284). En dicha obra se menciona que “Con bozes y con palabras usa de su oficio”. En aquel entonces (siglo XIII) el abogado no sólo era un respetado conocedor de la ley, sino que para hacer valer el derecho, practicaba el arte de la palabra. También se dice del abogado que es aquel quien habla o pide por otros, el que conoce las leyes y su fundamentos y practica tales conocimientos al servicio de los demás. De no existir esta profesión, quienes ignoran las disposiciones jurídicas no sabrían cómo defenderse y ello provocaría múltiples injusticias; del mismo modo, en los juicios no se presentarían en forma clara los hechos y las pruebas, de tal manera que la labor del juez se dificultaría el momento de dictar sentencia.

2.2.1.- PUNTO DE VISTA FILOSÓFICO.

La característica esencial de todo abogado la define su función como servidor del derecho. A este respecto Miguel Villoro Toranzo señala:

“...El abogado no es, por lo tanto, una pieza aislada e independiente del aparato institucional de la aplicación del derecho por el Estado, sino que se integra en él. Pero esto quiere decir que el abogado sea un mero servidor del Estado. Más bien, (o más exactamente, los funcionarios del Estado y todavía más concretamente los jueces) y abogados son servidores del Derecho. Por eso, el artículo primero del Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana-Colegio de Abogados-comienza: “El Abogado ha de tener presente que es un servidor del Derecho y un coadyuvante de la justicia...”.

“...Ninguna sociedad humana puede funcionar como tal sin Derecho. El derecho son las imprescindibles reglas del juego social, por las que se reemplaza la violencia por la razón, la incertidumbre y la inseguridad por el criterio imparcial de la ley, abierto a todos y respaldado con la fuerza controlada del Estado...”⁵

Así las cosas, los valores que siempre debe perseguir el pretendiente a ejercer la ciencia del derecho son la justicia, la seguridad jurídica, y el bien común, la verdad y en algunos casos la imparcialidad.

Para mejor comprensión de lo anterior, debe decirse que el término *justicia*, constituye uno de los valores fundamentales del derecho, lo cual significa que a través de su aplicación se considera a una persona como alguien a quien se le reconoce el valor intrínseco que como ser humano representa y, por tanto, se respeta “lo que es suyo”.

⁵ Villoro Toranzo, Miguel Deontología Jurídica, colección Textos Universitarios, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, México, 1986, p. 54.

Por otra parte, Recanséns Siches, respecto al vocablo *seguridad jurídica*, dice:⁶ “...Si nos preguntamos ¿Porqué y para qué los hombres establecen el derecho? Y si, para ello, tratamos de descubrir el sentido germinal del surgimiento del Derecho, a fin de percatarnos de su esencia, caeremos en la cuenta de que la motivación radical que ha determinado el otro del Derecho no deriva de las altas regiones de los valores éticos superiores, sino de un valor de rango inferior, a saber: de la seguridad es la vida social...”.

La seguridad jurídica en todo jurista, se obtiene cuando el cliente confía plenamente en su abogado porque sabe que lo que le dice es cierto, o sea que no hay engaño de su parte, que le es leal, lo que significa que no lo abandonará ni se corromperá; que es una persona eficaz y preparada, que le cobrará sus honorarios en forma adecuada, y le sabrá guardar secretos revelados.

Ahora bien, la expresión *bien común*, se obtiene de la realización de todos los participantes dentro de una sociedad. Para la efectuación de este valor, el abogado, en la prosecución de un asunto o en la defensa de su cliente, debe equilibrar los valores de la sociedad y los del individuo y de este último, analizándolo y defendiéndolo en su conjunto y no en sus partes individuales, es decir sus aspectos económico, familiar, social, religioso.

La *verdad*, es fundamental para la impartición de justicia; es la realidad de las cosas: “...Moralmente, es la conformidad de la palabra con

⁶ Recaséns Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, 10ª ed., Editorial Porrúa, México, 1991, p. 220.

la idea del que habla, o sea, la expresión sincera de lo que uno siente en su interior...»⁷

Y finalmente, la *imparcialidad*, se deriva de la justicia; es propia de los jueces, notarios y otros servidores públicos. Se define como "Falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud".⁸

2.2.2.- PUNTO DE VISTA JURÍDICO.

Profesión y actividad del abogado (*advocatus*, de *ad*: a y *vocare*: llamar o sea abogar), quien al ejercerla debe actuar a favor de los intereses que tiene confiados; de los más nobles por su importancia para lograr la paz y el bienestar social.⁹

2.3.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DEFENSOR.

La defensa, entendida como un derecho, es un síntoma inequívoco de progreso en el orden jurídico procesal, ya desde la antigüedad en algunas legislaciones se aludía a la misma.

González Bustamante y Franco Sodi¹⁰, señalan: "En el antiguo Testamento Isaías y Job dieron normas a los defensores para que por su intervención tuvieran éxito las cuestiones en favor de los mentecatos, de los ignorantes, de los menores, de las viudas y de los pobres, cuando sus derechos hubieran sido quebrantados."

⁷ Op. Cit. Supra 1. p. 60

⁸ Idem. p. 60

⁹ Universidad Autónoma de MÉXICO, Diccionario jurídico Mexicano, 2ª Ed., Editorial Porrúa, México 2001, página 13, t. 1.

¹⁰ Citado por Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 18ª Ed., Editorial Porrúa, Primera reimpresión, México, 2001, p. 242

En el Derecho Griego, aunque en forma incipiente, hubo noción de la defensa; se permitió al acusado, durante el juicio, defenderse por sí mismo o por un tercero.

En el Derecho Romano se le dio gran importancia; en un principio se fundó la institución del "patronato". El patrono ejercía algunos actos de defensa en favor de los procesados y más tarde, según relata Rodolfo García Valdés¹¹, se constriñó a pronunciar un discurso en favor del criminal.

Posteriormente, el defensor se transformó en consultor, en un verdadero *advocatus*; por sus conocimientos en jurisprudencia se hacía cargo del patrocinio del procesado; no se conformó únicamente con la pronunciación del discurso, conjugó la técnica y la oratoria.

En el viejo Derecho Español, también existió la defensa: En el Fuero juzgo, en la Novísima Recopilación y otros cuerpos legales, se señaló: el procesado debe estar asistido de un defensor; e inclusive la Ley del Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, impuso a los abogados integrantes de los Colegios el deber de avocarse a la defensa de aquellas personas carentes de recursos para pagar el patrocinio de un defensor particular.

En México, durante la Época Colonial, se adoptaron las prescripciones que en este orden señalaron las leyes españolas y después de consumada la Independencia Nacional se dictaron algunas disposiciones; no fue sino hasta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 cuando atendiendo a sus lineamientos, se advierte la verdadera importancia a esta institución.

2.4.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DEFENSOR.

¹¹ Op. Cit. Supra 10, p. 242

La posición del defensor en el proceso penal, ha sido objeto de constantes especulaciones; se le ha considerado un representante del procesado, un auxiliar de la justicia y como un "órgano" imparcial de ésta.¹²

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."

Por lo que hace al defensor de oficio, su posición definitivamente no es posible ubicarla dentro del contrato de mandato, porque no existe acuerdo de voluntades entre probable autor de un delito y defensor.

Es evidente, la actividad del defensor no se rige totalmente por la voluntad del procesado, goza de libertad para el ejercicio de sus funciones, sin que sea indispensable la consulta previa con su defenso; tal es el caso cuando se trata de impugnar alguna resolución judicial, para lo cual, la ley le concede plenas facultades.

El defensor es un asesor del procesado, afirman algunos, pero la naturaleza del derecho de defensa se encarga de demostrar que sus actividades no se circunscriben a la simple consulta técnica del procesado, sino a la realización de un conjunto de actividades que no sólo se refieren a aquél sino también al juez y al agente del Ministerio Público.

¹² Ib. Idem. p. 244

El defensor tiene derechos y deberes que hacer cumplir dentro del proceso, de tal manera que otorgarle un carácter de asesor desvirtuaría su esencia.

Tampoco se le debe concebir como auxiliar de la administración de justicia porque, como acertadamente sostiene González Bustamante¹³, si así fuera: "estaría obligado a romper con el secreto profesional y a comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiese recibido del inculpado".

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 las administración de justicia.

Claría Olmedo¹⁴, sitúa al defensor dentro de lo que él llama colaboradores del proceso, y dice: "Allado 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."

Frosali¹⁵, en igual forma, incluye al defensor dentro de los auxiliares intervinientes en el proceso penal.

A juicio del profesor Licenciado Guillermo Colín Sánchez, para precisar la personalidad del defensor en el Derecho Mexicano, es importante tomar en cuenta que son dos diversas situaciones la del defensor particular y la del defensor de oficio.

Es indudable que la relación entre ambos encuadra tanto en el contrato de prestación de servicios profesionales, como en el contrato de mandato.¹⁶

¹³ op. cit. supra 10, p. 244.

¹⁴ Idem. p. 244

¹⁵ Idem. p. 244

Por lo que toca al defensor de oficio, esa situación no es posible considerarla dentro del mandato, porque no existe acuerdo de voluntades entre el probable autor del delito y el defensor, para que éste técnicamente lo asesore, aunque sí es posible ubicarlo en otra situación que es la representación otorgada por la ley, de capaces, como lo sostiene el Maestro Gutiérrez y González al indicar que la representación otorgada por la ley "se da cuando la ley imputa obligatoriamente o por necesidad a una persona capaz, las consecuencias de un acto realizado por otra persona física capaz, esto sucede en relación a:

- a) Personas físicas, por motivos de solidaridad social para evitar los daños o por razones de economía procesal; y
- b) En relación a personas morales, por no tener éstas existencia corpórea..."

Gutiérrez y González¹⁷ demuestra que es un error afirmar que la representación por mandato de Ley o "legal", como se dice, se otorga sólo respecto de incapaces y cita una serie de casos en donde hace ver que ese criterio es equivocado.

Indica el distinguido jurista que quien ejerce patria potestad, en el caso de los incapaces actúa como un simple representante del incapaz y no por ello deja de tener cierto arbitrio, atento a los intereses legítimos del incapacitado.

El defensor de oficio no actúa por su propia cuenta, si así fuera, sería el responsable de lo que se causara a terceras personas con su conducta y no

¹⁶ Idem. p. 244

¹⁷ Idem. p. 244

es así, pues todo lo que haga se le imputa a su representado que es el defensor.

El defensor, como se hace notar, en sentido amplio colabora con la administración de justicia; en sentido estricto, sus actos no se constriñen al consejo técnico o al simple asesoramiento del procesado.

Independientemente de lo hasta aquí indicado, es un sujeto integrante de la relación procesal que ejerce y deduce derechos. En la práctica, la actuación de los defensores, particular o de oficio, es totalmente censurable: por regla general desvirtuar su verdadera función.

Todo esto repercute en agravio y detrimento de indiciados, procesados, acusados, sentenciados y también de familiares o amigos de éstos porque han confiado en aquél que protestó llevar a cabo los actos de defensa, con fidelidad, honradez y diligencia.

Es preciso hacer constar que, no son únicamente los malos ministros, magistrados, jueces, secretarios de juzgado, actuarios, agentes del Ministerio Público, policías, etc., quienes, día a día con su mal proceder impiden la realización de la justicia, sino también los funcionarios que descarnada y brutalmente han hecho un mercado nauseabundo de la justicia.

2.5.- DERECHO DE DEFENSA Y SU CONCEPTO.

2.5.1.- DERECHO DE DEFENSA.

En todo régimen en donde priven garantías, ejecutada una conducta o hecho legalmente tipificada como delito, nace la pretensión punitiva estatal y, simultáneamente, el derecho de defensa¹⁸.

¹⁸ Idem. p. 239

Pretensión punitiva estatal y derecho de defensa encomendada a sujetos distintos, procuran, el primero, satisfacer el interés social en que se sancione al responsable y nunca a un inocente, la segunda, la conservación individual.

La ideología predominante en los órdenes doctrinario y legal procuran siempre "la integridad social" frente a la individual, porque es de mayor jerarquía en la tabla axiológica.

Esto no debe entenderse en forma radical, porque se llegaría al desconocimiento absoluto del individuo como sujeto de derechos y los individuos son los elementos integrantes de una sociedad, misma que no podría existir sin el concurso de éstos.

Ante un conflicto semejante, el legislador es quien lo equilibra imprimiéndole el contenido necesario, entre otros, el referente al derecho de defensa.

El derecho de defensa, está íntimamente asociado al concepto de libertad en virtud de que sustrae al individuo de lo que es arbitrario o de lo que tienda a destruir los derechos que le otorga lo dispuesto en las leyes.

Importa destacar que: a medida que el concepto de libertad fue ampliándose, en la misma proporción lo ha sido el derecho de defensa.

En su connotación más amplia, la defensa es considerada como derecho natural e indispensable para la conservación de la persona, de sus bienes, de su honor y de su vida.

La defensa, ha sido objeto de una reglamentación especial en los diversos campos en los que puede darse.

En el procedimiento penal, es un derecho indispensable por medio del cual, no únicamente se cumplen parte de las "formalidades esenciales del proceso", sino los fines específicos de éste.

Carrara, subraya: "La sociedad tiene un interés directo en la defensa del acusado, porque necesita no una pena que caiga sobre una cabeza cualquiera sino el castigo del verdadero culpable y de este modo la defensa no es sólo de orden público secundario, sino de orden público."

2.5.2.- CONCEPTO DE DEFENSA.

El derecho de defensa es el que le otorga el legislador en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al probable autor del delito, para ofrecer por sí al Estado, acudiendo a los medios instituidos en la ley, los elementos idóneos para obtener la verdad de su conducta y la que se le imputa, procurando evitar todo acto arbitrario de los demás intervinientes en el procedimiento, reafirmando así su individualidad y las garantías instituidas para un proceso penal justo.

También es el que le impone el Estado al probable autor del delito, para que aunque no lo desee se designe un experto en derecho, para que lo represente durante el desarrollo de los actos procedimentales, y cuide que se alleguen ante el agente del Ministerio Público o ante el juez los elementos idóneos para obtener la verdad de la conducta que se le atribuye.

Como se advierte, son dos situaciones que se dan durante el procedimiento y en donde el sujeto de imputación puede designar a su defensor y cuando no lo hace, lo designa el Estado imponiéndole una representación.

Importa destacar que no es tanto en beneficio del defenso, sino en protección del propio Estado, que a través del defensor de oficio manifiesta ante los ojos de los integrantes de la sociedad, que no es un Estado arbitrario, sino un Estado de Derecho, porque le impone al probable autor del delito la necesidad de que tenga un representante como si fuera un incapaz, para que después no se diga que el Estado es arbitrario y le impidió la defensa.

La filosofía del Estado respecto al defensor de oficio, en materia penal, es más que una garantía para el defenso, una protección o defensa del Estado, para no ser objeto de críticas por parte de los gobernados, quiénes pudieran reprochar que el probable autor del delito no tuvo defensa alguna, ya por su ignorancia o por el capricho de no querer designar a un defensor.

Silvestre Graciano¹⁹ considera la defensa como una institución judicial que comprende al imputado y al defensor, llama al primero elemento individual y al segundo elemento social, los cuales en la defensa del derecho constituyen el instituto.

Agrega: "el uno presupone al otro y la unidad de la función es una de sus características, aunque pueda cambiarse de defensor esto es transitorio y no destruye la unidad de la defensa que es la esencia del instituto.

¹⁹ Idem. p. 240

Indudablemente, el derecho de defensa, requiere de los sujetos señalados y en la forma en que ha sido implementado por el legislador es demostración inconfundible de la civilización y consecuencia de la lucha milenaria de los seres humanos por la autoafirmación de sí mismos; empero, es un derecho del probable autor del delito, es un derecho a defenderse, y no un derecho del Estado o del defensor, porque en última instancia podrá defenderse por sí o designar a una persona, quizá sin noción alguna en materia jurídica y por lo mismo sólo estará al margen del ejercicio del derecho de defensa.

Como ya indiqué, el derecho de defensa está íntimamente ligado a la libertad del probable autor y ya luego a la persona del defensor de oficio.

Al decir de Guarneri²⁰: "el concepto de defensa es correlativo al de acusación y constituye, en la dialéctica procesal de los contrarios, el momento de la antítesis. Igual que la acusación, representa en el proceso penal una institución del Estado, pues el legislador la considera indispensable para la consecución de la verdad.

Así se justifica en el Derecho Mexicano, aunque implementado en la forma y términos en que lo hizo el legislador ha lugar a pensar que está mayormente garantizado al ofensor que al ofendido, mismo que generalmente se deja a una situación incierta, a grado tal que en cuanto la autoridad se aboca a la investigación de los hechos, un diluvio de garantías se hacen manifiestas y operantes para el indiciado, en contraste con ofendidos y víctimas, en todo y por todo en *franca capitis diminutio*; esto conduce a exabruptos como los siguientes: "Eres la causa, de la

causa, de lo causado, porque si no tuvieras bienes no te habrían robado", "si no tuvieras vaso idóneo o no idóneo, no habrías sido violado", "si no fueras tan bella y provocativa no habrías sido privada de la libertad", "más te hubiera valido no ser tan confiado y de buena fe, al darte cuenta

²⁰ Idem. p. 241

que tu cartera fue sustraída en el "metro", "cuando al acercarse un sujeto ignorando que era un ladrón, pensabas que lo hacía con buenas intenciones"..., etc.

2.6.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ABOGADO.

Se encuentra previsto en el artículo 5° Constitucional, y en lo que aquí interesa indica: *"...A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos..."*.

Es oportuno, efectuar unos breves comentarios a la libertad ocupacional, a saber:

Podría decirse que, dado que el hombre tiene un derecho fundamental, constitucional, a dedicarse al trabajo que mejor le acomode, con toda lógica podría concluirse que si ninguno le acomoda –y nadie podría discutirle su decisión interna-, tiene un derecho al no trabajo.

En tal forma los delitos de vagancia y malvivencia que tipifican todas las codificaciones penales, resultarían inconstitucionales, porque atacarían a un supuesto derecho del individuo a trabajar o no trabajar, lo cual es palmariamente un absurdo porque, desde el punto de vista humanístico, creemos haber demostrado que el accionar es requerimiento vital básico del individuo, y si no lo lleva a cabo no le queda más que destruir o destruirse; y desde el punto de vista jurídico-social, resulta totalmente lesivo e inequitativo el que unos trabajen, y otros que no lo hacen –por voluntad personal y sin impedimento-, obtengan las ventajas y provechos de las instituciones y servicios sociales que tan sólo mantiene y soportan los primeros.²¹

²¹ Castro y Castro, Juventino V., Garantías y Amparo, 7ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1991, p. 79

Como corolario de lo antes dicho, es dable decir que el trabajo es un derecho y una obligación; lo que corresponde a la libertad del individuo, lo que libremente puede elegir, es concretamente: *la ocupación a que dedicará su actividad.*

El numeral constitucional establece limitaciones a la garantía que consagra, así como seguridades jurídicas; por lo que se examinarán, en la siguiente forma:

Primera limitación.- Consiste en que podrá impedirse la misma a una persona, cuando la actividad que desarrolle sea ilícita. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. La ilicitud en el trabajo o la ocupación, debe ser transferida a la idea de ilegalidad, que sí puede precisarse, aunque estamos conscientes de la profunda diferencia que existe en su hondura entre ambos conceptos.

Segunda limitación.- Puede restringirse por determinación judicial –En materia penal, debe recordarse que prevén penas accesorias la suspensión o privación de los derechos y, dentro de ellos ejercer alguna profesión o actividad-

Tercera limitación.- Puede ceñirse por resolución gubernativa, cuando la autoridad aplique una ley que así lo disponga.

Cuarta limitación.- El requerimiento de una capacitación profesional debidamente acreditada y reconocida. Por ello, en estos casos, se exige la obtención de un título, su debido registro, y la expedición de una cédula de ejercicio, que constituyen una verdadera limitación a la libertad ocupacional, y que puede motivar responsabilidades penales para el caso de que no se cumplimente el requisito.

Quinta limitación.- Se deduce de los párrafos sexto y octavo del artículo 130 Constitucional que considera a los ministros de los cultos como personas que ejercen una profesión, imponiéndoseles para ello como requisito fundamental, el ser mexicanos por nacimiento.

Sexta limitación.- Esta se refiere al trabajo de los menores de edad, en los términos del Apartado A, del artículo 123 Constitucional.

Ahora, toca el turno de examinar las seguridades constitucionales respecto a la libertad ocupacional, es a lo que se refieren los siguientes señalamientos:

Primera seguridad.- Esta se refiere a lo dispuesto en la parte final del primer párrafo, del artículo 5° Constitucional, el cual ordena que “nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial”.

Es en la Ley Reglamentaria del artículo 123 Constitucional –o sea en la Ley Federal del Trabajo-, donde el principio de la inembargabilidad se extiende a todo el salario, y en su artículo 112 establece: *“Los salarios de los trabajadores no podrán ser embargados, salvo el caso de las pensiones alimenticias decretadas por la autoridad competente en beneficio de las personas señaladas en el artículo 110, fracción V (o sea esposa, hijos, ascendientes y nietos, según el caso). Los patrones no están obligados a cumplir ninguna otra orden judicial o administrativa de embargo”.*²²

Segunda seguridad.- Es la referida en los párrafos tercero y cuarto del artículo 5° Constitucional, en el sentido de que nadie podrá ser obligado a

²² op. cit. Supra 21, p. 83

prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin pleno conocimiento. Sin embargo, se cuenta con tres excepciones, que son:

El trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial.

Trabajos obligatorios, pero remunerados, como lo son los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, según lo dispone la fracción IV del artículo 36 Constitucional, y algunos servicios profesionales de índole social, según lo dispone la parte final del cuarto párrafo del artículo 5°.

Trabajos obligatorios y gratuitos, como son las funciones electorales, las cesales y las de jurado, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 5°, y la fracción V del artículo 36, ambos de la Constitución.

Tercera seguridad.- En el sentido de que no puede admitirse convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso.

Cuarta seguridad.- No puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en el que renuncie temporal o permanentemente a ejercer, determinada profesión, industria o comercio.

Una vez que se ha examinado lo referente al artículo 5° Constitucional, es preciso señalar que de dicho precepto, deriva la Ley de Profesiones, de la cual se destaca que en su artículo Segundo Transitorio, del Decreto de 31 de diciembre de 1973, publicado en el Diario Oficial de 2 de enero de 1974, que a la letra dice:

“SEGUNDO. *En tanto se expidan las leyes a que se refiere el artículo 2o., reformado, las profesiones que en sus diversas ramas necesitan título para su ejercicio, son las siguientes:*

...Licenciado en Derecho...”.

Y por su parte, el numeral 1° de la referida Ley, indica:

“...Título profesional es el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tengan reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrado tener los conocimientos necesarios de conformidad con esta Ley y otras disposiciones aplicables...”.

El artículo 2° de la Ley en comento, prescribe:

“...Las leyes que regulen campos de acción relacionados con alguna rama o especialidad profesional, determinarán cuáles son las actividades profesionales que necesitan título y cédula para su ejercicio...”.

Por su parte, el artículo 5° de la Ley de Profesiones, señala:

“...Para el ejercicio de una o varias especialidades, se requiere autorización de la Dirección General de Profesiones, debiendo comprobarse previamente:

- 1.- Haber obtenido título relativo a una profesión en los términos de esta Ley;*
- 2.- Comprobar, en forma idónea, haber realizado estudios especiales de perfeccionamiento técnico científico, en la ciencia o rama de la ciencia de que se trate...”.*

Luego, los dispositivos 24 y 28 de la Ley de Profesiones, establecen:

“Artículo 24. *Se entiende por ejercicio profesional, para los efectos de esta Ley, la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato...”.*

“Artículo 28. *En materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de persona de su confianza o por ambos según su voluntad. Cuando la persona o personas de la confianza del acusado, designados como defensores no sean abogados, se le invitará para que designe, además, un defensor con título. En caso de que no hiciere uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio...”.*

Y finalmente, el numeral 36 de la Ley de Profesiones, indica:

“...Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confíen por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas...”.

Por último, me permito decir que a la fecha existe la Ley de la Defensoría Pública, de la cual, es oportuno señalar cuáles son las obligaciones, que contraen los profesionistas del derecho (Licenciados en Derecho), es decir a los Defensores Públicos Federales. a saber:

“Artículo 4. *Los servicios de defensoría pública se prestarán a través de:*

- I.- Defensores públicos, en los asuntos del orden penal federal, desde la averiguación previa hasta la ejecución de las penas,y*
- II.- Asesores jurídicos, en asuntos de orden no penal, salvo los expresamente otorgados por la Ley a otras instituciones...”*

“Artículo 6. *Los defensores públicos y asesores jurídicos están obligados a:*

- I.- Prestar personalmente el servicio de orientación, asesoría y representación a las personas que lo soliciten en los términos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta ley y las demás disposiciones aplicables;*
- II.- Representar y ejercer ante las autoridades competentes los intereses y los derechos jurídicos de los defendidos o asistidos, a cuyo efecto harán valer acciones, opondrán excepciones o defensas, interpondrán incidentes o recursos y realizarán cualquier otro trámite o gestión que proceda conforme a derecho que resulte de una eficaz defensa;*
- III.- Evitar en todo momento la indefensión de sus representados;*

IV.- Vigilar el respeto a las garantías individuales de sus representados y formular las demandas de amparo respectivas, cuando las garantías individuales se estimen violadas;...”

“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 en favor de su defendido, cuando no existan elementos suficientes para su consignación;

III.- ...

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

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

VI.- ...

VII.-

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

“Artículo 12. *El servicio de defensoría pública, ante los juzgados y Tribunales federales comprende:*

I.- Atender inmediatamente las solicitudes que le sean formuladas por el inculcado, o por el juez de la 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 defendido, 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.- ...

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.- ...

VIII.- ...

IX.- ...

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

2.6.1.- SUJETOS QUE REALIZAN ACTOS DE DEFENSA EN EL DERECHO MEXICANO EN MATERIA PENAL.

Los actos de defensa, los realizan: el procesado, "la persona o personas de su confianza", "ambos", y "el defensor de oficio."

Esta diversidad de sujetos a cuyo cargo están los actos de defensa explica la obligatoriedad de la misma en el proceso, como garantía de seguridad jurídica.

El procesado, de acuerdo con lo instituido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puede por sí mismo llevar a cabo los actos de defensa, pero si éstos deben estar a cargo de técnicos en la materia, lo antes expresado desvirtúa la naturaleza específica de la misma. Por otra parte, aun cuando el procesado fuera un profesional del derecho, su situación jurídica imposibilita se realicen de manera plena los actos de una defensa integral, especialmente si está detenido.

De la práctica se advierte que el procesado, a través de sus intervenciones está realizando actos de defensa, pero aun así lo usual es que con independencia de lo anterior, los aspectos técnicos se encomienden al o los defensores particulares y, en su caso, al o los de oficio; precisamente por esto y en atención a lo establecido en las leyes de la materia, el procesado está facultado para designar a la persona o personas de su confianza, para que se encarguen de los actos de defensa y cuando el nombramiento recaiga en personas que no sean abogados,

para evitar perjuicios al defenso se habrá un técnico que se encargue de esos aspectos.

2.6.1.1.- DEFENSA MATERIAL Y TÉCNICA.

Los procesalistas distinguen entre la defensa técnica. La primera corre a cargo de los propios procesados quienes mediante sus respectivas declaraciones admitirán o negarán la comisión del delito o su participación en los hechos; explicarán las condiciones bajo las que delinquieron o expresarán el lugar en que se encontraban o la concurrencia de alguna circunstancia excluyente de responsabilidad. La defensa técnica debe ser llevada por un abogado²³ y estructurada sobre los elementos de absolución o de reducción de la penalidad que resulten del proceso, o de los datos que ella aporte.

Generalmente el inculcado, tiene un conocimiento más o menos preciso de los hechos sobre los que ha de declarar, pero tiene un desconocimiento completo de la situación legal que le rodea puesto que no está capacitado para comprender la naturaleza de la acusación, ni menos sabe cuál es el derecho aplicable en su beneficio, ni cuál el procedimiento que se ha de seguir para definir situación. De aquí que el distingo a que se hace referencia, haya tenido aceptación dentro de las doctrinas de pensamiento.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho procesal civil, en el procesal penal no hay excepciones perentorias, ni dilatorias, pero en cambio concurren infinidad de circunstancias que el abogado defensor, con sus conocimientos y su experiencia debe hacer valer en beneficio

²³ Pérez Palma Rafael, Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal, 1ª Ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1974, p. 314

del inculpado. En los Tratados de procedimiento criminal se encuentran estudiadas numeradamente esas circunstancias, pero nosotros no haremos sino mencionarlas, pues como ya se ha dicho nuestro objetivo es otro.

Insatisfacción de algún requisito de procedibilidad; falta de algún elemento necesario para la configuración del delito; acción penal ilegalmente ejercida, defectos en la comprobación del cuerpo del delito; concurrencia de circunstancias atenuantes; defectos en las pruebas de cargo, ya sean testimoniales, periciales o documentales; defectos en el auto de formal prisión; rebatir las conclusiones del Ministerio Público; más las que deriven de incompetencias y otras que puedan surgir del proceso.

Cuando el defensor técnico invade el campo de la defensa material, aconsejando a su cliente que oculte alguna circunstancia importante o aduzca algún hecho no ocurrido, o mediante nuevas pruebas intente desfigurar la verdad u ocultarla, ciertamente ahí podrá ser encontrado el inicio de la defensa fraudulenta. Pero son muy pocos los defensores técnicos que no invaden el terreno de los hechos, tratando de beneficiar a su defenso y de beneficiarse así mismos.

2.6.1.2.- DEFENSOR EN EL PROCESO PENAL.

La institución de la defensa, no sólo opera dentro del campo del procedimiento penal, sino también en el civil.

La figura del defensor²⁴, en las materias aludidas contrasta notablemente; así es reconocido por los autores de la doctrina contemporánea, quienes toman como punto de partida la naturaleza y fines del proceso civil y señalan que la comparecencia del demandado

²⁴ op. cit. Supra 10, p. 246

no constituye una obligación, sino una oportunidad que le otorga la ley para que comparezca en juicio a defenderse, valiéndose para estos fines de un técnico del derecho; en consecuencia, más que defensor tiene el carácter de asesor.

En el Derecho de Procedimientos Penales la situación es distinta. En este campo sí puede hablarse de defensa porque el problema planteado, sus repercusiones, en diversos órdenes, demandan la intervención directa del portador del conocimiento jurídico que en la práctica habrá de darse, razón por la que junto con el procesado sean el binomio característico de la institución defensa.

En el proceso penal, la defensa es obligatoria pero sin que constituya una carga para el procesado, porque lejos de eso es más bien una garantía que, al mismo tiempo, se traduce en un imperativo para el juez y un deber para el defensor.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y dentro del capítulo en donde se contienen las garantías instituidas para el "acusado", se indica:²⁵ *"...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;..."*(art. 20, apartado A, frac. IX).

²⁵ Idem, p. 247

2.6.1.3.- DEFENSOR DE OFICIO.

La defensa dentro del proceso es obligatoria; el procesado siempre será "oído por sí o por persona de su confianza", de manera que cuando aquél no opta por lo primero o no señala persona o personas de su confianza que lo defiendan, el juez le presentará la lista de los defensores de oficio "para que elija el que o los que le convengan"; más si el procesado no procede a ello, el juez debe nombrarle uno de oficio.

El defensor de oficio, tiene encomendados los actos de defensa de aquellos procesados que carecen de defensor particular.

En el orden federal y en la justicia del fuero común, el representante del Estado, ha instituido patrocinio gratuito en beneficio de quienes, estando involucrados en un asunto penal, carecen de medios económicos para pagar a un defensor particular, o aun teniéndolo, no lo designan.

El servicio del defensor de oficio, no sólo es gratuito, sino, además, es obligatorio; se traduce en servicios de asesoría, patrocinio o defensa en materia penal, civil y familiar.

En el fuero de guerra, también existe un cuerpo de defensores de oficio para los casos en que haya necesidad de otorgar defensa gratuita; son designados por el Secretario de la Defensa Nacional y se adscriben al lugar en donde son necesarios sus servicios.

2.6.1.4.- MOMENTO PROCEDIMENTAL EN QUE SE REALIZA LA DESIGNACIÓN DE DEFENSOR.

De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 20, apartado A, fracción IX, y el artículo 154, párrafo primero, parte *in fine*, indica que: “...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...”.

De lo anterior, se advierte un criterio estrictamente ajustado a la letra y espíritu de la fracción IX, apartado A, del artículo 20 Constitucional; no obstante, la ortodoxia que en ese orden se observó durante mucho tiempo, en la reciente adición al Código Federal de Procedimientos Penales, en la fracción tercera, del artículo 128, que a la letra dice:

“Artículo 128. 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;

e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se

traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquélla se 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 le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presentes.

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

El derecho previsto en la fracción trascrita, no se opone a la garantía establecida en la Constitución; además, ya era tiempo de la vaciedad imperante, respecto a la designación de defensor en la averiguación previa, fuera resuelta en la forma amplia en que está redactada; lo único que, propicia franco margen para hacer nugatoria la actuación, tanto del indiciado como de su defensor, es la facultad otorgada al Ministerio Público, para decidir que: “cuando no sea posible el pleno desahogo de las pruebas de la defensa, se reserven los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial”.

Acertado es que el Ministerio Público designe un defensor de oficio a falta de defensor particular.

2.6.1.5.- ACEPTACIÓN DEL CARGO Y RENUNCIA AL MISMO.

Para que los actos de defensa principien a tener vigencia, es indispensable que el defensor acepte el nombramiento de tal manera que, deberá hacerlo ante el subórgano correspondiente, tan pronto como se le dé a conocer su designación, y para que surta efectos legales

constará en el expediente respectivo. A partir de ese momento cumplirá con las obligaciones inherentes a su función.

Lo antes dicho, conduce a pensar que, los actos de defensa implican necesariamente el nombramiento de defensor y también a la aceptación del cargo; empero, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Penales, esto no es así, porque: *“las audiencias serán públicas y en ellas el inculpado podrá defenderse por sí mismo o por su defensor”* (*Videtur*, texto completo del artículo 86 del C.F.P.P.).

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

La violación de garantías en que se incurre, cuando el procesado no está asistido por su defensor, da lugar a la nulidad de todo lo actuado y, por ende, a la reposición del procedimiento.

Cuando el defensor no cumple el cargo que se le ha conferido, incurre en la comisión de algún delito o responsabilidad.

2.6.2.- OBLIGATORIEDAD DE LA DEFENSA.

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

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

CAPITULO 3

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL ORDEN PENAL.

3.1.- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SU HISTORIA.

3.1.1.- EL PRIMER CONGRESO CONSTITUYENTE.

El período comprendido entre el 24 de agosto de 1821²⁶, fecha de la celebración del tratado de Córdoba entre don Juan O'Donoju y Agustín Iturbide, y el 31 de enero de 1824, día de la promulgación del Acta Constitutiva de la República Mexicana, como nación independiente, organizada como república federal representativa, representa la primera etapa de nuestra vida independiente.

Después de la entrada a la ciudad de México del Ejército Trigarante con Agustín de Iturbide al frente de 16,000 hombres, se instala la Junta Provisional Gubernativa, compuesta de veinticuatro personas, la que una vez que decreta el Acta de la Independencia del Imperio Mexicano, nombra una regencia compuesta de Iturbide como presidente, de O'Donoju, de Manuel de la Bárcena, de Isidro Yáñez y de Manuel Velásquez de León.

Grandes obstáculos se presentaban al nuevo gobierno, y entre ellos, la necesidad de convocar un Congreso Constituyente cuya misión habría

²⁶ op. cit Supra 23, p. 81

de ser la de dar al País la Constitución que de acuerdo con el Plan de Iguala, habría de templar la monarquía, a semejanza de lo ocurrido en España con la Constitución de las Cortes de Cádiz.

El Congreso quedó instalado el 24 de febrero de 1822 bajo la presidencia de don José Hipólito Odoardo.

El Congreso se enredó en cuestiones ajenas a su objeto principal y por discrepancias de carácter secundario los ánimos se enardecían, pero, por encima de las querellas personales, lo que había en el fondo, era el sentimiento republicano de algunos señores diputados, frente al espíritu monarquista de Iturbide.

En esta situación se tuvo conocimiento en México de que el Gobierno Español no había aprobado el tratado de Córdoba, y que O'Donoju había sido declarado traidor y puesto fuera de la Ley.

En consecuencia, llegaba el momento en que se habría de elegir a un soberano, a un emperador o a un presidente, y con él la ocasión, para que los partidos políticos se declarasen en la más abierta oposición. Los regentes adictos a Iturbide fueron depuestos por el Congreso, substituyéndolos por don Nicolás Bravo, el Conde de la Casa de Heras Soto y el doctor Miguel Valentín.

En tanto republicanos y borbonistas, en el seno del Congreso se hostilizaban y se enfrascaban en largas discusiones, la noche del 18 de mayo, al grito de un mercenario, un coronel de granaderos y gente de la plebe se lanzaron a la calle proclamando a Iturbide Emperador.

Después de la coronación de Iturbide, el 20 de julio de 1822, y a principios del mes siguiente fue descubierta una conspiración republicana, con cuyo motivo fueron varios diputados; esto dio ocasión a que en el Congreso aumentara el disgusto en contra del Emperador y a que los dos poderes, el del Emperador y el del Congreso entran en franca oposición. El Emperador, el 31 de Octubre, ordenó la disolución del Congreso. El Brigadier Luis Cortazar, con la fuerza de las armas, y sin mediar protesta alguna, disolvió el primer Congreso Constituyente del México Independiente.

Sabiendo el Emperador que había en la capital 109 diputados del Congreso disuelto, los convocó a sesiones, pero muchos de ellos de la cárcel fueron a la reunión para ejercer su cargo, todos se hallaron fuertemente resentidos, por lo que continuaron haciendo fuerte oposición a Iturbide, quien acabó por abdicar de la corona, tras de lo cual fue desterrado.

El propio Congreso de Poder Ejecutivo, designó un gobierno provisional compuesto por Pedro Celestino Negrete, Nicolás Bravo y Guadalupe Victoria.

3.1.2.- ACTA CONSTITUTIVA DE LA NACIÓN.

Mientras tanto, la provincia vivía²⁷ en completa agitación, en medio de signos que no dejaban de ser inquietantes por cuanto que apuntaba a una tendencia de desmembración. Como el Congreso no aprobaba aún las bases del nuevo gobierno, varias provincias, encabezadas por la de Jalisco, se pronunciaron por el sistema federalista y suscribieron un convenio por el que crearon un grupo de Estados autónomos de carácter federalista.

²⁷ Idem. p. 84

Ante esa situación los diputados del reestablecido Primer Congreso Constituyente aprobaron el Acta de la Federación, en la que sentaron bases y los principios generales de lo que habría de ser más tarde la Constitución Federal de 1824. Sólo de esta manera lograron apaciguar la exaltada tendencia federalista de las citadas provincias y disipar la coalición autónoma, ofreciéndoles la garantía de que México se instituiría como República Federal.

El autor del Acta de la Federación Mexicana fue el coahuilense Miguel Ramos Arizpe, quien a su preclara inteligencia y cultura unía la experiencia adquirida en las Cortes de Cádiz.

3.1.3.- TRANSFORMACIÓN IDEOLÓGICA.

Para ir de la Constitución de 1824²⁸ a la Constitución Liberal de 1857, hay que dar un gran salto en la historia, en el que hubo ensayos de gobierno centralista, guerra con un país extranjero, pérdida de parte considerable de nuestro territorio, dictadura política, traiciones, inquietudes e inconformidades, o para decirlo a la manera de Emilio Rabasa: *“En los veinticinco años que corren de 1822 en adelante, la Nación Mexicana tuvo siete Congresos constituyentes que produjeron, una acta Constitutiva, tres constituciones y una Acta de Reformas, y como consecuencias dos golpes de estado y de cuando el ingenio descontentizado ha podido inventar para mover el desorden y encender los ánimos. Y a esta porfía de revuelta y el desprestigio de las leyes en que los gobiernos sabían ser más activos que la soldadesca y las facciones, y en que el pueblo no era sino materia disponible, llevaron aquellos el contingente más poderoso para aniquilar la fe de la Nación con la disolución violenta de los congresos legítimos y la consagración como constituyentes de tres asambleas sin poderes, ni apariencia de legitimidad”*.

²⁸ Idem. p. 89

Ante ese panorama de agitación, de convulsiones y de acontecimientos, la justificación y buen entendimiento de la Constitución Liberal de 1857, más que ser buscada en aquella multitud de acontecimientos, resulta evidente y consecuencia natural de la transformación ideológica que paulatinamente se va produciendo a partir de nuestra desvinculación política de España.

Detenido y largo sería precisar esa evolución ideológica, esa transformación en la manera de pensar, a través del sentir de cada uno de los hombres de la Reforma y más concretamente de los Constituyentes como Sebastián Lerdo de Tejada, Gabino Barreda, José María Lozano, Guillermo Prieto, Ezequiel Montes, Eligio Ancona, Mariano Yáñez, Manuel Payno, Francisco Zarco, José María Iglesias y otros tantos.

Cabe Decir, que no está dentro de los propósitos de la elaboración esta tesis, adelantarse profundamente en el tema de nuestra historia constitucional, sino simplemente el ir descubriendo los antecedentes legislativos de los principios del orden constitucional que en la actualidad rigen en el procedimiento penal.

3.1.4.- GARANTIAS INDIVIDUALES EN LA CONSTITUCION DE 1857.

Una de las mayores diferencias entre las anteriores constituciones y la liberal de 1857 consiste en que ésta principia haciendo una declaración general sobre los derechos del hombre a los que dedica sus primeros veintinueve artículos, que por ser el precedente inmediato de las garantías individuales de la Constitución de 1917.

Ni en la Constitución de las Cortes de Cádiz, ni el proyecto de Constitución Insurgente de 1814, ni en la Constitución Federal de 1824, fue dictado un capítulo o sección especial para enunciar los derechos del hombre o garantías individuales, seguramente porque en aquéllas épocas no se tenía todavía un concepto preciso de tales derechos y porque no había sido superada todavía la etapa de limitaciones o prohibiciones a las facultades de la autoridad, con que en la legislación se inicia el capítulo de las garantías individuales.

No fue sino hasta en la Constitución Centralista de 1836, cuando se hace el primer intento de agrupar los derechos del hombre en un capítulo especialmente dedicado a ese objeto.

En el Congreso Constituyente de 1847 se vuelve a insistir en los derechos del hombre y como consecuencia de ello Mariano Otero en unión de los licenciados Robredo e Ibarra formuló un proyecto sobre la Ley Constitucional de Garantías Individuales, en cuya exposición de motivos se indica que para su redacción fueron consultadas las constituciones de Inglaterra, de Estados Unidos, de Francia y de Bélgica, habiendo sido preferida esta última sobre la francesa de 1815 y sobre las dos de origen nórdico.

El Licenciado Santiago Oñate²⁹, este respecto dice:

“La clasificación de las garantías que hacen Otero y coautores del proyecto que comentamos, es la de considerarlas en cuatro categorías: libertad, seguridad, propiedad e igualdad.

Dentro del capítulo de Libertad quedan comprendidos: la abolición de la esclavitud, la prohibición de contratos en que se obligue al hombre a prestar trabajo personal por más de cierto número de años, el derecho de traslación dentro y fuera del territorio nacional, la libertad de opinión y la inviolabilidad de la correspondencia.

²⁹ Idem. p. 95

Dentro de la garantía de seguridad se incluyen las prerrogativas del individuo en materia penal.

Corresponden a la garantía de Propiedad el derecho al trabajo, el derecho a la propiedad de los bienes, la expropiación, la ocupación de armas, municiones, vestuarios y bagages por los militares, la proscripción de los préstamos forzosos, la propiedad intelectual, la prohibición a los poderes legislativo y ejecutivo de dictar sentencias en negocios judiciales, y ciertas prerrogativas de los litigantes en los juicios civiles.

En la garantía de Igualdad comprende el proyecto: la generalidad de la ley; la abolición de toda discriminación por razón de nacimiento o raza; la prohibición de pérdida del fuero común por delito; la extinción de mayorazgos y vinculaciones, así como también la prohibición de cargos vendibles y hereditarios y la proscripción de los títulos de nobleza.”

A pesar de no fue aprobado el proyecto de Ley de Garantías Individuales presentando al Senado de 1849 ejerció influencia considerable en el Estatuto Orgánico de Comonfort y en la Constitución Federal de 1857.

3.1.5.- CONSTITUCIÓN DE 1917.

3.1.5.1.- ACONTECIMIENTOS HISTÓRICOS.

Del 5 de febrero de 1817 a igual fecha de 1917³⁰, hay de por medio un período de sesenta años exactamente.

A raíz de la promulgación de la Constitución Liberal de 1857, el partido conservador que se había opuesto a ella, se vuelve reaccionario a ella para impedir su vigencia. La Guerra inicia con el Plan de Tacubaya

³⁰ Idem. p. 97

del 17 de diciembre del mismo año de 1857 y dura tres largos años, hasta que el primero de enero de 1861 el General González Ortega entra a la ciudad de México al frente de su ejército triunfador.

Inmediatamente después se inicia la época de los gobiernos juaristas que se ve interrumpida por la intervención de las tropas francesas y el absurdo Imperio de Maximiliano que acaba fusilado en el Cerro de las Campanas, en Querétaro, el 19 de junio de 1867. Siguen de nuevo los gobiernos juaristas aunque siempre en oposición, ahora, encabezada por Sebastián Lerdo de Tejada, hasta que el hombre fuerte de la reforma, Benito Juárez muere resultado de una afección cardíaca el 18 de julio de 1872.

Hacia 1876 se inicia el gobierno y la dictadura del General Porfirio Díaz, que no habrá de terminar sino hasta 1911, es decir, de cerca de 35 años en que el país vive bajo su férrea voluntad.

Durante los largos años de la dictadura porfirista, se tuvo el propósito de lograr:

- a.-** Un concepto más preciso de los derechos individuales.
- b.-** Una perfecta separación entre las funciones investigadoras y persecutorias del delito, frente a la función jurisdiccional.
- c.-** Dar a la educación una nueva orientación, ya no como garantía individual, sino como garantía social.
- d.-** Dar también a la tenencia de la tierra un nuevo concepto, para destruir el latifundismo.
- e.-** Establecer los derechos de los trabajadores frente a sus

patrones.

f.- Fijar con mayor precisión la separación de la iglesia y del Estado.

Las deliberaciones del Congreso Constituyente se prolongaron por los meses de diciembre de 1916 y enero de 1917, y finalmente, el 5 de febrero de este último año, fue promulgada la nueva constitución.

3.1.5.2.- CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917.

Se componía de 136 artículos, divididos en siete títulos cuyo contenido es el siguiente:

Título primero.	De las garantías individuales.
Título Segundo	De la soberanía Nacional y de la forma de Gobierno.
Título Tercero	De la división de Poderes.
Titulo Cuarto	De las responsabilidades de funcionarios públicos.
Título Quinto	De los Estados de la Federación.
Título Sexto	Del trabajo y la previsión social.
Título Séptimo	Prevenciones generales.

Ahora bien, la materia Penal, considerada en toda su amplitud, comprende cinco grandes ramas, a saber:

La que define los delitos, determinando la naturaleza, duración y cuantía de las penas imponibles y proporciona las bases para la individualización de las penas; de estas cuestiones se ocupan en particular de los Códigos Penales, y por excepción, algunas leyes especiales que elevan a la categoría de delitos actos que las contravienen y que simultáneamente señalan la pena con que son sancionados.

La que corresponde a la función investigadora y persecutoria del delito que incumbe al poder Ejecutivo y quien la ejerce a través de su órgano especializado, el Ministerio Público y de cuyo funcionamiento se ocupan sus leyes orgánicas, e indebidamente, los códigos de Procedimientos Penales.

La que corresponde a la función jurisdiccional ejercida por el o por los Poderes judiciales y que comprende los procedimientos que ante ello se han de seguir, con miras al pronunciamiento de una sentencia en la que se habrá de declarar si algún hecho determinado constituye o no delito, quien o quienes son los responsables y cuál o cuáles las penas imponibles y, de cuyas cuestiones se ocupan en particular los Códigos de Procedimientos Penales.

La función administrativa ejercida por el Poder Ejecutivo Federal o por los Poderes Ejecutivos de los Estados, tendiente a velar el cumplimiento de las penas impuestas por los órganos jurisdiccionales, y que comprende lo que es el Derecho Penitenciario; y

La que comprende todo lo relativo a la organización de los tribunales, a la manera de designar a magistrados, jueces, secretarios y

demás personal de la administración de justicia, licencias o responsabilidades en que pueden incurrir, por faltas o delitos en el desempeño de sus cargos, y de cuyas materias se ocupan en particular las leyes orgánicas del Poder Judicial de la Federación o de los Poderes Judiciales de los Estados y hasta los mismo Códigos de Procedimientos Penales, esto es, el Derecho Judicial.

Consecuentemente, los principios de orden constitucional que rigen en materia penal, se han de encontrar dispersos y diseminados dentro de todo el articulado de la constitución, según sea la garantía que consagren, la autoridad administrativa o judicial a quien se dirijan, la prohibición que establezcan o la obligación que impongan.

3.2.- ASPECTOS HISTÓRICOS DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN NUESTRO PAÍS.

En principio, es necesario señalar que los documentos que rigieron en la Nueva España, constituyeron los antecedentes de las garantías individuales en México, y son:

a.- Leyes de Indias.

b.- Decreto del 10 de Octubre de 1810, referente a la igualdad jurídica entre los españoles europeos y los de ultramar.

c.- Decreto del 10 de Noviembre de 1810, en torno a la libertad política de imprenta, habiéndose condicionado la libertad de imprenta en materia

religiosa a la previa censura.

d.- Decreto de 9 de febrero de 1811, sobre la igualdad de los derechos de los españoles americanos entre sí, ya sean españoles, indios o hijos de ambas clases; y,

e.- Decreto del 8 de septiembre de 1813, que abole la pena de azotes en contra los indios.

Don Miguel Hidalgo y Costilla, expidió dos bandos en el año de 1810, en Guadalajara, Jalisco, que son los siguientes:³¹

El primer bando, (de fecha 1° de diciembre de 1810 y que es poco conocido), constituye un antecedente de los artículos 16 último párrafo y 129, constitucionales, al prohibir que los miembros de sus tropas, exigiesen cabalgaduras, efectos o forraje, en forma arbitraria y sin que fueran necesarias.

En el segundo bando, decreta la igualdad de todos los individuos en sociedad, al proscribir la esclavitud en México, so pena de muerte por desacato a este mandato (antecedente del actual artículo 1°, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos); además, eximió a los indios del pago de impuestos, lo que representa una protección para una clase desprotegida, como hoy se hace en leyes fiscales secundarias.

Por el contenido de estos bandos, don Miguel Hidalgo y Costilla³², debe ser reconocido como el precursor de los derechos del hombre y del otorgamiento de las garantías del Gobernado en México.

A través de la incorporación de diversas garantías y medios de

³¹ Del Castillo del Valle, Alberto, Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal, 2ª edición, Ediciones Jurídicas Alma, S.A. de C.V., México, 2003, p. 48

³² Idem. p. 49

impugnación, como es el caso de la previsión del recurso anglosajón del habeas hábeas, sostenido que en México imperaría la ley inglesa para solucionar los problemas derivados de la privación de la libertad por alguna autoridad pública.

Asimismo, se alude a que el domicilio de cada persona sería respetado como se tratase de un asilo sagrado, encontrándose así un antecedente del artículo 16 Constitucional. *Grosso Modo*, esa fue la forma en que se propuso la protección de los derechos del hombre en este documento, que representa el primer intento por crear una Constitución para la Nación que estaba independizándose y que necesitaba de un orden jurídico para su subsistencia.

En el Plan de Iguala, de 24 de febrero de 1821, se consagraron garantías, aunque en forma muy somera, tal como es el caso del punto veinte, de ese documento, que sostenía lo siguiente:³³

“20. Ínterin se reúnen las Cortes, se procederá en los delitos con total arreglo a la Constitución Española”

De lo anterior, se advierte que se encuentra inserta una garantía de legalidad en materia penal, al someter la actuación de las autoridades a las disposiciones de la Constitución española (Constitución de Cádiz, de 1812), la cual consistía una serie de garantías en materia penal, por lo que se evitaba la arbitrariedad estatal.

³³ Idem. p. 51

Independientemente de la anterior garantía, en el punto veintiuno del Plan, se encuentra una disposición normativa que, a pesar de su razón de ser, representaba un precepto que atenta en contra de los derechos humanos, al disponer en él lo siguiente:

*“21. En el de conspiración contra la independencia, se procederá a prisión, sin pasar a otra cosa que las Cortes dicten la pena correspondiente al mayor de los delitos del de Lesa Majestad divina”.*³⁴

Así pues, en ese numeral se impone ya una pena severa, sometiendo al sujeto que incurra en el delito de conspiración contra la independencia nacional que estaba a punto de consumarse, a prisión preventiva y regulándose ya la pena por imponérsele.

También la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 4 de Octubre de 1824, consagró garantías, entre las que aquí nos interesa son: *“Garantías que protegían la libertad deambulatoria; protección al domicilio de las personas; y, prohibición de exigir juramento sobre declaraciones en torno a hechos propios en materia penal”.*

Posteriormente, al haber sido disuelto el Congreso Constituyente de 1842 (que elaboró los proyectos aludidos en la pregunta-respuesta anterior), constituyó una Junta de Notables que redactó el documento conocido como Bases de Organización Política de la República Mexicana, en que se consagraron garantías semejantes a propuestas en los proyectos de 1842, entre las que se menciona las siguientes: *“Protección a la libertad personal; límite a la retención; prohibición de intimidar a una persona a declarar en su contra; y, protección al domicilio de las personas regulándose la orden de*

³⁴ Idem. p. 51

cateo".

En el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 23 de mayo de 1855, se consagraron garantías en materia penal, hay una semejanza con las que hasta ese momento se habían consagrado en las Constituciones vigentes en México hasta ese año; sin embargo, se previeron nuevos medios de tutela de los derechos del hombre, aludiéndose, por ejemplo, a la separación de los procesados, en relación a los sentenciados; asimismo, se inscribieron las bases del proceso penal, entre ellas, la relativa a permitir al detenido imponerse de las constancias que integran el expediente, carearse con los testigos que depusieran en su contra y de ser escuchado en defensa. Del mismo modo se reguló la publicidad en los procesos, salvo por causas de respeto a la moral pública.

En otro precepto, se prohibieron los azotes, la marca, la mutilación, la infamia trascendental y la confiscación de bienes.

3.3.- GARANTÍAS INDIVIDUALES EN EL ORDEN CRIMINAL.

3.3.1.- CONCEPTO.

Es el medio jurídico consagrado por la Constitución, principalmente, por virtud del cual se protegen los derechos del hombre frente al gobierno del Estado y sus autoridades, obligando a éstos a respetar tales derechos; son en concreto, medios jurídicos de protección, defensa o salvaguarda de los derechos del hombre, por lo que estos derechos son jurídicamente resguardados y tutelados por la Constitución y el sistema jurídico mexicano gracias a la consagración y concesión de garantías individuales.

3.3.2.- LOS ELEMENTOS DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES SON:³⁵

- a).- Los sujetos de la relación que implica la garantía;
- b).- El objeto de la garantía; y,
- c).- La fuente de la garantía.

¿Quién es el titular de las garantías individuales en materia penal? El individuo o persona física tan solo, pues el único sujeto de Derecho al que se puede afectar en uno de los bienes jurídicos tutelados por estas garantías, o sea, en su vida, en su libertad locomotora y/o en su integridad física o moral. Las demás clases de los gobernados no tiene la titularidad de estas garantías (en materia penal), por no ser susceptible de gozar de los derechos protegidos por las mismas y, por tanto, no pueden ser afectados por actos de autoridad en relación a los mismos.

El objeto de las garantías individuales está constituido por el respeto a un derecho del hombre por parte de las autoridades públicas. Derivado de esta obligación, surge la presencia de un derecho público subjetivo, entendiendo por esta expresión a lo siguiente:

- a).- La existencia de un derecho;
- b).- Ese derecho es público; y
- c).- Ese derecho público es subjetivo.

Con motivo de la garantía individual, surge una obligación que corre a cargo del gobierno del Estado y las autoridades públicas, consistente en respetar y observar en todo momento el derecho público subjetivo garantizado, tutelado o protegido por el orden jurídico, principalmente por la norma constitucional.

³⁵ Idem. p. 20

Las garantías individuales gozan de principios constitucionales³⁶, siendo los de fundamentalidad, de supremacía constitucional y de rigidez constitucional. Las garantías son fundamentales, porque todo acto de autoridad debe basarse en ellas; supremas, porque están en la cúspide del Derecho positivo mexicano (en la Constitución); gozan del principio de rigidez constitucional, puesto que para poder reformar los artículos que las consagran, se requiere cumplir previamente con un procedimiento riguroso en la Constitución.

¿Cuál es la teleología de las garantías individuales en materia penal? La finalidad de las garantías en materia penal consiste en salvaguardar y hacer vigente en todo tiempo los derechos más caros de que goza todo individuo, como son la vida, la libertad y su integridad física y/o moral, protegiéndose estos contra las arbitrariedades de las autoridades públicas cuando se considera que una persona ha cometido un delito y se investiga y/o sigue un proceso penal por esa causa.

Para hacer vigente estas garantías que tienden a resguardar dichos derechos supremos y fundamentales, se ha ideado el juicio de amparo, mediante el cual se anula o invalida toda actuación estadual que propenda a inobservar o desconocer esas garantías, con lo que las mismas se imponen a todas las autoridades del Estado, haciéndolas vigentes y, por ende, tutelándose los derechos del hombre frente al Estado y sus autoridades.

³⁶ Idem. p. 29

La importancia de las garantías individuales en materia penal es tal, que la Constitución Política de algunas entidades federativas las corroboran en su articulado, buscando la protección del individuo frente a las autoridades estatales.

Los bienes jurídicos protegidos por las garantías en materia penal, son los siguientes:

- a).- La vida;
- b).- La libertad de tránsito o deambulatoria;
- c).- La integridad física; y,
- d).- La integridad moral.

Tales bienes jurídicos se protegen preferentemente por las garantías que se consagran en los artículos 1°, 5°, 11 del 13 al 23 y 119, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.3.3.- ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.

Establece:

“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple

analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”

Del numeral antes transcrito, surge el principio de irretroactividad; si la nueva ley no ha tener carácter obligatorio sino desde la fecha de su promulgación, es natural que sus efectos se proyecten sobre el futuro y que solo por excepción opere sobre el pasado. Además, si la nueva ley pudiere regir o modificar el pasado, la libertad, la propiedad, la posesión y hasta la vida misma del hombre, carecería de las condiciones de seguridad y de estabilidad que requiere la convivencia y la organización social; de ahí, que surge el referido principio.

En la actualidad, es como una norma de moral legislativa, universalmente admitida, cuyos antecedentes pueden ser encontrados en el Fuero Juzgo, en el Fuero Real, en las Leyes de Partida, en la Novísima Recopilación. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se estableció formalmente que ninguna ley civil o criminal podía tener efecto retroactivo.

En el Derecho Penal, se dice que la nueva ley, no puede ser aplicada retroactivamente, en perjuicio de persona alguna; pero lógicamente, sí podrá ser aplicada retroactivamente en beneficio de alguien. De ahí derivan varias situaciones: Si la nueva ley eleva a la categoría de delitos hechos que antes lo fueron, o si establece penas mayores, el inculcado tendrá que ser juzgado de conformidad con las vigentes en la época de la comisión del delito, a fin de que no se cauce perjuicio; pero si la nueva ley suprime el carácter delictuoso al hecho por el que se le procesa, o si en alguna forma reduce la pena, la nueva ley debe

ser aplicada retroactivamente, porque lejos de causar un perjuicio al inculpado causará un beneficio.

En ese orden de ideas, a fin de comprender mejor lo antes dicho, me permito transcribir el artículo 56 del Código Penal Federal, que establece:

“Artículo 56. *Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable...*”

Por su parte, el artículo 553 del Código Federal de Procedimientos Penales enuncia:

“Artículo 553. *El que hubiese sido condenado por sentencia irrevocable y se encuentre en los casos de conmutación de sanciones o de aplicación de ley más favorable a que se refiere el Código Penal Federal, podrá solicitar de la autoridad jurisdiccional o del Poder Ejecutivo, en su caso, la conmutación, la reducción de la pena o el sobreseimiento que procedan, sin perjuicio de que dichas autoridades actúen de oficio y sin detrimento de la obligación de reparar los daños y perjuicios legalmente exigibles”.*

Por tanto, debe decirse que en el supuesto concedido de que el sentenciado aún no se hubiere dejado a disposición del Ejecutivo Federal para que proceda a ejecutar la sanción, el Juzgador de origen es la autoridad competente para aplicar la ley mas favorable al reo, de conformidad con los numerales transcritos y con la tesis jurisprudencial 418, visible en el tomo II, parte Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Apéndice 1971-1995, cuyo rubro es: **“ARTICULO 56 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO**

COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. A QUIEN CORRESPONDE APLICARLO, DE ACUERDO CON EL ESTADO QUE GUARDE LA CAUSA PENAL RESPECTIVA. (*Videtur*, texto íntegro y completo en el anexo).

Respecto al segundo párrafo del dispositivo constitucional, debe decirse que representa la postura o la reacción de los Constituyentes de 1857, de 1917 y los autores de otras Constituciones que pudieron haber servido de modelo a la nuestra, frente a las prácticas que estuvieron en uso en la antigüedad.

El principio de que ningún acto antisocial pudiera ser castigado sino en virtud de una ley preexistente fue incluido en la Constitución de 1791 y en la del año III de la nueva cronología revolucionaria y posteriormente elevado a la categoría de norma general en el Código de los Delitos y de las Penal del 3 de brumario del año IV, que en su artículo 4º prevenía: *“Ninguna contravención a la ley, ningún delito, ningún crimen pueden ser castigados sino con penas establecidas con anterioridad a su comisión”*. De dicho principio nacen dos postulados *Nulla pena sine lege, nulla pena sine iudicio*; premisas las anteriores en las que está inspirado el precepto constitucional que nos ocupa. Conviene subrayar que la facultad para privar a alguien de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos corresponde a los tribunales previamente establecidos.

3.3.3.1.- CONCEPTO DE PRIVACIÓN.

El participio “privado” empleado en el precepto está usando en sus acepciones de usurpar, de quitar, de despojar o de desposeer a alguien de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, de manera definitiva.

En el Código de Procedimientos Penales, existen infinidad de disposiciones que permiten al Juez dictar medidas o providencias precautorias para el aseguramiento del encausado; las cuales deben ser dictadas sin audiencia, ni conocimiento, ni menos intervención del inculcado, esto es, sin oír en su defensa al interesado, sin juicio, en contra de lo que viene de la garantía constitucional que se estudia, a pesar de que implican la pérdida momentánea del derecho garantizado y, no puede decirse que violan la garantía consagrada en el artículo en estudio, pues éstas son despachadas con carácter meramente provisional y pueden ser reparadas en sentencia definitiva.

Las medidas restrictivas de la libertad individual no son en realidad, sino providencias precautorias para asegurar la persona del que será acusado, se ocupa en particular el artículo 16 Constitucional, pues regula las órdenes de aprehensión o de detención que ejecutan las autoridades.

Por otra parte, cabe destacar que dos son las exigencias que debe satisfacer el juicio prevenido en el ordinal de estudio: una, la de que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; y otra, la de que el juicio sea seguido de conformidad con las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

3.3.3.2.- FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO.

No son otras, más que las que se desprenden del articulado mismo de la Constitución y estén relacionadas con la materia procesal.

No debe soslayarse que lo que la prevención constitucional quiere decir, interpretada literalmente, es que, en materia civil o penal, el proceso se ha de componer de conformidad con la ley vigente en la época de ocurrir el hecho generador de la acción, que bien puede ser la comisión de un delito, o el incumplimiento de una obligación; esto es, el juicio se habrá de seguir de conformidad con las leyes expedidas con anterioridad al hecho, es decir, que la ley procesal aplicable será aquella que hubiere estado vigente en la fecha de la comisión del delito o del incumplimiento de la obligación, y no la vigente en la fecha de la iniciación del juicio.

Este mandato constitucional es conocido en la teoría del Derecho Penal con el nombre de principio de la exacta aplicación de la ley penal. La analogía, prohibida en el precepto que se comenta, consiste en la relación o proporción de conveniencia que tiene unas cosas con otras; y jurídicamente, en la relación o semejanza que hay entre los casos expresados en alguna ley y otros que han sido omitidos en ella. En lógica la mayoría de razón es uno de los medios de raciocinio y poderoso auxiliar de los sistemas inductivos y deductivos, particularmente si se funda en premisas universales afirmativas o negativas, pero que el precepto constitucional prohíbe para la imposición de las penas, por ser en sí mismos, contrario al principio de aplicación exacta de la ley.

3.3.4.- ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

El cual indica:

“Artículo 16. *Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del*

procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud,

expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.”

El párrafo inicial del numeral ya transcrito, en atención a las medidas coercitivas que el propio artículo autoriza, órdenes de aprehensión emanadas de la autoridad judicial, posibilidad de detenciones por la policía, sin orden de autoridad judicial y cateos, y previendo las molestias que tales medidas puedan ocasionar a la persona, a la familia, en el domicilio, contenida en otras muchas constituciones, de que nadie pueda ser molestado, sino por virtud de mandamiento escrito, de autoridad competente, fundado y motivado; lo anterior, se refiere a las molestias que ese causen o puedan causar con motivo de las medidas coercitivas personales que autoriza para la composición del proceso, para el aseguramiento de la persona del inculcado, para la investigación de los delitos, para el cateo del domicilio o para el decomiso de las armas, instrumentos u objetos del delito.

Las molestias³⁷ que las medidas coercitivas puedan causar solamente serán justificables a través de un mandato de autoridad competente, escrito, en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento.

En lo relativo al segundo párrafo del precepto constitucional, debe decirse que los datos que hagan probable la responsabilidad del acusado, gramaticalmente, tanto pueden subsistir a la denuncia, a la acusación o la querrela, como a la declaración bajo protesta de persona digna de fe, ya que la disyuntiva empleada en la redacción del precepto puede referirse a cualquiera de las dos prevenciones que la preceden. Pero como jurídicamente no es concebible una denuncia, una acusación o una querrela que no sean producidas por una declaración otorgada bajo protesta de decir verdad, resulta que los datos a que el mandato constitucional se refiere, de hecho, lo que pueden y deben substituir, es la denuncia o la acusación. Es decir, que aún queriendo el legislador suprimir la incoación oficiosa, se vuelve a ella, cuando se tienen datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del acusado, en un delito que sea perseguible de oficio, a pesar de que no haya denuncia o acusación.

La denuncia, la acusación o la querrela han de ser requisitos previos a la expedición de una orden de aprehensión, pero no lo son, ni lo pueden ser, para incoar un procedimiento por delito que se pueda perseguir de oficio, es decir, que la iniciación de la averiguación, en este tipo de delitos, la policía judicial y el Ministerio Público, están obligados a proceder de oficio, sin esperar a que se formule ante ellos denuncia o acusación.

Por tanto, los requisitos de procedibilidad, lo son únicamente, con

³⁷ Op. cit. Supra 23, p. 167

arreglo a nuestra constitución, para el libramiento de las órdenes de aprehensión, pero no lo son, salvo el caso de la querrela, para iniciar la investigación de los delitos perseguibles de oficio.

Ahora bien, la expresión flagrancia³⁸ comprende tanto el momento de la comisión del delito, como el que le sigue inmediatamente después.

Por otra parte, en relación al quinto párrafo del numeral tantas veces citado, podemos decir que se actualiza dicho supuesto en los lugares en los que no suele haber sino autoridades administrativas, tales como Presidentes Municipales, Recaudadores de Rentas u otros cargos semejantes.

Estos funcionarios aún siendo de baja categoría, para delitos de los que se persiguen de oficio, constitucionalmente, están facultados, exclusivamente, para proceder a la detención de un acusado si se trata de un caso urgente, pero habrán de ponerlo inmediatamente a disposición del Ministerio Público, denunciándole el hecho de que se trate, para que se traslade al lugar y proceda conforme a sus atribuciones.

Si el detenido en las condiciones que previene el precepto fuere puesto realmente a disposición de un Juez o de otra autoridad judicial, ésta se habrá de negar a recibirlo atenta a las prevenciones contenidas en el artículo 21 Constitucional.

Finalmente, en lo tocante al citado numeral constitucional, el cateo, es otra de las formas de coerción, pero que más que a la persona, al que

³⁸ Idem. p. 177

afecta es al domicilio, pues consiste en la busca que se haga en la casa habitación del inculpado, o en otro lugar cerrado, de personas o de cosas relacionadas con la comisión de algún delito.

3.3.5.- ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL.

Dicho precepto Constitucional, establece:

“Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del Juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades”.

El auto de formal prisión³⁹, es una resolución judicial, que sirve para determinar la situación jurídica del acusado al quedar sujeto a juicio por

³⁹ Op. cit. Supra 31, p. 201

parte del juez, una vez que éste ha tenido contacto con el inculpado y encuentra que se reúnen elementos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado, siempre y cuando el delito por el que se vaya a proseguir el juicio, tenga pena privativa de libertad. Con el dictado de este auto se inicia la segunda etapa de la prisión preventiva, dejando vigente y firme la detención del individuo (salvo que goce de la libertad provisional bajo caución o bajo protesta), y especificándose en esa resolución por qué delito se va a substanciar el juicio respectivo.

No debo dejar pasar por inadvertido que al auto de formal prisión, también se le conoce como Auto de término constitucional o auto de plazo constitucional, debiéndose esto por la Ley Suprema (Constitución).

Dentro de las setenta y dos horas siguientes a aquélla en que el inculpado haya sido puesto a disposición de un Juez, como lo previene el artículo constitucional en estudio, deberá emitirse el auto de plazo constitucional.

¿Puede ampliarse el plazo para resolver sobre la situación jurídica de un indiciado? Sí, y únicamente podrá decretarse por una sola vez, debiendo comunicar esta circunstancia al Director del Centro de Readaptación Social en que se encuentre interno el indiciado. ¿Qué requisitos deben reunirse para que se prorrogue el término para dictar el auto de término constitucional? De acuerdo con el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, son los siguientes⁴⁰:

a).- Que solicite la prórroga el indiciado o su defensor.

⁴⁰ Idem. p. 204

b).- Que la solicitud se haga al momento de rendir la declaración preparatoria o dentro de las tres horas siguientes a ese evento.

c).- Que la prórroga sea para aportar pruebas para que el juez resuelva sobre la situación jurídica.

El tiempo por el cual puede ampliarse el término constitucional, es hasta por ciento cuarenta y cuatro horas; a las cuales, antes de su fenecimiento debe comunicarse al Director del Centro de Reclusión Social, en donde se encuentre interno el inculcado, debiendo remitirle copia certificada de la resolución respectiva y, solo en el supuesto dado que el Juez respectivo, no le remitiera la copia en mención, deberá dejar al inculcado en inmediata libertad, pues de lo contrario podría hacerse acreedor a responsabilidad, de igual forma, aquél Juez que no cumpla con la prevención ya anotada, puede incurrir en una responsabilidad oficial.

Por último, cabe decir que el auto de formal prisión, puede ser impugnado por el recurso ordinario de apelación, o mediante el juicio de amparo indirecto, el cual puede ser promovido y tramitado sin necesidad de substanciar el recurso de apelación, por lo que no opera el principio de definitividad del juicio de amparo en este caso.

3.3.6.- ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL, APARTADO A, FRACCIONES II Y IX.

Que indican:⁴¹

⁴¹ Se aclara que únicamente se transcriben dos fracciones del artículo 20, apartado A, Constitucional, debido a que son las únicas fracciones que tienen relación la presente tesis.

“Artículo 20. *En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:*

A. *Del inculpado:*

I...

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

III...

IV...

V...

VI...

VII...

VIII...

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...”.

Ahora bien, para estar en posibilidad de comprender lo antes transcrito, es necesario contar con una definición de lo que es la persona que actúa como defensor; y, para esto, se realizó una investigación en los criterios que ha sostenido el Poder Judicial de la Federación (Tribunales Federales y Juzgados de Distrito), obteniendo de dicha búsqueda la siguiente definición: Es la persona que representa al inculpado o quejoso en los juicios del orden criminal, está legitimada para promover en su favor y funge también como asesor técnico-jurídico; su representación debe ser continua y sin condiciones que limiten su función, la cual comprende todas las actuaciones encaminadas a procurar una 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, cumplir con los requerimientos y prevenciones para la admisión de la demanda de garantías, exponer la

argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto y, en general, utilizar todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa y debido proceso del afectado.

El inculpado puede defenderse por sí mismo, por un abogado, una persona de su confianza, o si no quiere o no puede nombrar defensor, y cuando así lo disponga la ley, el Juez le designará un defensor de oficio con título de licenciado en derecho.

El defensor deberá aceptar el cargo previamente y hacerlo constar fehacientemente en autos para que surta efectos legales, siempre que dicho encargo no le hubiere sido revocado; esto, con el fin de otorgar al defendido un debido acceso a la justicia.

Por otra parte, al momento de estar efectuando la misma indagación se encontró en libros de texto jurídico lo siguiente:

En la antigüedad griega o romana⁴² “la defensa constituía un derecho indiscutible del imputado, que conocía, desde el primer momento la acusación formulada en su contra y ocupaba el mismo plano jurídico del acusador; al principio actuaba personalmente, pero después recurrió a un orador hábil y experto que lo asistía”.

Entre los bárbaros, el derecho de defensa mereció escrupuloso respeto. En el fuero juzgo, el acusado podía actuar personalmente o por medio de mandaderos o personeros, que se convertirían en representantes y defensores. En el Fuero Real se admite la comparecencia de un “bozero” que alegue por el acusado, pero pierde el carácter de personero, es decir, de representante del acusado.

⁴² Op. cit. Supra 23, p. 311.

El concepto a propósito del defensor ha cambiado. El hombre elocuente, el orador impresionista, que en el proceso oral acude en defensa del imputado mediante discursos fogosos en demanda de clemencia y de justicia para su defenso, explotando los sentimientos de piedad del juez o del jurado, pertenece ya a la época romántica de la humanidad. Ese tipo de defensores no existe ya.

Quizá por la influencia que el Derecho Civil ejerce sobre el Procesal Penal, alguna vez se pensó que el defensor no era sino el mandatario del imputado, llamado a desempeñar funciones semejantes a las que los patronos tienen en las controversias civiles.

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

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

La defensa dice el mandato constitucional podrá ser hecha por el acusado por sí mismo o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad.

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

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

Si se ha de admitir que el acusado sea defendido por persona de su confianza y ésta no es letrada, se habría de prevenir que esta última se haga asesorar por un defensor técnico que desempeñe sus funciones.

Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. Consecuentemente, si el acusado, a pesar del requerimiento insiste en no hacer nombramiento de defensor, no podrá ser obligado por otros medios, ni constreñido a hacer dicho nombramiento, sino que será el juez quien le nombre uno de oficio. Es pues obligación del juez cuidar de que el acusado no carezca de defensor en ningún momento del proceso.

Además, se obtuvo otra opinión diversa a lo antes plasmado consistente en que:

El defensor del acusado puede ser cualquier persona de su confianza, independientemente de que sea Licenciado en Derecho o no tenga ese título profesional, ya que la Constitución no exige tal requisito, sosteniéndose tan solo en la fracción IX, del apartado A, del artículo 20, Constitucional, que el acusado podrá defenderse por sí mismo o por medio de una persona de su confianza⁴³.

Cabe resaltar que la redacción del artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, proporciona esa idea, cuando hace un distingo entre el abogado y la persona de confianza del reo, por lo que no es menester ni imperioso que se tenga el título de Licenciado en Derecho para ser defensor de una persona.

Debe destacarse que las personas que se encuentren impedidas para ejercer la defensa de un acusado, deben atenerse a lo previsto en el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales.

⁴³ Op. cit. Supra 31, p. 198

Siguiendo ese orden de ideas, debo resaltar que durante la investigación que se realizó en lo relativo a este subtema, no fue posible contar con la suficiente bibliografía que ayudara a conocer que papel jurídico desempeña la persona de confianza, que es designada por un acusado a quien se le sigue un Juicio Criminal, para que aquélla desempeñe una defensa y saber si ésta puede ser considerada como adecuada o no; lo anterior, es así a pesar de que se realizó la indagación que nos ocupa en diversos libros de texto jurídicos, e incluso en algunas interpretaciones que ha hecho el Poder Judicial de la Federación, rescatando de esa investigación lo siguiente:

Es de destacarse que en el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, casuísticamente establece cuáles son las personas que se encuentran impedidas legalmente para desempeñar ese cargo de defensor, y fuera de los ahí enumerados, el inculcado se encuentra facultado para designar como defensor a persona de su confianza, y sólo en el supuesto de que esa designación no recayera sobre quien tuviera cédula profesional para ejercer la abogacía o autorización de pasante, de conformidad con la Ley de Profesiones, el tribunal dispondrá que además del designado intervenga un defensor de oficio que lo oriente en lo concerniente al ejercicio de una adecuada defensa.

Cualquier acusado, en términos del artículo 20, apartado A, fracción IX Constitucional, puede designar como defensor, a su elección, a un abogado o a una persona de su confianza, esto es indebido, pues es incuestionable que sólo cuando ese nombramiento recae sobre un profesional del ramo se puede lograr una real y verdadera defensa adecuada, lo que no sucede cuando esa designación se otorga a una persona que no ostenta el título de licenciado en derecho.

En relación con el artículo 5º Constitucional argumentan que la Ley de Profesiones, reglamentaria de este precepto fundamental, debe ser observada y aplicada desde el inicio de una averiguación previa hasta la consignación del inculpado, puesto que esta legislación secundaria es la facultada para reglamentar la actividad de defensor; y, en ese contexto, es de estimarse que el nombramiento de una persona no profesional en la materia, para que asista al acusado únicamente durante el desahogo de su declaración ministerial, es violatorio de garantías, pues sólo un defensor que hubiese sido designado y cubierto los requisitos que establece esa ley reglamentaria citada podía considerarse como el único facultado para intervenir en todos los actos que comprendieron a esa fase indagatoria, amén de que una defensa adecuada sólo puede ser desempeñada eficazmente, como se dijo, por un profesional del ramo.

Lo antes plasmado, puede ser consultable en la Ejecutoria que se emitió en el Amparo Directo en Revisión 198/99, por parte de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 51, Tomo XVII, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Junio de 2003, Novena Época; y, que además sirvió como antecedente para integrar la Jurisprudencia 1ª./J. 31/2003 cuya voz es: **“DEFENSA ADECUADA. DIFERENCIAS ENTRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LAS FRACCIONES IX Y X, PÁRRAFO CUARTO, APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL”**(Videtur texto íntegro en anexo 2).

3.3.6.1.- DECLARACIÓN MINISTERIAL Y PREPARATORIA DEL ACUSADO EN UN JUICIO CRIMINAL.

Declaración preparatoria⁴⁴; es la manifestación primaria, original, espontánea, no coaccionada, libre y, generalmente, de viva voz, que hace el acusado ante el Juzgador sobre su intervención en la comisión de un delito, después de estar enterado de quién lo acusa y cuáles son los hechos delictivos que se le imputan, para que de esa forma el juez decida sobre su probable responsabilidad en la comisión del ilícito por el que fue ejercitada la acción penal por parte del Ministerio Público, funcionario éste ante quien el inculpado pudo haber comparecido a hacer alguna declaración y confesar su participación en la comisión del ilícito respectivo, pero sin ser esa declaración preparatoria, la cual se rinde forzosa, indefectible y únicamente ante el propio juez de la causa penal.

Ahora bien, es oportuno subrayar que las garantías que concede el artículo 20, aparato A, fracción II Constitucional, son las siguientes: *“No ser obligado a declarar; no ser incomunicado; no ser intimidado para declarar; no ser sujeto de tortura; y, declarar solamente ante el Ministerio Público o ante el Juez, siempre en presencia de su defensor”*. La violación a las anteriores garantías, pueden impugnarse en la substanciación del Juicio de Amparo Directo, que se hagan valer en contra de la sentencia definitiva. Ningún efecto podrá tener una declaración obtenida contraviniendo las referidas garantías, ya que aún cuando el Juez de la causa o el Tribunal de alzada, le otorguen valor probatorio a la misma, como ya se había dicho con antelación, pueden combatirse en el Juicio de Amparo Directo.

Asimismo, debe destacarse que la declaración preparatoria, exclusivamente se emite ante el Juez que emitió la orden de aprehensión o de comparecencia.

⁴⁴ Idem. p. 194

En ese orden de ideas, el término para recabar la declaración preparatoria del inculpado es de cuarenta y ocho horas (artículo 20, apartado A, fracción III, Constitucional), contadas a partir de la en que el indiciado haya sido puesto a disposición del Juez; la violación de este término, es impugnabile a través del amparo indirecto, implicando una responsabilidad para quien incurra en esa conculcación constitucional.

Durante el desahogo de la declaración preparatoria del inculpado, deben suministrársele los siguientes datos⁴⁵:

- a).- El nombre de su acusador.
- b).- La naturaleza de la acusación.
- c).- La causa de la acusación.
- d).- Los derechos (garantías) que en su favor son consignados por la Constitución (artículo 20, Apartado A, fracción IX).

Desde el momento en que el acusado sea detenido, puede designar defensor; lo cual se robustece con lo dispuesto por el artículo 197, parte *in fine* de su último párrafo, que dispone: que una vez practicada la detención por la policía judicial, ésta le hará saber al aprehendido “...el derecho que tiene para designar defensor...”.

⁴⁵ Idem. p. 196

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia señalando que la designación de defensor desde el momento de la detención es un derecho del acusado, más no una obligación del juzgador, quien tan sólo debe mostrarle a aquél la lista de defensores y, en su caso, designarle defensor de oficio en la diligencia en que se rinda la declaración preparatoria; este criterio se contiene en la tesis número 87, de la Segunda Parte al Apéndice 1917-1985, intitulada **“DEFENSA, GARANTÍA DE”** siendo confirmado por la propia Primera Sala, en su tesis jurisprudencial número 88, publicada en la misma Parte del Apéndice 1917-1985 bajo el rubro **“DEFENSOR, FACULTAD DEL ACUSADO DE ASISTIRSE DE, A PARTIR DE LA DETENCIÓN”**

En esas condiciones, la designación de defensor es un derecho del acusado que puede hacer valer desde la detención; pero al mismo tiempo puede implicar una obligación para el juez cuando el acusado no designa al defensor en algún momento, no obstante haberse a su disposición de la lista de defensores de oficio, supuesto en el cual el juzgador debe hacer tal designación, como lo sostiene la Constitución en el artículo 20, apartado A, fracción IX.

Ya se ha dicho que el nombramiento del defensor puede hacerse desde la detención de una persona, lo cual deja de ser potestativo si se quiere hacerle declarar al reo ante el Ministerio Público o ante el juez, pues en ambos casos debe estar presente el referido defensor, como lo mandan los artículos 20, apartado A, fracción II, constitucional, y 9° de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, con lo que pretende darse mayor seguridad a estas diligencias y al propio individuo, proscribiéndose las arbitrariedades públicas.

El Defensor puede participar en la diligencia preparatoria del acusado, disponiendo al respecto el Código Federal de Procedimientos Penales, lo siguiente:

“Artículo 155. *La declaración preparatoria se rendirá en forma oral o escrita, por el inculpado, quien podrá ser asesorado por su defensor...”*

“Artículo 156. *Tanto la defensa como el agente del Ministerio Público, quien deberá estar presente en la diligencia, podrán interrogar al inculpado...”*

El Defensor puede participar haciéndole diversas preguntas a su defendido y, aún más, puede asesorarlo, conforme al primero de sus preceptos transcritos, lo que hace que se esté ante una auténtica defensa adecuada para el indiciado.

Para que una declaración sea válida se necesitan los siguientes requisitos:

- a).- Que la misma sea otorgada, ya sea ante el Ministerio Público o ante un juez;
- b).- Que dicha declaración se rinda en presencia del defensor del indiciado o inculpado, según sea el caso;
- c).- Que no se compela ni obligue al inculpado, según sea la etapa procesal respectiva, a declarar, por ello,
- d).- Queda prohibida la incomunicación, intimidación y la tortura en contra de los indiciados y de los inculpados.

Todos estos requisitos, están previstos en el apartado A, fracción II, del artículo 20 constitucional, la que se contrapone con lo previsto en la fracción IX, apartado A, del mismo precepto constitucional, ya que éste

indica que el inculpado podrá defenderse por sí, por su abogado o por persona de su confianza, lo que implica la presencia de tres opciones y si dicho sujeto elige la primera, entonces no es menester que esté presente un defensor que no existe, sin que ello le reste validez y valor probatorio a la declaración rendida.

La garantía del acusado de una defensa adecuada⁴⁶, consiste en que sea asesorado por una persona versada en materia penal, para lo cual debe permitírsele designar al defensor que elija y que éste lo asista en todos los actos del proceso, estándole permitido participar en las diligencias que al efecto se celebren y que se imponga de los autos, proporcionándoseles copia de las constancias del expediente que requiera para estudiar el negocio y preparar la defensa de mérito.

¿Qué garantía otorga la ley secundaria, cuando la persona de confianza del reo no es abogada? La de proporcionársele un defensor de oficio. Así lo prevé el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, que en su segundo párrafo, dispone lo siguiente:

“Artículo 160...

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 reglamenta 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...”

⁴⁶ Idem. p. 198

La declaración preparatoria del acusado, debe obtenerse en audiencia pública, con la presencia de su defensor, según lo ordenan las fracciones III, VI y IX, del apartado A, del artículo 20 Constitucional. A esa diligencia puede comparecer cualquier persona, por tratarse de una audiencia pública, con lo que se da mayor certeza y seguridad a la declaración preparatoria, acreditándose que la misma se rindió bajo violencia física y/o moral en contra del reo.

No obstante lo antes dicho, es obvio que durante el desahogo de la declaración preparatoria, no pueden *“estar presentes los testigos que deben ser examinados con relación a los hechos”*.

La falta de defensor al momento en que el acusado emite su declaración preparatoria, constituye una violación procedimental, cuyos efectos no son de imposible reparación, por lo que son atacables a través del amparo directo.

3.4.- VIOLACIONES FORMALES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL (JUICIO DE AMPARO DIRECTO). GENERALIDADES.

El artículo 158 de la Ley de Amparo, establece un requisito esencial, para que proceda el juicio de amparo directo, consistente en que el acto reclamado sea una sentencia definitiva, entendiéndose por tal la que decide el juicio en lo principal y respecto de la cual no proceda recurso ordinario por el que pueda ser modificada o revocada, como lo define el artículo 46 de Ley en consulta.

En el juicio de amparo directo, se puede invocar violaciones a las leyes del procedimiento; sin embargo, debe hacerse notar que no todas las violaciones procesales que existen en un procedimiento penal puedan

hacerse valer en la demanda de amparo directo, pues el artículo 158 de la Ley que nos ocupa, indica que sólo pueden ser materia de estudio cuando afectan las defensas del quejoso y trascienden al resultado del fallo, ya que de no ser así se generarían inútiles reposiciones al procedimiento, haciéndose la aclaración de que cuando procede conceder el amparo para éstos efectos se repone el procedimiento exactamente a partir de la actuación que causó la violación de garantías que, por ello queda invalidada.

Cuando en la demanda de amparo se plantean violaciones al procedimiento, por lógica jurídica son de estudio preferente; toda vez, de resultar fundadas, el amparo se concede para el efecto de que se reponga el procedimiento y, por ende, sobraría, por inútil, el estudio del fondo del asunto, o sea de las violaciones que se indica fueron cometidas en la sentencia.

Es importante señalar, que las violaciones que se cometan en contravención a los dispuestos en las fracciones II y IX, del apartado A, del artículo 20 Constitucional, puede ordenarse su reposición por parte del Tribunal de segunda instancia, en nuestro caso el Tribunal Unitario, al conocer de la apelación, pero si tal cosa no ocurre y en el amparo directo se advierte la violación del procedimiento, en suplencia de la queja, o por estimarse que el concepto de violación es fundado, se deja sin efectos la sentencia reclamada y se ordena reponer el procedimiento a partir del momento en que se incurrió la violación.

Para una mejor comprensión del tema es menester transcribir el artículo 160, fracción II, de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que indica:

“Artículo 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.-...

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 al juzgado o tribunal que conozca de la causa, sino tuviere quien lo defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio...”

El numeral antes transcrito, obedece a que si en autos de un procedimiento penal federal, se aprecia que durante la declaración preparatoria de un acusado, no se le instó para que nombrara defensor, ni se le designó persona que lo defendiera, y por tanto, no se hizo el nombramiento ni por el Juez ni por el acusado, es incuestionable que se le privó de su defensa, violando así las leyes al procedimiento, violación tanto más flagrante, si en autos aparece que se trata de una persona ruda o ignorante, imposibilitada para proveer por sí misma esa defensa.

CAPITULO 4

PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL.

4.1.- DEFINICIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Para dar una definición del Procedimiento Penal daremos puntos de vista de diferentes autores en relación a dicho tema.

Manuel Rivera Silva⁴⁷ comenta al respecto; cualquier estudio sobre una ciencia o arte, debe iniciarse con la investigación de cuál es la materia que abraza esa ciencia o arte. Así pues, lo primero que debemos intentar en el estudio del procedimiento penal, es la determinación específica de la materia que lo contiene.

Desde luego, podemos establecer que el procedimiento penal es una franja del mundo del derecho penal.

Dicho lo anterior se define el Procedimiento penal como “Conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tiene por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente”.

La definición anterior nos entrega los siguientes elementos:

⁴⁷ Rivera Silva Manuel, El Procedimiento Penal, Editorial Porrúa, Décimo quinta edición corregida y aumentada, México 1985, p.3.

a) El conjunto de actividades se informa con todas acciones realizadas por las personas que en concreto intervienen para que se determine la aplicación de la ley penal.

b) El conjunto de preceptos se integran con las reglas que dicta el Estado para regular las actividades anteriores .

c) Por último, la finalidad buscada se ubica en reglamentar las actividades a que nos hemos referido, a efecto de lograr la aplicación de ley al caso concreto.

Para poder comprender con mayor claridad la diferencia entre Procedimiento Penal, Derecho de Procedimientos Penales y Derecho Procesal Penal, Manuel Silva nos hace un análisis sobre lo sostenido por Miguel Fenech⁴⁸ en su Derecho Procesal Penal.

Fenech, partiendo del contenido intuitivo, gramatical y lógico de las palabras, al término “proceso internacional” le da el significado de un acto que contiene desarrollo temporal y a la palabra procedimiento le otorga el alcance de norma que regula un acto que se desarrolla en le tiempo. De esta manera, tenemos el acto internacional como proceso y el procedimiento como norma que rige ese proceso.

Siguiendo las ideas apuntadas, para Fenech existe:

a) Proceso: Hecho con desarrollo temporal.

⁴⁸ Idem. p. 7.

b) Proceso internacional: Hecho como desarrollo temporal, provocado por la voluntad del hombre.

c) Procedimiento: Normas que regulan el desarrollo de un proceso internacional, o sea de un acto o actos.

Para nuestro autor referido en supralíneas, se presenta la siguiente situación:

a) Actividades: Hechos humanos.

b) Procedimiento: Actividad que esta regulada por normas.

c) Derecho: Conjunto de normas que rigen las actividades.

d) Procedimientos Penales: Conjunto de actividades reguladas por normas y que tienden a la aplicación del derecho penal material.

e) Derecho de Procedimientos Penales: Conjunto de normas que rigen los procedimientos penales.

f) Derecho Procesal Penal o Derecho del Proceso penal: Conjunto de normas que rigen las actividades que se desarrollan en una parte del procedimiento y que técnicamente se llama proceso.

El quehacer que vincula los extremos de las normas del derecho penal material, constituye una actividad que posee una calidad técnica, lo que para entenderla es menester dar una idea, aunque sea ligera, de lo que entendemos por técnica.

La técnica esta constituida por un conjunto de reglas que toma de la ciencia y se aprovechan para producir algo concreto que goce la actividad positiva. Por esta razón se ha dicho que la técnica es el procedimiento para hacer bien una cosa.

Con las ideas antes expuestas, ya podemos entender por que la actividad que une los extremos de la norma del derecho penal material, debe ser una actividad de carácter técnico, una actividad sujeta al método que señala la ciencia cultural de los institutos procesales penales y el código de procedimientos penales.

En otras palabras, para la aplicación de la ley nos encontramos lo siguiente:

- a) Una norma en la que se vincula el “ser” con el “deber ser”.
- b) Una actividad que se necesita realizar para que presentado el “ser” se actualice el “deber ser”.
- c) Un método, o sea, un conjunto de preceptos que regulen esa actividad, a efecto de obtener un buen enlace entre el “ser” y el “deber ser”.

El conjunto de normas integran el derecho penal material; las actividades, el proceder que se realiza para aplicar la ley; y el método para lograr una correcta unión entre el “ser” y el “deber se”, constituye la técnica , la cual esta informada por el derecho de procedimientos penales.

4.2.- PERÍODOS Y FINES DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Fijando el contenido del procedimiento penal, urge separar los diversos períodos que lo informan: esta separación a la vez que señala perfectamente bien los aspectos que el procedimiento va tomando en su desenvolvimiento, sirve de manera eficaz, para el estudio del propio procedimiento.

Los períodos en los que se divide el procedimiento penal mexicano según Manuel Silva son:⁴⁹

⁴⁹ Idem. p.17.

Primer período.- De preparación de la acción procesal, este primer periodo se inicia con la averiguación previa y termina con la consignación. El fin de este periodo reside en la reunión de los datos que son necesarios para que el Ministerio Público pueda excitar al órgano jurisdiccional a que cumpla con su función.

Segundo período.- De preparación del proceso, este periodo principia con el auto de radicación y termina con el auto de formal prisión. La finalidad perseguida en este periodo es reunir los datos que van a servir de base al proceso, o sea, comprobar la comisión del delito y la posible responsabilidad del delincuente.

Tercer período.- El proceso, los autores lo dividen en los siguientes partes, instrucción, discusión, fallo y cumplimiento de lo juzgado. Dando una visión general de las tres partes en que se divide un proceso, tenemos: instrucción es la aportación de los elementos para poder decir el derecho; la discusión es la apreciación hecha por las partes, de esos elementos; y el fallo la concreción de la norma abstracta hecha por el órgano jurisdiccional.

Los fines del procedimiento como los de cualquier actividad humana, son múltiples y se eslabonan de una manera gradual y necesaria. El fin último del procedimiento penal tiene que ser el mismo fin que persigue con el derecho Penal material, en cuanto que aquél es un simple realizador de las normas de éste. Así pues, para saber cuál es el fin último del procedimiento penal, tenemos que investigar cuál es el fin del Derecho Penal.

El Derecho penal sustantivo, busca varios fines entre los cuales importa distinguir el fin que persigue en cuanto Derecho: el fin genérico, y el que persigue en cuanto Derecho Penal sea el fin específico.

Por lo que toca al Derecho mexicano podemos afirmar sin temor a equivocación, que todo él está enderezado hacia el logro de la plenaria verificación de la personalidad humana. Esta finalidad es la que anima, en última instancia nuestro derecho y la única que enciende su *phatos*.

El fin específico del Derecho Penal se hospeda en la fijación de lo que no se debe hacer (delitos) para lograr la realización del fin genérico o como dice Florián al referirse al proceso (y que nosotros lo aplicamos al Derecho penal en general) “el fin que tiende a la defensa social, estudiando en sentido amplio, contra el delincuente”.

Existen fines inmediatos; el primero consiste en la aplicación de la ley al caso concreto, o como diría Kelsen⁵⁰, la creación “de la norma jurídica individual, la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, la continuación del proceso de producción jurídica desde lo general a lo individual”; el segundo fin, descansa en sujetar la aplicación de la ley a determinadas reglas, invalidando así cualquier confusión que se pudiera presentar en la propia aplicación. Los fines inmediatos del procedimiento penal se pueden resumir en una sola frase. Crear la norma jurídica individual ciñéndose a reglas especiales.

4.3.- SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCESAL PENAL.

⁵⁰ Idem. p. 25.

El Juez, ha sido siempre la figura central del "drama procesal", tiene a su cargo los actos de decisión; no actúa aisladamente, requiere de la colaboración de sujetos, específicamente determinados, que generen con sus propios actos la dinámica que facilite el inicio y avance del proceso hasta alcanzar la meta deseada.

En un sistema procesal acusatorio, como el imperante en el medio mexicano, es el agente del Ministerio Público, a través del ejercicio de la acción penal, quien provoca que el Juez dicte las resoluciones procedentes y eso, a su vez, origine actos de defensa a cargo del probable autor del delito acusado y su defensor, mismos que generan otros actos del titular de la función acusatoria y que son el antecedente de la decisión respectiva, cuyos efectos provocan nueva defensa, etc.

Los sujetos intervinientes en el proceso, en atención a las funciones que desempeñan, los clasifíco en: principales, necesarios y auxiliares.

Los primeros son el Agente del Ministerio Público, a cuyo cargo están los actos de acusación; el Juez, a quien incumben los actos de decisión; el denominado, "sujeto activo del delito" que juntamente con el defensor llevan a cabo actos de defensa; y el "sujeto pasivo del delito" (con la peculiar situación en que el legislador lo ubica en el medio mexicano).

Los necesarios son: los testigos, los peritos, los interpretes y los órganos de representación, autorización o asistencia de los incapacitados (padres, tutores, curadores).

Los auxiliares son: el personal policiaco, los secretarios, los oficiales judiciales, los directores y el personal de los establecimientos carcelarios. Precisa ahora, determinar, cuál es el carácter con el que actúan.

El concepto "parte", es de procedencia civilista y ha adquirido en esa rama un carácter institucional, de tal manera que, partiendo de esa base se explica el porque algunos autores le niegan el carácter de "parte" al agente del Ministerio Público y hasta al inculpado.

En torno a este problema, se afirma lo siguiente: 1. La expresión "parte" no debe operar en el campo del derecho Penal, 2. Ni el inculpado ni el agente del Ministerio Público son "partes". 3. El agente del Ministerio Público no es "parte", el proceso penal, es un proceso de "parte" única (Manzini).

Quienes sostienen que el concepto "parte" no debe operar en el campo del Derecho Penal, se fundan en el concepto tradicional y en las características de las "partes" en el proceso civil, en que el inculpado es un órgano de prueba y, por ello, no puede ser "parte" y, en que el agente del Ministerio Público interviene en muchas ocasiones a favor del propio inculpado, quebrantándose así la connotación precisa del concepto.

Es pertinente aclarar que el denominado, *in genere*, probable autor del delito sí pudiera considerársele como "parte", porque tiene derechos que deducir y en ello un interés particular.

4.3.1.- EL MINISTERIO PÚBLICO.

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.

En el artículo 21, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se señala en forma precisa la atribución específica de los agentes del Ministerio Público; es decir, la persecución de aquéllos a quienes se atribuya la comisión de algún delito; sin embargo, teniendo presente la organización político-jurídica que priva en el medio mexicano, el contenido vertido en el artículo 102 del mismo cuerpo normativo, lo instituido en la naturaleza de las leyes en materia penal, el carácter o circunstancias referentes al probable autor o autores del delito, la afectación de los bienes jurídicamente tutelados, etc., en los Estados Unidos Mexicanos existen: el Ministerio Público para el Distrito Federal, el Ministerio Público Federal, el Ministerio Público del Fuero Común, para cada una de las entidades federativas, y el Ministerio Público Militar.

Las atribuciones del Ministerio Público en materia penal, consisten en preservar a los integrantes de la sociedad de las conductas o hechos considerados delitos; también promoverá lo conducente para la aplicación de la sanción de todo acto ilícito por la cual haya ejercitado la acción penal. Para la realización de ese cometido llevará a cabo las funciones siguientes: 1) Investigatoria; 2) Persecutoria, y 3) De vigilancia en el cumplimiento de las leyes durante la ejecución de sanciones.

Principios esenciales que lo caracterizan: ⁵¹

a) Jerarquía.- El Ministerio Público está organizado jerárquicamente bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General de justicia en quien residen las funciones.

b) Indivisibilidad.- Esto es nota sobresaliente de los funcionarios del Ministerio Público porque al actuar no lo hacen a nombre propio, de tal manera que aun cuando varios de ellos intervengan en un asunto

⁵¹ Op. Cit. Supra 10, p. 124

determinado, lo hacen en cumplimiento de lo ordenado en la ley y el hecho de separar a la persona física de la función específica que le está encomendada, no afecta ni menoscaba lo actuado.

c) Independencia.- La independencia es en cuanto a la competencia asignada a los integrantes del Poder Judicial, porque si bien es cierto que éstos reciben órdenes del superior jerárquico no sucederá lo mismo en relación a los jueces. Esto se explica, sin mayores complicaciones si para ello hago notar la división de poderes existentes en Estados Unidos Mexicanos y sus características de tal manera que, concretamente, las funciones señaladas por el legislador al personal integrante del Ministerio Público corresponden al Ejecutivo; por ende, no es admisible la injerencia de ninguno de los integrantes de los otros poderes en su actuación.

d) Irrecusabilidad.- En la actualidad nadie tiene duda del imperativo legal de que las funciones encomendadas al personal integrante del Ministerio Público, necesariamente deben darse en todo procedimiento penal; sin embargo, en muchas ocasiones la persona o personas que intervienen en actos procedimentales encomendados al Ministerio Público deben ser sustituidos por otros para que continúen actuando, ya sea en el momento en que tenga lugar la relación jurídico-material de derecho penal, o bien, en la relación jurídica-procesal. En otros términos, la función no es recusable, pero si lo son las personas.

A mayor abundamiento, aunque no existieran esos preceptos, dado el espíritu que prevalece en todas nuestras instituciones jurídicas es un deber ineludible excusarse, cuando se dan las hipótesis del caso, hasta por un mínimo de sentido ético.

4.3.2.- EL JUEZ.

Es el representante del Estado en cumplimiento de una de sus atribuciones, provee todo lo necesario para que se lleve a cabo la función judicial y así, entre otras medidas, preservar la convivencia social.

La función judicial⁵², es el puente de paso de lo abstracto a lo concreto; es decir, de la ley penal a la ejecución de la ley penal, lo cual denota una actividad desarrollada por personas específicamente determinadas que en representación del Estado y en ejercicio de la competencia que se les asigna aplicar la ley; por ende, su capacidad es distinta de la que llevan al cabo otros sujetos de la relación procesal, como el o los funcionarios del Ministerio Público, de la policía, etc., porque aunque sus actos, in genere, pudieran ser considerados judiciales, *stricto sensu*, no lo son en razón de su competencia.

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 de 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 en un determinado proceso penal.

El Juez es un representante del Estado que le otorga a un hombre o una mujer poderes excepcionales para los que se someten a él, siempre y cuando exista la competencia y demás requisitos previstos por el legislador.

Es por lo tanto, Subórgano jurisdiccional, la persona investida legalmente para que a nombre del Estado declare el derecho en cada caso concreto; es decir, por medio de la jurisdicción se manifiesta la actividad judicial.

⁵² Idem. p. 179

El Juez, además, tiene imperio, por eso es autoridad; a los árbitros, en cambio (en materia civil), sólo se les confiere la jurisdicción y no el imperio; por ende, no son autoridades.

4.3.3.- EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

En la ejecución de conductas o hechos delictuosos, interviene un sujeto físico 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".

Ello no implica necesariamente que, dada la primera hipótesis, deba ser considerado sujeto activo del delito porque ese calificativo le corresponderá cuando se dicte la resolución Judicial que así lo considere. No obstante, habrá estado obligado a los actos y formas procedimentales, razón por la cual se le calificará como supuesto sujeto activo, nombre aplicable en términos generales y sin desconocer otras denominaciones que le correspondan, atento al momento de la secuela procesal.

En la doctrina y en la legislación, al supuesto autor del delito se le han otorgado diversas denominaciones que no necesariamente le corresponden. Esto es demostración inequívoca del uso de una terminología equivocada, impropia y ausente de técnica jurídica.

Para demostrar esta afirmación baste citar los nombres siguientes: Indiciado, presunto responsable, imputado, inculpado, encausado, procesado, incriminado, presunto culpable, enjuiciado, acusado, condenado, reo, etcétera.

Calificar impropriamente al sujeto activo del delito no sólo es demostración de atraso en ésta materia, sino también de excesos o

consideraciones injustas para aquel que como consecuencia de una *notitia criminis* o de una querrela, 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, porque como acertadamente sostiene Carlos A. Ayarragaray: "Nadie está exento de caer en el Código de Procedimientos Criminales. Muchos caen bajo éste código, pero pocos bajo el Código Penal.

Con relación a la terminología, es conveniente determinar si debe emplearse solamente uno de los calificativos mencionados y, en tal caso, precisar cuál sería el indicado o de lo contrario, si debe utilizarse uno distinto para cada etapa procedimental

En la Exposición de Motivos del proyecto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, formulado en Noviembre de 1963⁵³ por una comisión encabezada por el entonces Procurador del Distrito Federal, se indica: "De igual manera al suprimirse las diversas fases del procedimiento que obedecen fundamentalmente a razones de carácter didáctico fue menester adoptar una sola denominación para el sujeto primordial del drama penal, sintetizando sus alusiones en un sólo denominador 'El imputado'; habida cuenta que desde el inicio del proceso la acción penal se ejercita contra un sujeto de imputación que termina de serlo hasta que se precisa con la verdad legal su condición de sentenciado.

En el proyecto de referencia, se utilizó el nombre de imputado en los artículos: 27, 30, 31, 32, 36, 39, 54, 89, 91,93, 102, 151, 156, 168, 180, 186, 188, 194, 215, 223, 233, 240, 244, 247, 256 Y 260; sin embargo, en el 263 y 266, se hace referencia al reo y en el 269 a sentenciado y reo.

⁵³ Idem. p. 225

A juicio de Guillermo Colín Sánchez, dejó de preverse que aun proscribiendo la división de las diversas fases del procedimiento, la situación del supuesto sujeto activo del delito continúa siendo cambiante, por eso es más técnico y preciso llamarlo acusado cuando se hayan formulado conclusiones acusatorias, independientemente de que siga siendo sujeto de imputación.

En razón de las distintas etapas del procedimiento penal y a sus actos, formas y formalidades, el probable autor está ubicado en situaciones jurídicas diversas, de tal manera que a esto obedezca una denominación específica que corresponda al momento procedimental de que se trate.

Es oportuno señalar que en las últimas décadas algunas organizaciones internacionales, jefes de Estado y líderes de grupos que pugnan por el respeto a la dignidad humana afirman: "mientras no exista sentencia condenatoria en su contra, el sujeto del proceso es inocente..."

Por otra parte, toda persona física puede ser sujeto de la relación jurídico-material y no poseer capacidad para ser "parte" de la relación procesal por disfrutar de alguna causa de justificación o cualquier otra eximente.

En algunos otros casos, el sujeto, por razón de la edad, es inimputable, no es posible concederle la calidad de "parte".

Es conveniente hacer notar que, de acuerdo con la legislación mexicana, instaurado el proceso pudiera sobrevenir la muerte del procesado. Esta circunstancia daría lugar a la extinción de la acción penal,

pero no a la reparación del daño, al decomiso de los instrumentos con los que se cometió el delito, ni a las cosas que sean efecto u objeto de él. De esto responderán los terceros.

Confundir el objeto de una acción civil de carácter privado que obliga al pago, a la restitución, a la reparación o a la indemnización, con la acción penal, esencialmente pública y represiva, significa permanecer en la oscuridad, característica de la etapa primitiva en que se fundían en una sola.

Ahora bien, debe destacarse que en el Proceso, el supuesto sujeto activo del delito tiene un conjunto de derechos y deberes previstos por las leyes.

Entre los primeros en importancia está la defensa. Sus deberes son: comparecer a las diligencias, y comportarse correctamente durante su desarrollo

Frente a esos derechos y obligaciones, el procesado es afectado en una cuestión de mayor trascendencia, en algunas restricciones a su libertad personal.

a) Necesidades Procesales.- Atendiendo a la naturaleza y fines del proceso penal en las leyes que lo regulan se impone la necesidad de restringir la libertad personal del procesado porque, de no ser así, sería imposible asegurar su presencia ante el subórgano judicial y, por ende, la dinámica procesal se circunscribiría al momento en que es dictado el "auto de inicio, de radicación, o cabeza de proceso", ya que de la realidad se advierte que nadie se presentaría espontáneamente ante el juez para ser procesado y dar lugar a permanecer detenido, en su caso, a soportar las molestias naturales que generan los actos procesales, etc.

A no dudarlo, es indispensable adoptar medidas en relación con el sujeto considerado probable autor de delitos. Su aseguramiento está encaminado a evitar intranquilidad social, venganzas, destrucción de vestigios dejados al ejecutarse la conducta o hecho delictuoso, etc.

La presencia del procesado ante el Juez, es fundamental o básica en un sistema acusatorio como el que priva en el medio mexicano, lo contrario equivaldría a que el agente del Ministerio Público ejercitase la acción penal y la secuela procesal no se realizara por la ausencia de aquel en contra de quien se ejercitó o llegando a extremos, por fortuna inaceptables, el proceso tuviera lugar a "espaldas" de una persona con derecho a disfrutar de las garantías del "debido proceso legal" que para esos fines fueron instituidas en los textos correspondientes de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

b) Carácter preventivo.- Las restricciones a la libertad personal en el orden indicado, cualquiera que sea el estado del procedimiento en que se ordenen, tienen un carácter preventivo y no sancionador.

Con la prisión preventiva, se asegura la presencia del probable autor por el tiempo indispensable en que se lleve a cabo el proceso.

En sentido estricto, es una limitación a la libertad ordenada por un subórgano judicial, con fundamento en el contenido del texto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que una persona sea detenida y puesta a disposición de quien así lo ordenó, para facilitar el proceso o en su caso cumpla o se ajuste a la consecuencia de la conducta o hecho legalmente tipificado.

c) Carácter sancionador.- Las medidas restrictivas a la libertad como sanción son: el confinamiento y la prohibición de ir a lugar determinado. Esta sanción, contiene al mismo tiempo medidas de carácter preventivo, porque la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él, es una prevención que supone como base, la reducción de revoltosos, agitadores, rebeldes, etc., a lugares donde no sean peligrosos y puedan ser vigilados.

En cuanto a la prohibición de ir a lugar determinado, tiene por objeto evitar que el así sancionado regrese a la región o comarca en que por los antecedentes y consecuencias de la conducta o hecho que realizó sea una forma de provocación para quiénes conserven rencor o puedan reavivar rencillas en su contra.

4.3.4.- EL SUJETO PASIVO DEL DELITO, EL OFENDIDO Y LA VÍCTIMA

En la ejecución de los delitos generalmente concurren dos sujetos: uno activo, que lleva a cabo la conducta o hecho, y otro pasivo, sobre el cual recae la acción.

Por excepción no es así; en algunos casos la conducta o hecho ilícito no afecta directamente a una persona física, sino a un orden jurídicamente tutelado para el desenvolvimiento pacífico de los integrantes de una sociedad.

Sólo el ser humano está colocado dentro de la situación primeramente señalada; la familia, el Estado y las personas morales pueden ser sujetos pasivos, pero no podrían jamás ser procesados.

La ejecución de conductas o hechos considerados como delitos producen daños que afectan directamente a las personas físicas en lo moral, en su patrimonio, en su integridad corporal, en su honor, etc. En

forma indirecta los integrantes de una sociedad también se ven afectados, porque toda violación a la ley penal produce como consecuencia una sanción represiva y, además, daños que deben ser resarcidos.

Ambas consecuencias, son de interés para todos, aun el resarcimiento del daño, que beneficia directamente al ofendido o a la víctima, porque éstos también son elementos integrantes de aquélla.

a) El ofendido.- Según los penalistas, el ofendido es la sociedad que sufre la conmoción que la altera con la conducta ilícita del delincuente o presunto delincuente. El ofendido, es la persona física que resiente directamente la lesión jurídica, en aquellos aspectos tutelados por el Derecho Penal.

b) La víctima.-Es este un calificativo de dos tipos. 1. Directa, la persona física o moral que resiente el detrimento jurídico, en aquellos aspectos tutelados en el derecho penal, y; 2. Indirecta, aquella que por razones consanguíneas, sentimentales o de dependencia económica, y la víctima directa es afectada por el hecho ilícito.

4.3.5.- AUXILIARES DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN LA RELACIÓN PROCESAL. (LA POLICIA)

El concepto "función de policía" no representa, como en épocas pasadas, una fuerza en la cual se fundaban el poder y la estabilidad de los gobiernos. Actualmente es considerada como una función administrativa de listos, aun cuando entre los tratadistas existen notables divergencias respecto a su naturaleza y alcance; coinciden en que tiene como objeto principal proteger el orden y bienestar social contra todo acto que atente quebrantarlo, tanto en lo individual como en lo colectivo.

La palabra policía, viene del latín, *politia* y del griego, *politeia*, o sea, el. buen orden que se observa y guarda en las ciudades y repúblicas, cumpliéndose las leyes u ordenanzas para su mejor gobierno.

La función de la policía es la potestad jurídica que tiene el Estado para afirmar el derecho individual y colectivo, velando por el orden, la seguridad pública y, en general, por el respeto a lo establecido en los ordenamientos jurídicos contra las causas que lo perturben.

En la esfera constitucional, se establece la afirmación del derecho individual y el deber que le incumbe al Estado, como autoridad, para velar por el orden y la seguridad pública, contra las causas que la perturben y cuyos efectos se producirían independientemente de la voluntad de los sujetos a quienes afecte.

El poder estatal se manifestará, por consiguiente, en una serie de medidas investigatorias, preventivas y persecutorias, encaminadas fundamentalmente a conservar y garantizar la libertad, el orden, la moral, la seguridad de las personas y, en general, el respeto por las leyes. Estas medidas sufren cambios constantes de acuerdo con las necesidades del momento social en que se esté viviendo.

Finer y Bielsa coinciden al afirmar: la policía, a través de su actuación, limita la libertad de las personas, pero siempre dentro de un marco de libertad establecido por la ley, en todo aquello que tienda a lesionar los propios sentimientos de moralidad y legalidad que deben imperar dentro del seno de la sociedad, como elementos fundamentales para su conservación y desarrollo armónicos.

En cuanto a que la policía, a través de su actuación limite todo aquello que tienda a lesionar "los propios sentimientos de moralidad", considero que la policía no puede tomar como función velar por la moral, ya que no hay un concepto de lo que ello sea y no creo que un policía pueda determinar lo que es moral en un momento dado.

4.4.- ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Las etapas del proceso son las fases en que se agrupan los actos y hechos procesales, a través de los cuales se concreta y desenvuelve el proceso, de acuerdo con la finalidad inmediata.

El maestro Eduardo Pallares, después de indicar que las fases del procedimiento son las partes en que lógica o jurídicamente se desarrolla el procedimiento desde que inicia hasta que llega a su fin para alcanzar su objetivo, que es la terminación del litigio, se mencionan las siguientes:

1. Inicial. Se determina las cuestiones litigiosas que serán resueltas por el juez.
2. La relativa a las pruebas y alegatos. Se allega al juez de todo y cada uno del material suficiente para que pueda resolver el litigio.
3. Resolución definitiva. Se decide la cuestión litigiosa.

En términos generales, el proceso penal (civil, mercantil, laboral, etc.) se desenvuelve en las etapas que serán descritas en los apartados a continuación.

Estas etapas son conocidas en primera instancia o primer grado de conocimiento del litigio.

- a). ETAPA PRELIMINAR También denominada previa al proceso

propriadamente dicho, durante la cual se pueden llevar a cabo algunos de los medios preparatorios o de las providencias precautorias. En ocasiones, esta etapa preliminar puede ser necesaria para poder iniciar el proceso, como ocurre con la conciliación en el proceso del trabajo o con el agotamiento de los recursos administrativos en el proceso fiscal.

b). PRIMERA ETAPA. En esta etapa se plantea el litigio ante el juzgador. Las partes exponen o formulan, en sus demandas, contestaciones o reconvencciones, sus pretensiones y excepciones, así como los hechos y las disposiciones jurídicas en que fundan aquéllas.

c). SEGUNDA ETAPA. (PROBATORIA). En ella, las partes y el juzgador realizan los actos tendientes a verificar los hechos controvertidos sobre los cuales se ha planteado el litigio. Esta etapa se desarrolla normalmente a través de los actos de ofrecimiento o proposición de los medios de prueba, su admisión o rechazo; la preparación de las pruebas admitidas y la práctica, ejecución o desahogo de los medios de prueba admitidos y preparados.

d). TERCERA ETAPA. (ALEGATOS). En esta, las partes expresan las argumentaciones tendientes a demostrar que han quedado probados los hechos en que se fundaron sus respectivas pretensiones y excepciones, y que resultan aplicables los preceptos jurídicos invocados en apoyo de dichas pretensiones y excepciones.

e). CUARTA ETAPA. (RESOLUTIVA). En la cual el juzgador, sobre las posiciones contradictorias de las partes y con base en los hechos efectivamente probados, emite su decisión o sentencia definitiva sobre el conflicto de fondo y pone término normalmente al proceso.

En ocasiones las leyes procesales establecen que es la única instancia, como ocurre con los juicios civiles ante los jurados mixtos de paz o con los juicios laborales. En otras ocasiones los ordenamientos procesales permiten que, a través de la interposición de un recurso (generalmente el de apelación), se inicie la segunda instancia o segundo grado de conocimiento del litigio, durante la cual se pueden reproducir, repetir o corregir todas o algunas de las etapas de la primera instancia, según la extensión con la que las leyes regulen la segunda instancia, esta, regularmente es sólo una fase eventual, contingente, que puede o no presentarse de acuerdo con los intereses y posibilidades de la parte que no obtuvo sentencia favorable en primera instancia.

4.4.1.- AVERIGUACIÓN PREVIA.

Es la que se lleva a cabo por el Ministerio Público; empieza con la denuncia o la querrela, verbal o escrita, mismas que pueden ser presentadas por cualquier persona o el ofendido, ante el Ministerio Público.

En esta etapa se recaban todas las pruebas e indicios que puedan acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado. Los elementos del cuerpo del delito como la probable responsabilidad resultan ser conceptos diferentes en virtud de que el primero de estos se refiere a cuestiones impersonales relativas a la verificación de un hecho tipificado por la ley como delito, independientemente de la autoría de la conducta, y la segunda, radica en la atribución de la acusación del resultado a una persona determinada; también lo es que, puede suceder que un medio de convicción sirva para acreditar ambos extremos, ya que en ese caso, por un lado puede revelar la existencia de un hecho determinado como delito y por el otro atribuir la comisión del suceso a un sujeto específico; por tanto, tener por justificadas ambas premisas con los mismos datos probatorios no trae como consecuencia una violación de

garantías.

Cabe destacar que de conformidad con el artículo 20 Constitucional, Apartado A, fracción IX, en relación con el diverso 197 del Código Federal de Procedimientos Penales, indican que un acusado desde el mismo momento de su detención, se le debe hacer de su conocimiento el derecho que tiene para designar defensor.

Logrado ese supuesto, el Agente del Ministerio Público ejerce acción penal en contra del presunto responsable, a través del acto denominado consignación ante el juez penal competente, o en su caso, determinará la reserva o el ejercicio de la acción penal.

4.4.2.- PREINSTRUCCIÓN.

Se caracteriza porque en él se “realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar” (fracción II, artículo 1° del Código Federal de Procedimientos Penales).

Esta etapa implica el análisis del expediente, desde la consignación, hasta que se resuelva la situación jurídica del gobernado con un auto de formal prisión o el dictado del auto de libertad por falta de elementos para procesar, por lo que aquí se encuentran inmersas la orden de aprehensión y la diligencia en que el indiciado rinde su declaración preparatoria. En esta etapa tiene la condición de indiciado.⁵⁴

⁵⁴ Op. cit. Supra 31, p. 227

4.4.3.- INSTRUCCIÓN.

Fases o curso que sigue todo proceso que se forma tramita o motivo de un juicio. Parte del procedimiento penal que tiene por objeto ordenar los debates, sin cuya preparación resultara estéril y confuso un proceso. Realización del fin específico del proceso que lleva el conocimiento de la verdad legal y sirve de base a la sentencia.

El acusado, como ya se dijo en líneas anteriores desde el momento mismo en que es aprehendido debe hacerse de su conocimiento que tiene el derecho de designar un defensor; lo anterior, puede convertirse en una obligación para el Juez instructor, cuando el acusado se rehúsa a designar defensor y, en todo caso deberá mostrarse al acusado, en su caso si existiere una lista de defensores o, designarle defensor que lo asista durante el desahogo de su declaración preparatoria, como lo previene la fracción IX, del Apartado A, del artículo 20 Constitucional y 9° de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; lo antes dicho, pretende dar mayor seguridad a esa diligencia y al propio individuo, proscribiéndose las arbitrariedades públicas.⁵⁵

4.4.3.1.- RADICACIÓN.

El juez al recibir la consignación sin detenido:

a) Radicará el asunto dentro del término de dos días y ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateos solicitados por el Ministerio Público, dentro de los diez días siguientes contados a partir de la radicación. Si se trata de delito grave, la radicación se hará de inmediato y ordenará o negará la aprehensión o cateos solicitados por el Ministerio Público, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la radicación.

⁵⁵ Idem. p. 197

b) Abrirá expediente por duplicado.
c) Registrará la causa en el Libro de Gobierno.
d) Dará aviso de incoación del proceso al superior jerárquico.
e) Ordenará que la Secretaría de fe de los objetos o instrumentos del delito que le remitió el Fiscal Federal investigador junto con su pliego de consignación y los enviará al Cuarto de Objetos de Delito del juzgado, o bien, por la naturaleza de esos objetos decretará el aseguramiento provisional de los mismos e indicará bajo el cuidado de qué institución quedan.

f) Si no radica la causa o no resuelve sobre los pedimentos dentro de los plazos indicados, el Ministerio Público podrá acudir en queja ante el Tribunal Unitario.

g) Si niega la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo por estimar que no se reúnen los requisitos de los artículos 16 Constitucional y 142 del Código Federal de Procedimientos Penales, se regresará el expediente al Ministerio Público para el trámite correspondiente.

h) Si dicta la aprehensión, el artículo 16 Constitucional exige como requisito para dictar una orden de aprehensión:

1. Que le proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho de terminado que la ley señale como delito, sancionado, cuando menos, con pena privativa de la libertad;

2. Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal en su descripción legal;

3. Que existan datos que acrediten la probable responsabilidad del indiciado.

i) En cambio, si están reunidos los requisitos del artículo 195 del Código Federal de Procedimientos Penales, la resolución respectiva contendrá:

1. Una relación sucinta de los hechos que la motiven;

j) Sus fundamentos legales; y,

k) La orden de aprehensión debe satisfacer también los mismos requisitos que existe para el auto de formal prisión al actual artículo 19 Constitucional, lo cual es una garantía de seguridad jurídica para el procesado, pues desde que se ordena su privación de la libertad por mandamiento de captura, ya existe una clasificación del delito.

l) Una vez dictada la orden de aprehensión se decretará la suspensión provisional del procedimiento hasta que se logre la captura del indiciado.

m) Quien realice la aprehensión en virtud de la orden judicial, deberá poner al aprehendido, sin demora alguna a disposición del juez respectivo, informándole a este acerca de la fecha, hora y lugar en que se efectuó, dando a conocer al aprehendido los derechos que le confiere nuestra constitución.

n) Se entenderá que el inculpado queda a disposición del juzgado para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que la Policía Judicial en cumplimiento de la orden respectiva, lo pone a disposición de aquel, en la prisión preventiva o en un centro de salud. El encargado del Reclusorio o del Centro de Salud, asentara en el documento relativo a la orden de aprehensión ejecutada, que le presente la Policía Judicial, el día y hora de recibo del detenido.

o) Lograda la captura del inculpado:

1. Se reanudará el procedimiento, para que continúe su curso,

2. Se decretará la detención legal del indiciado,

3. Se señalará día y hora para tomarle su declaración preparatoria, Se girará oficio al Director del Reclusorio y al Director de Seguridad Pública Municipal, para que el primero de los nombrados de todas las facilidades para su excarcelación y al segundo de los nombrados para que elementos adscritos a esa institución lo presente ante la autoridad jurisdiccional en la hora y fecha indicada, con la

seguridades debidas y bajo su más estricta responsabilidad.

Por otra parte, el juez, al recibir la consignación con detenido además de realizar algunos de los pasos ya señalados con anterioridad y a fin de especificar que ocurre en este tipo de consignación, deberá realizar lo siguiente:

- a). Radicar de inmediata la consignación.
- b). El inculpado quedará a disposición del Juez a partir del momento en que quedó interno en el Centro de Readaptación Social respectivo.
- c). El Juez procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a lo establecido en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- d). Librará los oficios correspondientes para la excarcelación del acusado de su lugar de reclusión, a fin de recabar su declaración preparatoria.
- e). Se le hará saber si tiene derecho a gozar del beneficio de la libertad provisional bajo caución.

4.4.3.2.- DECLARACIÓN PREPARATORIA.

Es la que se efectúa por el acusado ante el juez de la causa en su primera comparecencia durante el período de instrucción del proceso penal, para establecer su versión de los hechos y conocer los cargos que se le hacen a fin de que pueda preparar su defensa.

- a) Esta deberá de ser tomada dentro de las cuarenta y ocho

horas siguientes al auto de detención.

b) Se recibirá en el local en que tenga acceso el público, excepto los testigos que deben ser examinados con relación a los hechos.

c) La declaración preparatoria comenzará por las generales del inculpado, en que se incluirán los apodosos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho que tiene para defenderse por si o por persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio.

d) Si no hubiese solicitado su libertad provisional bajo caución, se le hará saber nuevamente ese derecho, y si la solicita se le indica que se acordará lo que proceda al concluir la diligencia.

e) A continuación se le hará saber en que consiste la denuncia, acusación o querrela, así como los nombres de sus acusadores y de los testigos que declaren en su contra, y que si lo solicita será careado en presencia del juez con ellos.

f) Se le harán saber todas las garantías que le otorga el artículo 20, Apartado "A", Constitucional:

g) que se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, que será juzgado antes de cuatro meses, si se tratare de delito cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, o antes de un año, si la máxima excediere de ese tiempo; salvo que solicite mayor plazo para su defensa, que le serán facilitados todos los actos que solicite para su defensa y que consten en el expediente.

h) Se le preguntará si es su voluntad declarar y en caso de que así lo desee, se le examinará sobre los hechos consignados. Si decide no declarar, el juez respetara su voluntad, dejando constancia de ello en el expediente.

i) 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 aquel y su defensor puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, lo mismo que el Ministerio Público.

j) Se rendirá en forma oral o escrita por el inculpado, quien podrá ser asesorado por su defensor.

k) El inculpado podrá dictar sus declaraciones, pero si no lo hiciere, las redactará con la mayor exactitud posible el juzgador que practique la diligencia.

l) Tanto la defensa como el Ministerio Público que deberá estar presente en la diligencia, podrán interrogar al inculpado.

m) Las preguntas que se le hagan deberán de ser de hechos propios, se formularán en términos precisos y cada una abarcará un solo hecho.

n) El Juez podrá disponer que los interrogatorios se hagan por su conducto y desechará las capciosas e inconducentes, pero la pregunta y la resolución judicial que la deseche se asentaran en el expediente, cuando así lo solicite quien la hubiere formulado. Se trata del careo constitucional para que el inculpado conozca a las personas que deponen en su contra y no para el desahogo del careo procesal que se practica cuando hay puntos de vista contradictorios.

4.4.3.3.- AUTO DE FORMAL PRISIÓN, SUJECCIÓN A PROCESO O DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR.

Es una resolución dictada por el órgano jurisdiccional, durante el curso del proceso penal, en cuya virtud se fija la calificación legal de un hecho consignado por la acusación y se atribuye a un sujeto, previamente señalado por ésta, la responsabilidad penal correspondientes, con carácter provisional y en grado de probabilidad.

El auto de formal prisión aparece como condición de validez de los actos procesales posteriores al mismo, tales como la apertura del procedimiento ordinario o sumario, la apertura del período probatorio, la formulación de conclusiones de las partes y, especialmente, la sentencia. El artículo 19 Constitucional, en lo conducente dicta que: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresan:...”

De igual forma el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece:

“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:

1.- Que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con los requisitos que establece la Ley, o bien que conste en el expediente que el inculpado se rehusó a declarar;

2.- Que este comprobado el cuerpo del delito de que se trate y que tenga señalada sanción privativa de libertad;

3.- Que esté demostrada la probable responsabilidad del inculpado;

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

El plazo a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se duplicará cuando lo solicite el inculpado, por si o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, o dentro de las tres horas siguientes, siempre que dicha ampliación, sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el Juez resuelva sobre su situación jurídica.

El Ministerio Público no podrá solicitar dicha ampliación. Ni el juez

resolverla de oficio; el Ministerio Público en ese plazo puede, solo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el inculcado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa. La ampliación del plazo se deberá notificar al Director del Reclusorio Preventivo, en donde, en su caso, se encuentre internado el inculcado, para los efectos que se refiere la última parte del primer 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.

Al dictarse auto de formal prisión debe precisarse a que hora, de que día se produce esa resolución y porque delito.

Como consecuencia:

a) Se comunica la resolución al Director del Reclusorio Preventivo donde se encuentra recluido el inculcado, al Vocal Distrital del Registro Federal de Electores (Art. 38 Constitucional), al Superior Jerárquico del procesado cuando sea servidor público. Y al Director de Servicio Migratorios de la Secretaría de Gobernación, en caso de ser extranjero (Art. 72, Ley General de Población).

b) Se le manda identificar por el sistema adoptado administrativamente y se pide la ficha señalética y reseña antropométrica del procesado, al Subdirector de Sistemas Tradicionales de Identificación de la Procuraduría General de Justicia en el Reclusorio Preventivo del Distrito Federal, y al Director del Reclusorio Preventivo el estudio de personalidad.

c) Se pide informes de sus ingresos anteriores que haya tenido al Penal, al Director General de Reclusorios y Centros de

Prevención y Readaptación Social y al Director de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Seguridad Pública Federal.

d) Se ordenará notificar personalmente la resolución al inculcado, haciéndole saber el derecho y termino que tiene para apelar en caso de inconformidad.

4.4.3.4.- PROCEDIMIENTO SUMARIO

El término sumario tiene raíz latina que se localiza en la voz *summarium*, que significa breve, sucinto, resumido, compendiado.

Proceso sumario expresión que, otras ventajas, tiene la de acentuar la distinción entre el instrumento jurídico, proceso y el acto de juzgamiento que en el juicio propiamente dicho. Es, por su forma, manifiesta abreviación de los plazos que corresponderían al desarrollo del proceso penal ordinario.

Se aplica en general el adjetivo sumario a los juicios especiales, breves, predominantemente orales, desprovisto de ciertas formalidades innecesarias. En este sentido, juicio sumario se opone a juicio ordinario o plenario.

El procedimiento sumario procede, en los términos de los artículos 152, 305 y 307, todos del Código Federal de Procedimientos Penales, cuando:

- a) Se trate de flagrante delito,
- b) Exista confesión rendida ante autoridad judicial, y
- c) La pena aplicable no exceda de dos años de prisión, sea o no alternativa o la aplicable no sea privativa de libertad.

Asimismo, se seguirá procedimiento sumario cuando en el acto en que se dicte el auto de formal prisión o sujeción a proceso, o dentro de los tres días siguientes a su notificación, el inculpado o su defensor, manifiesten que se conforman con él y que no tienen más pruebas que ofrecer salvo las conducentes a la individualización de pena o medida de seguridad y el juez no estime necesario practicar otras diligencias.

4.4.3.5.- PROCEDIMIENTO ORDINARIO

En el procedimiento ordinario, una vez cerrada la instrucción, los actos preparatorios de la audiencia de juicio consisten en la formulación de las conclusiones del Ministerio Público. El mismo día en que el inculpado o su defensor presenten sus conclusiones, o en el momento en que se haga la declaración a que se refiere el artículo 297 del Código Federal de Procedimientos Penales (Si al concluirse el término concedido al acusado y a su defensor, éstos no hubieren presentado conclusiones, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad), se citará a la audiencia de vista que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes.

4.4.3.6.- AUTO QUE DECLARA AGOTADA LA INSTRUCCIÓN

Termina la instrucción en el proceso cuando el juez instructor estima que fueron practicadas todas las diligencias necesarias para encontrar la verdad buscada, estando asimismo desahogadas todas las que hayan sido solicitadas por las partes.

Transcurridos los plazos que señala el artículo 147 del Código Federal de Procedimientos Penales, esto es:

a) Que la instrucción se haya terminado en el menor tiempo posible;

b) Que el delito tenga señalada una pena máxima que exceda de dos años de prisión, y se haya terminado dentro de diez meses; y,

c) Si la pena máxima es de dos años de prisión o menor, o se hubiere dictado auto de sujeción a proceso, la instrucción se terminará dentro de tres meses (Dichos términos se contarán a partir de la fecha de auto de plazo constitucional), o cuando el Órgano Jurisdiccional considere agotada la instrucción lo determinará así mediante resolución que se notificará personalmente a las partes, y mandará poner el proceso a la vista de éstas por diez días comunes, para que promuevan las pruebas pertinentes y que puedan practicarse dentro de los quince días siguientes, a la notificación de dicho acuerdo.

4.4.3.7.- CIERRE DE INSTRUCCIÓN

En aquél momento dicta un auto en el que declara cerrada la instrucción y ordena que se ponga el expediente a la vista de los interesados por un tiempo determinado para que manifiesten lo que a su interés convenga.

Cerrada la instrucción, produce los siguientes efectos:

- a) Pone fin a la instrucción constitucional propiamente dicha;
- b) Transforma la acción penal de persecutoria en acusatoria; y
- c) Marca legalmente el principio del tercer período del procedimiento penal, o sea el juicio propiamente dicho.

Transcurridos o renunciados los plazos anteriores, se declarará cerrada la instrucción cuando, habiéndose resuelto que tal procedimiento quedó agotado, conforme a lo mencionado en el párrafo anterior.

Cerrada la instrucción, y puesto a la vista el proceso al Ministerio Público, por diez días, o si el expediente excediere de doscientas fojas,

por cada cien de exceso o fracción, se aumentará un día al plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles, éste deberá formular conclusiones.

En el caso de que el Ministerio Público sea omiso en presentar conclusiones, el Juez deberá notificar dicha circunstancia al Procurador General de la República. Dicha autoridad formulará las conclusiones pertinentes en un plazo de diez días hábiles, cumplido dicho plazo sin que se formulen conclusiones de no acusación el procesado será puesto en inmediata libertad y se sobreseerá el proceso.

4.4.4.- LAS PRUEBAS.

El concepto de prueba proviene de *probandum*, que significa patentizar, hacer fe. Gramaticalmente, es un sustantivo que alude a la acción de probar, es decir, a la demostración que existió de la conducta o hecho concreto.⁵⁶

Concepto: “Prueba, en materia penal, es un 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”.⁵⁷

En sentido amplio, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles. En sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles,

⁵⁶ Op. cit. Supra 10, p.406

⁵⁷ Idem. p.407

cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso.

El medio de prueba es el instrumento que legalmente se puede utilizar como apto para producir la convicción en el juzgador.

Según lo establecido en el Título Sexto del Código Federal de Procedimientos Penales, señala que se admitirán como prueba en los términos del Artículo 20, Apartado "A", fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "...todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial la estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad". Y, prescribe como medios de prueba a los siguientes, según se desarrollan en los siguientes apartados.

4.4.4.1.- TIPOS.

El Código Federal de Procedimientos Penales Federales, prevé diversos medios o tipos de pruebas, los cuales a continuación se explicarán:

4.4.4.1.1.- CONFESIÓN

"La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los estados unidos Mexicanos; se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar

sentencia irrevocable.”⁵⁸.

Aunque no podrá ser obligado a declarar. La Carta Magna en su artículo 20, Apartado “A”, fracción II, establece: “...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;”.

4.4.4.1.2.- INSPECCIÓN

Se entiende por inspección el “...examen o comprobación directa que se realiza el juez o tribunal a quien corresponda verificar hechos o circunstancias de un juicio, cuya descripción se consigna en los autos respectivos, para dar fe de su existencia, así como de las personas, cosas o lugares que deban ser examinados a proposición de las partes en contienda”.⁵⁹

El examen de las personas u objetos vinculados con la causa penal que se investigan, debe entenderse que con ello se busca el contacto personal del juez para que se forme una opinión personal a través de sus sentidos y de su saber.

En sentido estricto, toda inspección es la observación de algo o alguien, así como la descripción que se hace de lo observado, con el objeto de constatarlo y describirlo en un acta que servirá para establecer, en un proceso, la verdad que corresponda a situaciones jurídicas planteadas.

⁵⁸ Artículo 207. Código Federal de Procedimientos Penales.

⁵⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo III. 15ª ed. México, Ed. PORRÚA, 2001. p. 1741

La descripción, y en algunos casos la reconstrucción (rehacer algo que se ha roto o descompuesto en partes) de hechos, consiste en reproducir y definir una cosa en la forma en que ocurrieron, de acuerdo con las pruebas que existen en el proceso, para establecer la veracidad de las declaraciones rendidas por los testigos presenciales y del inculpado, lo anterior, con la finalidad de que el Órgano Jurisdiccional tenga una percepción más directa de la forma como sucedieron esos hechos.

4.4.4.1.3.- PERITOS.

Perito es toda persona a quien se atribuye capacidad técnico-científica o práctica de una ciencia o arte.⁶⁰ El artículo 220 del Código Federal de Procedimientos Penales, dicta: “Siempre que para el examen de personas, hechos u objetos se requieran conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos.”

El perito, como auxiliar de un órgano jurisdiccional, entrará en acción cuando existan cuestiones de tipo técnico referidas a una ciencia o arte determinado, de tal manera que el dictamen dependerá de la existencia de medios probatorios imperfectos, sólo susceptibles de calificarse con la peritación.

4.4.4.1.4.- TESTIGOS

Dentro de la relación jurídico-procesal intervienen sujetos terceros, llamados testigos. La palabra testigo viene de testando (declarar, referir o explicar) o bien de *detestibus* (dar fe a favor de otro).

“TESTIGO. Persona, ajena, a las partes, que declara sobre los

⁶⁰ Op. cit. Supra 10, p. 482

hechos relacionados con la litis que hayan sido conocidos directamente y a través de sus sentidos.”⁶¹

Por lo tanto, el testigo más que un narrador de hechos, lo es de experiencias o, en otros términos, cuando se dice que el contenido de un testimonio, que es la aseveración de una cosa, o la prueba del testigo, quiere decir que, en términos generales, percibió ciertas cosas las cuales pueden ser el delito mismo o una muestra de ello. Cabe agregar que el testimonio es útil cuando se narran experiencias que sirven para formar el juicio del juez sobre esos temas; pero el testigo no debe expresar un criterio sobre la experiencia ajena; pero el juicio sobre la experiencia propia sí tiene valor frente al juzgador.

4.4.4.1.5.- CONFRONTACIÓN

La confrontación “es el medio de prueba que se utiliza en el proceso penal situado al inculpado, al ofendido, o a los testigos, frente a un grupo de personas con el objeto de que puedan identificar a la que han declarado conocer. Si la identificación se refiere a objetos, recibe en nuestra legislación el nombre de ‘reconocimiento’”.⁶²

En sentido técnico jurídico, la palabra confrontación significa poner a dos personas en presencia una de otra, para comparar sus aseveraciones o para identificación entre sí; procesalmente, es el acto a través del cual se procura el reconocimiento que hace una persona respecto de otra que afirma conocer. La confrontación no es una prueba propiamente dicha; es un medio complementario de las declaraciones, encaminado a despejar dudas respecto a si se conoce

⁶¹ Op. cit. Supra 59, p. 3086

⁶² Idem. p. 624

o no al sujeto a quien se hizo referencia en las declaraciones.

4.4.4.1.6.- CAREOS.

La diligencia de careos “Es la confrontación del acusado con los testigos de cargo, así como entre las personas que formulan declaraciones contradictorias en un proceso penal, con el objeto de establecer la veracidad de los testimonios.”⁶³ Luego entonces, el careo es un acto procesal cuyo objeto es aclarar los aspectos contradictorios de las declaraciones, tanto del procesado, ofendido o testigos, o de éstos entre sí, para con ello, estar en posibilidad de valorar esos medios de prueba y llegar al conocimiento de la verdad.

4.4.4.1.7.- DOCUMENTOS

La palabra documento proviene de *documentum, docere*, cuyo significado es enseñar, lección. El documento es un objeto para hacer constar o formalizar, por medio de la escritura o alguna forma descriptiva, lo que se desea.

La concepción del documento como medio de prueba ha tenido una evolución que se inició con la concepción estructural, que sólo consideraba como documento lo escrito, y que ha culminado con la concepción funcional, al cual estima debe considerarse como tal todo objeto mueble que tenga como función representar un hecho o una idea. Esta función representativa se cumple regularmente a través de la escritura, pero también puede llevarse a cabo por otros medios.

Los documentos se clasifican en:

⁶³ Idem. p. 416

1. Documentos públicos. “Son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública, y los expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones. La calidad de públicos se demuestra por la existencia regular, sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes”.⁶⁴

2. Documentos privados. Se refiere a aquellos documentos que no cuenta con los requisitos previstos para los documentos públicos que establece el artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

4.5.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Valoración de la prueba se define como el acto procedimental, que se caracteriza por un análisis conjunto de todo lo aportado a la investigación, para así, obtener un resultado en cuanto la conducta o hecho y a la personalidad del delincuente.⁶⁵

La variedad de los asuntos y sus peculiaridades nos conducen a concluir que, ninguna prueba en forma aislada, puede tener un valor superior al de otra; es el concurso de todas lo que tal vez, permite el esclarecimiento de la conducta o hecho. Si a esto agregamos que, a través de la secuela procedimental, el juez (actualizando el principio de legalidad) estuvo en constante contacto con los integrantes de la relación procesal, y se le proporcionó la asesoría técnica necesaria, estará en actitud de otorgar a las probanzas el valor que su íntima convicción le dicta.

Para llevar a cabo el juicio valorativo de los diferentes medios de prueba, el juez empleará, entre otros:

⁶⁴ Artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁶⁵ Op. cit. Supra 10, p. 425.

- a) Su preparación intelectual,
- b) Enseñanzas o precedentes de la vida cotidiana, y
- c) Conocimientos de hechos notorios, acontecimientos provenientes del hombre o de la naturaleza.

La valoración de los medios de prueba conduce a los siguientes resultados:

Certeza. Permite al juez definir la pretensión punitiva estatal y hacer factibles los aspectos positivos del delito, o bien los negativos, de tal manera que, frente a los primeros se aplica la pena, y en lo segundo, la absolución correspondiente.

Duda. La duda en el juzgador es un verdadero problema, digno de meditar para su correcta solución.

De la legalidad característica del procedimiento penal, se colige que el órgano jurisdiccional está obligado fatalmente a resolver todo asunto sometido a su conocimiento.

Cuando el tribunal procede a la valoración de la prueba frente a lo problemático de la duda se aplica el principio exegético, *in dubio pro reo*; de tal manera que, si a través de la apreciación del material probatorio, se llega a la incertidumbre, a un estado dubitativo, esto no justifica al juzgador para dejar de resolver el asunto, y en tales circunstancias debe absolver, independientemente de que el sujeto a quien se exculpe, tal vez, en otras circunstancias procesales debiera ser condenado.

Las bases legales que empleará el juzgador para la valoración jurídica de los diversos medios de convicción que fueron ofrecidos, admitidos y desahogados en la etapa probatoria, se regirá por el Capítulo IX. Valor jurídico

de la prueba, que comprende del articulado 279 y siguientes del Código Federal de Procedimientos Penales, a saber:

“El juez calificará el valor de la confesión al haber reunido los requisitos contenidos en el artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, mismos que se anotan a continuación:

I.- Rendida por persona mayor de dieciocho años, sin coacción ni violencia.

II.- Realizada ante el Ministerio Público o autoridad jurisdiccional, con asistencia de su defensor.

III.- Que sean hechos propios.

IV.- Que sea verosímil.”

A lo expuesto, tiene conformidad lo establecido por el criterio del Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, en la Tesis II.1º.J/6, consultable a fojas 41, Tomo LXXVI-Abril de 1994, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, que es del rubro siguiente: **“CONFESIÓN, VALOR DE LA.”**

Los documentos públicos harán prueba plena. Resulta cierto que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 280 del Código Federal de Procedimientos Penales, los documentos públicos hacen prueba plena, salvo que alguna de las partes objete su falsedad, pero también lo es que el artículo 22 del propio Ordenamiento fija las formalidades o requisitos legales que deben contener aquellas diligencias, a saber:

a) Diligencias que deberán estar firmadas al calce y al margen por el inculpado, su defensor, peritos, testigos, etc.,

b) Si no pueden firmar, imprimirán al calce y margen la huella de alguno de los dedos de la mano, debiéndose indicar en el acta cual de ellos fue.

c) Si no es su deseo imprimir su huella o firmar dicho documento se hará constar el motivo.

d) El Ministerio Público firmará al calce, y, si lo estima conveniente, también al margen.

De lo anterior, se concluye que si no aparece firma o huella digital alguna ni del acusado ni de los testigos, debe decirse que el documento al no reunir los requisitos formulados no tiene plena validez y merece tan sólo el valor de indicio.

La inspección, así como el resultado de los cateos, harán prueba plena siempre que se practiquen con los requisitos legales.

Todos los demás medios de prueba o de investigación y la confesión, salvo lo estipulado en la ley, constituyen meros indicios.

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.

La fuerza probatoria de un indicio será mayor o menor según sea mayor o menor el nexo lógico entre la circunstancia indiciante y el hecho a probar; en otras palabras, el valor de un indicio está siempre en razón de la mayor o menor afinidad de relación que el hecho de donde deriva tenga con el delito o con el autor de él, o con el uno y el otro a la vez.

Los tribunales apreciarán los dictámenes periciales, aun los de los peritos científicos, según las circunstancias del caso.⁶⁶

El juzgador disfruta de las más amplias facultades para valorar los dictámenes, incluso 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.

En tratándose de la prueba pericial, es obvio que si el juzgador se auxilia de un experto en determinada materia, gozando además de libertad de criterio para otorgarle el valor convictivo que merezca, lo verdaderamente importante al analizar el dictamen, será la opinión técnica concreta y no la extensión, ampliación o detalle de todos y cada uno de los sistemas, métodos, procedimientos y demás movimientos y pasos seguidos por el perito, pues al fin de cuentas, dicha opinión técnica concreta, es lo que resulta real y legalmente comprensible para el juzgador, no conocedor de la materia motivo del dictamen.

4.6.- JUICIO. AUDIENCIA FINAL DE

Etapa dentro del proceso que es de alegatos o de conclusiones en la cual las partes expresan las argumentaciones tendientes a demostrar que han quedado probados los hechos en que se fundaron sus respectivas pretensiones y excepciones, y que resultan aplicables los preceptos jurídicos invocados en apoyo de dichas pretensiones y excepciones. Comprende la formulación de las conclusiones del Ministerio Público y de la defensa, luego

⁶⁶ Artículo 288 del Código Federal de Procedimientos Penales.

de lo cual se dictará la sentencia definitiva.

Audiencia de vista. El procesalista Giuseppe Chiovenda define las audiencias como: “aquellos periodos de tiempo durante los cuales el magistrado se constituye en una sala destinada para ello, y las partes comparecen ante él para las diligencias y la vista de la causa”.

Luego, la audiencia debe verificarse en el local del juzgado y será pública. En la audiencia:

a) Se podrá interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el Ministerio Público o la defensa.

b) Repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción

c) El Ministerio Público presentará sus conclusiones y a continuación las contestará la defensa.

Se dará lectura a las constancias que las partes señalen, y después de oír los alegatos de las mismas, se declarará visto el proceso y terminará la diligencia.

4.7.- SENTENCIA.

“Es la resolución que pronuncia el juez o el tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso.”⁶⁷

La sentencia es el acto más importante del juez en virtud de que pone fin al proceso y admite medios de impugnación a través de los cuales las partes inconformes pueden lograr su modificación, revocación o confirmación.

⁶⁷ Op. cit. Supra 59, p. 2891

Como requisitos de fondo, la sentencia observa los siguientes:

a) Congruencia. Debe existir relación de concordancia entre lo solicitado por las partes y lo resuelto por el juez.

b) Motivación y fundamentación. Son requisitos establecidos para todo acto de autoridad y en especial las resoluciones judiciales. En primer término, motivación se refiere a que el juez examine y valore los hechos expresados por las partes; y, fundamentación es la expresión de argumentos jurídicos en los cuales apoye la aplicación de los preceptos normativos invocados para resolver el conflicto.

c) Exhaustividad. Consiste en la obligación del juzgador de examinar todas y cada una de las pruebas ofrecidas, y admitidas, por las partes durante la etapa de instrucción.

En otro orden de ideas, las resoluciones judiciales contendrán:

El lugar en que se pronuncien;

La designación del tribunal que las dicte;

Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso el grupo étnico indígena al que pertenece, idioma, residencia o domicilio, y ocupación, oficio o profesión;

Un extracto breve de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutive de la sentencia, evitando la repetición innecesaria de constancias;

Las consideraciones, fundamentaciones y motivaciones legales de la sentencia, y

La condenación o absolución que proceda y los demás puntos correspondientes.

4.7.- RECURSOS.

Recurso. Es el medio de impugnación que se interpone contra una resolución judicial pronunciada en un proceso ya iniciado, generalmente ante un juez o tribunal de mayor jerarquía y de manera excepcional ante el mismo juzgador, con el objeto de que dicha resolución sea revocada, modificada o anulada.⁶⁸

El procedimiento de impugnación, se justifica, sólo en tanto garantice la enmienda de los actos procesales contrarios al principio de legalidad y, con ello, una mayor efectividad de justicia en las resoluciones judiciales.

El objeto de impugnación, es la resolución judicial que contiene la motivación del agravio, siempre y cuando así se reconozca en la ley, son objeto de impugnación: los autos y las sentencias.

El fin perseguido a través de la impugnación, es el reestablecimiento del equilibrio perdido en el proceso; es decir, al examinarse de nueva cuenta la resolución se repara el daño producido, ordenando las medidas que para el caso se prevé en la ley.

El procedimiento de impugnación, necesariamente produce efectos: inmediatos y mediatos⁶⁹.

a). Inmediatos.- Se manifiestan, cuando interpuesto el recurso el Juez de la causa lo admite e inicia el trámite correspondiente para su sustanciación. Los efectos también son inmediatos si, interpuesto el recurso, el Juez instructor, remite la causa al Tribunal de alzada, para su examen.

⁶⁸ Idem. p. 2705

⁶⁹ Op. cit. Supra 10, p. 611.

b). Mediatos.- Estos, se traducen en la confirmación, revocación, o modificación de la resolución judicial impugnada; por ello, y para ese fin, según el caso, será necesario estudiar los aspectos pertinentes contenidos en: la “ley penal”, el delito, el delinciente, las penas y las medidas de seguridad, y también las omisiones y errores concernientes a la aplicación de las normas del procedimiento.

Ahora bien, cabe señalar que en nuestra Legislación Procesal Penal Federal, se encuentran previstos como recursos la: apelación, revocación, denegada apelación y queja; mismos que a continuación se procede a explicar.

4.7.1.- REVOCACIÓN.

Es un medio de impugnación ordinario, instituido para las resoluciones judiciales (autos), en contra de los cuales no procede o no está instituido el recurso de apelación, cuyo objeto es que, el Juez o los Magistrados integrantes de la Sala del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, que las dictó, las prive de sus sin efectos, en todo o en parte, o las substituya por otra.⁷⁰

Cabe resaltar que a la fecha, este medio de impugnación se encuentra previsto en el artículo 361 del Código Federal de Procedimientos Penales, que indica: *“Solamente los autos contra los cuales no se conceda por este Código el recurso de apelación, serán revocables por el tribunal que los dictó. También lo serán las resoluciones que se dicten en segunda instancia antes de la sentencia”*.

4.7.2.- APELACIÓN.

⁷⁰ Op. cit. Supra 10, p. 646

Es un medio de impugnación ordinario, a través del cual el Agente del Ministerio Público, el procesado, el acusado o sentenciado, o el ofendido, manifiestan inconformidad con la resolución judicial que se les ha dado a conocer, originando con ello, que los integrantes de un tribunal distinto y de superior jerarquía, previo estudio de lo que consideran agravio, dicten una nueva resolución judicial: confirmando, modificando o revocando aquella que fue impugnada.⁷¹

El objeto de la apelación, es la resolución judicial apelada, de la que es necesario estudiar, por el juez superior, los diversos aspectos señalados en los agravios. En consecuencia, será objeto de este medio de impugnación, la violación a la ley entendida ésta en un sentido genérico, ya sea, por aplicación indebida, o inexacta, o bien, por falta de aplicación.

El fin de la apelación, es la reparación de las violaciones legales cometidas y solamente, es posible lograrlo, modificando o revocando la resolución impugnada, para lo cual deberá dictarse otra que resuelva.

La apelación penal se regula en nuestros códigos de procedimientos en forma flexible, en cuanto se encuentra inspirada en el principio *in dubio pro reo* y, por este motivo, el tribunal de segundo grado posee mayores facultades que en materia civil, en virtud de que la materia del recurso es amplia, con algunas limitaciones, puesto que en esencia implica un nuevo examen de todo el procedimiento y de las resoluciones impugnadas en primera instancia, en cuanto la parte recurrente puede ofrecer nuevas pruebas, limitándose solo la testimonial a los hechos que no hubieran sido materia del examen en primer grado, y destacando la circunstancia que el

⁷¹ Idem. p. 619

tribunal de apelación puede suplir los agravios del recurrente cuando exista violación manifiesta del procedimiento que lo hubiese dejado sin defensa.

Cabe destacar que existen dos formas en que se puede admitir el recurso de apelación, los cuales son efecto devolutivo y ambos efectos; a fin de determinar en qué tipo de resoluciones procede la apelación en el primer efecto, deberemos remitirnos a lo que indica el artículo 367 del Código Federal de Procedimientos Penales; y, las resoluciones que son apelables en ambos efectos, según lo dispone el artículo 368 del Ordenamiento Legal en cita, solamente contra las sentencias definitivas en que se imponga alguna sanción.

4.7.3.- DENEGADA APELACIÓN.

Es un medio de impugnación ordinario, cuyo objeto inmediato es la manifestación de inconformidad del agraviado con la resolución del juez, negando la admisión de la apelación, o del efecto devolutivo en que fue admitida, siendo procedente en ambos.⁷²

El objeto de este recurso, es la resolución judicial que niega la admisión de la apelación o el efecto en que ésta debió admitirse. En consecuencia, será necesario estudiar si existe violación a la ley en un orden específico, o sea, a lo previsto en los Códigos de Procedimientos Penales, ya sea el dictado por el Distrito Federal o Federal, y no, a otros aspectos o problemas contenidos en la ley en sentido genérico: el delito, el delincuente, la punibilidad o las medidas de seguridad, como ocurre tratándose de otros medios de impugnación.

En concreto se advierte que en la denegada apelación, atendiendo al contenido de las disposiciones jurídicas, se debe estudiar: si el impugnante,

⁷² Idem. p. 641

tiene o no derecho a apelar, si la resolución judicial, del caso, es apelable, y por último, si siendo apelable, en qué grado lo es, o si procede en ambos.

El fin que persigue el recurso en comento, es que el Tribunal de alzada en su momento revoque la resolución que negó la admisión de la apelación, total o parcialmente.

Además, es oportuno destacar que actualmente, este recurso se encuentra previsto en el artículo 392 al 398 del Código Federal de Procedimientos Penales.

4.7.4.- QUEJA.

Es un recurso ordinario, que procede en contra de las conductas omisivas de los Jueces, que no emitan las resoluciones correspondientes a las promociones, o no realicen las diligencias dentro de los plazos señalados en la ley, o que no cumplan las formalidades, o no despachen los asuntos, de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimientos Penales.⁷³

El objeto de este recurso, es la conducta omisa, el silencio, indiferencia o falta de actuación del juez, ante un pedimento concreto o el cumplimiento de un acto procesal, atento a lo dispuesto en una norma jurídica; este recurso se justifica en base a la estricta observancia del principio de legalidad.

A diferencia de lo que acontece con otros recursos interpuestos ante el juez, autor de una resolución que causa agravios, la queja es presentada, en el procedimiento penal federal, ante el Titular del Tribunal Unitario de Circuito que corresponda y es obvio que así sea, porque

⁷³ Idem. p. 649

procede, precisamente por falta de resolución judicial y demás actos omisivos, ya mencionados.

Es importante señalar que el presente recurso, se encuentra previsto en el artículo 398 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

4.8.- INCIDENTES.

4.8.1.- CONCEPTO.

Pequeño juicio que se da dentro del proceso penal, estudia cuestiones no esenciales del procedimiento, no de fondo. Lo puede solicitar un tercero con la simple petición en forma verbal a la autoridad jurisdiccional, y en cualquier etapa del proceso. Para qué sirve? Para que el acusado no esté detenido durante la tramitación del proceso o, en su caso, garantice la pena privativa de libertad impuesta en el fallo condenatorio.

El concepto incidente proviene del latín *incidere*, que significa sobrevivir, interrumpir, producirse.

A continuación se enumeran algunas ideas que, quizás, todas reunidas, nos permitan distinguir un incidente de otras actuaciones.

a) La cuestión planteada en el incidente tiene relación con el proceso principal, relación de carácter accesorio.

b) La secuela del incidente no se incluye en ninguna de las etapas del procedimiento.

c) El incidente, en cuanto algo especial, tiene un procedimiento distinto al proceso original.

Para Javier Piña y Palacios: “Es una cuestión surgida en el curso del proceso o con motivo de él, que interrumpe, modifica o altera, transitoria o definitivamente, la estructura lógica del mismo”.

Si Incidente se considera como toda cuestión controvertida que surge en el proceso como accesoria a la controversia principal, sus elementos son:

a) En el incidente se trata una materia que es motivo de discusión.

b) Se quiere conocer el punto de vista de otra de las personas que intervienen en el proceso, la que puede oponerse o aceptar total o parcialmente la pretensión hecha valer en el incidente.

c) La cuestión planteada en el incidente proviene de un proceso, pues, si no fuera así, tendría el carácter de una controversia independiente y no le correspondería la calidad de incidente.

d) El incidente no implica el planteamiento de la cuestión principal que se dirime en el proceso.

Con los elementos anteriores se puede considerar al Incidente Penal como una cuestión que se promueve en un procedimiento, que tiene relación con el tema original, carácter accesorio, y que, fuera de las etapas normales del procedimiento, existe una tramitación especial, tendiente a resolver controversias de carácter adjetivo relacionadas inmediata y directamente con el asunto principal.

Los incidentes son, hasta cierto punto, causa impeditiva de la dinámica procesal, aunque no es su esencia el interrumpir o suspender el proceso, sino que, esto, puede o no ser consecuencia del incidente.

Algunas veces las partes o los órganos jurisdiccionales se apartan de las normas procesales aplicables al juicio que se ventila; surge entonces la posibilidad de que se planteen cuestiones adjetivas cuya resolución servirá para llevar el proceso a su fin normal, mediante incidentes en

sentido propio. Otros problemas relacionados con un proceso surgen durante su preparación o desarrollo y se recurre al trámite incidental.

Por otra parte, como el proceso no termina con la sentencia sino que la actividad jurisdiccional se extiende hasta satisfacer jurídicamente a la parte que obtuvo sentencia favorable, los incidentes son posibles aún en ejecución de sentencia con la idea de hacer posible la aplicación correcta de las normas procesales.

Los incidentes se tramitan no sólo en los juicios ordinarios sino en los especiales, ejecutivos, universales y aún en los procesos atípicos y de jurisdicción voluntaria.

Se tramitan también incidentes para regular: liquidación de sentencias, gastos y costas del juicio, gastos de administración de síndicos, rendición de cuentas de albaceas.

4.8.2.- CLASIFICACIÓN DESDE DIFERENTES PUNTOS DE VISTA.

Los incidentes se pueden clasificar desde diferentes puntos de vista pero los criterios más difundidos son los siguientes:

a) Del momento procesal en que los incidentes han de fallarse, los incidentes pueden ser aquellos que se fallan previamente a la sentencia, frente a los incidentes que se reservan para ser resueltos con la cuestión principal en la sentencia definitiva. Una tercera categoría está formada por incidentes que se tramitan y fallan después de la sentencia definitiva.

b) De los efectos que pueden originarse en cuanto a la marcha del proceso, hay incidentes que detienen la marcha del proceso e incidentes que no suspenden la tramitación de la cuestión principal.

c) De su denominación particular, hay incidentes que tienen una

denominación legal y otros que carecen de ella, por lo que puede haber incidentes nominados e incidentes innominados.

d) De la procedencia de ello, los incidentes pueden ser procedentes, improcedentes y notoriamente improcedentes. Los dos primeros ameritan la iniciación de un trámite, los terceros deben ser rechazados.

En el Código Federal de Procedimientos Penales, en su Título Décimo Primero, reglamenta Incidentes de Libertad, que en su Sección Primera, Capítulo I, son los siguientes:

- a) Libertad provisional bajo caución.
- b) Libertad provisional bajo protesta.
- c) Libertad por desvanecimiento de datos.

Sección Segunda. Capítulo I, enumera incidentes diversos como:

- a) Substanciación de las competencias.
- b) Impedimentos, excusas y recusaciones.
- c) Suspensión del procedimiento.
- d) Acumulación de Autos.
- e) Separación de autos.
- f) Reparación del daño exigible a persona distinta del inculpado.
- g) Incidentes no especificados.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Se concluye desde un punto vista jurídico que toda persona que es capaz de tener derechos y obligaciones, tiene personalidad, esto es así, por que el Estado reconoce sus obligaciones y derechos frente a la persona, que es capaz de comprender su actuar u omisión de los hechos exteriorizados por aquélla.

También se concluye que la representación consiste en que una persona obre en nombre y en interés de otro sujeto incapacitado, ejercitando aquélla unos derechos; por tanto, la representación puede ser unilateral, otorgada por un poder o procura, o en su caso de manera oficiosa, que existe por la necesidad de intervenir en las cosas ajenas cuando su dueño, ausente o impedido no pueda cuidarlas.

Ahora bien, respecto al primer tipo de representación en materia penal, puede actualizarse cuando un acusado en un procedimiento penal, designa libre y voluntariamente a su defensor; mientras que el segundo tipo de representación, puede darse cuando el acusado se niega a designar un defensor que lo asista durante la tramitación del procedimiento penal y el juez de la causa por negativa del acusado designará un defensor de oficio, ahora llamado Defensor Público Federal.

SEGUNDA.- Se concluye que la persona que aboga o defiende los intereses de los litigantes, también asesora sobre cuestiones jurídicas, es la llamada “abogado”, quien al desempeñar esta función, tiene como fin último, otorgar seguridad jurídica, lo cual se obtiene cuando el cliente confía en su

abogado, quien además de asesorarlo, deberá colaborar con la administración de justicia.

Además, es acertado que el derecho de defensa de todo acusado en un Procedimientos Penal Federal, debe ser natural e indispensable para la conservación de la persona, de sus bienes, de su honor y de su vida; toda vez que no es fin perseguido del Procedimiento Penal que se castigue a cualquier persona, sino al verdadero culpable de la comisión de algún ilícito.

Asimismo, queda claro que los sujetos que pueden realizar atos de defensa son: el acusado, la persona de confianza o ambos; y, el Defensor de oficio; por lo cual, a pesar de que el acusado manifieste de manera expresa que es su deseo defenderse por sí o su persona de su confianza, este último si carece de Título de Licenciado en Derecho, deberá ser orientado por un Defensor de oficio, que es el sujeto al cual están a cargo los conocimientos técnicos de la materia.

Con lo anterior, conviene señalar que existen dos tipos de defensa: material y técnica, concluyendo que en la primera, únicamente participa el acusado en la cual admite o niega la comisión del delito; y, la segunda debe estar a cargo de Defensor (Licenciado en Derecho), debido a que es la persona que posee los conocimientos jurídicos, para poder lograr la absolución del acusado o reducción de pena privativa de libertad en su favor.

Por otra parte, es de concluirse que la participación del Defensor en el proceso penal, es obligatoria, considerando ésta una garantía en favor del acusado, traducándose esto en un imperativo para el Juez de la causa y un deber para el Defensor; de igual manera, se concluye que el momento en que se otorga la intervención al Defensor de oficio en un Procedimiento Penal Federal, lo es cuando al requerir al acusado para que designe Defensor aquél lo

haga de manera voluntaria o el Juez le designe a uno de oficio, debiendo prestar sus servicios gratuitamente.

TERCERA.- Se concluye que por persona de confianza debe entenderse como aquella que es designada voluntariamente, por el acusado, en el Procedimiento Penal, quien en ocasiones deberá desempeñar el ejercicio de Defensa del acusado, no siendo indispensable requisito para la designación de persona de confianza que cuente con título de Licenciado en Derecho, toda vez que puede ser cualquier persona que tenga una distinta profesión u oficio, e incluso en algunas ocasiones puede tratarse de un iletrado; cabe señalar que la persona de confianza puede en algunos casos ser abogado (Licenciado en Derecho); sin embargo, puede darse el supuesto de que se encuentre sujeto a proceso penal o condenado y, ésta situación no puede permitirle a la persona de confianza ejercer su profesión, pues se encuentra limitado.

Asimismo, se concluye que la función de la persona de confianza designada por el acusado en un Procedimiento Penal, será la de asistir al acusado en cualquier diligencia del proceso penal; debiendo entenderse que aquella podría en todo caso coadyuvar con el Defensor de Oficio, para ofrecer pruebas, impugnar resoluciones o solicitar beneficios previstos en la Ley que sean favorables al acusado, ya que la persona de confianza sería asesorado y orientado por el Defensor, para lograr el ejercicio de una adecuada defensa.

Por otra parte, a consideración del suscrito existen diferencias entre el Defensor (entiéndase persona con título de Licenciado en Derecho) y la persona de confianza; lo anterior, es así, toda vez que el primero de los ya mencionados, ejerce una defensa técnica, al poseer los conocimientos jurídicos indispensables, para poder estructurar una estrategia de defensa, para la obtención de datos suficientes que permitan una absolución en favor del acusado por la atribución de un ilícito o, en su caso, lograr una mínima

aplicación de pena restrictiva de libertad en contra del acusado; mientras que, la persona de confianza, puede únicamente apoyar para recabar los datos suficientes que sirvan en beneficio del acusado, sin olvidar que siempre deberá ser orientada o asesorada por un Defensor de Oficio.

En razón de lo anterior, se concluye que la persona de confianza, al coadyuvar con el Defensor, es decir, al ser orientada y asesorada, puede ser partícipe del ejercicio de una adecuada defensa desempeñada por un Defensor (Licenciado en Derecho).

Además, atento al contenido del artículo 160, fracción II, *parte in fine*, de la Ley de Amparo, se concluye que cualquier Procedimiento Penal, donde únicamente ha intervenido una persona de confianza designada por el acusado, sin que el Juez de la causa le hubiera designado un Defensor de Oficio, para que orientara y asesorara a ambos, dicho procedimiento no será válido, conllevando ello a una violación formal del Procedimiento Penal, pudiendo impugnar dicha violación vía Amparo Directo, y la resolución que se emita en ese Juicio, puede ordenar la reposición del procedimiento, desde el momento mismo de la violación procedimental; por tanto, para evitar una reposición al procedimiento, aún cuando el acusado manifieste su negativa a nombrar defensor que lo asista durante la instauración del proceso penal en su contra el Juez de la causa deberá nombrarle el de Oficio, es decir, en la materia que nos ocupa, al Defensor Público Federal adscrito.

Ahora bien, puede decirse que es obligación constitucional la intervención de un abogado en un Procedimiento Penal, para la cual no debe perderse de vista que la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna, en lo que interesa señala: “...*Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le designará un defensor de oficio...*”; y se recuerda lo investigado en la presente tesis, se obtuvo que abogado, es la persona que actúa a favor de los intereses de alguien que se

encuentra impedida para reclamarlo, en razón de lo anterior, puede decirse que la intención del Legislador fue la de distinguir al Defensor Particular como “abogado” (entiéndase Licenciado en Derecho), Defensor de Oficio sujeto del cual no debemos olvidar que para desempeñar su cargo debe contar con Título de Licenciado en Derecho, y sin que en el capítulo dos de la presente tesis se estableció que el Defensor Público Federal adscrito, atento al contenido del artículo 6º, fracción II, de la Ley de la Defensoría Pública Federal, debe: *“...representar y ejercer ante las autoridades competentes los intereses y derechos jurídicos de los defendidos o asistidos, a cuyo efecto harán valer acciones, opondrán excepciones o defensas, interpondrán incidentes o recursos y realizarán cualquier otro trámite o gestión que proceda conforme a derecho que resulte de una eficaz defensa...”*; por tanto, las funciones que desempeña un abogado y Defensor de Oficio son similares, y por ende, es obligación por mandato constitucional que en un Procedimiento Penal Federal, siempre intervenga un “abogado”.

Finalmente, se concluye que por defensa adecuada en Materia Penal, debe entenderse que cualquier acusado debe ser asesorado por una persona experta en la referida materia, quien además deberá asistir en todos los actos del proceso, permitiéndole su respectiva participación en las diligencias y, en su caso, se proporcionará a ambos copias del expediente, a fin de que preparen la estrategia de defensa en favor del acusado.

CUARTA.- Se concluye que el procedimiento penal, es un conjunto de actividades que se encuentran reguladas por el propio Estado, dichas actividades llevadas a cabo por las partes, para lograr la aplicación de la Ley al caso concreto; esto es así, por que todo proceso debe tener previamente establecido sus normas y procedimientos para conocer la verdad histórica de los hechos génesis del Procedimiento Penal.

Por otra parte es de concluirse que el Procedimiento Penal debe dividirse en períodos, a fin de evitar confusiones respecto a los derechos y obligaciones de cada una de las partes sujetas a la relación procesal penal.

Finalmente, debe concluirse que todo procedimiento sigue un fin determinado, en este caso lo es la reunión de datos suficientes para ejercitar acción penal en contra del acusado; el estudio del Juez que realiza sobre los datos reunidos, a fin de verificar si efectivamente se acredita la existencia de un delito y probable responsabilidad del acusado; todo esto, acredita de una manera fehaciente que todo Procedimiento Penal, ante todo debe respetar las garantías individuales consagradas en la Carta Magna, en favor de cualquier acusado.

CONCLUSIÓN FINAL.

Después de haber efectuado la investigación relativa a la hipótesis planteada que dio origen a la elaboración del presente proyecto de investigación **concluyo definitivamente** que se **MODIFICA** la misma, para quedar de la siguiente manera:

“DEBE SER EXCLUSIVAMENTE UN ABOGADO QUIEN EJERZA LA ADECUADA DEFENSA DEL ACUSADO EN UN PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL”.

Lo anterior es así, toda vez que el “abogado” es el único que cuenta con los conocimientos jurídicos indispensables para poder realizar una eficaz estrategia de la defensa del acusado en el Procedimiento Penal; además, de contar con el título de Licenciado en Derecho, toda vez que para obtener dicha licencia tuvo que someterse a exámenes que permiten suponer que efectivamente se encuentra apto para desempeñar su profesión, y por ende, posee los conocimientos jurídicos para poder ejercer una adecuada defensa del acusado; contrario a lo antes expuesto, la persona de confianza puede defender

al acusado, pero a su leal saber y entender, sin dolo o mala fe, pero en ningún momento podrá aplicar en favor de su patrocinado (acusado) una defensa técnica que es la que posee un abogado, pues aquella consiste en prestar asesoramiento y orientación jurídica que debe otorgarse al acusado para su beneficio, cabe resaltar que la persona de confianza puede contar con título de Licenciado e Derecho; más sin embargo, puede en ocasiones que se encuentre impedida por cualquier motivo ejercer su profesión, como sería llevar la defensa de un acusado y, por lo tanto, el único sujeto que podrá ejercer (entiéndase actuar dentro de un proceso penal) será un Defensor Particular o de Oficio.

A N E X O 1

Tesis jurisprudencial 418, visible en el tomo II, parte Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Apéndice 1971-1995, cuyo rubro y texto son:

“ARTICULO 56 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL. A QUIEN CORRESPONDE APLICARLO, DE ACUERDO CON EL ESTADO QUE GUARDE LA CAUSA PENAL RESPECTIVA. *El artículo 56 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal establece, en lo que interesa, que cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado, y que la autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la más favorable. Si a lo anterior se aúna que el diverso 553 del código de proceder de la materia estatuye en lo conducente que el que hubiese sido condenado por sentencia irrevocable y se encuentre en el caso de aplicación de la ley más favorable a la que se refiere el aludido Código Penal podrá solicitar del Poder Ejecutivo la reducción de pena o el sobreseimiento que proceda, sin perjuicio de que dicha autoridad actúe de oficio y sin detrimento de la obligación de reparar los daños y perjuicios legalmente exigibles, claro resulta que la obligación de aplicar la ley más favorable es a cargo de la autoridad judicial de instancia cuando la ley entra en vigor antes de que se dicte la sentencia definitiva en la causa correspondiente, y el del ejecutor de las sanciones en la hipótesis contraria”.*

ANEXO 2

Tesis 1ª./J. 31/2003, visible en la página 49, del Tomo XVII, Junio de 2003, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Primera Sala, Novena Epoca.

“DEFENSA ADECUADA. DIFERENCIAS ENTRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LAS FRACCIONES IX Y X, PÁRRAFO CUARTO, APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL. *Una recta interpretación de lo dispuesto en las fracciones IX y X, párrafo cuarto, apartado A, 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 inculcados 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 que cronológicamente se encuentre en posibilidad de cumplir y hacer cumplir la garantía constitucional aludida, lo que no sucede respecto 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 y 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.”

BIBLIOGRAFÍA.

Arellano García, Carlos. *Teoría General del Proceso*. 8ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1999. pp 470.

Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 31ª ed., Ed. Porrúa. México, D.F, 1999. pp 814.

Carnelutti, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*. 1ª ed., Ed. Especiales., pp 107.

Castillo Del Valle, Alberto, Del. *Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal*. 2ª ed., Ed. Jurídicas Alma, S.A de C.V., México, D.F, 2003. pp 414.

Castellanos, Fernando. *Lineamientos elementales del Derecho Penal*. 41ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2003. pp 363.

Castro y Castro, Juventino, V. *Garantías y Amparo*. 7ª ed., Ed. Porrúa, México D.F., 1991. pp 591.

Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. 18ª ed., 1ª reimpresión, Ed. Porrúa, México, D.F, 2001. pp 885.

García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 50ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F, 1999. pp 444.

Manzanera Rodríguez, Luis. *Criminología*, 18ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F, 2003. pp 550.

Margadants, Guillermo, F. *Derecho Romano*. 23ª ed., Ed. Esfinge, México, D.F, 1998. pp. 532.

Moto Salazar, Efraín. *Elementos de Derecho*. 42ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F, 1997. pp 452.

Pérez Palma, Rafael, Lic. *Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal*. 1ª ed., Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, D.F, 1974. pp 390.

Rivera Silva, Manuel. *El Procedimiento Penal*. 15ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F, 1985. pp 403.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Manual del Juicio de Amparo*. 2ª ed., Ed. Themis, México, D.F, 2002. pp 589.

LEGISLACIÓN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

México. *Ley de Amparo*. Ed. Ediciones Fiscales ISEF, México, D.F, 2003.

México. *Código Penal Federal*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, D.F, 2ª versión. 2002.

México. *Código Federal de Procedimientos Penales*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D.F, segunda versión, 2002.

OTRAS FUENTES

Suprema Corte de Justicia de la Nación. 12ª ed., Mayo 2003, IUS 2003.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 15ª ed.,
Ed. Porrúa, México, D.F, 2001.