



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“HACIA UN ADECUADO DERECHO DE DEFENSA”.
**EL JUICIO SUMARIO POR RECONOCIMIENTO DE
PARTICIPACIÓN.**

T E S I S

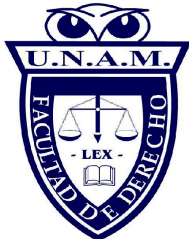
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

SILVIA OCAÑA VELASCO

ASESOR: DR. EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT



MÉXICO, D.F.

2008.



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.

Agradecimientos

*A Dios, por la vida que me ha brindado,
Por las mieles y las hieles, que me han
forjado a ser quien soy.*

*A la memoria de mi padre, Jaime Ocaña
Por el amor, cariño y ejemplo de fortaleza
que me dio a lo largo de su vida.*

*A mi madre, Gloria Velasco, por su
Comprensión, apoyo y sobre todo por
La vida que me brindo.*

*A mis hermanos, Alberto, Jaime, Hugo, Carlos,
Humberto, Cuahutémoc, Fabiola y Yazmín, por
el apoyo que me han dado.*

Andrea, con la esperanza y la seguridad

*De que algún día mi niña sea una gran mujer
profesionista.*

*A mis amigos, en especial a Diana, con
la esperanza de cumplir mi promesa; a
Gerardo, porque nuestra amistad dure a
través del tiempo.*

*Al Dr. **Eduardo López Betancourt**, mi más sincero
agradecimiento, por el apoyo y asesoría invaluable
en la realización de la investigación, así como el apoyo
otorgado a lo largo de mi carrera.*

**“HACIA UN ADECUADO DERECHO DE DEFENSA”.
EL JUICIO SUMARIO POR RECONOCIMIENTO DE PARTICIPACIÓN**

Índice

	Página
Introducción	I
Capítulo I	
ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES E HISTÓRICOS DEL DERECHO DE DEFENSA EN MÉXICO	1
1.1 México Independiente.....	3
1.1.1 Constitución de Cádiz.....	5
1.1.2 Sentimientos de la Nación.....	8
1.1.3 Decreto Constitucional para la Libertad de la América... Mexicana. Artículo 30 del Decreto Constitucional sancionado en Apatzingan el 22 de octubre de 1814.	10
1.2 Los primeros empeños en la Definición Nacional.....	14
1.2.1 Constitución de 1824 (considerada como la primera Constitución)	15
1.2.2 Constitución de 1836.	17
1.2.3 Constitución de 1857.....	18
1.3 Constitucionalismo Social.....	22
1.3.1 Constitución de 1917.....	23
1.3.2 Adiciones y reformas del artículo 20 constitucional.....	26
1.3.3 Reforma de 1948.....	31
1.3.4 Reforma de 1985.....	33
1.3.5 Reforma de 1993.....	36
1.3.6 Reforma de 1996.....	41
Capítulo II	
MARCO JURÍDICO	47
2.1 El Derecho de Defensa de acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	50
2.1.1 Atributos normativos de la Constitución.....	62
2.1.2 Supremacía Constitucional.....	63
2.1.3 La inviolabilidad de la Constitución.....	67
2.2 La Garantía de Defensa y su protección en los Tratados Internacionales.	69
2.2.1 Jerarquía de los Tratados Internacionales de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de acuerdo con los Órganos Internacionales de la OEA.	70
2.2.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	73
2.2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...	74
2.2.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos.	75
2.3 El Derecho de Defensa en el Código de Procedimientos	77

Penales para el Distrito Federal.	
2.4 El Derecho de Defensa en el Código Federal de Procedimientos Penales. (artículo 128 Y 160)	81

Capítulo III	
EL DERECHO DE DEFENSA COMO EL ELEMENTO ESENCIAL DEL DEBIDO PROCESO.	93

3.1 Concepto de Derecho Procesal Penal.....	107
3.1.2 Fines del Derecho Procesal Penal.....	112
a) General.....	113
i) Mediato.....	113
ii) Inmediato.....	113
b) Específico	113
3.2 Facultad del Estado (Ius Punendi).....	123
3.3 Limites del Ius Punendi.....	128
3.3.1 Principios rectores del Proceso Penal.	132
A) La garantía de no autoincriminarse	132
B) La garantía de defensa.	133
C) Garantía de ser juzgado por jurado	136
D) Garantía de ser juzgado en audiencia pública.	137
E) La garantía de brevedad y su conflicto con la.....	138
garantía de defensa	
3.4 El Debido Proceso Penal como proceso fundamental.....	143
3.5 La defensa penal como un derecho subjetivo frente al Estado.....	153
3.6 Derecho de Defensa.....	154
3.6.1 Origen del vocablo defensa.....	157
3.7 La problemática del ejercicio del derecho de defensa.....	158
3.7.1 Personas que intervienen en la defensa penal.....	160
A) La defensa ejercida por sí	161
B) Defensa ejercida por persona de confianza.....	166
C) Defensa ejercida por profesionista. (definición de	170
Abogado y fin principal del mismo)	
3.7.2 Defensa Adecuada.	174

Capítulo IV	
EL JUICIO SUMARIO POR RECONOCIMIENTO DE PARTICIPACIÓN.	180

4.1 Formas de autoría y participación.....	180
4.2 Garantía de no autoincriminarse.....	198
4.3 Derecho de defensa y derecho de audiencia.....	206
4.4 La defensa en materia penal como garantía individual y como.....	208
garantía del Debido Proceso.	
4.5 Inconstitucionalidad del artículo 307 bis, del Código de	210
Procedimientos Penales para el Distrito Federal.	
4.6 Ambigüedades de los artículos 71 bis y 71 ter, del Código Penal	230
para el Distrito Federal.	
CONCLUSIONES	234
PROPUESTA.....	239
BIBLIOGRAFÍA.....	240

INTRODUCCIÓN.

Abordar un tema tan amplio como el derecho de defensa es prácticamente imposible, dado el poco espacio que obliga necesariamente a acotar este universo tan amplio a un tema específico y tratar de sintetizar los conceptos más salientes sobre el tema elegido, circunscrito al proceso penal.

A modo de introducción considero que en la democracia moderna, el estado de derecho se funda en la subordinación a la ley. El sistema jurídico, es decir, el ordenamiento jurídico-legal está regido por una ley fundamental, la Constitución. En nuestro país, esta Ley Suprema, consta en su primera parte los Derechos y Garantías Individuales y en su segunda parte la organización de los poderes del Estado. Por lo que, en este sentido, la Constitución de 1917, es la que crea el Estado Soberano mexicano, y desde entonces rige como Ley fundamental para toda la Nación; es decir, el Estado subordinado a la ley.

Por lo que, toda la organización jurídico-legal de la Nación descansa y es regida por lo dispuesto en la Constitución, y que toda norma que se dicte a través de las autoridades legalmente designadas, de acuerdo a las disposiciones que establece la propia Constitución, no pueden contradecir lo dispuesto en ésta so pena ser declarada inconstitucional. De este modo las leyes procesales deben también respetar los Principios Constitucionales.

La presente investigación tiene como finalidad, proporcionar al interesado en el tema relativo al ejercicio del derecho de defensa, diversos datos y puntos de vista personal sobre la esencia misma de esta garantía, el

cual tiene como fin acreditar la inocencia o en su caso la invocación de circunstancias que atenúen la responsabilidad del titular de dicha garantía; que en el caso concreto, relativo al artículo 307 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra dice: (juicio sumario por reconocimiento de participación). En los casos de confesión de participación en la comisión del delito ante el ministerio Público y ratificación ante el Juez en la declaración preparatoria, previsto en los artículos 71 bis y 71 ter del Código Penal para el Distrito Federal, se dictará auto de formal prisión, se seguirá procedimiento sumario y en caso de que el inculpado y su defensor renuncien a los plazos probatorios, se procederá conforme al artículo 315 de este Código, a consideración de la suscrita no cumple con la finalidad del derecho de defensa, debido a que el reconocimiento de participación al que se hace referencia se toma como una confesión expresa, sin tomar en consideración que ésta es un mero indicio, que debe ser corroborada con otro tipo de probanzas.

Asimismo, dicho artículo refiere que: se seguirá procedimiento sumario y en caso de que el inculpado y su defensor renuncien a los plazos probatorios, se procederá conforme al artículo 315 de este Código, es decir, el juez declarará cerrada la instrucción y mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa, para formulación de conclusiones, por lo que dicha disposición a criterio de la suscrita no cumple con la finalidad del derecho de defensa, además de contradecir lo dispuesto en la Carta Magna y los Principios Constitucionales.

Por ese motivo, es el interés en este trabajo, por lo que se expone en el Capítulo Primero, los antecedentes Constitucionales e históricos del derecho de defensa en México y la evolución que ha tenido la institución aludida, así como las reformas.

A lo largo de la presente investigación trataré de indagar el gran reto de nuestro sistema jurídico al lograr el texto vigente del artículo 20 Constitucional, a través de sus múltiples reformas Constitucionales y en específico el contenido de la fracción IX, que establece “*el derecho a una defensa adecuada*”. Por lo que, al emanar dicho derecho de la Ley Suprema de nuestro país lo ubicaremos dentro del marco Constitucional superior, destacando la jerarquía de las leyes que emanan de la misma, así como la ubicación de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, siendo tratados dichos puntos dentro del Capítulo Segundo, analizando el marco jurídico existente en el Distrito Federal.

En el Capítulo Tercero se abordarán los orígenes del vocablo defensa, diferenciando entre el derecho de defensa y el derecho de audiencia. Con base en lo anterior, se abordarán los fines del proceso penal, las facultades del Estado (*ius punendi*), es decir, la titularidad del Estado para ejercer la acción penal, así como los límites de dicha facultad; destacando los principios rectores del proceso penal, establecidos en nuestra Carta Magna. Exponiendo también la problemática del ejercicio del derecho de defensa, derivado de las personas que intervienen en la defensa penal, siendo estas la defensa ejercida por sí, defensa ejercida por persona de confianza, defensa ejercida por profesionista, culminando con una defensa adecuada.

En el Capítulo Cuarto de la investigación se desarrollará el tema relativo al “juicio sumario por reconocimiento de participación”, que se encuentra establecido en el artículo 307 bis, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por lo que a lo largo del mismo se destacarán las ambigüedades que a consideración de la suscrita encierran los artículos 71 bis y 71 ter del Código Penal, en relación con el artículo 307 bis, de la ley adjetiva, para posteriormente culminar con las conclusiones y propuesta emitida por la suscrita.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES E HISTÓRICOS DEL DERECHO DE DEFENSA EN MÉXICO.

El ser humano como ente pensante irremediablemente busca su libertad, la que conlleva al hombre a alcanzar su realización como persona, y aun cuando en su correlación con otros seres humanos llegue a perder su libertad, sea esta de una manera temporal o por un largo periodo por la comisión de algún delito, siempre buscará recuperarla. La libertad personal o ambulatoria, es un derecho humano de primera generación, y por lo tanto, únicamente en casos excepcionalísimos se permite su pérdida o restricción. El derecho a la libertad es un bien general que comprende la libertad de conciencia, culto, pensamiento y obviamente, ambulatoria o personal. Por lo que, la libertad es uno de los bienes más preciados del hombre y por ello debe ser entendida no sólo como facultad psicológica de elegir fines específicos y escoger los medios necesarios para lograrlo, sino como la facultad de actuación ilimitada y sin restricciones, al tener como límite el derecho de sus semejantes, en el entendido que la convivencia con otros seres humanos así lo impone. Al respecto el maestro **Alfonso Noriega Cantú**, afirma que: *“las libertades individuales publicas, los derechos del hombre, las garantías individuales, son derechos naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza, y de la naturaleza de las cosas que el Estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social.”*¹

En este orden de ideas, resulta oportuno señalar que cuándo la armonía de la sociedad se rompe por la realización de un delito, por parte de uno de los integrantes de la sociedad, es necesaria la intervención de los órganos creados por la sociedad a fin de que no se transgredan las normas previamente

¹ NORIEGA CANTÚ, Alfonso. Los Derechos Sociales creación de la revolución de 1910 y la constitución de 1917. Editorial Universidad Autónoma de México. México, 1988. pagina 62.

establecidas y se ponga en riesgo la seguridad social. Por lo que, se hace imprescindible la intervención de las instituciones, las cuales requieren necesariamente de personas que conozcan la estructura y funcionamiento de esos organismos para salvaguardar la libertad personal de aquellos individuos que han quebrantado la armonía de la sociedad. Sobre esto **Beccaria** dice: "las leyes son las condiciones sobre las cuales, hombres independientes y aislados se reunieron en sociedad, fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar la restante con seguridad y tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno, constituye la soberanía de una nación, y el soberano es legítimo depositario y administrador de ellas. Mas no basta con formar éste depósito; era necesario defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular, quien trata siempre quitar el depósito no exclusivamente la propia porción, sino también la de otros. Se requerían motivos sensibles que bastaran para desviar el ánimo despótico de cada hombre de su intención de volver a sumergir las leyes de la sociedad en el antiguo caos. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de las leyes.".² Es así como nace el derecho de defensa, entendido como:

El mínimo de los derechos que un individuo tiene para salvaguardar su integridad, mismos que podrá ejercer para el caso de que se le impute la comisión de un delito señalado por las normas previamente establecidas por nuestra sociedad, al causar como consecuencia que se ponga en riesgo su libertad personal.

México es el resultado de un proceso de desarrollo institucional que tiene su origen en la lucha Independentista, al decantarse y que se va decantando a lo largo del siglo XIX hasta llegar a nuestros días, después de abreviar a los valores surgidos de la Revolución de 1910. Como producto de esa evolución histórica, el desarrollo de las instituciones políticas y jurídicas nacionales está unido

² BECCARIA, CESARE. De los delitos y de las penas. Editorial Aguilar, Madrid, 1969, pagina 72.

indisolublemente a las vivencias del pueblo mexicano. La historia Constitucional no es ajena a este proceso evolutivo, de hecho, es el resultado de los enfrentamientos que han definido el perfil del México que es ahora.

Conocer adecuadamente el desarrollo histórico y Constitucional de nuestra nación es indispensable para entender el proceso por el cual ha pasado el derecho de defensa en la legislación mexicana.

Ahora, resulta equívoco que en todas las etapas del desarrollo de la humanidad ese mínimo de derechos haya existido, y para hacerlo evidente es necesario realizar un breve recorrido a través de la historia de nuestro país, a fin de establecer la evolución que ha tenido el derecho de defensa en las diversas épocas y etapas Constitucionales, por lo que, resulta necesario tomar en cuenta los antecedentes que a continuación se detallan:

1.1 MÉXICO INDEPENDIENTE.

Desde 1808, en que se gestionaron las primeras inquietudes de emancipación, hasta 1867 en que se consumó el triunfo de la República, la historia de México registró un número considerable de asambleas constituyentes, de instrumentos Constitucionales y de planes que se proponían convocar a las primeras o modificar los segundos.

En relación a este periodo, el cual comprende de 1821 en que se proclamó la Independencia de nuestro país, hasta 1917, en que se promulgó la Carta Magna que actualmente rige, no hay mucho que mencionar respecto al derecho de defensa que toda persona tiene en un proceso penal, puesto que la joven nación mexicana, no contaba con los ordenamientos jurídicos encaminados a garantizar ese derecho; por lo que, en la materia penal, se aplicó los ordenamientos Coloniales, los que al paso de los años dejarían de tener eficacia, si es que en algún momento lo tuvieron.

Al proclamarse la Independencia de México, se carecía totalmente de ordenamientos legislativos propios, por ello, fue necesario que rigieran provisionalmente las normas y procedimientos que implantaron los españoles; el sistema inquisitorio se aplicó en el México Independiente, inclusive, la Constitución de Cádiz rigió en México en cierto tiempo. Por lo que, en un principio nuestro país carecía totalmente de instituciones de derechos subjetivos que se asemejen a las garantías Constitucionales que existen en la época moderna, en específico la garantía del derecho de defensa. Las llamadas garantías Constitucionales, son también mencionadas como garantías individuales, derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos o derechos del gobernado.³

Esas garantías o derechos, no son únicamente elaboraciones de juristas, politólogos o sociólogos, ni nacen como producto de una reflexión de gabinete. Son auténticas vivencias de los pueblos o de grupos que constituye a éstos, quienes a través del tiempo lograron el pleno reconocimiento de libertades, atributos y sobre todo derechos, que pertenecen a la persona, por el simple hecho de tener esa calidad. Por ello, resulta pertinente destacar los siguientes instrumentos Constitucionales, dentro de los cuales ha evolucionado de manera paulatina la garantía del derecho de defensa.

Los últimos años de la Colonia se vieron marcados por el declive de la Corona española y de las instituciones que compartió con la Iglesia. Predominó el fanatismo religioso, el sometimiento absoluto a la autoridad, la ausencia de derechos fundamentales y el reconocimiento normativo de los privilegios a favor del clero, de los peninsulares y los criollos.

La unión de España con Francia en la guerra contra Inglaterra; su derrota frente a los ingleses en Trafalgar, en 1805; el bloqueo continental de Napoleón contra Inglaterra y la invasión del “gran corso” a España propiciaron la crisis que

³ BURGOA, Ignacio. Las garantías individuales. 4ª edición, Editorial Porrúa, México, pagina 137

culminó con la abdicación de Carlos IV a favor de Fernando VII, y la entrega de la Corona al Emperador francés. Con éstos hechos se inició el proceso de Independencia de la Nueva España que abría de culminar en 1821. La etapa comprende el documento Constitucional del Ayuntamiento de la Ciudad de México, de 1808, los decretos y proyectos de Constitución expedidos durante la guerra de Independencia, entre ellos se encuentran: la Constitución de Cádiz de 1812, los Sentimientos de la Nación de 1813, el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, entre otros.⁴

1.1.1 CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.

Al término de la vida Colonial, España sufrió una transformación política que abarcó a la figura de su soberano y se intenta imitar, al menos en su normatividad jurídica, al régimen Constitucional francés derivado de su movimiento revolucionario.

Así surgió la Constitución de Cádiz de 1812, por lo que, el 18 de marzo de 1812 se firmó en Cádiz la nueva Constitución Española, influida en gran medida por las Constituciones francesas de 1773 y 1795. Esta Constitución otorgaba amplios poderes a las Cortes, reducía el papel del rey al poder ejecutivo, proclamaba la soberanía popular, decretaba la libertad de prensa y expresión, además abolió la inquisición. El 30 de septiembre de 1812 el Virrey Venegas la promulgó en México.⁵ En este documento español, relativamente rigió en México - ya en ésa época en pleno movimiento Insurgente, que lo llevaría a su Independencia total- aparecieron disposiciones fundatorias de garantías de carácter Constitucional en que se originan. La mayor trascendencia de este documento Constitucional –en lo que toca a nuestro régimen jurídico- , es el de ser fuente de inspiración de algunas de las disposiciones Constitucionales que han llegado hasta nuestros días.⁶

⁴ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. **Derecho Constitucional**. Octava edición, Editorial Porrúa, México 2003, pagina 81

⁵ CALZADA PADRÓN, Feliciano. **Derecho Constitucional**, Segunda edición, Editorial Porrúa, México 2005, pagina 49.

⁶ CASTRO, Juventino V. **Garantías y Amparo**, Novena edición, Editorial Porrúa, México 1996, pagina 9.

Las características de la Constitución de Cádiz son las siguientes: **a)** Forma de Estado centralista atenuada en la medida que otorgó el mismo nivel político a las provincias americanas que a las peninsulares y estableció diputaciones provinciales que tendrían a su cargo importantes atribuciones de administración, supervisión y vigilancia. Determinó el gobierno interior de las provincias y Ayuntamientos a cargo de un jefe superior nombrado por el Rey, **b)** Forma de gobierno: monarquía moderada hereditaria, **c)** Soberanía: otorgó la titularidad a la nación española, entendida como la reunión de los españoles de ambos hemisferios, **d)** División de poderes: definió las tres ramas del poder público acentuando la preponderancia del rey al hacerlo corresponsable de la función legislativa.⁷

De acuerdo al texto de la Constitución de Cádiz la potestad de aplicar las leyes, tanto de las causas civiles, como las criminales pertenecían exclusivamente a los tribunales; ni las cortes, ni el mismo Rey podían ejercer en ningún caso las funciones judiciales, lo cual se encontraba establecido en el Título Quinto, Capítulo Primero, en los siguientes artículos:

“Capítulo I

De los tribunales.

Artículo 242. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales.

Artículo 243. Ni las cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos.

Artículo 244. Las leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los tribunales: y ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas.

Artículo 245. Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.

⁷ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, ob. cit., (nota 4), Pagina 84.

Artículo 246. Tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes, ni hacer reglamento alguno para la administración de la justicia.

Artículo 247. Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por alguna comisión, sino por el Tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley.

Artículo 248. En los negocios comunes, civiles y criminales, no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas.”.

Además se estableció dentro de su Título Quinto, De los Tribunales y de la Administración de la Justicia, Capítulo Tercero, de la Administración de la Justicia en lo criminal, la forma en la cual se administraba la justicia, en las causas criminales, al enunciar diversos derechos en el proceso, entre los que destacan los siguientes:

“Artículo 286. Las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal, de manera que el proceso sea formado con brevedad y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados.

Artículo 287. Ningún español podrá ser preso sin que proceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

Artículo 288. Toda persona deberá obedecer estos mandamientos: cualquiera resistencia será reputada delito grave.

Artículo 289. Cuando hubiere resistencia o se temiere la fuga, se podrá usar de la fuerza para asegurar la persona.

Artículo 290. El arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez, siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba declaración; mas si esto no pudiere verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido, y el juez le recibirá la declaración dentro de las veinticuatro horas.

Artículo 291. La declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio.

Artículo 300. Dentro de las veinticuatro horas se le manifestará al tratado como reo la causa de su prisión y el nombre de su acusador, si lo hubiere.

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

A pesar de que la Constitución de Cádiz fue la primera Constitución que rigió en teoría al México Independiente, no se evidencia que en esta se haya implantado un verdadero derecho de defensa, pues tan solo en forma aislada se pueden apreciar actos de defensa, ya que de la transcripción que antecede se observa que únicamente se limita a enunciar a quién correspondía aplicar las leyes, además de que dicho documento establecía las formalidades esenciales del procedimiento. Asimismo se aprecia que existía la garantía de brevedad y la garantía de no auto incriminarse, debido a que la declaración de los reos se tomaba sin juramento, en materias criminales sobre hechos propios. Por lo cual, resulta evidente que no existía un derecho de defensa para el acusado, toda vez que de la transcripción no se advierte la intervención de la defensa en el proceso.

1.1.2 SENTIMIENTOS DE LA NACIÓN.

Después de instalar el Congreso de Chilpancingo, el 14 de septiembre de 1813, Morelos entregó un proyecto de Constitución denominado Sentimientos de la Nación. De este documento destacan las siguientes características: reiteró la declaración de Independencia de la América Mexicana (artículo 1); definió a la religión católica como oficial sin tolerancia de otra (artículo 2); afirmó el origen popular de la soberanía (artículo 5); estableció prerrogativas a favor de los

americanos y restricciones a los extranjeros (artículo 9 y 10); proscribió la esclavitud, las castas, la tortura y los tributos ruinosos.⁸

A iniciativa de José María Morelos y Pavón, el 14 de septiembre de 1813, se instala en Chilpancingo el Primer Congreso Mexicano que habría de proclamar formalmente su Independencia, y en el que estaban representadas todas las provincias del país. Morelos nombró a los representantes de las provincias dominadas por el ejército realista. Asimismo, presenta entonces ante los constituyentes el histórico documento conocido como "*LOS SENTIMIENTOS DE LA NACIÓN*", que resumen su ideario político y estampa su más clara concepción respecto al concepto de soberanía, del cual sostuvo entre otros los siguientes postulados:

- “1.- Que la América es libre e Independiente de España y de toda otra nación, gobierno o monarquía, y que así se sanciona, dando al mundo las razones.
- 15.- Que la esclavitud se proscribirá para siempre y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales, y solo distinguirá a un americano de otro, el vicio y la virtud.
- 18.- Que en la nueva legislación no se admitirá la tortura.”.

Como se advierte de los postulados que José María Morelos y Pavón plasmó en los Sentimientos de la Nación tuvieron influencia las ideas renovadoras de la Revolución Francesa, las cuales cambiaron el pensamiento jurídico, tanto en España como en México. Los Sentimientos de la Nación de Morelos fue uno de los cuatro documentos Constitucionales que son considerados uno de los primeros documentos redactados a efecto de conseguir el mayor bien jurídico con el cual contamos actualmente, que es la libertad, aun cuando dicho documento solo se trate de emociones patrióticas, bien intencionadas, del gran proceder de Morelos.

⁸ Idem, pagina 85.

1.1.3 DECRETO CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD DE LA AMÉRICA MEXICANA. ARTÍCULO 30 DEL DECRETO CONSTITUCIONAL SANCIONADO EN APATZINGÁN EL 22 DE OCTUBRE DE 1814.

El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán, no es propiamente un antecedente legislativo franco de las garantías Constitucionales que nos rigen, porque como es sabido éste nunca entró en vigor. Pero en él ya existe un catálogo de garantías Constitucionales.

De entre su articulado destaca el numeral 24, de carácter genérico, que a la letra decía:

“La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de éstos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas.”

En 1814 el Supremo Congreso Mexicano, deseoso de llenar las heroicas miras de la nación, elevadas nada menos que al sublime objeto de sustraerse de la dominación extranjera, sustituir al despotismo de la monarquía española por un sistema de administración que, reintegrando a la nación misma en el goce de sus derechos, realizó el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionada en Apatzingan el 22 de octubre de 1814, a efecto de conducir a nuestra Nación a la Independencia y afianzar sólidamente la prosperidad de los ciudadanos. En torno del cual resaltan dentro de su Capítulo V, de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos, los siguientes artículos:

“Artículo 30.- Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado.”

Artículo 31.- Ninguno debe de ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente.

Artículo 37.- A ningún ciudadano debe coartarse la libertad de reclamar sus derechos ante los funcionarios de la autoridad pública.”

Si bien es cierto, en dichos artículos no se encuentra plasmado directamente el derecho de defensa con el cual contaban los ciudadanos, para protegerse de los actos emanados por el Estado, sin embargo, en éstos se advierte que existen plasmados de alguna manera ciertos derechos o prerrogativas destinados a los ciudadanos, los cuales se asemejan de alguna forma al derecho de defensa, como lo señala el artículo 31, en el cual se plasma que “ninguno debe de ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente”, lo que implica que se le otorga la garantía de audiencia, en la cual podrá realizar sus argumentos defensas a efecto de proteger su mayor bien, siendo este su libertad personal. Asimismo, en el artículo 37, expresamente establece una verdadera garantía Constitucional, que es el derecho de defensa, que a la letra decía: “a ningún ciudadano debe coartarse la libertad de reclamar sus derechos ante los funcionarios de la autoridad pública”, lo cual interpretándolo de una manera lógica se infiere que en dicho numeral se hace alusión al derecho de defensa con el que contaban los ciudadanos de esa época a efecto de defender o demandar sus derechos ante la autoridad pública. Siendo el artículo 37 en el que se encuentra antecedentes del derecho de defensa.

De dicho documento destacan los siguientes señalamientos: mantuvo la intolerancia religiosa a favor de la religión católica (artículo 1). Definió la soberanía como la facultad de dictar leyes y de establecer libremente la forma de gobierno, y le asignó como atributos la imprescriptibilidad, la inalienabilidad y la indivisibilidad, precisando su origen popular y atribuyendo su ejercicio a los diputados

representantes de la nación. Contempló derechos de igualdad, seguridad propiedad y libertad, a favor de los ciudadanos (artículo 24 al 40).⁹

Por otra parte, en el artículo 30, establece “todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado”, haciendo referencia con esto al principio de presunción de inocencia, que en aquella época no tuvo vigencia, ya que como es sabido nunca entró en vigor en nuestro país. La presunción de inocencia como garantía fundamental sobre la cual se erige el proceso penal de corte liberal, sostiene que el fundamento del *ius punendi* del Estado se estructura en el anhelo de los hombres por sostener un sistema equitativo de justicia que protege los derechos fundamentales del individuo frente a la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad que han existido a lo largo de la historia; prerrogativas que adquieren significado jurídico y político a partir de la Revolución Francesa y el pensamiento predominante del movimiento de la ilustración del siglo XVIII, de los que derivan los conceptos de Estado con poder limitado y de Derecho como instrumento de defensa de los valores primigenios de la sociedad, frente a las violaciones graves de los mismos bajo el imperio de la ley. De esta manera se propone prescindir del Estado totalitario en el que pueden restringirse al máximo los derechos fundamentales del individuo.

Actualmente, es indudable el reconocimiento del principio de la presunción de inocencia, como derecho público subjetivo, en diversos ordenamientos Constitucionales, como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a los actos de los órganos de impartición de justicia. Ello implica que para la aplicación del debido proceso penal, se requiera de la observancia de las garantías previstas en las leyes fundamentales e instrumentos internacionales, en los que la presunción de inocencia junto con otros principios jurídicos-penales conforman un sistema de justicia propio de un Estado democrático de Derecho, que limitan al ejercicio del poder punitivo del Estado.

⁹ TENA RAMÍREZ, Felipe. Leyes Fundamentales de México 1808 -1997. Vigésima edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

En México, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido el principio de presunción de inocencia, como garantía individual, que está implícito en la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, como se advierte en la tesis aislada P.XXXV/2002, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 914, Tomo XVI, Novena Época, agosto de 2002, del Semanario Judicial de la Nación y su Gaceta, cuyo rubro y texto dicen:

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución política de los Estado Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado solo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncia sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de los dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar ‘los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado’; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole ‘buscar y

presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos'. *En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia*, dando lugar a que el gobernado no este obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estado unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Lo anterior sin soslayar que el Ejecutivo Federal, en Marzo de 2004, envió al Congreso de la Unión una propuesta de reformas al sistema penal, en la que entre otros temas, incluye la instauración de los juicios orales y la presunción de inocencia a partir de la Constitución.¹⁰

1.2 LOS PRIMEROS EMPEÑOS EN LA DEFINICIÓN NACIONAL.

En este periodo se comprenden los documentos Constitucionales que expresan la azarosa vida que la Nación tuvo en los primeros años de la Independencia: un Imperio, una República Federal, una etapa centralista, otra República Federal, el segundo Imperio y el triunfo de la República. Estas formas políticas se enmarcan en inacabables hechos violentos manifestados a través de rebeliones, golpes de estado, guerras internacionales, invasiones y guerras civiles.

11

¹⁰ LAVEAGA, Gerardo. **65 PROPUESTAS PARA MODERNIZAR EL SISTEMA PENAL EN MÉXICO**. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2006, pagina 4.

¹¹ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, ob. cit., (nota 4), pagina 87.

1.2.1 CONSTITUCIÓN DE 1824 (CONSIDERADA COMO LA PRIMERA CONSTITUCIÓN)

El nuevo Congreso que remplazaba al anterior en su frustrado intento de expedir la Constitución, se reunió el 5 de noviembre de 1823 y dos días después celebró su instalación solemne. “Los diputados de los nuevos Estados se reunieron llenos de entusiasmo por el sistema federal y su manual era la Constitución de los Estados Unidos del Norte, de la que corría una mala traducción impresa en Puebla de los Ángeles, que servía de texto y modelo a los nuevos legisladores. El 20 de noviembre la Comisión presentó el Acta Constitucional, anticipo de la Constitución para asegurar el sistema federal, “punto cierto de unión a las provincias, norte seguro al gobierno general, garantía natural” para los pueblos, según la exposición que la acompañaba.”

La discusión del acta se efectuó el 3 de diciembre de 1823 al 31 de enero de 1824, fecha en que el proyecto fue aprobado casi sin variantes, con el nombre de *Acta Constitutiva de la Federación Mexicana*.

El 1 de abril comenzó el Congreso a discutir el proyecto de la Constitución Federativa de los Estado Unidos Mexicanos, que con modificaciones fue aprobado para la asamblea el 3 de octubre del mismo año, con el título de Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, firmada el día 4 y publicada al día siguiente por el Ejecutivo. La Constitución de 1824 estuvo en vigor hasta 1835. Como no podía ser revisada sino a partir del año de 30, según ella misma lo disponía, las reformas que empezaron a proponerse desde 1826 se reservaron para aquel año; pero ni esas ni las posteriores a 30 llegaron a ser votadas por el Congreso. De tal modo la Constitución de 24 permaneció sin alteraciones hasta su abrogación.

La primera Constitución que rigió al México Independiente, fue la *Constitución Federal de 4 de octubre de 1824*, sin embargo, en esa Constitución influyó fundamentalmente el llamado Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, de 28 de mayo de 1823, formulado por un Congreso que se citó como

Constituyente, y que solamente fue aceptado como convocante, formado por diputaciones provinciales del nuevo país.

Dentro del *Acta Constitutiva de la Federación*, resaltan los siguientes puntos:

“18.- Todo hombre que habite en el territorio de la federación, tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia; y con éste objeto la federación deposita el ejercicio del poder judicial en una Corte Suprema de Justicia, y en los Tribunales que se establecerán en cada Estado, reservándose demarcar en la Constitución las facultades de ésta Suprema Corte.

19.- Ningún hombre será juzgado, en los Estados o territorios de la federación, sino por leyes dadas y tribunales establecidos antes del acto por el cual se le juzgue. En consecuencia quedan para siempre prohibidos todo juicio por comisión especial y toda ley retroactiva. “.

Y dentro del texto Constitucional sobresale en la Sección Séptima, de las reglas generales a que se sujetará en todos los Estados y Territorios de la Federación la administración de la justicia, los siguientes artículos:

“149.- Ninguna clase de autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuera la naturaleza y estado del proceso.

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

Sin que en ninguno de sus apartados hiciera referencia alguna al derecho de defensa, por lo que, la Constitución de 1824, fue en retroceso, por cuanto respecta al ámbito del derecho de defensa, ya que en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, se había logrado un avance en los

artículos 31 y 37, los que de una u otra forma regularon el derecho de defensa, con el cual contaban los ciudadanos de esa época.¹²

La Constitución de 1824, no contenía ningún capítulo especial en el cual se enumeraran garantías que se reconocieran a las personas frente al Estado en general, y a los funcionarios públicos en lo particular.¹³

1.2.2 CONSTITUCION DE 1836.

La segunda Constitución que rigió nuestro país, es conocida como las Siete Leyes Constitucionales de 30 de diciembre de 1836, la cual como es sabido, dio fin al sistema federal que se estableciera en la Constitución de 1824, creando así el régimen centralista.

Esta Constitución modificó la forma de Estado federal a unitario o centralista. En la Primera Ley se contienen derechos de seguridad jurídica para los mexicanos (artículo 2). La Segunda Ley organizó los poderes nacionales rompiendo la tradición de los tres órganos públicos: legislativo, ejecutivo y judicial, al crear, además, el Supremo Poder Conservador compuesto por cinco individuos que disponían de facultades absolutas como declarar la nulidad de las leyes, decretos y los actos del Poder Ejecutivo y de la Suprema Corte de Justicia; declarar la incapacidad física o moral del Presidente de la República; suspender a la Corte de Justicia y al Congreso general y declarar la voluntad de la nación (artículo 1 al 23). En la Quinta Ley organizó al Poder Judicial y a los tribunales superiores de los departamentos. En la Séptima Ley definió el procedimiento de variación Constitucional y precisó la facultad exclusiva del Congreso de resolver las dudas sobre los artículos Constitucionales (artículo 5).¹⁴

¹² TENA RAMÍREZ, Felipe, ob. cit., (nota 9), pag. .

¹³ CASTRO, Juventino V., ob. cit., (nota 6), pagina 9.

¹⁴ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, ob. cit., (nota 4) pagina 91.

Este documento Constitucional enumeró en forma especial algunas garantías Constitucionales un poco mejor elaboradas, pero mencionándolas como derechos del mexicano.

En la Quinta Ley Constitucional, se ordenan prevenciones generales sobre la administración de justicia en lo civil y en lo criminal, disponiéndose en sus artículos, del 43 al 51, normas para el aprisionamiento y detención, para el procesamiento y para la aplicación de penas, que en nuestra Constitución vigente aparecen como garantías Constitucionales. Sin que en dicha Ley Constitucional hiciera mención alguna al derecho de defensa, del cual deberían de contar los ciudadanos, únicamente se limita a enunciar ciertos derechos y prerrogativas con las cuales se contaban.¹⁵

1.2.3 CONSTITUCIÓN DE 1857.

La convocatoria para el Congreso Constituyente fue expedida por D. Juan Álvarez el 16 de octubre de 1855. Entre los diversos problemas que agitaron y dividieron profundamente a la asamblea durante la discusión del proyecto, sobresale como característico de la época y por decisivo, el referente así debía expedirse una nueva Constitución o restablecerse la de 1824.

La *Constitución Federal* de 5 de febrero de 1857, es la primera que señala un capítulo especial enumerando los *derechos del hombre*, el cual se encuentra establecido en la Sección I, del Título I, de los Derechos del Hombre.

En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, en su articulado se establece el primer antecedente Constitucional que garantiza el derecho a contar con un defensor durante el proceso penal, siendo en la fracción V del artículo 20 de la Carta Magna, donde se enunció:

¹⁵ TENA RAMÍREZ, Felipe, ob. cit., (nota 9), pagina.

"**Artículo 20.-** En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías...

V.- Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que o los que le convengan...".

No obstante, el establecimiento del derecho a la asistencia jurídica de un defensor y el nacimiento a nivel de garantía individual del defensor de oficio, ese derecho no se plasmó en los ordenamientos secundarios, siendo hasta el año de 1891 cuando se dictaron normas en la ley secundaria tendientes a regular el derecho de defensa.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, ordenamiento que fue promulgado por el entonces Presidente de nuestro país Porfirio Díaz, por disposición de fecha tres de junio de 1891 y que entró en vigor el quince de septiembre del mismo año, que en su Capítulo III, denominado "De la declaración preparatoria y del nombramiento de defensor", en los artículos 107 a 115 estableció lo siguiente:

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

Tratándose de menores de catorce años, el juez hará el nombramiento, que subsistirá mientras no haga otro el representante legítimo del inculpado.

Artículo 108. Si el defensor nombrado no fuere de oficio, al hacerse el nombramiento, el detenido indicará el domicilio de aquel.

Artículo 109. Una vez indicado el domicilio del defensor, si no fuere de oficio, ó nombrando alguno de los que tengan ese carácter, inmediatamente se le mandará citar para que dentro de veinticuatro horas comparezca a manifestar si acepta ó no la defensa, y en el primer caso presente la protesta legal.

Esta citación se hará en los términos que previene el artículo 643 y correlativos de este Código; dejando instructivo a los defensores de oficio en la Alcaldía de la cárcel.

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

Artículo 111. En el caso de que el defensor nombrado no se encuentre en el domicilio designado ó se hallare ausente del lugar del juicio, se hará saber esto al detenido para que haga nuevo nombramiento si así lo quisiere.

Artículo 112. Los defensores pueden promover todas las diligencias é intentar todos los recursos legales que creyere convenientes, excepto en el caso de que de autos conste la voluntad del procesado de que no se practiquen las primeras ó de que no se intenten los segundos, teniéndose por tal voluntad la conformidad expresa con la sentencia ó autos contra los que pudiera intentarse el recurso.

Artículo 113. Los defensores pueden libremente desistirse de las diligencias que hubieren solicitado ó de los recursos que haya

intentado, excepto en el caso de que el procesado personalmente haya hecho la promoción ó intentado el recurso, pues entonces el desistimiento del defensor no surtirá ningún efecto.

Artículo 114. Para las diligencias de instrucción no es necesario citar á los defensores, sino cuando el procesado lo pida, y entonces podrán intervenir en ellas, excepto en los casos en que este Código lo prohíba.

Artículo 115. Los defensores son responsables para con los procesados, de todos los daños y perjuicios que se les originen por no haber hecho las promociones convenientes, por no haber intentado los recursos que procedían ó por haberse desistido ó abandonado los promovidos.

Artículo 116. No podrán ser defensores:

I.- Los que se encuentren detenidos ó presos.

II.- Los que estén ausentes del lugar donde se instruye la causa, ó en su caso, donde el juicio deba celebrarse;

III.- Los que siendo abogados, estén impedidos de ejercer la profesión."

La anterior normatividad, fue el resultado de una larga lucha política y social, librada desde la declaración de Independencia, tendiente a favorecer a las clases de escasos recursos económicos, quienes víctimas de los abusos de autoridades, y de los caciques o hacendados, eran encarcelados acusados justa o injustamente por la supuesta comisión de un delito, tenían que pasar largo tiempo privados de su libertad, sin que se les siguiera proceso o habiéndoseles seguido, en el mejor de los casos, tampoco contaron con una asesoría jurídica adecuada, y dado sus bajos niveles de educación ni siquiera tenían derecho a saber los cargos que se les imputaban y ya establecido el derecho a la asistencia legal por un defensor fuera particular o de oficio o por persona de su confianza, les era negado, por lo que si bien es verdad, se estableció el derecho de defensa en la Constitución de 1857 y en el Código de Procedimientos Penales referido, lo cierto

es que, dada la efervescencia política y social de la época, se considera que no se le dio el valor suficiente a dicha garantía Constitucional.

1.3 CONSTITUCIONALISMO SOCIAL.

De 1914 a 1916, Venustiano Carranza expidió diversos ordenamientos con contenido social como las adiciones al Plan de Guadalupe (12 de diciembre de 1914); la ley del municipio libre y la ley del divorcio (25 de diciembre de 1914); la ley agraria y la obrera (6 de enero de 1915); las reformas al Código Civil; la ley que abolió las tiendas de raya y las nuevas reformas al plan de Guadalupe (14 de septiembre de 1916), comprendiendo la convocatoria a Congreso Constituyente para reformar la Constitución de 1857.

El 1º de diciembre de 1916, dieron comienzo las sesiones del Congreso Constituyente en la Ciudad de Querétaro con el discurso pronunciado por el primer jefe del ejército Constitucionalista. Carranza dio a conocer a los diputados Constituyentes el proyecto de reformas Constitucionales que, por cierto, no contempló las reivindicaciones de los trabajadores ni de los campesinos. Los diputados del Congreso Constituyente fueron quienes determinaron los derechos de los sectores marginados de la sociedad y así se dio inicio al Constitucionalismo social. El 31 de enero de 1917 se firmó y protestó la nueva Constitución, el 5 de febrero fue promulgada y entró en vigor el 1º de mayo.

La nueva Constitución inauguró el nuevo Constitucionalismo social al definir los siguientes ordenamientos: la educación básica gratuita, laica y obligatoria (artículo 3º); la rectoría económica del Estado y el dominio de la nación sobre los recursos naturales (artículo 27 y 28); la reforma agraria basada en la abolición de los latifundios y la dotación de tierras, bosques y aguas a favor de los campesinos y de las comunidades (artículo 27) y la reforma laboral que estableció a favor de los trabajadores condiciones mínimas para el desempeño del trabajo, derecho de

sindicato y seguridad social¹⁶; y lo más trascendental para la presente investigación, estableció el derecho de defensa dentro del proceso penal, con el cual actualmente cuentan todos y cada uno de los habitantes.

1.3.1 CONSTITUCIÓN DE 1917.

Para la definición de las garantías individuales en la Constitución formulada en el Congreso de 1916-1917, se tomaron como referencia los Derechos Humanos de la primera generación, representados por una limitación del poder del Estado en el ámbito del individuo; o bien, por una abstención del Estado en el espacio reservado a los gobernados. Estos derechos fueron buscados en las gestas históricas a lo largo de todo el siglo pasado. Su contenido, en relación con su antecesora de 1857, fue enriquecido con la precisión de reconocer, nuevamente, los derechos humanos como garantías, llevándolos además a un plano más concreto que el de su mera enunciación como catálogo.

Pero así como los Derechos Humanos fuente axiológica de las garantías individuales de la Constitución, del propio texto de ésta surgieron positivizados nuevos derechos, que habrían de ser recogidos después de la primera posguerra por la comunidad internacional como nuevos valores axiológicos, dando lugar así al reconocimiento, por parte de la doctrina, de una segunda generación de Derechos Humanos, caracterizada por una actuación del Estado, ya no solamente en favor del individuo en el sentido individual, sino como grupo, como comunidad o clase social desvalida.

Es generalmente admitido que puede provenir de dos fuentes el contenido de una Constitución: la primera puede ser una Constitución anterior, y la segunda, un movimiento social o una revolución, existiendo en medio de ambos elementos una serie de matices que tenemos qué considerar, a pesar de que alguna de las

¹⁶ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, ob. cit., (nota 4), pagina 104.

dos fuentes citadas sea la dominante y caracterice el cuerpo general de la Constitución.

Desde el enfoque anterior, se concluye que, en el caso de la Constitución de 1917, sus fuentes políticas provienen ciertamente de Constituciones anteriores. En cambio, los derechos que incorporó en los planos económico y social representaron una ruptura, más que una evolución respecto del orden jurídico anterior, sobre todo porque tuvieron como fuente real e indiscutible el movimiento social revolucionario de principios de siglo, cuya finalidad era mitigar las difíciles condiciones que padecían los gobernados de los estratos populares.

Así, al tratar los sustentos político-jurídicos de nuestro Constitucionalismo, las condiciones anteriores nos imponen necesariamente una referencia sintética a las etapas históricas liberal y social, para posteriormente poder ocuparnos de los *Derechos* contenidos como garantías en la Constitución de 1917.

A partir del rastreo histórico de las libertades expuesto anteriormente, es posible observar el proceso de decantación Constitucional que en materia de Derechos Humanos se ha producido en nuestro país, el cual se puede clasificar en dos grandes etapas: la primera de ellas comprendió la búsqueda y definición de las libertades, y se inició con los *Bandos* de Abolición de la Esclavitud de Hidalgo y los *Sentimientos de la Nación* de Morelos. Estuvo influenciada por los pensamientos de corte liberal (y por ende individualista), con influencia francés y norteamericana.

La segunda etapa se inició a partir del momento en que aparece una nueva concepción, de mayor alcance en términos de valoración del ser humano que, sin dejar de estimarlo en su estatus de libertad y dignidad personal frente al poder, influye también su entorno social y económico. Por las razones expuestas esta segunda etapa puede ser encuadrada dentro de la corriente de pensamiento que hoy se conoce como liberalismo social.

Respecto de los Derechos Humanos contenidos como garantías dentro de la Constitución de 1917, al definir el más alto rango normativo la situación de los gobernados frente al Estado mexicano del siglo XX, incluyó una declaración muy amplia de Derechos Humanos, mediante dos tipos de garantías: individuales y sociales. Dentro del capítulo de garantías individuales, que presenta su parte dogmática, incluyó más de ochenta principios, que pueden clasificarse de la siguiente manera, siguiendo la propuesta de **Jorge Carpizo** sobre el particular:

La declaración de los derechos del hombre como individuo se divide en tres grandes partes: los derechos de igualdad, de libertad y de seguridad jurídica,¹⁷ siendo que en el caso concreto interesa lo relativo a la seguridad jurídica, las cuales son: **1)** derecho de petición (artículo 8º); **2)** a toda petición, la autoridad contestara por Acuerdo escrito (artículo 8º); **3)** irretroactividad de la ley (artículo 14); **4)** privación de derechos sólo mediante juicio seguido con las formalidades del proceso (artículo 14); **5)** principio de legalidad (artículo 14); **6)** prohibición de aplicar la analogía y mayoría de razón en los juicios penales (artículo 14); **7)** principio de autoridad competente (artículo 16); **8)** mandamiento judicial escrito, fundado y motivado, para poder ser molestado en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones (artículo 16); **9)** abolición de prisión por deudas (artículo 17); **10)** expedita y eficaz administración de justicia (artículo 17); **11)** prisión preventiva por delitos que tengan pena corporal (artículo 18); **12)** garantías del auto de formal prisión (artículo 20); **13)** solamente el Ministerio Público y la Policía Judicial pueden perseguir los delitos (artículo 22); **14)** nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito (artículo 23). Asimismo y dentro del contenido del artículo 20, fracción IX, se encuentra plasmado el derecho de defensa.

Las garantías contenidas en el artículo 20 de la Carta Magna, se refiere a procedimientos de legalidad en el ámbito penal en favor de quienes son detenidos con motivo de haber indicios de que participaron en algún delito o de quienes se encuentran sujetos a proceso. Este artículo contiene las llamadas garantías del

¹⁷ LARA PONTE, Rodolfo. Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano. Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1998. pagina 150.

procesado, como son el derecho a libertad bajo fianza o caución, el derecho a la defensa y al defensor (ya sea particular o de oficio), el derecho a abstenerse a declarar o hacerlo en su contra y el derecho al careo ante testigos, así como las garantías de audiencia y de aportar pruebas en su defensa.

El maestro **Noriega**, al examinar la naturaleza jurídica y aun filosófica, de las libertades declaradas en la Constitución de 1917, sostiene que los Constituyentes que crearon ese documento recogieron el legado de la ley fundamental de 1857, que tiene en su esencia el carácter de derechos del hombre; y que *no se fundan en una teoría específica del derecho natural*, sino en la convicción de que el hombre, como tal, como persona humana, tiene derechos que le son propios frente al Estado.¹⁸

1.3.2 ADICIONES Y REFORMAS DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.

Diversas son las reformas que se han formulado al artículo 20 Constitucional, las cuales modificaron el texto original de 1917. Varias se concentraron en la fracción I, a propósito de la libertad provisional bajo caución. El 30 de junio de 1993, un grupo de diputados al Congreso de la Unión presentaron una iniciativa de reformas a diversas fracciones de dicho precepto. En el debate parlamentario hubieron modificaciones a la propuesta sobre la fracción IX del artículo 20. La reforma Constitucional, de la que deriva el texto vigente en algunas fracciones, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre de 1993.

Antes de mencionar los temas recogidos en las fracciones del artículo 20, es preciso examinar el primer párrafo del precepto, a la cabeza a las que se vinculan sus estipulaciones. Ese encabezado decía así antes de la reforma de 1993: “en todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:...”. Actualmente dice: “En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías;...”

¹⁸ **NORIEGA CANTÚ, Alfonso.** La naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1967.

Este texto contiene varios conceptos relevantes; uno de ellos, el de las garantías, es común a todas las normas concentradas en el Capítulo I del Título primero de la Constitución. Bajo aquel nombre, el artículo 20 está disponiendo cierto número de derechos públicos subjetivos –Derechos Humanos- a favor de una categoría de individuos –los inculpados- en determinada circunstancia o situación jurídica –el proceso penal-. Se trata, pues, de facultades, derechos o prerrogativas que el hombre puede esgrimir frente al Estado y éste, en consecuencia, debe respetar.

La cabeza del artículo 20 habló, como en renglones anteriores se hace referencia, de “juicio del orden criminal”. Anteriormente se abordaban las cuestiones penales con ese giro: “criminal”. Una antigua división de conductas sociales distinguió entre faltas, delitos y “crímenes”, que eran, los delitos más graves. En la época napoleónica de las grandes codificaciones, el ordenamiento penal de esta materia se denominó *Código de Instrucción Criminal*, también se identificó como Derecho Criminal –esto es, de los crímenes- a la rama de orden jurídico que hoy conocemos como Derecho Penal –es decir, de las penas-. Esta perspectiva tradicional se incorporó en la cabeza del artículo 20, de ahí, pues, que se hablase de juicio del “orden criminal”.

En la actualidad, se alude a “proceso del orden penal”, expresión que equivale, en lo fundamental, a “juicio del orden criminal”, y que distingue a este proceso de otros enjuiciamientos con diverso contenido: civil, familiar, laboral, agrario, etc.

Dos palabras acerca de la expresión “proceso”.^{19*} Así se denomina al medio para resolver la controversia que se ha planteado y sobre la cual decidirá un

¹⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Raúl Eduardo. **Derecho Procesal Penal**. Editorial Iure Editoriales, México 2002, página 7.

* Debemos dejar en claro que existe una notoria diferencia entre los conceptos de proceso y procedimiento a pesar de que en muchas ocasiones se les otorguen definiciones similares. Al respecto, diversos autores, se inclinan porque la palabra proceso deriva de la etimología *procedere*, que significa avanzar, caminar, mientras otros consideran más adecuado el latín *procesos*, que se refiere a progresión. Al final de cuentas el proceso es una serie de hechos consecuentes, que van encaminados hacia un fin preciso, primordial del proceso, que es la resolución del asunto que se ha hecho del conocimiento de la autoridad judicial, por medio del dictamen de la sentencia.

órgano estatal: tribunal o juzgado. En este sentido para que haya proceso es preciso que el asunto esté sujeto al conocimiento de dicho órgano. Si esto aún no sucede, no hay proceso: si el juez o el tribunal han concluido su conocimiento del asunto, el proceso ha terminado.

Por lo que, no hay todavía “proceso de orden penal” cuando el Ministerio Público está investigando los hechos para normar su propio criterio y actuar en consecuencia. El Ministerio Público no juzga, sino indaga, es el Juez quien juzga. Esto último ocurre cuando el Ministerio Público ejerce la acción penal –formula una “consignación”.²⁰ Por lo que, resulta pertinente establecer que el contenido del artículo 20 Constitucional, en su fracción IX, hace alusión a que “...Desde el inicio del 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...”, en atención a dicho precepto, resulta “claro” que únicamente desde el inicio del proceso tenía derecho a una defensa adecuada, por lo que el legislador, en tal hipótesis dejó en estado de indefensión al indiciado, en razón de que no se hacía pronunciamiento alguno respecto de la tramitación de la Averiguación Previa, por tanto, no se hacía referencia a que si el indiciado tenía o no derecho a una defensa adecuada en esta etapa, no fue sino hasta la reforma de 1996, cuando el legislador adicionó al artículo 20 Constitucional, en su fracción X, párrafo penúltimo, las garantías que se deben de observar durante la averiguación previa.

El primer párrafo del artículo 20 utilizó el concepto “acusado”, éste era el titular o beneficiario de las garantías en el orden criminal. Se dice que un sujeto es acusado penalmente, cuando el órgano de la acusación, esto es, el Ministerio Público, ha formulado en su contra una acusación ante el tribunal que conoce la

El proceso es un simple camino en busca de un fin; el camino lo constituyen tanto las reglas que deben cumplirse como el respeto que implican, y el desenlace es la solución final, la sentencia o decisión que se otorga del caso concreto, en un ámbito eminentemente judicial en cambio, el procedimiento no siempre busca los mismos objetivos; además una de las características principales del proceso es que la jurisdicción es facultad únicamente de los jueces, mientras que en un procedimiento puede recaer en un representante del Poder Legislativo (como en el caso del procedimiento de declaratoria de procedencia de un juicio político contra un legislador), en el Ministerio Público (que preside las averiguaciones previas), etc.

²⁰ CAMARA DE DIPUTADOS LV LEGISLATURA. **DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO. MÉXICO A TRAVES DE SUS CONSTITUCIONES.** 4ª edición, Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, México, 2006, pagina 858.

causa. Si todavía no hay acusación ante el Juez, tampoco existe, propiamente, un acusado. Es esto lo que acontece en el periodo de Averiguación previa, en que el Ministerio Público investiga el delito y la probable responsabilidad de quienes han sido señalados como autores del delito. Entonces hay indiciados, inculpados o imputados, pero no acusados puesto que no se ha formulado acusación alguna, ni es posible que se formule aún, dado que la indagación no se ha concluido ni se ha sometido el asunto al juez o tribunal que deberá de resolver en definitiva.

Si se hubiese considerado esa expresión Constitucional en su valor estricto cosa que nunca ocurrió, se habría llegado a la conclusión de que las garantías o derechos que contiene el artículo 20 sólo beneficiaban al individuo que tenía la condición de acusado o en un juicio penal, o dicho de otro modo, a quien había sido consignado y se encontraba sujeto a la autoridad de un juez. A la misma conclusión se llegaba con la simple lectura de las fracciones del artículo 20, en su términos anteriores a 1993, las cuales aludían claramente a la etapa del procedimiento en el cual el sujeto de las garantías indicadas se hallaba sometido a proceso, y no a una fase anterior, es decir, a la etapa de la Averiguación Previa, antes de la consignación al juzgado, que debía de conocer del asunto. Por ende, las garantías establecidas en el artículo 20 Constitucional no abarcaban el periodo del procedimiento que se desarrolla ante el Ministerio Público, es decir, la averiguación previa, que no se constituye un verdadero juicio o proceso, ya que en esta etapa le corresponde al Ministerio Público ejercer la acción penal, que termina con la consignación ante el órgano jurisdiccional, quien se encarga de iniciar o no el proceso en contra del indiciado. Motivo por el cual en la etapa de averiguación el individuo no tiene aún el carácter de acusado, toda vez que, el Ministerio Público es el encargado de ejercer la acción penal y lo realiza en el pliego de consignación.

Para la presente investigación, el derecho de defensa es el tema central del artículo 20, en cualquier ámbito del proceso y más todavía en el enjuiciamiento penal. Por lo que, resulta pertinente recordar brevemente el contenido de

proceso y las funciones o posiciones que en éste aparecen. El proceso es un modo de componer o resolver una controversia a la que técnicamente se denomina “litigio”. Éste aparece entre dos o más personas, que entran en conflicto: cada una de ellas ostentando una pretensión. El litigio es un conflicto de intereses jurídicos caracterizados por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia que despliega el otro. Es posible que el litigio termine en una solución aportada por los propios litigantes, sin la intervención de terceros; pero también lo es que aquellos no acierten a resolver su controversia y que sea preciso, en tal virtud, recurrir al Estado para que en ejercicio de sus atribución jurisdiccional –*ius decer*, decir el derecho, en un caso concreto- resuelva a quien le asiste la razón. Esta decisión soberana constará en la sentencia.

En este escenario –el de la contienda que dirime el Estado- hay tres posiciones naturales: la de actor o demandante, que exige determinada conducta o prestación de otro; la del demandado o acusado, que se resiste a la exigencia de aquel; y el del órgano público o tribunal, que se sitúa imparcialmente, por encima de los litigantes, los escucha, recibe sus pruebas, toma medidas para conocer la verdad y resuelve en definitiva.

Lo que hacen los litigantes en esencia es sostener y defender ciertos hechos y razonamientos. Esa defensa se ejerce con respecto al adversario, frente al tribunal que juzga y al que se pretende persuadir. Se manifiesta en diversas vertientes: una de ellas es el ofrecimiento de pruebas favorables al planteamiento formulado; otra, la posibilidad de obtener asistencia jurídica por parte de un profesional del derecho. Esto último da lugar a la presencia de “defensores”, que auxilian a cada una de las partes.²¹

²¹Idem, pagina 860.

1.3.3 REFORMA DE 1948.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos abundan las normas a propósito del enjuiciamiento penal y otras cuestiones conexas. Tal es el caso del artículo 20 Constitucional, que ha sido modificado y reformado en diversas ocasiones, la primera de ellas data de 1947, concentrándose en la fracción I, a propósito de la libertad provisional bajo caución.

Por lo que la reforma de 1948, abarcó únicamente la fracción I, del artículo 20 Constitucional, en razón de los siguientes argumentos vertidos por la cámara de origen, siendo la de Senadores, quienes en su exposición de motivos de 11 de noviembre de 1947 manifestaron:

“...En ejercicio de la facultad que al Ejecutivo Federal confiere la fracción primera del artículo 71 de la Constitución General de la República, por el digno conducto de ustedes someto a la consideración y aprobación en su caso, del H. Congreso de la Unión y de las H.H. Legislaturas de los Estados, la siguiente iniciativa de reforma de la fracción I del artículo 20 de la propia Constitución.

Esta reforma la considero prudente por las siguientes consideraciones:

El artículo 20 de la Constitución General de la República, en su fracción I consagra como garantía individual de todo acusado que será puesto en libertad inmediata, en cuanto lo solicite, siempre que se reúnan estas dos condiciones: a) que el delito motivo de su proceso no merezca pena mayor de cinco años de prisión y b) que otorgue la fianza o caución que el juez le señale y la cual no podrá exceder de la cantidad de 10,000 pesos.

Seguramente, hace treinta años, cuando el legislador fijó como máximo de la garantía la cantidad de 10,000 pesos esta cantidad representaba una suma de dinero bastante para responder al interés social predominante que en todo proceso penal existe y para arraigar al procesado de tal suerte que quedara sujeto al juicio y no eludiera, en su caso, el cumplimiento de la pena que le fuere

impuesto. Mas si esto fue así en aquella época, ahora, en los últimos años y por razones económico-sociales que no es del caso analizar, la suma de dinero 10,000 pesos ha resultado insuficiente, prestándose a que, con frecuencia, los delincuentes no solamente burlen a los tribunales, sino que, además y tratándose de delitos patrimoniales resulte para ellos provechosísimo el otorgar la garantía dispuestos a perderla, ya que de antemano saben que se les hará efectiva al sustraerse a la acción de la justicia, para disfrutar tranquilamente del producto de su delito.

Además, como las compañías afianzadoras cobran una prima determinada por la garantía que otorgan, se da en todos los procesos en que la libertad bajo fianza procede muchos de ellos por delitos graves, incluso homicidios se da, repito, el caso de que por una suma irrisoria el procesado quede de hecho impune; por ejemplo, en los delitos de robo cuya cuantía no excede de 2,000 pesos (piensese en que son los más numerosos y que los ejecutan ladrones profesionales) un ratero que se apodera de 2,000 pesos en la hipótesis que casi nunca se realiza, de que el juez le fija como monto de la garantía el doble de lo robado, es decir 4,000 pesos, obtendrá de hecho su libertad con 400 pesos precio de la fianza, en seguida se sustraerá a la justicia y obtendrá una utilidad de 1,600 pesos o 1,500 pesos, otro ejemplo ofrecido día con día en las cortes penales, es el de homicidios presentados como ejecutados en riña (el rijoso en nuestro medio es un peligroso delincuente) y en los cuales el inculpado logra su libertad y casi siempre su impunidad, por 300 pesos o 500 pesos que paga a la compañía fianzas que lo garantiza ante el juez. De esta suerte la vida de un hombre nada vale, el delito patrimonial resulta un buen negocio; la ley y los tribunales represivos son burlados, la delincuencia se fomenta y la sociedad siente que carece de protección frente al criminal, desprestigiándose, con todas sus fatales consecuencias, la administración de justicia penal se intentó remediara mal semejante reformando el Código Penal del Distrito y Territorios Federales por mandato publicado en el Diario Oficial del 9 de marzo de 1946, agravando la penalidad de los delitos patrimoniales para hacer improcedente la libertad condicional en buen número de ellos, fijándose al efecto una pena de prisión cuyo

término medio aritmético es mayor de cinco años. Sin embargo la reforma en cuestión no ha dado resultado, pues, en primer lugar, tratándose de robos, fraudes, abusos de confianza, falsificaciones y otros más de relativa poca cuantía; pero que son los que con mayor frecuencia se cometen por delincuentes habituales, la libertad caucional procede y el delito sigue siendo un buen negocio para sus autores y muchos otros casos, como los delitos que cometen los empresarios de garitos, (juegos prohibidos) los de asociación delictuosa, lesiones graves y homicidios presentados como ejecutados en riña, sigue procediendo la libertad bajo fianza no mayor de 10,000 pesos, con las graves consecuencias antes apuntadas.

De lo anterior se desprende que, independientemente de la revisión necesaria al Código Penal es indispensable que la fianza o caución que se otorgue para la libertad provisional, sea, en realidad, por su monto, auténtica garantía para la justicia, lo que supone una reforma ineludible del artículo 20 Constitucional en su fracción primera...”²²

1.3.4 REFORMA DE 1985.

En la reforma de 1985 se reformaron y adicionaron dos párrafos a la fracción I, la cual fue promulgada el 17 de diciembre de 1984, publicada el 14 de enero de 1985 y entró en vigencia a los seis meses de su publicación. Reforma que tuvo por objeto limitar el monto económico de la caución, y lo determina conforme al salario mínimo vigente en el momento en que se cometa o realizare el ilícito.²³

Básicamente en la reforma de 1985 se realizó únicamente modificaciones a la fracción I, del artículo 20 Constitucional, centrándose la discusión en cuestiones

²² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, **Compila XV**. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

²³ DELGADO MOYA, Rubén. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada**. Quinta edición. Editorial Sista, México 1997. página 37.

de técnica jurídica, al plantear que era preferible hablar de caución y no de fianza, al respecto la Cámara de origen en su exposición de motivos manifestó:

“...El artículo 20 Constitucional establece importantes derechos públicos subjetivos del inculpado, que representan garantías esenciales para éste y aseguran la debida impartición de justicia en materia penal.

La fracción I del citado artículo regula la libertad provisional mediante caución ante los órganos jurisdiccionales. Se trata de una institución con la que se procura armonizar, en forma equitativa, los intereses patrimoniales del ofendido y la buena marcha del procedimiento.

En la actualidad, la fracción I del artículo 20 reconoce al inculpado la posibilidad de obtener libertad bajo fianza, cuando se le impute la comisión de un delito sancionado con pena de prisión cuyo término medio no exceda de cinco años.

Independientemente de que, por razones de técnica jurídica, es preferible hablar de caución y no de fianza, puesto que ésta es sólo una especie de aquélla, es necesario definir, para encauzar el correcto otorgamiento de este beneficio procesal, resolviendo dudas y evitando interpretaciones encontradas, que se tomará en cuenta el delito efectivamente cometido, según resulte de las constancias del procedimiento, y no únicamente el llamado tipo básico o fundamental. En efecto, la concurrencia de modalidades, en su caso, configura el tipo penal al que realmente corresponde la conducta lícita atribuida al sujeto.

En tal virtud, se propone modificar el primer párrafo de la fracción I, del artículo 20, a fin de dejar claramente asentado que para la concesión o la negativa de la libertad provisional, con base en la pena aplicable al ilícito, se considerarán las modalidades que en éste se presenten y, por lo tanto, la pena que legalmente corresponda. Así, quedará asentado el delito que verdaderamente se cometió, y no una hipótesis penal abstracta.

Por otro lado, el segundo párrafo de la misma fracción I, determina hoy día que el límite máximo de la fianza o caución, en general, será de doscientos cincuenta mil pesos. Esta estipulación cuantitativa ha permanecido inalterada a lo largo de treinta y cinco años. Es evidente que no corresponde ya a las circunstancias de la realidad y que, por lo mismo, su aplicación es a menudo fuente de problemas que han provocado malestar social, como consecuencia de la liberación provisional de algunos inculpados bajo garantías patrimoniales muy reducidas. Sin embargo, los juzgadores no pueden incrementar el monto máximo de la caución, pese a las razones que en determinados casos pudiera haber para ello, por que se encuentran sujetos a esa prevención Constitucional desactualizada.

Cabe observar, además, que paulatinamente han desaparecido del Derecho federal mexicano los señalamientos de cantidades absolutas identificadas en pesos, para ser sustituidas por múltiplos del salario mínimo. Cuya variación periódica permite el ajuste automático y racional de la cuantía que contempla la ley, sin necesidad de frecuentes reformas normativas.

Por todo ello, se propondrá que el límite máximo de la caución sea la cantidad equivalente a la percepción del salario mínimo durante dos años, en la inteligencia de que se alude al salario vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Ahora bien, hay casos en los que incluso esa garantía pudiera resultar inadecuada o insuficiente, en vista de la gravedad del ilícito, de las características de éste y de las condiciones personales del inculpadado y de la víctima. Para atender debidamente estos factores, dignos de la mayor consideración desde la perspectiva de la defensa social, se considera asimismo que la cantidad mencionada pueda ser duplicada cuando lo solicite motivadamente el Ministerio Público, en su calidad de Representante Social, y mediante resolución que igualmente exprese razones del incremento.

Nada de esto implica tratamiento inequitativo hacia los inculpados, pues la reforma que se pretende señala el máximo de la caución, no el mínimo de ésta.

Consecuentemente, el juzgador puede y debe actuar con equidad en la fijación de la garantía, conciliando intereses particulares y sociales, que el Estado ha de observar y proteger por igual. Así se tutelan tanto los derechos del individuo como los derechos de la comunidad.

Para asegurar en mayor medida el desarrollo del proceso y la protección a la víctima del ilícito, se solicita modificar la parte final del segundo párrafo de la fracción I, indicado que si el delito representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios causados, en los términos en que éstos aparezcan acreditados cuando el juzgador debe resolver sobre la petición de libertad provisional...”.²⁴

1.3.5 REFORMA DE 1993.

Tras la reforma de 1993 la fracción IX del artículo 20 Constitucional establece el “*derecho a una defensa adecuada*”, criterio que guiaría la calificación de la defensa para establecer si el proceso se ha desarrollado debidamente o si existe causa para anular actuaciones, en virtud de que el inculpado no contó con la “defensa adecuada”, que la Constitución estipula. Esta defensa, sigue diciendo el precepto, “...se ejercerá por sí (es decir por el inculpado), por abogado o por persona de su confianza...”. He ahí, según la interpretación común, el principio de libre defensa: ya que la Constitución no exige que el defensor sea siempre un perito en derecho, es decir, un abogado, basta con que lo designe el procesado o indiciado, en su caso, a título de persona confiable.²⁵

La tercera reforma que se realizó al artículo 20 Constitucional, se reformó todo el artículo, con excepción de las fracciones III, V, VII y los tres primeros renglones de la fracción X. Reforma que fue promulgada el 2 de septiembre de

²⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, **Compila XV**. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

²⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMENTADA Y CONCORDADA, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Coordinador Miguel Carbonell, Tomo I, Décimo octava Edición, Editorial Porrúa, México, 2004. Pag. 368.

1993, publicada el 3 de septiembre de 1993, que entró en vigor al día siguiente al de su publicación.

La novedad introducida en la fracción IX del artículo 20, por la reforma de 1993, está en su encabezado en el siguiente sentido: *“...Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución...”*.

La reforma de 1993 se realizó diversas modificaciones al contenido del artículo 20 Constitucional, por lo que al respecto la cámara de origen en su exposición de motivos manifestó:

“...La LV Legislatura, ha venido asumiendo una serie de debates fundamentales para la nación, sobre la reforma del Estado mexicano. En este contexto, el Poder Legislativo ha buscado expresar en el ámbito del derecho, las bases que doten de permanencia y seguridad a la dinámica de cambio que vive la sociedad mexicana, para encontrar en justicia y libertad mejores fórmulas de convivencia.

“Al tratar la reforma del Estado mexicano, se han abarcado temas torales como la democracia, el respeto de los derechos humanos, las relaciones iglesias - Estado, el campo, la educación, entre otras. En este orden de ideas, los suscritos sostenemos que un ámbito como el de la justicia penal, no debe quedar exento de este debate, ya que en este campo del derecho en el que se busca el justo equilibrio entre los principios de seguridad y libertad, entre la observancia de la legalidad y el respeto a los derechos fundamentales del ser humanos se plasma la aspiración de un pueblo para asegurar la paz y la tranquilidad por el camino de la libertad.”

“Es por ello que resulta necesario, en beneficio de la propia sociedad, adecuar las normas Constitucionales, siempre con vistas a la protección de los Derechos Humanos, garantías individuales, administración rápida y expedita de la

justicia, tanto en las etapas de investigación como durante el procedimiento judicial.

“La iniciativa que se propone para reformar los artículo 16, 20 y 119 de nuestra Carta Magna tiene estos objetivos.”

“Nuestro sistema penal, se desarrolla con base a las garantías que establece la Constitución. El Ministerio Público y el juez no pueden ni deben ir más allá de lo que el marco jurídico les permite; asimismo, el particular puede realizar todo aquellos que afecte a terceros: este es el marco de civilidad que buscamos consolidar con esta iniciativa...”²⁶

“...Por lo que hace a la reforma que se propone para el artículo 20 nuestro máximo Ordenamiento, se considera conveniente sustituir en el primer párrafo la expresión "juicio de orden criminal" por "proceso del orden penal", que sitúa de manera plena el momento procedimental en que las garantías que dicho artículo contiene y que deben observarse. De igual manera se sustituye el término "acusado" por el de "inculpado".

La propuesta que se somete a la consideración de este pleno, respecto de la fracción I del artículo en comento, otorga de manera más amplia el derecho de gozar de la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice de manera suficiente la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que puedan imponerse al acusado, facultándose al juez para fijar su monto y remitiéndose a la legislación secundaria para que ésta precise qué tipos delictivos, por su gravedad, no tendrán el beneficio de la libertad caucional.

En dicha fracción se prevé que la caución que se fije el inculpado deberá ser accesible en su monto y en su forma, asimismo el juez estará facultado para

²⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Compila XV. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

que en circunstancias especiales pueda disminuir el monto de la caución y revocar la libertad provisional.

Con la propuesta a la fracción II, se reafirma la obligación de las diversas autoridades de respetar los Derechos Humanos que aquellas personas sujetas a procedimientos penal. Variándose la redacción que señala: "No podrá ser compelido a declarar en su contra" por la de: "No podrá ser obligado a declarar en su contra; además que la ley secundaria sancionará toda incomunicación, intimidación o tortura; asimismo, las confesiones que realice el inculpado deberán ser voluntarias, ante el Ministerio Público o el juez, y al momento de realizarlas debe estar presente su defensor, ya que de darse este último supuesto, carecerán de todo valor probatorio.

Con objeto de lograr una mayor agilidad en los procedimientos penales, la fracción IV del artículo 20 se reforma quedando a solicitud del procesado el que se lleven a cabo los careos, con lo cual se evitan prácticas que en muchos casos retardan indebidamente los procedimientos en perjuicio de los propios acusados.

Por lo que hace a la reforma de la fracción VII, se precisa que el derecho de plazo para que se llegue a dictar sentencia está subordinado al derecho de la defensa del procesado, es decir, que los términos Constitucionales deben correr en su favor y nunca en su perjuicio, menos cuando se trate de la oportunidad que la ley le concede para acreditar su inocencia.

La fracción VIII establecerá que la detención preventiva no deberá exceder aquellos plazos, salvo que la peligrosidad del inculpado lo justifique.

En lo referente a la fracción IX, la reforma que se plantea otorga al procesado la garantía jurídica a gozar de una defensa para la guarda de sus derechos, contemplándose que la misma puede realizarse por el propio procesado o por abogado de su confianza, salvo en los casos en que en el lugar no hubiere

abogado titulado, podrá ser defendido por persona de su confianza. En todos los actos del proceso el defensor tendrá derechos a estar presente y será su obligación comparecer cuantas veces se le requiera.

En esta misma fracción se adiciona un párrafo, en el que se establece que lo dispuesto por las fracciones V, VII y IX, se observarán en la averiguación previa "en los términos y con los requisitos que las leyes establezcan", enfatizándose que las previstas en las fracciones I y II no estarán sujetas a condición alguna.

La presente iniciativa destaca en un párrafo las garantías de las víctimas u ofendidos por el delito, relativas a contar con asesoría jurídica, a obtener la reparación del daño, a poder coadyuvar con el Ministerio Público, a recibir atención médica de urgencia cuando lo requiera y las demás que señalen las leyes.²⁷

Por lo que se reformó el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

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

...IX. Tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí o por abogado de su confianza, o por ambos, según su voluntad, desde el inicio del proceso, en los lugares donde no hubiere abogado titulado, podrá ser defendido 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. Tendrá derecho a que se defensor se halle presente en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de comparecer cuantas veces se requiera y,..."

²⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Compila XV. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

1.3.6 REFORMA DE 1996.

Habiéndose resumido los antecedentes históricos nacionales, de algunas de las garantías Constitucionales, sobresaliendo entre ellas el derecho de defensa, ocurre preguntarse cuál es la esencia profunda, la motivación individual y social, que en su hondura permite la creación de normas jurídicas, en un documento fundamental del mismo orden, y para cuyo reconocimiento los pueblos luchan tanto, y los pensadores agudizan sus análisis para plasmar, una normatividad que, como ya se ha visto muchas Constituciones sostienen, es la base de las instituciones sociales y de los regímenes democráticos.

Una primera observación es evidente: quienes promueven esos derechos, que actualmente conocemos como garantías Constitucionales, siempre nombran como basamento la *libertad*.

Es verdad que un estudio cuidadoso de las disposiciones fundamentales a este respecto, permite encontrar no únicamente, el reconocimiento de esta libertad, sino también una serie de procedimientos que permiten que la misma se respete y un conjunto de normas que tienen en cuenta un orden público, que permita la vivencia dentro de un orden social. Pero el núcleo es siempre la libertad, que por lo demás se da por establecido y demostrado que pertenece a la naturaleza humana.

Y respecto a esta última afirmación, es fácil entender el por qué se le considera como axiomática, ya que si el derecho no partiera del supuesto de que el hombre es libre, no podría sancionar los actos humanos que contradicen las normas jurídicas, pues sin libertad no hay responsabilidad, y sin ésta no se justifica la coacción pública que sanciona por el incumplimiento de la norma.²⁸

²⁸ CASTRO, Juventino V. ob. cit., (nota 6), pagina 17.

Mediante la reforma de 1996 se efectuó nuevamente una modificación en la fracción I del artículo 20, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, asimismo se adicionó el penúltimo párrafo del mencionado artículo, por lo que al respecto la cámara de origen, es decir, la cámara de senadores, en su exposición de motivos manifestó:

En 1993 se efectuó una reforma al artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, trascendental en el ámbito del Derecho Penal. Al amparo de dicha reforma, actualmente, el juez debe otorgar al inculpado de un delito la libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que se le pudieran imponer, y no se trate de delito que por su gravedad la ley secundaria prohíba la concesión de dicho beneficio.

Desde una perspectiva integral, la reforma citada representó un considerable avance en nuestra legislación penal; pues contribuyó a su modernización al establecer garantías procesales mínimas para el ofendido en el proceso y dotar de mejores instrumentos a la autoridad investigadora en el combate del delito.

En el régimen que nos ocupa, se abandonó el criterio formal de atender al monto de la penalidad para otorgar la libertad provisional; criterio que se había mantenido, a pesar de algunas reformas, desde el propio Constituyente de Querétaro.

Así, la reforma de mil novecientos noventa y tres adoptó con mejor técnica jurídica una de las fórmulas seguidas hasta el año de mil novecientos noventa y dos por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el sentido de que, aun rebasándose el término medio aritmético de cinco años de prisión, era procedente la libertad provisional bajo caución, siempre que no se

tratara de delitos que hoy, en su mayoría, están enumerados dentro de la lista de delitos graves del artículo 268 de dicho Código.

No obstante, la aplicación del artículo 20 Constitucional, fracción I, ha venido presentando situaciones que se traducen en el impedimento de un eficaz combate a la delincuencia, respecto de los delitos no considerados como graves por nuestra legislación pero que a su vez producen una gran irritación social.

Es frecuente que el ciudadano común observe cómo el delincuente habitual o el reincidente, que denotan un enorme riesgo social, obtienen su libertad inmediata, sólo por el hecho de que el delito que cometieron no es clasificado como grave. Es inevitable así que se genere un sentimiento de frustración y resentimiento y una sensación de impunidad y pérdida de confianza en las instituciones encargadas de la procuración de justicia.

En esta virtud, se estima que el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución o su negativa no debe reducirse a un solo supuesto legal de aplicación automática e inmediata, sino que deben crearse fórmulas que complementen a la ya existente, en las que el Poder Judicial posea un papel relevante para la determinación de la concesión o no de la libertad bajo caución.

En un sistema democrático regido por la división de poderes, y atendiendo a razones de carácter histórico, el Poder Judicial debe tener una participación relevante en el otorgamiento de la libertad caucional, pues es innegable que el juez que aplica la norma penal, vive y conoce de cerca las situaciones y problemáticas que se presentan en torno a la necesidad de su otorgamiento o negativa.

Por ello, me permito someter a la consideración de ese Honorable Poder revisor, la presente iniciativa de reformas al artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de establecer una

regulación más amplia y completa del régimen de la libertad provisional bajo caución.

La iniciativa parte del reconocimiento de la existencia de delitos graves que ofenden seriamente valores fundamentales de la sociedad y que, por lo tanto, debe estarse a la negativa de libertad bajo caución que establece el artículo 20 Constitucional. Pero propone que, además, para aquellos delitos no considerados por la ley como graves, el juez, bajo su responsabilidad y a solicitud del Ministerio Público, pueda negar el otorgamiento de la libertad provisional cuando el inculcado haya sido condenado por algún delito; enfrente algún otro procedimiento penal en su contra, o bien, cuando el Ministerio Público razone al juzgador las circunstancias personales del inculcado que ameriten la negativa.

Con ello, se evitaría que queden libres los delincuentes que representen un peligro para la convivencia social, aun cuando los delitos cometidos no son calificados como graves por la ley, al considerarse, por ejemplo, la reincidencia o habitualidad en la conducta delictiva, la naturaleza y características del delito imputado y sus modalidades, naturaleza y extensión del daño causado o cualquier otro elemento que justifique la negativa de la libertad provisional susceptible de ser valorado por el juez.

La iniciativa señala que el Ministerio Público aportará los datos que a su juicio deban ser valorados para fijar el monto y la forma de la caución. Esto con objeto de que el juzgador cuente con mayores elementos para adoptar la decisión correspondiente.

Finalmente, al igual que en el sistema actual, la reforma que se propone faculta al Ministerio Público a otorgar la libertad provisional bajo caución, en la etapa procesal de la averiguación previa, pero el representante social podrá negar

dicha libertad, al valorar las razones que el propio juzgador debe tomar en consideración para ello en la etapa del proceso penal.²⁹

Por lo que, mediante decreto de 19 de marzo de 1996, se reforma la fracción I y penúltimo párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 20....

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado, y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio o de los casos a que se refiere el cuarto párrafo de esta fracción.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. El Ministerio Público podrá aportar datos que a su juicio deban ser valorados para fijar el monto y la forma de la caución.

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo.

En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado por algún delito; cuando enfrente algún otro procedimiento penal en su contra; o bien, cuando el Ministerio Público razone al juez otras circunstancias personales del inculpado que ameriten la negativa;

²⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Compila XV. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

II. a X.

...

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

Tras la reforma de 1996 al artículo 20 Constitucional, se adicionó el penúltimo párrafo a la fracción X, ampliando de esta manera el derecho de defensa de las personas que se encuentran no solamente sujetas a proceso, como anteriormente se enunciaba a dicho artículo, sino también durante la tramitación de la averiguación previa. De esta forma, es hasta 1996 cuando el legislador subsana las arbitrariedades que se venían ejerciendo en la etapa de la averiguación previa, debido a que en esta etapa no se tenía acceso a un adecuado derecho de defensa, lo cual actualmente sigue sucediendo.

CAPÍTULO II

MARCO JURÍDICO

Habiéndose analizado los antecedentes históricos –nacionales-, de el derecho de defensa, como garantía Constitucional, ocurre preguntarse cuál es la esencia profunda, la motivación individual y social, que en su hondura permite la creación de normas jurídicas, en un documento fundamental del mismo orden, y para cuyo reconocimiento los pueblos luchan tanto, y los pensadores agudizan sus análisis para plasmar, una normatividad que, como ya se ha visto, muchas Constituciones sostienen es la base de las instituciones sociales y de los regímenes democráticos.

Una primera observación es evidente: quienes promueven esos derechos, que actualmente conocemos como garantías Constitucionales, siempre mencionan como base *la libertad*; la libertad es un derecho esencial del hombre y no puede ser coartado a menos que afecte la libertad de otro. Para el derecho, la única libertad relevante es la que puede exteriorizarse, ya que tiene repercusiones de distinta naturaleza en la vida social. Las normas Constitucionales, al tiempo que protegen el ejercicio de la libertad pueden también restringirla, al procurar en todo momento que el orden de la sociedad no degenera en anarquía.

La completa libertad subjetiva del hombre sólo es concebible en el estado de naturaleza que, según Rousseau, el hombre tuvo antes de empezar a vivir en sociedad. Hoy la libertad no puede concebirse sin que al propio tiempo se haga mención de la normatividad jurídica, como se verá en el apartado siguiente.

En el campo de lo jurídico, la libertad no puede ser eminentemente subjetiva. Al vivir en sociedad, el hombre no debe hacer con su voluntad lo que haría si se encontrara aislado. Es importante, a este respecto, tener presente que la correcta marcha de todo conglomerado ha de registrarse por un principio de

orden. Ciertamente el orden trae consigo la armonía, lo que a su vez se traduce en la sana convivencia entre los componentes humanos de toda sociedad.

En razón de lo anterior, la libertad que tiene relevancia para el derecho es la *social*, que no pierde de vista la trascendencia que pueden tener los actos humanos generados como resultado del ejercicio de la libertad subjetiva. Es decir, dada la posibilidad de que el acto de un individuo aislado interfiera en la evolución pacífica de la sociedad a la que pertenece, es preciso que el orden jurídico señale las prevenciones necesarias para que la libertad individual no alteren la social.

En toda organización humana es imperativo que el ejercicio pleno de la libertad de cada cual no sea irrestricto. Permitir la manifestación de una libertad subjetiva total conllevaría la posibilidad del caos y, en consecuencia, el rompimiento del orden social. Los Estados modernos deben asegurar que sus habitantes no hagan uso desmedido de la libertad que gozan; para ello, se crean leyes cuyo fin consiste no sólo en configurar las instituciones que regirán a la sociedad, sino es establecer las restricciones necesarias al ejercicio de la libertad, con miras a que ésta no llegue a lesionar los intereses del propio Estado.³⁰

Es verdad que un estudio cuidadoso de las disposiciones fundamentales a este respecto, permite encontrar no únicamente el reconocimiento de esta libertad, sino también una serie de procedimientos que permiten que la misma se respete y aún se aliente, y un conjunto de normas que tienen en cuenta un orden público, que permita la vivencia dentro de un orden social. Pero el núcleo –el punto de partida-, es siempre la libertad.

Y respecto a esta última afirmación, es fácil entender el por qué se le considera como axiomática, ya que si el derecho no partiera del supuesto de que el hombre es libre, no podría sancionar los actos humanos que contradicen las

³⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Las Garantías de Libertad. Colección Garantías Individuales. Primera Edición, Poder Judicial de la Federación, México, 2004, página 15.

normas jurídicas, pues sin libertad no hay responsabilidad, y sin ésta no se justifica la coacción pública que sanciona por el incumplimiento de la norma.³¹

De todas las intervenciones estatales en el ámbito de libertad del individuo, la pena representa la medida más grave y, por ello, también la más problemática. A menudo, su imposición significa un menoscabo total del interés por la libertad del autor penal en favor del interés de seguridad de la generalidad. Dado que, por ello, en el procedimiento penal entran en conflicto los intereses colectivos e individuales entre sí con más intensidad que en ningún otro ámbito, la ponderación de esos intereses, establecida por la ley, resulta sintomática para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente vigente en una comunidad.

El reconocimiento de *derechos fundamentales* precedentes al Estado tuvo como consecuencia que el imputado fuera reconocido como *sujeto del proceso* y fuera dotado de derechos autónomos, de los cuales los más importantes fueron el respeto al derecho de la dignidad humana y el derecho amplio a la defensa.³²

Con respecto a la defensa, el maestro **Vázquez Rossi**, cita a **Carrara**, quien refiere que tal actividad es un acto necesario para el juicio. La base del derecho de defensa, se encuentra en la naturaleza misma del individuo y en la necesidad de su protección como tal. Este derecho no es dado por la Sociedad, sino que existe “antes de ella” y, en tal sentido, no es un privilegio ni una concesión, sino “un verdadero derecho original del hombre y, por consiguiente inalienable.”³³

La racionalidad del hombre lo hace el único ser con el imperativo existencial de explicarse a sí mismo y entender su entorno, a lo largo de su existencia ha procurado mantener el principio de orden, toda vez que, el orden trae consigo la armonía, lo que a su vez se traduce en la sana convivencia entre los componentes humanos de toda sociedad. Para ello se crean normas, y los órdenes normativos,

³¹ CASTRO, Juventino V., ob. cit., (nota 6), pagina 17.

³² ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 25ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pagina 10.

³³ VAZQUEZ ROSSI, Jorge E. **La Defensa Penal**, tercera edición, Rubinial – Culzoni editores. Pagina 43.

los cuales son reglas que rigen la convivencia humana y, por lo mismo, son producto de la vida en sociedad y existen en y para ésta.

Los órdenes normativos se componen con normas jurídicas de diferentes clases, por ejemplo, consideremos la relación de los niveles normativos en el derecho de defensa, en materia penal: la fracción IX, del artículo 20 Constitucional, la Ley Federal de Defensoría Pública, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Ley de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en las Constituciones de las entidades federativas, y en las disposiciones reglamentarias de éstos. Todas las normas que se han mencionado son mandamientos dirigidos al derecho de defensa en materia penal, y hechos relacionados con aquella. Desde este enfoque todas esas normas se asemejan, sin embargo, se distinguen en su origen, rango, objetivo y validez, porque la Constitución es la primera norma y como tal, por una parte, requiere ser positivizada por las normas constituidas para lograr su validez; y por otra, determina la validez de las constituidas de tal manera que si éstas no se apegan a aquella carecen de valor jurídico.

Por lo que, a continuación se procede a la enunciación de los algunos ordenamientos legales que regulan la institución del derecho de defensa.

2.1 EL DERECHO DE DEFENSA DE ACUERDO A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Sin duda, mucho se ha avanzado desde el manifiesto de agravios de **CESARE BECCARIA**³⁴ hasta la fecha, ya que en un principio inspiró a aquellos que durante la primera mitad del siglo XIX, se ocuparon en México de asegurara la protección Constitucional de los Derechos Humanos.

³⁴ BECCARIA, CESARE. Ob. cit. (nota 2)

Durante los siglos XIX y XX, es decir, desde la Revolución francesa a la fecha, los movimientos sociales y la conciencia jurídica han cambiado en una clara dirección de respeto y protección de los derechos fundamentales, que se amplía y que se potencia conforme avanza el grado de bienestar en el seno de la sociedad.

Pero esas mismas circunstancias, el progreso y el respeto de los derechos fundamentales, junto con la evolución creciente del intervencionismo de los poderes públicos en la vida económica y social, así como los avances y hallazgos científicos y tecnológicos, han generado una especie de movimientos de acción-reacción, que han derivado en una cadena de modificaciones legislativas. En efecto, a partir de un desarrollo desenfrenado y de descubrimientos en campos muy diferentes, han aparecido instrumentos que tienen amenazas muy serias para los derechos fundamentales, destacando de entre éstos el derecho de defensa con el que cuentan los individuos dentro de un proceso penal, de aquí que se hayan producido sucesivas modificaciones en el diseño de los instrumentos del enjuiciamiento, con el fin de dar respuestas a las nuevas amenazas y preservar más solidamente el conjunto de derechos.

Por lo que se infiere que la represión de las conductas y el castigo de los responsables no puede obtenerse a cualquier precio. El procedimiento penal, como el instrumento para determinar la comisión de delitos y sanciones a imponer a los culpables, no puede utilizar cualquier mecanismo para la investigación o acreditación de los hechos delictivos; la convicción del juez ha de lograrse respetando solo los principios procesales y los derechos de quienes intervienen en el procedimiento, muchos de ellos con rango de derechos fundamentales (la garantía de no autoincriminarse, la garantía de defensa, garantía de ser juzgado en audiencia pública, la garantía de brevedad, entre otros).³⁵

³⁵ MORENO CATENA Víctor y otros. **El Proceso Penal, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios**. Volumen I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2000. pag. 176.

Los derechos que todo procesado debe tener durante la tramitación de un proceso penal, están contemplados en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que merece destacarse dentro de la categoría de leyes Constitucionales de procedimientos, ya que fija los principios fundamentales que deben respetarse en el procedimiento penal en México.

La razón por la cual tanto nuestra Constitución, como la de muchos otros países mencionan principios fundamentales en materia pena, se debe al hecho de que esta disciplina está relacionada íntimamente con la vida, la libertad, las propiedades y otros elementos vitales del individuo, los cuales en el pasado fueron desconocidos por los soberanos, motivando el que las clases gobernadas materialmente arrancaran reconocimientos protectores de tales derechos, empeñándose tales grupos en que se plasmaran en la más alta disposición legal que rige nuestro país.

En las distintas fracciones del artículo 20 Constitucional se mencionan estas garantías torales, referidas a la forma de proceder de las autoridades judiciales en los juicios penales. Dentro de dicho numeral respecto a la garantía de defensa concretamente su regulación se encuentra en la fracción IX en relación al párrafo final de la fracción X del apartado A, que a la letra dice:

“(REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

ARTÍCULO. 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

(ADICIONADO, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

A. Del inculpado:

(REFORMADA, D.O.F. 3 DE JULIO DE 1996)

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este

beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculcado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

(REFORMADA, D.O.F. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)

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.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca

bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

(REFORMADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

IV.- Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo;

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

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

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

(REFORMADA, D.O.F. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

(REFORMADA, D.O.F. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)

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; y,

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

(REFORMADO, D.O.F. 3 DE JULIO DE 1996)

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

(ADICIONADO, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

B. De la víctima o del ofendido:

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

I.- Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

II.- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

III.- Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

VI.- Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

(DEROGADO ULTIMO PARRAFO, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000).”³⁶

Como se advierte de la transcripción que antecede, la fracción IX del artículo 20 Constitucional, establece una garantía en el sentido de que el procesado siempre contará con defensor, ya sea designado por él o en su abstención por el juzgador. No es una inadvertencia o incorrección gramatical el que la disposición Constitucional establezca que se le oirá en defensa “por sí, por abogado o por persona de confianza”, ya que precisamente la fracción en comento pretende dejar absoluta libertad al inculcado para señalar a una persona que lo defienda aunque ésta carezca de título profesional.³⁷

El derecho de defensa es una garantía individual, que resulta fundamental, toda vez, que del ejercicio de la misma depende no sólo, la libertad corporal de una persona que se encuentra enfrentando el proceso penal, sino que, detrás de él está su familia, patrimonio, reputación, honor, y otros derechos que resultan afectados en el momento en que el Órgano Jurisdiccional pronuncia un auto de formal prisión o una sentencia que declare la responsabilidad penal del acusado, quien, dependiendo de sus posibilidades económicas, habrá o no ejercido su derecho de defensa a través de un defensor sea particular o de oficio; luego entonces, si estos profesionistas tienen la suficiente experiencia, capacidad y diligencia para ejercer adecuadamente los derechos del acusado, habiendo ofrecido acertadamente las pruebas requeridas según el caso, la sentencia que se dicte en contra del procesado, será más justa y apegada a lo acontecido en la

³⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, **Compila XV**. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

³⁷ **CASTRO, Juventino V.**, ob. Cit., (nota 6) . pagina 265.

realidad, de lo contrario, si el defensor, resulta ser un "profesionista" falto de preparación académica, apático e irresponsable en el desempeño de su cometido, irremediablemente tendrá como resultado una sentencia condenatoria.

Es por lo anteriormente expuesto que al ejercicio del derecho de defensa, debe dársele importancia primordial ya que la libertad personal constituye uno de los derechos más importantes del individuo, que debe ser protegida a toda costa, correspondiendo al Estado garantizar su libre y cabal ejercicio, para ello se hace indispensable recordar el contenido de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, que en su texto original puntualmente decía:

Artículo 20. En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:...;

...IX.- Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quisiere nombrar defensores después que se le requiriera para ello, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensores desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio: pero tendrá la obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite y.³⁸

Elevado el derecho de defensa a rango Constitucional, por su importancia, el Congreso Constituyente de 1917 debió haber discutido ampliamente su contenido en los debates que se dieron en el seno del Congreso, para darle el realce, la significación y el alcance que en verdad merece. Sin embargo, ni en su exposición de motivos ni en los debates, los congresistas lograron canalizar la

³⁸ CAMARA DE DIPUTADOS LV LEGISLATURA. **DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO. MÉXICO A TRAVES DE SUS CONSTITUCIONES.** 4ª edición, Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, México, 2006, pagina 879

trascendencia que este derecho tiene para todo gobernado, pues al analizar el documento que a manera de exposición de motivos presentó el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista al Congreso Constituyente en lo relativo refiere lo siguiente:

El artículo 20 de la Constitución de 1857, establece: las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que deja por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismo agentes o escribientes suyos.

Conocidas son de ustedes, señores Diputados y de todo el pueblo mexicano, las incomunicaciones rigurosas prolongadas en muchas ocasiones por meses enteros, unas veces para castigar a presuntos reos políticos, otras para amedrentar a los infelices sujetos a la acción de los tribunales del crimen y obligarlos a hacer confesiones forzadas, casi siempre falsas que sólo obedecían al deseo de librarse de la estancia en calabozos inmundos en que estaban seriamente amenazadas su salud y su vida.

El procedimiento criminal en México, ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantado la dominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada, sin que nadie se haya preocupado en mejorarla.

Diligencias secretas y procedimientos ocultos de los que el reo no debía de tener conocimiento como si no se tratase en ellos de su libertad o de su vida; restricciones del derecho de defensa, impidiendo al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra, como si se tratase de actos indiferentes que de ninguna manera podrían afectarlo y, por último dejar la suerte

de los reos casi siempre entregada a las maquinaciones fraudulentas y dolosas de los escribientes, que por pasión o por vil interés alteraban sus propias declaraciones, las de los testigos que deponían en su contra, y aún las de los que se presentaban a declarar en su favor.³⁹

Texto que describía con crudeza la realidad que prevalecía en ese momento en todo nuestro país, pero que el Constituyente de 1917 ignoró en su debate no obstante la importancia de este derecho, puesto que antes de ser mencionado en la exposición de motivos aludida no se le había dado importancia alguna, pero sin importar esto, el debate referente al artículo 20 Constitucional desafortunadamente se desvió hacia otro tópico, pero no se centró ni por un momento respecto al derecho de defensa, y no obstante ello el texto de dicha fracción IX, como las restantes fueron aprobadas sin modificación alguna.

Las reglas fundamentales del Derecho Penal están contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en las cuales se encuentran enunciados los principios procesales y derechos fundamentales de las partes en el proceso penal; por lo que, en el siguiente apartado se analizará la jerarquía e importancia de la regulación de la institución del derecho de defensa en nuestro país; asimismo, se expondrá las normas principales que dan vida jurídica al derecho de defensa.

Por otra parte y aunado al derecho de defensa, se encuentra el debido proceso penal, ya que en nuestra Constitución existe el reconocimiento del derecho a un debido proceso legal para privar a los individuos de sus atributos fundamentales, pero conformándolo a una tradición mexicana heredera de la española.

De acuerdo con esta última posición, nuestro debido proceso legal tiene dos aspectos: uno de forma y otro de fondo. La forma consiste en que se siga el juicio

³⁹ CONGRESO CONSTITUYENTE, "Diario de Debates", Período Único, Número 12, Tomo I, Querétaro, México, 1 de Diciembre de 1916,

ante tribunales previamente establecidos, cumpliéndose en él las formalidades esenciales del procedimiento; y el fondo de la garantía en que los recursos permitidos dentro de esa audiencia judicial, sea de tal manera que en cada caso concreto no se deje en estado de indefensión al individuo.

El maestro **Juventino Castro**, considera cierta y de gran hondura la tesis del maestro **Noriega**, porque evidentemente las garantías Constitucionales que reconocen el derecho de audiencia, se refieren a una fórmula que permite a los individuos oponerse a los actos arbitrarios de las autoridades, cuando éstas los privan de sus derechos, negándoles a los propios afectados el beneficio de tramitarse procedimientos que les permitan el ser oídos, y aún más: condicionar las resoluciones definitivas a una congruencia entre lo alegado y lo resuelto.

Pero bien entendido por éste formalismo persigue una esencia más profunda, como lo es el *derecho a defenderse* a través del procedimiento, de ser escuchado en toda su plenitud, razón por la cual se comprende el contenido de esas formalidades esenciales que requiere todo procedimiento para que el mismo se considere Constitucionalmente garantizado.⁴⁰

La Constitución posee ciertos atributos que le son propios y exclusivos; éstos la distinguen de otro tipo de normas. Si bien es propio de toda ley mandar, disponer y regular, la Constitución, como toda ley, lo hace, pero, por su naturaleza intrínseca, va más allá, constituye y funda. Este ir más allá que las restantes leyes hace que a ese conjunto de normas agrupadas en un texto se le dé el calificativo de *ley suprema*. Se trata, ciertamente, de una forma de ley; no obstante, goza de notas que la distinguen y sitúan en una posición diferente y elevada.

Su definición, sus características y elementos principales, de acuerdo con el sistema jurídico mexicano, son los que se verán a continuación.⁴¹

⁴⁰ CASTRO, Juventino V. ob. cit., (nota 6), pagina 230.

⁴¹ ARTEAGA NAVA, Elisur. Derecho Constitucional. Editorial Oxford, México, 2003, pagina 2.

2.1.1 ATRIBUTOS NORMATIVOS DE LA CONSTITUCIÓN.

Una Constitución es un complejo normativo. Es un conjunto de normas dispuestas sistemáticamente con el propósito de organizar, en nuestro caso, al Estado mexicano. Dichas normas son de jerarquía superior, permanentes, escritas, generales y reformables.

La norma Constituyente es el primer mandato del orden jurídico al que deben apegarse las normas constituidas para que sean válidas. Cuando no sucede así, surge un conflicto entre la norma derivada y la Constituyente que, por ser suprema, prevalece sobre aquella. Por su parte, los órganos del Estado que producen y aplican las normas siempre deben fundarse en la Constituyente o en las constituidas que derivan de aquella, circunstancia que se traduce en la fundamentalidad de la Constitución. Finalmente, la inviolabilidad es la cualidad que le permite a la Constitución continuar siendo la norma constituyente a pesar de que su eficacia es interrumpida por algún hecho que provoque su quebrantamiento.⁴²

La Constitución rige para todos dentro del territorio nacional; nadie ni nada queda al margen de su función normativa. Todo deriva de ella y todos le deben acatamiento, es general; cosa diversa sucede con las Constituciones particulares de los Estados, éstas sólo rigen dentro de la entidad que las ha emitido; son de alcances limitados a sus respectivos ámbitos territoriales.

El que sea general, no significa que pueda tener alcances extraterritoriales, su obligatoriedad es operante únicamente dentro del territorio nacional. No existe norma que así lo disponga, pero la limitante se deriva del hecho de que en el país viven dentro de una comunidad de Estados soberanos y que, por serlo, están en aptitud de emitir sus propios sistemas jurídicos.

⁴² SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, ob. cit., (nota 4), pagina 191.

Dada su característica de ser general, cualquier modificación que se le introduzca obliga a los Estados a adecuar sus Constituciones a ésta, en forma perentoria. La Constitución define la naturaleza y las características de los poderes centrales y locales. Por lo que, a continuación se analizarán diversas características importantes de nuestra Constitución.

2.1.2 SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

Su carácter de Constituyente (es la primera norma) la hace Suprema respecto del resto de las normas del sistema jurídico que inició. Significa que la norma Constituyente determina la validez en la aplicación de las normas constituidas y, al hacerlo, sienta las bases para lograr su propia validez normativa.

Una de las características más importantes de nuestra Constitución es la supremacía y las implicaciones que tiene ésta sobre los diversos ordenamientos de un sistema jurídico. Supremacía significa lo que está por encima, lo que se encuentra en la cúspide de todo un sistema. En un sistema jurídico, la Supremacía Constitucional significa que la Constitución es la norma que denominamos fundamental, que está en la cúspide o por encima de las demás normas jurídicas.

La Constitución es el documento legal supremo, el que se ubica en la cúspide. Y esta característica de supremacía va a tener consecuencias importantes para nuestro sistema jurídico. Para el Estado de Derecho, aludir a la Supremacía, es aludir a que esta norma es la norma primaria, que va a ser el primer elemento de referencia en todo ordenamiento jurídico del Estado de que se trate, va a ser el primer punto de referencia de todo ordenamiento existente. Va a ser la fuente de creación de todo el sistema jurídico y también, según lo expresado por el doctor **Ignacio Burgoa**,⁴³ esta primariedad va a implicar que nuestra norma

⁴³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. **Derecho Constitucional Mexicano**. Décimo sexta edición. Editorial Porrúa, México, 2003. pagina 359.

El principio de supremacía constitucional descansa en sólidas consideraciones lógico jurídicas. En efecto, atendiendo a que la Constitución es la expresión normativa de las decisiones fundamentales de carácter político, social, económico, cultural y religioso, así como la base misma de la estructura jurídica de Estado que sobre ésta se organiza, debe auto preservarse frente a la actuación toda de los órganos estatales que ella misma crea -órganos primarios- o de los órganos derivados.

fundamental va a ser la fuente creativa de los órganos primarios del Estado, la democracia de la competencia de esos órganos primarios, va a ser también la formación básica de su integración humana y esto, a su vez, nos revela que las decisiones fundamentales del Estado, van a estar precisamente en esa ley fundamental, van a estar en la Constitución.

La Constitución por ser fundamental, es la Ley Suprema del Estado y esto supone que todo ordenamiento jurídico se encuentra condicionado por esa ley fundamental. Ninguna autoridad tendrá más poder que los que reconozca la Constitución, porque de ella depende el sistema jurídico del Estado de que se trate.⁴⁴

Obviamente la Supremacía de la Constitución implica que ésta sea el ordenamiento “cúspide” de todo el derecho positivo del Estado, situación que la convierte en el *índice de validez formal* de todas las leyes secundarias u ordinarias que forman el sistema jurídico estatal, en cuanto que ninguna de ellas debe oponerse, apartarse de las disposiciones Constitucionales. Por ende, si esta oposición, violación o dicho apartamiento se registran, la ley que provoque estos fenómenos carece de “validez formal”, siendo susceptible de declararse “nula”, “inválida”, “inoperante” o “ineficaz” por la vía jurisdiccional o política que cada orden Constitucional concreto y específico establezca.⁴⁵

Nuestra Constitución es el índice de validez formal de todas las leyes secundarias u ordenamientos del sistema jurídico estatal, en consecuencia, aquella disposición o acto jurídico que se aparte de la Constitución es nula, inválida, inoperante e ineficaz. Esta Supremacía Constitucional es tan importante, que prácticamente es un aspecto en el que no hay disparidad en cuanto a su

Dicha auto preservación reside primordialmente en el mencionado principio, según el cual se adjetiva el ordenamiento constitucional como “*ley suprema*” o “*lex legum*”, es decir, *ley de leyes*.

⁴⁴ QUIROZ ACOSTA, Enrique. Lecciones de Derecho Constitucional. Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 2002.página 98.

⁴⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, ob. cit., (nota 43), página 359.

aceptación en el mundo de la doctrina jurídica y, particularmente en la doctrina Constitucional.

En el orden jurídico de México, la Supremacía de la Constitución se encuentra comprendida expresamente en el artículo 133, que a la letra dice:

“Art. 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”⁴⁶

El precepto define los rangos normativos apegándose a la naturaleza federal del Estado mexicano. En una primera fase destaca la diferencia entre la ‘Ley Suprema de la Unión’ y las normas jurídicas de los Estados – Constituciones estatales, leyes, convenios y reglamentos locales- de tal manera que ante la alternativa que representa un conflicto entre la normativa de un Estado y la Ley Suprema de la Unión, en principio, prevalece ésta; y decimos en principio porque puede suceder que un reglamento de un Estado prevalezca sobre una ley federal con la que entre en conflicto, si ésta se desapega de la Constitución y aquel la aplica puntualmente.

En lo que se refiere a la definición de los rangos específicos de las normas, el precepto ofrece las posiciones siguientes:

- i) Primer nivel: La Constitución del Estado federal mexicano.

⁴⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**, Editorial Porrúa, 157 a edición, México, 2008. artículo 133.

- ii) Segundo nivel: leyes federales y tratados internacionales que se apeguen a la Constitución; es decir, que apliquen la norma constituyente. Es pertinente acentuar la circunstancia de que esas leyes y tratados comparten el mismo rango normativo.
- iii) Tercer nivel: Constituciones de los Estados.
- iv) Cuarto nivel: Leyes Estatales.

Por otra parte, se encuentra la determinación material de los rangos normativos, por lo que, no debemos limitarnos a los cuatro rangos que establece el artículo examinado ni a las posiciones que textualmente señala. Se implica, además, tres clases de normas que no es posible omitir: por una parte, la definición de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación producidas en las controversias Constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad, a las que se refiere el artículo 105 de la Norma fundamental, así como a la jurisprudencia establecida por los tribunales federales; en segundo lugar, los reglamentos federales y estatales; con aprobación de los congresos locales. En lo que atañe a sus posiciones normativas, observamos que las declaraciones de la Corte y la jurisprudencia definen la inconstitucionalidad o la constitucionalidad de las leyes y reglamentos federales, de los tratados internacionales, de las Constituciones estatales, y de las leyes, reglamentos y convenios locales, por ello, ocupa el rango inmediato a la Constitución; los reglamentos federales siguen a las leyes federales y tratados internacionales; los convenios estatales se localizan en el mismo nivel que ocupan las leyes de los Estados y los reglamentos locales en el nivel inmediato inferior. De esta manera, la posición de los rangos normativos del orden jurídico mexicano, es el siguiente:

- i) Primer nivel: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- ii) Segundo nivel: Resoluciones sobre controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, y la Jurisprudencia del Poder Judicial Federal.
- iii) Tercer nivel: Leyes federales y tratados internacionales.

- iv) Cuarto nivel: Reglamentos federales.
- v) Quinto nivel: Constituciones estatales.
- vi) Sexto nivel: Leyes y convenios estatales.
- vii) Séptimo nivel: Reglamentos estatales.

Como se advierte en líneas anteriores, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

2.1.3 LA INVIOLABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN.

Desde el enfoque gramatical violar significa infringir, quebrantar o romper algo. La locución inviolabilidad, ha sido usada comúnmente, dentro del derecho, para significar que los contenidos normativos deben ser acatados. Sin embargo, en puridad jurídica podemos afirmar que la Constitución, como toda norma puede ser violada o infringida; el fenómeno que comúnmente conocemos como 'violación de la Constitución' en realidad es la no aplicación de la Constitución. En otros términos, al observar una ley del Congreso que contraviene principios Constitucionales y, por lo mismo, es calificada, 'inconstitucional', podemos percatarnos que técnicamente esa ley no violó ni infringió la Constitución, sencillamente no la aplicó, por que la voluntad que tiene a su cargo hacerla –los legisladores- destendió los principios constitucionales al expedirla. En consecuencia, reiteramos que la Constitución es inviolable, es decir, puede no ser individualizada pero nunca violada.

Toda Constitución debe prever su autodefensa; ^{47*} es decir, prever sistemas de control para que se respete el régimen Constitucional. En tal sentido, debe

⁴⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, ob. cit., (nota 43), pagina 386.

contar una serie de instrumentos jurídicos para que sea respetado el mandato constitucional, de tal manera que la Constitución tenga respetabilidad, porque en gran medida la respetabilidad de la Constitución permite la existencia adecuada del Estado de Derecho.⁴⁸

La Constitución mexicana, como otras que conservan evidencias del contenido liberal-individualisata, establece su ‘inviolabilidad’ pero no se refiere a la recién explicada sino a la que contiene una elevada carga de contenido político y una aspiración ideológica poco práctica.⁴⁹ El Título Noveno de la Constitución, integrado exclusivamente por el 136, denominado de la ‘inviolabilidad de la Constitución’, ordena lo siguiente:

“Art. 136. Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.”⁵⁰

Sobre este texto Constitucional, el doctor **Burgoa** afirma lo siguiente:

“...Inviolabilidad, por ende significa la *imposibilidad jurídica* de que la Constitución sea desconocida, cambiada o sustituida por fuerzas que

Este principio obviamente no implica que la Constitución no pueda nunca contravenirse, hipótesis, por lo demás, irrealizable. Toda Constitución es susceptible de infringirse por multitud de actos del poder público, posibilidad que ella misma prevé. Tan es así que establece los medios jurídicos para impedir o remediar las contravenciones que las autoridades del Estado suelen cometer cotidianamente a sus mandamientos por una gama de múltiples causas que sería prolijo enunciar siquiera. En otras palabras, toda Constitución prevee su autodefensa instituyendo sistemas de control de diversos tipos, control que en México se ejercen primordialmente a través del juicio de amparo.

⁴⁸ QUIROZ ACOSTA, Enrique, ob. cit., (nota 44), página 121.

⁴⁹ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Ob. cit., (nota 4), página 196.

⁵⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, **Compila XV**. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

no emanen del poder constituyente o grupos o personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo...”⁵¹

2.2 LA GARANTÍA DE DEFENSA Y SU PROTECCIÓN EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Los tratados internacionales, sucritos por el Ejecutivo de nuestro país, son plenamente válidos y de observancia obligatoria en nuestro derecho, los cuales deben de ser aprobados por el Senado por disposición expresa del artículo 133 Constitucional, dispositivo que señala:

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”.⁵²

Con la salvedad que los tratados internacionales jerárquicamente están colocados por debajo de nuestra Constitución seguidos de las Leyes Federales, puesto que así ha sido establecido por la Jurisprudencia emitida por nuestro Máximo Tribunal, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno. Tesis LXXII/99, Novena época, tomo X, noviembre de 1999, primera parte, páginas 46 y 47, bajo el rubro “**TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL**”; en consecuencia, debe señalarse que nuestro país ha ratificado tres tratados internacionales que se relacionan con el derecho de defensa y por tanto la observancia de ellos resulta ser obligatoria, mismos que se enunciaran en los siguientes puntos.

⁵¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio.ob cit., (nota 43), pagina 387.

⁵² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ob. cit., (nota 38), artículo 133.

2.2.1 JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE ACUERDO CON LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DE ACUERDO CON LOS ORGANOS INTERNACIONALES DE LA OEA.

Los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución General, según ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis que a la letra dice:

“TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “...serán la Ley Suprema de toda la Unión...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la Suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la unión y de que los tratados deben de estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que solo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: Supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en su variante lisa y llana, y con la existencia de “Leyes Constitucionales”, y la de que será Ley Suprema la que sea calificada de Constitucional. No obstante, ésta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esa interpretación del artículo 133 Constitucional deriva de que estos compromisos internacionales son asumir por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional. Por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas, y por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar ésta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en ésta materia no existe limitación competencial entre la federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo

33 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 nos lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la ley fundamental, el cual ordena que “Las Facultades que no están expresamente concedidas por ésta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. No se pierda de vista que en su anterior conformación ese Máximo Tribunal había dotado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la gaceta correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa; sin embargo, éste Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.”.

No obstante la Tesis antes referida, se pueden entrecruzar normas de carácter internacional y normas de carácter nacional, lo que nos lleva a plantear, cuando se da ésta hipótesis, ¿Cuál es el derecho aplicable y cual su orden de prelación?

De acuerdo con los artículos 26, 27 y 31.1 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, las obligaciones que asumen los Estados deben ser cumplidas de *buena fe* y no debe invocarse para su cumplimiento el *derecho interno*.

Dichas normas establecen lo siguiente:

26. “Pacto sunt Servando”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe de ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado.

31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado. El contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

El derecho internacional de los Derechos Humanos, contiene en sus normas liberales y garantías mínimas que constituye un orden público internacional, por lo que los Estados partes no pueden legislar modificando derechos que se obligaron a respetar. Pueden dar más libertades, no menos.

En caso de contradicción entre las normas de carácter nacional con las normas de carácter internacional, se puede recurrir por el agraviado, a los *organismos internacionales*, los cuales no analizarán en abstracto la constitucionalidad de las leyes nacionales, pero sí el modo en que éstas se aplican en los casos concretos y *si violan un tratado internacional*.

De acuerdo a lo anterior, todo individuo, víctima de una violación de sus derechos fundamentales reconocidos por la *Declaración* y la *Convención de Derechos Humanos* tiene la "*legitimación*" de acudir ante los organismos internacionales de protección, ya que, de acuerdo con el artículo 44 de la citada *Convención* establece que:

Cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.⁵³

⁵³ CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F. EL DERECHO DE DEFENSA EN MATERIA PENAL, SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL, INTERNACIONAL Y PROCESAL. Editorial Porrúa. México, 2004. página 19.

2.2.2 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Después de la Segunda Guerra Mundial se crea Naciones Unidas en 1945 y, nace, precisamente, por la búsqueda de la internacionalización de los Derechos Humanos. Con la constitución de la ONU, nace el principio de internacionalización de los Derechos Humanos; esto es, que su protección ya no sería, exclusivamente, de la jurisdicción interna de los Estados, sino que ahora la comunidad internacional, al tomar mayor conciencia de que las violaciones de los derechos fundamentales trascendían las fronteras nacionales, consideró que se requería de una colaboración interestatal para enfrentar eficazmente su protección.

Si analizamos de manera cuidadosa la Declaración nos percataremos que no se trata de garantías individuales únicamente y no se trata nada más de una declaración tradicional, sino que involucra otro tipo de cuestiones, muchas de ellas de carácter social. Implica no solamente deberes de respeto entre los Estados, sino también acciones concretas que conciernen a la actuación de los Estado, pero también implican deberes para los propios seres humanos. Implican también una serie de lineamientos que permiten mayor igualdad en la humanidad.

En uno de los considerandos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se afirma que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”; y en otro considerando, se reitera que es “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.⁵⁴

⁵⁴ CAMARGO, Pedro Pablo. **El Debido Proceso Penal**. Tercera edición, Editorial Leyer, Bogotá, Colombia, 2004. página 70.

La Declaración Universal de Derechos Humanos incluyó la garantía universal de derecho de defensa en sus artículos 8 y 11.1, que se refieren al derecho de defensa de la manera siguiente:

“Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

“Artículo 11.1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”.⁵⁵

Derivándose de lo anterior, el reconocimiento del derecho de defensa que incluye la facultad del procesado o su defensor a interponer los recursos que sean necesarios en su beneficio cuando sus garantías individuales se vean vulneradas.

2.2.3 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

Este instrumento internacional surge a la vida jurídica para su firma, ratificación y adhesión a través de la resolución 2200 A (XXI), emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966, aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980 y ratificada por nuestro país el 24 de marzo de 1981, siendo el artículo 14.3 incisos b) y d) los que se refieren al derecho de defensa de la manera siguiente:

“Artículo 14. ... 3- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas ...**b).**- A disponer del tiempo y de los medios adecuados para

⁵⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos. <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor a su elección... **d).**- A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, el derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo...”.⁵⁶

Resulta de importancia fundamental el contenido del artículo señalado, puesto que además de garantizarse el derecho a la defensa, se introduce en el plano internacional la figura del Defensor de Oficio y sus servicios gratuitos.

2.2.4 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Tres años después de que fuera adoptado el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, que estableció el primer sistema universal de protección de los Derechos Humanos de la primera generación, en 1969, al término de Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, fue adoptada la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o “Pacto de San José”, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978,⁵⁷ la que en su artículo 8.2, refiere lo siguiente:

“Artículo 8. ...2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

⁵⁶ Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

⁵⁷ CAMARGO, Pedro Pablo. Ob. cit., (nota 54) pagina 64.

- a).**- Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b).**- Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c).**- Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa;
- d).**- Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e).**- Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo no nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f)** Derecho a la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g).**- Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h).**- Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”. (sic)⁵⁸

Resulta de gran trascendencia lo establecido en esta Convención respecto del derecho de defensa, puesto que con ella se da un paso muy importante en el reconocimiento de tal garantía en el plano internacional, de tal manera que nuestro país al haber ratificado la misma, se encuentra obligado a plasmarlo en sus ordenamientos secundarios, y los defensores en el cumplimiento de su labor deberían de exigir plenamente la aplicación del mismo, como apoyo a lo establecido en nuestra Constitución.

⁵⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos. http://www.comisionrtc.gob.mx/legislacion/conv_der_hum.html

2.3 EL DERECHO DE DEFENSA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Es importante resaltar que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, tiene como antecedente el Código de Organización de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal para el Distrito Federal y Territorios, que fue publicado por decreto de fecha 9 de febrero de 1929, entrando en vigor el día 15 de diciembre del mismo año, ordenamiento legal, que en los artículos 266 a 268, reguló el derecho de defensa, de la manera siguiente:

"...CAPÍTULO VII

De los Defensores.

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

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

Artículo 268. Los defensores, antes de entrar al desempeño de su cargo, otorgarán ante el juez, la protesta en los términos siguientes: "Protestáis desempeñar legalmente el cargo de defensor de XXX que se ha conferido" El defensor contestará: -"Si protesto"- El juez agregará: "Si no lo hiciere así la justicia os lo demande"...".

Tal como quedó asentado en el citado Código, se estableció un capítulo especial que regulaba la actuación del defensor y la protesta solemne que tenía que otorgar, llamando la atención el hecho de que el defensor particular tenía la obligación de dar a conocer la cantidad que cobraría por su actuación como defensor, lo que de alguna manera implicaba también una obligación para con el

Juez, para que éste, pudiera en un momento determinado exigir al profesionalista un adecuado desempeño.

Es en este sentido que al analizar la normatividad existente en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal vigente, en el cual se encuentra la regulación de la actuación del defensor, sea éste particular o de oficio, en donde se observa una serie de artículos dispersos y oscuros, que pueden confundir a quien lo aplica o interpreta al establecer el derecho de defensa en la averiguación previa y en otros preceptos del mismo ordenamiento legal, esta garantía se restringe o nulifica en la misma instancia investigadora, en otros casos se da la apariencia que el derecho de defensa se establece después de recibirse la declaración preparatoria y por tanto su ejercicio pretende ser específico para la instrucción y no antes y gracias a tal ambigüedad se cometen las más grandes arbitrariedades y violaciones al derecho de defensa, en detrimento de las personas sujetas a investigación e inclusive en el proceso, por lo que a continuación se señalan los numerales más importantes que regulan la garantía de defensa en el ordenamiento adjetivo y que son los siguientes:

"Artículo 134 bis.-... los indiciados desde la averiguación previa podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otro, el Ministerio Público le nombrara uno de oficio...".

Visto de forma optimista el derecho de defensa previsto a nivel Constitucional se amplía, atendiendo al texto del artículo en cuestión, todo individuo sujeto a investigación, tendrá en consecuencia la facultad de nombrar a un defensor o una persona de confianza y de no hacerlo, el Ministerio Público le nombrara un defensor de oficio, sin embargo no siempre es así, pues el artículo 134 en cita restringe tal derecho al puntualizar:

"Artículo 134. Siempre que se lleve a cabo una aprehensión en virtud de orden judicial quien la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido sin dilación a disposición del juez respectivo, informando a éste acerca de la fecha, hora y lugar en que se efectuó, y dando a conocer al aprehendido el derecho que tiene para designar defensor."

De lo anterior, pareciera que el inculpado sólo tendrá derecho a nombrar defensor después de su aprehensión, pero no en la fase indagatoria ante el Ministerio Público, es decir, que es después de que se integró la averiguación previa y el juez libró una orden de aprehensión cuando adquiere esta facultad, pues además el artículo 269 fracción III refiere:

"Artículo 269. Cuando el inculpado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguientes forma:...

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

Dichos derechos son: ...

b).- Que debe tener una *defensa adecuada* por sí, por abogado o por persona de su confianza y si no quisiere o pudiere designar defensor se le designara desde luego un defensor de oficio;

c).- Ser asistido por su defensor cuando declare;

d).- Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;

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

Aparentemente, lo anterior acrecenta el panorama para ejercer el derecho de defensa a favor del indiciado, puesto que se establece el derecho a que el defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa (pero no señala que pueda intervenir en ella), pero es de todos sabido que en la práctica cotidiana no se presenta de esa manera y da pie a que la autoridad ministerial haga nugatorio ese derecho, puesto que como lo citan los artículos que a continuación se mencionan, se da a entender que su derecho a nombrar un defensor es posterior al momento en que el Agente del Ministerio Público ejerce pretensión punitiva en su contra, en virtud de que los artículos 290 y 294 del Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal, al referirse a la diligencia de declaración preparatoria indican:

"Artículo 290. La declaración preparatoria comenzará, por las generales del indiciado en las que incluirá también los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le nombrará un defensor de oficio...".

"Artículo 294. Terminada la declaración u obtenida la manifestación del indiciado de que no desea declarar, el juez nombrará al procesado un defensor de oficio, cuando proceda, de acuerdo a la fracción III del artículo 269 de este Código."

El texto de los artículos mencionados confirman que, será hasta que sea rendida la declaración preparatoria, cuando el inculpado tenga derecho a nombrar defensor sea particular, de oficio o persona de su confianza, por lo que, observada la normatividad existente puede advertirse que en un momento dado el ejercicio del derecho de defensa está ampliamente garantizado, pero en otros

numerales se restringe y escudado en ello y en el mismo texto de la fracción IX del artículo 20 Constitucional es que en la Averiguación previa, el Representante de la Sociedad, impide que el indiciado nombre a un defensor sea particular o de oficio y en la mayoría de las averiguaciones encontramos a un personaje que toma el lugar de un defensor nulificando el derecho de defensa, siendo este personaje la llamada *persona de confianza*, sin que con tal designación pueda imputarse a la autoridad ministerial, violación Constitucional alguna, toda vez que él cumplió con la exigencia establecida en nuestro máximo Ordenamiento legal al nombrar para que defienda a un individuo a la persona de confianza, constituyéndose así toda la fase indagatoria en una etapa procedimental inquisitoria.

2.4 EL DERECHO DE DEFENSA EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. (ARTÍCULO 128 Y 160).

Por lo que respecta a la normatividad existente en el Código Federal de Procedimientos Penales vigente, la institución de derecho de defensa, se encuentra regulada en una serie de artículos, mismos que pueden llegar a confundir a quienes lo aplican o quienes lo interpretan al tratar de establecer un adecuado derecho de defensa, dentro de la Averiguación Previa, toda vez que dicha garantía se restringe a este nivel, ya que se regula de la siguiente manera:

(ADICIONADO, D.O.F. 8 DE ENERO DE 1991) (REPUBLICADO, D.O.F. 9 DE ENERO DE 1991)

“ARTICULO 127 Bis. Toda persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él.

El abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido.⁵⁹

Como se puede apreciar del artículo que antecede, se considera que amplía de cierta forma el derecho de defensa, dentro de la etapa de la Averiguación Previa, toda vez que, de la redacción del mismo se advierte que toda persona al momento de rendir la declaración, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado, sin que el legislador precise en qué etapa, ya sea en Averiguación Previa o en el proceso, solamente refiere que al momento de rendir declaración, por lo que da pauta a que se considere que tendrá el derecho de ser asistido por un abogado en el periodo de la Averiguación previa, sin que esto sea asentado de manera explícita. Por otra parte el artículo 128 fracción III puntualiza:

(REFORMADO, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)

“ARTICULO 128.- Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:...

Fracción 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;

⁵⁹ Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial ISEF, México, 2008. artículo 127

- 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;...”⁶⁰

El artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, fue modificado mediante las reformas del 10 de enero de 1994, que fueron encaminadas a brindar seguridad jurídica a los inculcados en el período de

⁶⁰ Idem., artículo 128

averiguación previa, lo anterior a fin de que dicho artículo estuviera acorde y tuviera congruencia con lo establecido en el nuevo texto del artículo 20 de la Constitución Federal en sus fracciones I, II, V y IX, así como en los tres párrafos que siguen a la X, que como se aprecia en líneas anteriores fueron reformadas y publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993; en las cuales se precisan reglas dirigidas a dar debido cumplimiento a esas disposiciones, construyendo un marco de seguridad jurídica para quienes figuren como indiciados en la averiguación previa, a partir de que, en caso de ser detenidos, inclusive cuando se presenten voluntariamente ante el Ministerio Público, se haga constar el día, hora y lugar de la detención o de la comparecencia, así como el nombre y cargo de quien haya ordenado aquella, agregándose un informe circunstanciado de quien haya realizado la detención o recibido al detenido; y también de que inmediatamente se le hagan saber al inculpado los derechos que la Constitución le otorga en ese período.

Tales derechos se refieren: a que no se le obligue a declarar; a tener *una defensa adecuada* y a que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación; a que se le reciban pruebas y se le permita la consulta, con su defensor, del expediente en la oficina del Ministerio Público; a concederle inmediatamente su libertad provisional caucional, si procediere; a contar con traductor si se trata de indígena o extranjero que no hable o no entienda suficientemente el castellano; a permitir comunicarse por teléfono o por otro medio con quien lo desee; debiéndose dejar constancia en el expediente de la información que se le dé sobre los derechos mencionados.

Aparentemente el artículo que antecede amplía el panorama para ejercer el derecho de defensa a favor de toda persona que se encuentre con el carácter de indiciado, puesto que se establece el derecho a que el defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa (pero omitieron señalar que el defensor podrá intervenir en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la Averiguación Previa), pero es de todos sabido que en la práctica cotidiana no se presenta de esa manera y da pie a que la autoridad

ministerial haga nugatorio ese derecho, ya que como lo señalan los artículos que a continuación se mencionan, se da a entender que el derecho de los indiciados a nombrar un defensor es posterior al momento en que el Agente del Ministerio Público ejerció pretensión punitiva en su contra, en virtud de que los artículos 154 del Código Federal de Procedimiento Penales, al referirse a la diligencia de declaración preparatoria indica:

“(REFORMADO, D.O.F. 8 DE ENERO DE 1991) (REPUBLICADO, D.O.F. 9 DE ENERO DE 1991)

“ARTICULO 154. La declaración preparatoria comenzará por las generales del inculcado, en las que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el *derecho que tiene para defenderse por sí o por persona de su confianza*, advirtiéndole que si no lo hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio.

(ADICIONADO, D.O.F. 18 DE DICIEMBRE DE 2002)

Si el inculcado pertenece a un pueblo o comunidad indígenas, se le hará saber el derecho que tiene de ser asistido por un intérprete y por un defensor que tengan conocimiento de su lengua y cultura, en términos del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Si el inculcado no hubiere solicitado su libertad provisional bajo caución, se le hará nuevamente conocedor de ese derecho en los términos del artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 399 de este Código.

(REFORMADO, D.O.F. 18 DE MAYO DE 1999)

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

Igualmente se le harán saber todas las siguientes garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: que se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, en los términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite, siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio; así como que será sentenciado antes de cuatro meses, si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, o antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo; y que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

Acto seguido el juez le interrogará sobre su participación en los hechos imputados, y practicará careos entre el inculpado y los testigos que hayan declarado en su contra y estuvieren en el lugar del juicio, para que aquél y su defensor puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, mismo derecho que también corresponde al Ministerio Público.”⁶¹

Del contenido del artículo que antecede se advierte que, será hasta que se rinda la declaración preparatoria, cuando se le haga saber al inculpado el *derecho que tiene para defenderse por sí o por persona de su confianza*, advirtiéndole que si no lo hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio, por lo que dicho artículo restringe en gran magnitud el “*adecuado derecho de defensa*” del cual debe gozar

⁶¹ Idem., artículo 154

actualmente el indiciado, que se encuentra plasmado en el artículo 20, fracción IX, de nuestra Ley Suprema, toda vez que en dicho numeral no se le da el derecho al indiciado de nombrar abogado, sino que únicamente enuncia el derecho que tiene para defenderse por sí o por persona de confianza, siendo que en caso contrario se le nombrara defensor de oficio. Por otra parte se encuentra el artículo 160, que a la letra dice:

“ARTICULO 160. No pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados. Tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el Capítulo II, Título Décimosegundo del Libro II del Código Penal, ni los ausentes que, por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento (sic) a todo defensor.

(REFORMADO [N. DE E. ADICIONADO], D.O.F. 10 DE ENERO DE 1986)

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

(REFORMADO [N. DE E. ADICIONADO], D.O.F. 24 DE DICIEMBRE DE 1984)

Si el inculpado designare a varios defensores, éstos deberán nombrar en el mismo acto a un representante común, y si no lo hicieren, en su lugar lo determinará el juez.”⁶²

⁶² Idem., artículo 160

Como se observa, el derecho de defensa regulado en materia federal, de cierta forma acrecienta aún más el derecho de defensa con el cual debe de contar el inculpado, toda vez que realiza una excluyente, sobre las personas que no pueden ejercer una defensa a favor de los inculpados. Asimismo y con las reformas realizadas en el párrafo segundo, del artículo 160, de fecha 10 de enero de 1986, se regula la figura de la llamada “persona de confianza”, quien en caso de que sea designada para efectos de ejercer el derecho de defensa del inculpado, y que esta designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en Derecho o autorización de pasante, conforme a la Ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa, por lo que, de esta manera el inculpado gozará de una defensa adecuada, a cargo de un profesional del derecho. A consideración de la suscrita, es preciso atender en forma adecuada a eventos que, como el proceso penal, afectan profundamente los derechos de una persona, toda vez que, la pena impuesta representa la medida más grave y, por ello, también la más problemática, ya que su imposición significa un menoscabo total del bien supremo del hombre, siendo éste la libertad. Por ello, se previene que cuando el defensor designado no sea jurista, el tribunal ordene la intervención de un defensor de oficio que asista a la persona de confianza y oriente directamente al inculpado.

Tras la reforma de 1993, la fracción IX del artículo 20 Constitucional, establece el “derecho a una defensa adecuada”, criterio que guiará la calificación de la defensa para establecer si el proceso se ha desarrollado debidamente o si existe causa para anular actuaciones, en virtud de que el inculpado no contó con “la defensa adecuada”, que la Constitución estipula. Esta defensa sigue diciendo el precepto, se ejercerá “por sí (es decir, por el propio inculpado), por abogado o por persona de su confianza”. He ahí según la interpretación común, el principio de libre defensa: no exige la Constitución que el defensor sea siempre un perito en Derecho, es decir, basta con que lo designe el procesado a título de “persona de

confianza". Por lo que ningún ordenamiento legal puede reducir el alcance de ésta potestad que la norma suprema confiere.

Por fortuna y para mejorar la suerte del inculcado, el Código Federal de Procedimientos Penales previene que cuando el designado no sea jurista el Juzgador podrá nombrar a un defensor de oficio –abogado, pues- para asesore a su defensor.

Sin embargo, es de destacarse que en el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales, casuísticamente se 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.

En ese contexto, aun cuando el artículo 132 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que en la etapa de la averiguación previa serán aplicadas, en lo conducente, las disposiciones contenidas en el título sexto de la misma legislación, denominado "Prueba"; es evidente que al encontrarse ubicado el artículo 160 antes aludido, en el Capítulo II, denominado "Declaración preparatoria del inculcado y nombramiento del defensor", el cual, a su vez, se encuentra inmerso en las disposiciones del Título Cuarto, referente a la "instrucción", este numeral no puede ser aplicado en esa etapa previa, y no obstante que en el penúltimo párrafo del artículo 20 de nuestra Carta Magna se establezca que: "Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan ...", esta disposición no puede hacerse extensiva al precepto secundario en cita, dado a que en ese mismo ordenamiento procesal textualmente se establece que en la práctica de diligencias de averiguación previa se aplicará lo

previsto en el Título Sexto, mas no lo establecido en el Título Cuarto, en el cual se encuentra inmerso el numeral 132 aludido. Lo anterior lamentablemente encuentra sustento en la jurisprudencia 1ª./J.9/2006, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 83, tomo XXIII, Marzo de 2006, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que a la letra dice:

“DECLARACIÓN ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN. NO CONSTITUYE REQUISITO LEGAL QUE LA PERSONA QUE ASISTA A LOS INculpADOS EN SU DESAHOGO SEA UN LICENCIADO EN DERECHO. De la interpretación del artículo 20, apartado A, fracción X, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que no necesariamente debe ser un profesional del derecho la persona que asista a los inculpados cuando rindan sus declaraciones ministeriales en una averiguación previa federal, porque la garantía de defensa consagrada en dicho precepto fundamental, que textualmente refiere: "Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan", está sujeta a las limitaciones y reglamentaciones que al respecto establezca el legislador ordinario en la legislación procesal respectiva. En ese sentido, si el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales -el cual resulta aplicable al regir específicamente a esa garantía en esta fase previa procedimental- no señala la mencionada exigencia, es inconcuso que los inculpados pueden ejercer dicha garantía constitucional por sí, por un abogado, o por persona de su confianza. De ahí que para el debido desahogo de esas diligencias ministeriales no se requiera que la designación aludida recaiga forzosamente en un licenciado en derecho.

De ahí que se arribe a la consideración de que para colmar a esa garantía de defensa adecuada en la etapa previa no se requiera del asesoramiento del profesional a que he referido, dado que esa exigencia legal no se encuentra contenida en nuestra Constitución.

Por lo que, una vez que fueron analizados los artículos del Código Federal de Procedimientos Penales, en los cuales se encuentra enunciado el derecho de defensa que tendrá el gobernado, dentro del proceso penal, se advierte que en determinado momento el ejercicio del derecho de defensa se encuentra ampliamente garantizado, lamentablemente existe el caso que en otros artículos

se restringe dicho derecho. Por tal razón, es que en la etapa de la Averiguación Previa, el Representante de la Sociedad, obstaculiza en la práctica la garantía Constitucional que tiene el indiciado de nombrar abogado, ya sea particular o de oficio, por lo que en gran parte de las averiguaciones encontramos, que en el acto en que los indiciados rinden su respectiva declaración aparece una figura llamada "*persona de confianza*", quien generalmente no cuenta con conocimientos jurídicos y en ocasiones no cuenta ni con los estudios básicos, viéndose de tal manera vulnerada la garantía a una defensa adecuada y poniendo en desventaja al indiciado frente al Representante Social, toda vez que éste cuenta con los estudios necesarios y los conocimientos jurídicos que se requieren para comprender la magnitud de los actos que se realizan en el ámbito del derecho penal, sin que con la designación de la llamada "*persona de confianza*" pueda imputarse a la autoridad ministerial, violación Constitucional alguna, debido a que esta institución cumplió con la exigencia establecida en nuestro máximo ordenamiento al nombrar para que defienda a un individuo a la persona de confianza, constituyéndose así toda la fase indagatoria en una etapa procedimental inquisitoria.

Por último, y después de un análisis cuidadoso de cada uno de los instrumentos jurídicos, en los cuales se encuentra regulado el derecho de defensa, se considera pertinente hacer mención que en el contenido intrínseco de los artículos existe cierta discordancia entre los mismos, ya que podrían llegar a confundir a quien lo aplica o interpreta al establecer el derecho de defensa en la averiguación previa o en su caso en el proceso penal, ya que esta garantía se restringe o nulifica en la misma instancia investigadora, en otros casos se da la apariencia que el derecho de defensa se establece después de recibirse la declaración preparatoria. Lo anterior en virtud de que tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, existe una ambigüedad, respecto a enunciar los derechos con los cuales cuenta el sujeto sobre el cual recae la norma jurídica, ya que a lo largo de los

artículos previamente analizados, nuestra legislación hace uso indistintamente de los conceptos de inculpado, indiciado, procesado; por lo tanto, y gracias a tal ambigüedad se cometen las más grandes arbitrariedades y violaciones al derecho de defensa, en detrimento de las personas sujetas a investigación e inclusive sujetas a proceso.

Por lo que, la mayoría de los autores han coincidido en señalar en que el sujeto contra el que se dirige la pretensión del acusador debe recibir diferente denominación de acuerdo con la etapa en que se encuentre el proceso, a saber: *indiciado* cuando existan sospechas o indicios de que ha cometido algún delito, es decir, durante la averiguación previa; *procesado* cuando se dicta un auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el individuo queda a disposición del juez; *acusado* cuando se formulen las conclusiones acusatorias, por parte del Agente del Ministerio Público; *sentenciado* cuando se ha dictado la sentencia definitiva, y *reo* cuando la sentencia, si es condenatoria, cause estado.⁶³

⁶³ LÓPEZ BETANCOURT, Raúl Eduardo, ob. cit., (nota 19) pagina 62.

CAPÍTULO III

EL DERECHO DE DEFENSA COMO EL ELEMENTO ESENCIAL DEL DEBIDO PROCESO.

Es evidente, a la luz de lo expuesto que desde **Beccaria**, hasta nuestros días, existe una ininterrumpida línea de pensamiento de notoria coincidencia en establecer estrecha relación entre el valor esencial de la persona y su derecho a la defensa, ante la imputación y la pretensión punitiva de los poderes públicos. Si bien, puede variar la metodología filosófica en el tratamiento analítico del tema, y si es dable observar diferentes caminos en el desarrollo especulativo, la meta a la que se arriba es la misma: *la necesidad de establecer garantías reales y operantes frente al poder radica, en última instancia, en que el hombre es un fin en sí mismo, un sujeto fundamental del derecho y que, antes de someterlo a castigo – por justo que éste sea- deben de agotarse todas las instancias para la exacta determinación de la imputación, otorgándosele posibilidades de descargo, oportunidad de ser oído y medios para oponerse idóneamente a la acusación. Y sólo cumplidos estos requisitos, el pronunciamiento podrá ser considerado conforme al derecho y a la justicia.*

Esta idea de racionalidad, que también es base de las concepciones modernas sobre el Estado democrático, ha influido en gran medida en la teoría del proceso, concebido como un orden de etapas y oportunidades armónicamente distribuidas donde intereses contrapuestos –pero no divergentes- al enfrentarse en un juego dialéctico que se llega a un intento de síntesis final, ésta consiste en la sentencia con la que culmina el proceso, la cual será dictada por el órgano jurisdiccional, mediante los elementos que le sean aportados por las partes dentro del proceso penal. En dicho proceso se encuentran inmersas diversas garantías, entre éstas el derecho a una adecuada defensa, la cual constriñe a desempeñar un debido proceso.⁶⁴

⁶⁴ VAZQUEZ ROSSI, Jorge E. ob. cit., (nota 33), Pagina 55.

En las épocas primitivas de la humanidad no hubo proceso, sino auto justicia. Los poderosos y los fuertes disponían, a su arbitrio, de la vida, la libertad y de los bienes de los débiles y subyugados, pues “la historia de los derechos humanos es, a grandes rasgos la lucha incesante de los oprimidos contra los opresores, de los débiles contra los fuertes y los explotados, que siempre han sido mayoría, contra los grupos de explotadores”.

El indebido proceso, cuando surgió en Europa el Estado Feudal regido por el Faustrech al servicio de los señores feudales en la Época medieval, era el denominador común de la desigual administración de justicia. La misma inquisición no fue otra cosa que el indebido proceso penal en nombre de la justicia divina para castigar, sin garantías, a los ofensores de la fe católica.^{65*}

Por lo que, el debido proceso es una conquista paulatina de la humanidad civilizada, que logra imponerse frente al absolutismo y la autocracia. Es, en otras palabras, el freno legal que los gobernados logran, después de muchos siglos de injusticia y atropellos, imponerle a los gobernantes arbitrarios.

En suma, las garantías del debido proceso y del juicio público y justo se entrelazan recíprocamente y son la base y límite de la función jurisdiccional del Estado en la implantación de la justicia, especialmente en el campo penal, pero sin excluir la civil, administrativa, laboral, etc. Esas garantías integran el derecho a un juicio equitativo e imparcial, frente al juicio desigual, inequitativo, secreto y parcial, inherente a la inquisición medieval, resucitado, en algunos confines, en el siglo XX.

^{65*} Las bases de la inquisición fueron establecidas por el Concilio de Verona (1183). Además de España, los Tribunales de Inquisición existieron en otros países, como Italia, Venecia, Florencia, Roma etc. Obviamente en los tribunales eclesiásticos hubo indebido proceso, donde el reo era juzgado y condenado sin ninguna garantía. El juez era el acusador y el verdugo. La tortura judicial se aplicó hasta el Siglo XIV. Entre 1250 y 1800 el juez, solía decretar la tortura si no había plena prueba sino indicios contra el acusado, en presencia de un notario y un médico, sin la concurrencia de abogado. En donde la intensidad de la tortura era al criterio del juez.

Tales garantías, que han sido introducidas como derechos fundamentales en las Constituciones políticas que contienen los estados de derecho, reciben el nombre de **garantías judiciales** en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.⁶⁶

Desde luego, el termino **garantías judiciales** equivale a **debido proceso legal**, con asiento en la Constitución como derecho fundamental, la cual destina para tal garantía los artículos 13, 14, 16, 17, 20 y 21, que a la letra dicen:

“...ARTÍCULO. 13.- Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda...”

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

(REFORMADO, D.O.F. 9 DE DICIEMBRE DE 2005)

Nadie podrá ser privado 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.

⁶⁶ CAMARGO, Pedro Pablo. Ob. cit., (nota 54), pagina 21

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún 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...”

“...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.

(REFORMADO, D.O.F. 8 DE MARZO DE 1999)

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.

(ADICIONADO, D.O.F. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)

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.

(ADICIONADO, D.O.F. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)

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.

(ADICIONADO, D.O.F. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)

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.

(ADICIONADO, D.O.F. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)

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.

(ADICIONADO, D.O.F. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse 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.

(ADICIONADO, D.O.F. 3 DE JULIO DE 1996)

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.

(ADICIONADO, D.O.F. 3 DE JULIO DE 1996)

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 (sic) fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescriptas (sic) para los cateos.

(ADICIONADO, D.O.F. 3 DE FEBRERO DE 1983)

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

(ADICIONADO, D.O.F. 3 DE FEBRERO DE 1983)

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...”

“...ARTÍCULO 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil...”

“...(REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

ARTÍCULO 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

(ADICIONADO, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

A. Del inculpado:

(REFORMADA, D.O.F. 3 DE JULIO DE 1996)

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

(REFORMADA, D.O.F. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)

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

(REFORMADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

IV.- Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo;

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

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

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

(REFORMADA, D.O.F. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

(REFORMADA, D.O.F. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)

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; y,

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

(REFORMADO, D.O.F. 3 DE JULIO DE 1996)

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

(ADICIONADO, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

B. De la víctima o del ofendido:

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

I.- Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

II.- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

III.- Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de

violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

VI.- Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

(DEROGADO ULTIMO PARRAFO, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

“(REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O.F. 3 DE JULIO DE 1996)

ARTÍCULO 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

(REFORMADO, D.O.F. 3 DE FEBRERO DE 1983)

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

(REFORMADO, D.O.F. 3 DE FEBRERO DE 1983)

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

(ADICIONADO, D.O.F. 31 DE DICIEMBRE DE 1994)

Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

(ADICIONADO, D.O.F. 20 DE JUNIO DE 2005)

El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

(ADICIONADO, D.O.F. 31 DE DICIEMBRE DE 1994)

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

(ADICIONADO, D.O.F. 31 DE DICIEMBRE DE 1994)

La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios se coordinarán, en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública...⁶⁷

Por lo que, una vez que han sido enunciados los artículos en los que se encuentra inmersa la garantía de debido proceso resulta imprescindible hacer alusión al derecho de defensa con el cual deben de contar los inculcados en el proceso penal, de lo cual el Poder Constituyente sentó las bases para que en la fase jurisdiccional el presunto responsable de un delito contara con una defensa adecuada.

⁶⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Compila XV. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

Dicha defensa consiste en dar a todo inculpado el derecho de aportar pruebas, promover los medios de impugnación frente a los actos de autoridad que afecten los intereses legítimos de la defensa, exponer la argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto y utilizar los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa.

Esta garantía se hizo extensiva a la etapa de averiguación previa, con la salvedad de que debe ser en lo que se adapta a la naturaleza administrativa de la misma, lo que significa que según lo permita la naturaleza de las actuaciones o diligencias que deban desahogarse en la averiguación previa, podrán observarse cabalmente las garantías que el inculpado tiene en la fase jurisdiccional.

El Derecho Penal en la actualidad está reservado al Estado, de ese monopolio del poder penal en el Estado resultan las tareas que fueron asignadas al Derecho Procesal Penal. Pues si el Estado prohíbe, por principio, la venganza privada, entonces nace para él, la obligación de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento. Este desarrollo, con el cual, a partir de la supresión del derecho de venganza privada, surgieron los derechos Penal y Procesal Penal modernos, tuvo consecuencias muy benéficas para la libertad y seguridad del individuo. Por otra parte, no debemos ignorar, que el aumento del poder que el Estado recibió a través de la transmisión de la violencia penal puede significar también un gran peligro para aquella persona que, siendo quizá inocente, ha caído en sospecha. Por ello, con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió a la vez la necesidad de elegir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal.

Los límites a la facultad de intervención del Estado, que deben proteger al inocente frente a persecuciones injustas y afectaciones excesivas a la libertad, y

que también deben asegurar al culpable la salvaguarda de todos sus derechos de defensa, caracterizan al principio de formalidad del procedimiento.⁶⁸

Por lo que, una vez que han sido analizados los antecedentes Constitucionales e históricos del derecho de defensa en nuestro sistema, así como su marco jurídico, se debe analizar la realización dentro de la peculiar estructura en que opera. Es evidente que la defensa, en cuanto concepto y actividad jurídica, no se concibe fuera de esa particular configuración normativa que es el proceso.

3.1 CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL PENAL

El Derecho Procesal Penal se conforma de normas jurídicas que son parte del derecho público interno y que mantienen relaciones entre el Estado y los particulares; gracias a ellas se aplica el Derecho Penal sustantivo, con lo cual, se logra garantizar la grata convivencia social.⁶⁹ Acerca de este tema, el maestro **Julio Hernández Pliego** dice:

El Derecho Procesal Penal surge como un conjunto de normas jurídicas correspondientes al derecho público interno, en tanto regulan relaciones entre el Estado y los particulares destinatarios de ellas (aunque no exclusiva) que hacen posible la aplicación del derecho penal sustantivo a los casos concretos, con el propósito de preservar el orden social.

En el mismo tenor, el doctor **Eugene Florian** refiere: “el Derecho Procesal Penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan y disciplinan el proceso, sea en su conjunto, sea en los actos particulares que lo integran.”⁷⁰ En este sentido, el maestro **Barragán Salvatierra**, señala: “el derecho procesal penal es el conjunto

⁶⁸ ROXIN, CLAUS. Ob. cit., (nota 32), pagina 2.

⁶⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Raúl Eduardo. Ob. cit., (nota 19), pagina 1.

⁷⁰ FLORIAN, EUGENE. **Elementos del Derecho Procesal Penal**. Volumen I. Editorial Jurídica universitaria. México, 2002, pagina 3.

de normas jurídicas que regulan el procedimiento penal, ya sea en su conjunto o en los actos particulares que lo integran”.

En este sentido y como se puede observar de las definiciones que anteceden, tenemos que el Derecho Procesal Penal tiene como base fundamental la aplicación de las leyes, cuyo fin consiste no sólo en configurar las instituciones que regirán a la sociedad, sino en establecer las restricciones necesarias al ejercicio de la libertad, con miras a que ésta no llegue a lesionar los intereses de la sociedad y del propio Estado, toda vez que permitir la manifestación de una libertad subjetiva total conllevaría a la posibilidad del caos y, en consecuencia, el rompimiento del orden social. Dichas normas jurídicas o leyes son aplicadas por medio de órganos del Estado; es así como se explica la aparición del *ius punendí*, función exclusiva del Estado, como se verá en el apartado siguiente. El derecho de castigar, corresponde precisamente a la autoridad; la cual, debe velar en los sistemas democráticos modernos, por los derechos a favor de las partes involucradas, por lo que, nace para el Estado la obligación de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento.

Por su parte, el profesor **Guillermo Colín Sánchez** dice: “es el conjunto de normas internas y públicas, que regulan y determinan los actos, las formas y formalidades que deben observarse para hacer factible la aplicación del Derecho Penal sustantivo.”⁷¹

Por lo que, al respecto el doctor **López Betancourt** refiere: el concepto de derecho procesal penal debe ir más allá de la simple imposición de sanciones o de claridad en la aplicación de la ley; por ello, es imprescindible que atienda con mayor eficacia el reclamo de principios de justicia que abarca por igual a la víctima y al victimario, en su concepto se ha de incluir la consolidación del estado

⁷¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**. Décimo octava edición. Editorial Porrúa, México, 2002, página 5.

de derecho, que asegure la supremacía de la ley como expresión de la voluntad social; asimismo, debe buscar la protección de la colectividad, de forma inmediata y mediata, de inicio una justa aplicación de la ley, y de modo próximo preservar un estado democrático, en el que se respeten los Derechos Humanos, las culturas y las tradiciones, el mejoramiento de la economía, y en general, una mejor calidad de vida, lo cual en conjunto, permitirá lograr una grata convivencia social.⁷²

El Derecho Procesal exige orden y sistematización para su estudio, donde esté implícita desde su inicio la presencia plena de libertades de las partes involucradas. En el proceso participan distintas personas (Juez, Ministerio Público, acusado, víctima), a éstas se les denominan partes del proceso, a quienes se les asignan derechos y deberes. Por lo que respecta al victimario, adquiere diversas denominaciones dentro y fuera del proceso, como han sido analizadas en el Capítulo que antecede, las cuales son: indiciado, acusado, procesado y sentenciado; éste insistimos, debe ser tratado con igualdad, tener acceso a un adecuado derecho de defensa, garantizado tal derecho por un perito en la materia, es decir, por un licenciado en derecho, a efecto de no dejar en estado de indefensión a éste, toda vez la garantía de defensa contenida en la fracción IX del artículo 20 Constitucional, únicamente es aplicable en las etapas de preinstrucción, instrucción, primera instancia y segunda instancia de que consta un proceso penal, sea que se siga ante una autoridad judicial del fuero común o del fuero federal. Por lo anterior, es de resaltar que en la etapa de averiguación previa el indiciado, según el propio texto del artículo 20 Constitucional, apartado A, fracción X, párrafo cuarto, el indiciado contará con el derecho a una defensa adecuada, lo cual mediante reformas de 3 de julio de 1996 fue contemplado para hacer extensiva dicha garantía a la etapa de Averiguación Previa. Aunado a lo anterior, cabe hacer mención que en la práctica en la etapa de la Averiguación Previa el indiciado no cuenta con un adecuado derecho de defensa, ya que se enfrenta a una acusación, ejercida por el Ministerio Público, quien sí es un perito

⁷² LÓPEZ BETANCOURT, Raúl Eduardo. Ob. Cit., (nota 19), pagina 2.

en la materia, en tal razón, el indiciado se encuentra en un estado de indefensión ante tal arbitrariedad.

De ahí que se arribe a la consideración de que para colmar a esa garantía de defensa adecuada en la etapa previa no se requiera del asesoramiento del profesional referido, dado que esa exigencia legal no se encuentra contenida en nuestra Constitución. Lo que a consideración de la sustentante deja en estado de indefensión al procesado, toda vez que en dicha etapa no se cuenta con una defensa adecuada, dando entrada a la figura de la persona de confianza, quien generalmente no cuenta con conocimientos jurídicos, lo que causa un eminente menoscabo en las garantías del indiciado. Toda vez que, frente al derecho u obligación de la ciudadanía y del Estado de presentar su acusación, surge la garantía del presunto a defenderse de la imputación, ante el órgano procurador de justicia correspondiente; básicamente la contraparte del derecho a ejercer la acción penal lo constituye la garantía de defensa del inculpado, según el principio de que *nadie puede ser condenado sin ser previamente oído*.

El Derecho Procesal Penal busca objetos claramente concernientes al orden público, como observar las relaciones armónicas y cordiales en la sociedad, por medio de la intervención de la justicia. En el proceso jurídico siempre está presente el Estado, por lo que, puede considerarse entonces que el Derecho Procesal Penal rige el ejercicio de una actividad pública, rechazando toda conducta de carácter privado que pudiera surgir en el proceso.

Como sabemos, de manera tradicional y discutible, el derecho suele dividirse en público y privado, asimismo, el derecho público se divide en externo e interno. Mientras que el derecho público externo se encarga de cuestiones de orden Estado-Estado, el interno abarca relaciones del orden público, el Estado, con el individuo; dentro de éste, se encuentran tanto el proceso como el Derecho Penal.

La naturaleza jurídica del Derecho Procesal Penal, ubica a éste dentro del derecho público interno; su objetivo es ejecutar el derecho, pudiendo emplear medios coercitivos procesales contra aquellos que se impongan a él. La naturaleza jurídica del Derecho Procesal Penal está ligada al logro de la grata convivencia social; lo cual, va a obtenerse mediante el derecho a un proceso justo, en el que estén presentes de manera fundamental los principios de celeridad y eficacia.

La celeridad suele ser un objetivo inalcanzable, pues en ocasiones los juicios son largos y tediosos; por otro lado, la eficacia está orientada a desentrañar la verdad, que todo se resuelva con justicia, algo que de inicio es opuesto a la clásica respuesta de los medios judiciales, donde se dice que todo se resolvió conforme a derecho, o sea, de acuerdo a las pruebas o los testimonio, y no con el sentido real y correcto de los hechos, con los principios de la verdad y no la verdad formal del derecho. La eficacia del Derecho Procesal Penal busca la justicia.

Respecto al Derecho Procesal Penal, doctor **Sergio García Ramírez** menciona:

Ante todo su fin es eminentemente público, a saber: la obtención de la paz social mediante la justicia. En segundo término se habla de interés, en efecto, público, que versa en la solución procesal del litigio. A continuación es pertinente mencionar a los sujetos que intervienen en la relación que por medio del proceso se establece. Uno de estos sujetos, que actúa como soberano, es el Estado. De aquí se desprende un cuarto dato, que en el proceso entra en juego la función jurisdiccional del Estado, inequívocamente pública. Las normas del derecho procesal regulan con mayor o menor intermediación el ejercicio de una actividad pública.

A su vez, el maestro **Julio Hernández Pliego** dice:

El delito también es objeto de estudio tanto del derecho penal sustantivo como del adjetivo; el primero lo analiza como un ente abstracto, a través de la sistemática jurídica, en tanto que el otro, y aquí encontramos la ubicación del derecho procesal penal, lo analiza en la aplicación al caso concreto.

Por lo que el Derecho Procesal Penal no debe abocarse únicamente a sancionar las conductas ilícitas, sino también implica otros aspectos imprescindibles, entre ellos el respeto a las garantías Constitucionales, como la libertad y la seguridad jurídica.⁷³

3.1.2 FINES DEL DERECHO PROCESAL PENAL.

El jurista **Goldschmidt** menciona que el fin esencial del procedimiento penal es la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia. Para el maestro **Jorge Alberto Silva Silva** los fines del proceso son los siguientes:

El fin o los fines del proceso penal en última instancia y meta final, conducen a los mismos fines generales del derecho: alcanzar la justicia, el bien común y la seguridad jurídica, a los que Lefur, Delos, Radbruch y Carlyle se refirieron en su momento.

En el caso de nuestra disciplina, habrá que recordar no solo los *fines del derecho* mismo (esto es la directriz filosófica), sino también los *fines del proceso en general*, y los *fines del proceso penal* mismo, porque los fines del proceso penal no desencajan de los fines del proceso en general, como los de éste tampoco deben apartarse de los del derecho en general.⁷⁴

⁷³ LÓPEZ BETANCOURT, Raúl Eduardo. ob.cit., (nota 19), pagina 4 y ss.

⁷⁴ SILVA SILVA, Jorge Alberto. **Derecho Procesal Penal**. Segunda edición, Editorial Harla, México, 1990. Pagina 108.

Para el doctor **Sergio García Ramírez**, los fines del proceso son los siguientes:

“Con las restantes ramas del Derecho, la procesal penal procura la realización de ciertos valores, realización que resume los fines del Derecho considerando en su conjunto. Ante todo, tiende el proceso penal a procurar el valor, fundamental de lo jurídico, motivo radical o razón de ser del Derecho como señala Recaséns Fiches. Procura además el proceso penal la realización de la justicia, supremo propósito en el marco de la estimativa jurídica. Tiende el proceso asimismo, a la realización del bien común o bienestar general, que consiste afirma Recaséns, tanto en ‘la mayor suma de bienes para los individuos’ como en ‘un repertorio de condiciones sociales que faciliten beneficios’ para aquellos.”.⁷⁵

Para el jurista **Florian**, los fines a que tiende el proceso penal se pueden dividir en dos clases, los cuales son los fines generales y los fines específicos. Los primeros a su vez, se subdividen en fin general mediato y fin general inmediato, los cuales son:

a) GENERAL.

El fin general, a su vez se subdivide en: fin general mediato y fin general inmediato.

i) MEDIATO

Remoto del proceso penal, se identifica con el del derecho penal en cuanto a que está dirigido a la realización del mismo, que tiene a la defensa social, entendida en sentido amplio, contra la delincuencia.

ii) INMEDIATO

Se refiere a la aplicación de la ley penal en el caso concreto. El proceso penal sirve esencialmente para la actuación en un caso particular de la ley penal;

⁷⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **Derecho Procesal Penal**, Quinta edición, Editorial Porrúa, México 1980, pagina 2.

la cual, no contiene más que previsiones abstractas. Por esto, lo primero que se hace en el proceso es investigar si el hecho que se considera como delito ha sido cometido y si el acusado actuó en calidad de autor, cómplice o encubridor; después, ver si el hecho constituye delito, y a continuación, en caso afirmativo, declarar la responsabilidad del acusado y determinar las consecuencias penales (pena, medida de seguridad, etc.) que de él se derivan y que en la ley penal están indicadas sólo por vía general e hipotética.

b) ESPECÍFICO

Se refieren a la ordenación y desenvolvimiento del proceso, y pueden por ello definirse como métodos que han de seguirse para la consecución del fin general inmediato, del que se ha hecho mención. Los fines específicos pueden reducirse a los dos siguientes:

i) Investigación de la verdad efectiva, material e histórica.

El elevado interés público que inspira y mueve el proceso penal plantea una exigencia a la satisfacción de la cual, debe proveer éste lo más eficazmente posible: la realidad de los acontecimientos que son el contenido de hecho del objeto del proceso debe aparecer íntegra, genuina y sinceramente, sin manipulaciones ni restricciones. El esfuerzo por la verdad, la búsqueda de la libertad, de hecho deben preocupar en el proceso, deben dominarlo. También es cuestión de interés público el que los delincuentes sean castigados y los inocentes absueltos sobre la base de lo que son, de lo que han cometido, de lo que han tenido voluntad de hacer.

La sentencia del juez con la que el proceso termina, no es juzgada favorablemente por la conciencia social y no está de acuerdo con los fines del proceso si ésta no responde a la realidad, por lo menos, si no es el fruto de una investigación completa y libre de prejuicios. Es necesario, por tanto, que el juez

sostenga no una verdad cualquiera, una verdad limitada y convencional, por el contrario, deberá de ser la efectiva; es decir, que esclarezca como se desarrollaron los hechos en la realidad, con el fin de que, constando sin ninguna clase de dudas, le sirvan para fundar su labor y emitir su juicio.

En este lugar puedo aludir al hecho de que la investigación de la verdad que tiene lugar en el proceso penal es distinta de la que se lleva a cabo en el civil. En el primero, dado que está dominado por un interés público, es necesario que la verdad resplandezca en su totalidad sin ninguna clase de limitaciones. En él se averigua la llamada **verdad material**. En el segundo, el debate gira en torno a una controversia de carácter privado, por lo que la investigación de los hechos está mediatizada por la voluntad de las partes y vinculada al interés y celo de éstas; son las partes quienes señalan los límites de la investigación y suministran los materiales para la misma, por lo que muchas veces se suele obtener o puede resultar únicamente una verdad formal (convencional, fragmentada), en vez de la verdad de hecho.

El Derecho Procesal Penal para su aplicación y desarrollo cuenta con principios que deben ser observados por las partes que intervienen en un proceso (acusado, defensor, Ministerio Público adscrito al Juzgado, testigos, peritos, etcétera), y por aquellos que en forma secundaria intervienen y que son los llamados terceros.

Es por lo que, se hace referencia a algunos de los principios del derecho procesal penal:

- *Principio Jurídico*. Tiene por objeto proporcionar a los litigantes igualdad en la contienda y justicia en la decisión.
- *Principio de economía procesal*. Dispone que los procesos se lleven a cabo con un mínimo de actividad procesal, dando como resultado un mínimo de tiempo.

- *Principio de seguridad jurídica.* Garantiza que a toda persona que se le siga proceso, se le definirá su situación jurídica de acuerdo con las etapas procedimentales, ya que la seguridad es la garantía dada a los individuos de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataque violento, o que si estos llegaran a producirse le serán asegurados por la sociedad en su protección y reparación.
- *Principio de investigación judicial.* Se traduce en la facultad que tiene el órgano jurisdiccional al ordenar pruebas para mejor proveer, así como para interrogar a los peritos y a los testigos, tal y como lo establecen los artículos 124, 174 y 314, párrafo primero, todos del Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal,⁷⁶ que a la letra dicen:

(REFORMADO, G.O. 3 DE MAYO DE 1999)

“ARTÍCULO 124.- Para la comprobación del cuerpo del delito y la probable o plena responsabilidad del inculcado, en su caso, el Ministerio Público y el Juez gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes, para el esclarecimiento de la verdad histórica, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta.”.

(REFORMADO, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)

“ARTÍCULO 174.- El juez y las partes harán a los peritos todas las preguntas que consideren oportunas; les darán por escrito o de palabra pero sin sugestión alguna, los datos que consten en el expediente y se asentarán estos hechos en el acta de la diligencia respectiva.”.

⁷⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y otros. Temas actuales de Justicia Penal. Sextas Jornadas sobre justicia Penal. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2006. pagina 114.

(REFORMADO PRIMER PARRAFO, G.O. 17 DE SEPTIEMBRE DE 1999) (REPUBLICADO, D.O.F. 30 DE SEPTIEMBRE DE 1999)

ARTICULO 314.- En el auto de formal prisión se ordenará poner el proceso a la vista de las partes para que propongan, dentro de quince días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto, las pruebas que estimen pertinentes, las que se desahogarán en los quince días posteriores, plazo dentro del cual se practicarán, igualmente, todas aquellas que el Juez estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y en su caso, para la imposición de la pena...”.⁷⁷

Por lo cual, se advierte que el juzgador deberá allegarse de todos los elementos probatorios, a fin de tener un conocimiento real de los hechos, formando convicción en el Órgano Jurisdiccional y así poder determinar de manera plena y fundada, si el acusado es o no responsable del delito que se le imputa. Toda vez, que del análisis de los artículos 124, 174 y 314 del Código de Procedimientos Penal para el Distrito Federal, se advierte que el Juez goza de amplia autonomía para emplear los medios de prueba que estime adecuados, para el esclarecimiento de la verdad histórica. Lo anterior, a efecto de que el Juez en forma imparcial, resuelva sobre la verdad histórica de los hechos, e imponga las penas y medidas de seguridad que estime justas, tomando en consideración los márgenes de punibilidad que para cada delito establezca la ley, la gravedad del ilícito de que se trate y el grado de culpabilidad del inculpado.

Los preceptos en análisis, facultan al juzgador penal a ordenar la investigación para recabar pruebas, la admisión y desahogo de esas probanzas, con el fin de esclarecer los hechos a fin de tener un conocimiento real de los mismos y a efecto de establecer si existe o no delito y determinar la responsabilidad penal del delincuente.

⁷⁷ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial ISEF, México, 2008. artículo 314

Por otro lado, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis para crear jurisprudencia, establece que el artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no viola la garantía individual de imparcialidad que se encuentra en el artículo 17 de la Constitución, pues el juzgador penal, con su facultad probatoria de mejor proveer, puede allegarse de pruebas de la defensa, lo que incluso puede repercutir en beneficio del propio acusado, quien podría ser favorecido con un auto de libertad por falta de elementos para procesar, o bien, por una sentencia absolutoria.⁷⁸ Según ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P.L/99. consultable en la página 11 y 12, tomo IX, de Junio de 1999, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que a la letra dice:

“PRUEBAS PARA ACREDITAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL. ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD CONSAGRADA POR EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. “ El artículo 124 del Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal, que faculta al Juez a emplear los medios de prueba que estime convenientes para acreditar los elementos del tipo y la presunta o plena responsabilidad de una persona, no contraviene el principio de imparcialidad contenido en el artículo 17 constitucional, pues, precisamente esta responsabilidad de que el juzgador emplee las pruebas que sean necesarias para esclarecer la verdad material y formal, tiene como finalidad que pueda emitir un fallo encaminado a alcanzar el ideal de equidad y justicia, *sin que ello signifique que se sustituya o invada la orbita del Ministerio Público, institución a la que por mandato constitucional le corresponde la persecución de los delitos en tanto que acorde a los principios de división de la carga procesal, la autoridad judicial se encuentra imposibilitada para mejorar en forma oficiosa la acusación*, pues de lo contrario el sistema procesal pasaría de acusatorio a inquisitorio, convirtiéndose en Juez y parte al mismo tiempo. En efecto, dicho precepto no tiene como propósito que el juzgador se valga de todos los medios de prueba que tenga a su alcance para justificar el dictado de una auto de sujeción a proceso o formal prisión o bien, una sentencia de condena, *sino allegarse y emplear los elementos de prueba que estime conducentes para resolver lo que en derecho proceda*, lo que incluso puede repercutir en beneficio del propio acusado quien se

⁷⁸ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal. Novena Edición. Editorial Porrúa, México, 2000. pagina 277.

podría ver favorecido por un auto de libertad por falta de elementos o bien por una sentencia absolutoria.

i) Individualización de la personalidad del justiciable.

También este fin se resuelve en realidad en un método. El proceso penal obtiene su resultado final en la declaración de responsabilidad o de inocencia o de peligrosidad para la imposición de una medida de seguridad frente a un sujeto al que se imputa un delito; en tal caso son indispensables investigaciones que permitan al juzgador el descubrimiento de la personalidad del mismo. Por lo demás el fin de la individualización de la personalidad del delincuente está de acuerdo con el principio moderno de derecho penal que propugna la individualización de la pena y de la medida de seguridad.

La necesidad de investigación se presenta en cuatro extremos.

- 1.- Para **juzgar** el hecho cometido y si lo ha realizado el acusado;
- 2.- Para **declarar** o no su responsabilidad y eventualmente su peligrosidad;
- 3.- Para **determinar**, cuando sea del caso, la sanción que deba aplicarse;
- 4.- Para **tomar** las medidas necesarias para la **ejecución** de la pena.

Como sabemos, no nos encontramos en el proceso sólo una relación jurídica a calificar legalmente, sino también **un hombre a juzgar**, cuyo conocimiento completo es indispensable. El Derecho Penal actual está penetrado de la idea de la individualización del delincuente, y por ello en el proceso la personalidad de éste debe ser explorada con el auxilio de los adelantos conseguidos por la antropología y la psicología criminales, junto con los datos que suministra la conducta moral y penal anterior del delincuente y las circunstancias del hecho.⁷⁹

⁷⁹ FLORIAN, EUGENE. Ob. cit., (nota 70), pagina 28 y 29.

Para los fines del conocimiento que el juez ha de tener acerca del inculpado y dentro del propósito de un racional ejercicio del arbitrio judicial, cobra particular relevancia la pericia sobre la personalidad del reo. Ésta ha sido materia de constante preocupación por parte de la doctrina, y fuente de ciertos desarrollos prácticos. El profesor **Luis Gerardo Gavaldón** define a semejante pericia como “la exploración científica especializada tendiente a determinar la individualidad humana como todo integrado, a través del estudio de la estructura psicobiológica que origina un comportamiento relevante para la aplicación de la sanción criminal en sentido amplio (pena o medida de seguridad), comportamiento exteriorizado como consecuencia de un proceso de motivación mínimamente adecuado y claramente definido”.

Los servicios de pericia para estos efectos suelen hallarse relacionados con los centros de custodia. Recuérdese que **Ferri** sugería la existencia de un verdadero gabinete de antropología criminal adscrito al juez. En México, esta urgencia fue contemplada y resuelta, primeramente, en el Reglamento del Centro Penitenciario del Estado de México.

Por otra parte, el Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal previene que el examen de personalidad de los procesados deberá realizarse, por parte de los servicios específicos de las instituciones de custodia, y se hará entrega de sus resultados a la autoridad judicial del caso, antes de que concluya la instrucción de la causa.⁸⁰ Por lo que en el Título Primero, de las Disposiciones Generales, encontramos el artículo 19, que establece:

“Artículo 19. Los criterios técnicos para la ubicación de la población interna estarán fundamentados sobre bases clínico-criminológicas y del comportamiento humano, su identificación con grupos de pares, hábitos, costumbres e intereses. Los citados criterios serán determinados por la Dirección General, debiéndose considerar las características del Centro que corresponda, de manera que los Centros

⁸⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Ob. cit., (nota 75), pagina 3 y 4.

de Reclusión Preventiva observen la misma aplicación, al igual que los Centros de Ejecución de Sanciones Penales.

El Centro de Diagnóstico, Ubicación y Determinación de Tratamiento, realizará los estudios técnicos de personalidad necesarios del interno y presentará el caso ante el Consejo Técnico Interdisciplinario correspondiente, en donde se analizará y decidirá su ubicación, de acuerdo con los criterios establecidos por la Dirección General.

Los internos que se encuentren en el área de ingreso y en el Centro de Diagnóstico, Ubicación y Determinación de Tratamiento, no podrán tener acceso a la población común; de igual forma, aquellos que se les haya asignado un dormitorio no podrán acceder a las áreas antes mencionadas, salvo casos en que el Consejo Técnico Interdisciplinario autorice el acceso, bajo estricta supervisión de las áreas técnica y de seguridad del Centro de que se trate.”

Asimismo tenemos, dentro del Capítulo II, De los Centros de Reclusión Preventiva, el artículo 36, que a la letra dice:

“Artículo 36.- Los Centros de Reclusión Preventiva son aquellos destinados a la custodia de los indiciados, depositados con fines de extradición y de los internos que se encuentren sujetos a un proceso judicial, previstos por los ordenamientos jurídicos aplicables, cuyos objetivos son:

I. Facilitar el adecuado desarrollo del proceso penal esforzándose en la pronta presentación de los internos ante la autoridad jurisdiccional en tiempo y forma, para todas las diligencias en que lo requiera la autoridad competente;

II. Realizar y remitir ante la autoridad que lo requiera, los estudios de personalidad del interno, a efecto de que estos surtan los efectos legales procedentes;

III. Evitar mediante programas preventivos, la desadaptación social del interno y propiciar cuando proceda su readaptación, utilizando para tal fin el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, e

IV. Implementar las medidas de seguridad necesarias para salvaguardar la integridad física de los indiciados, depositados con fines de extradición y procesados.

El régimen interior de los Centros de Reclusión Preventiva, está fundado en la presunción de la inculpabilidad o la inocencia de los internos.”.⁸¹

Por tal motivo, resulta indispensable realizar investigaciones tendientes al descubrimiento de la personalidad del enjuiciado, el juzgador debe apreciar en cada caso sometido a su consideración, las condiciones personales del delincuente, su mayor o menor peligrosidad, los móviles del delito, las atenuantes y agravantes, y todas las demás circunstancias exteriores de ejecución, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, para obtener el grado de peligrosidad del justiciable y en forma acorde y congruente con éste imponer las penas respectivas, cuidando en todo caso que éstas no sean el resultado de un simple análisis de las circunstancias en que el delito se ejecuta y de un enunciado literal o dogmático de lo que la ley ordena tener en cuenta, o de las características ostensibles del condenado, sino que deben ser resultado y conclusión racional derivada del examen de la persona del delincuente en los diversos aspectos legalmente señalados, atendiendo además a las particularidades del hecho, a fin de aplicar una pena acorde a la peligrosidad del

⁸¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Compila XV. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

mismo, toda vez que a simple vista el juzgador no puede afirmar si el enjuiciado es una persona apta en sus facultades mentales o si sufre o no alguna enfermedad psicológica, ello sin dejar a un lado el grado de culpabilidad. Es por eso, que la sustentante considera que se violan garantías al ordenar cerrar instrucción sin que se cuente con el estudio criminológico del enjuiciado, motivo por el cual se considera que la tesis 1.10.P.J/9 “**CULPABILIDAD DEL PROCESADO. ESTUDIO DE PERSONALIDAD NO DEBE TOMARSE EN CUENTA PARA GRADUARLA.**”, De la Novena Época, sustentada por Tribunales Colegiados de Circuito XIV, Diciembre de 2006. Tesis: 1.10.º.P.J/9., visible en la página: 1125, Tomo XIV, Diciembre de 2006, del Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, es violatoria de garantías, lo cual se abordara en el siguiente apartado.

3.2 FACULTAD DEL ESTADO (IUS PUNENDI)

Desde los más antiguos tiempos, la filosofía reconoce la justificación del poder del Estado para castigar, aunque la fundamentación de éste *ius punendi* haya tenido bases muy diversas. Para Platón, según unos, la pena se fundamentaba en el principio expiatorio, por el interés de la comunidad y en nombre de la misma, como restitución necesaria del daño del delito; para otros, Platón justificó la pena en la defensa y conservación del Estado, pena que impide el volver a delinquir y supone la rehabilitación del culpable y la purificación de su alma.

En el Derecho Romano, con su ejemplar sentido pragmático jurídico, el *ius punendi* se justificaba con la ejemplaridad y correlativa intimidación del castigo. La religión Cristiana incorporó el derecho divino a la función de castigar, convirtiéndola en una potestad delegada del poder del Supremo Hacedor, de suerte que el delito es un pecado y la pena, una penitencia. La Época medieval siguió las directrices de la Escolástica, adicionándola con la *ratio* estatal y justificando la venganza pública, para desembocar en el rigor más extremado: las penas se diferencian en divinas, naturales y humanas o legales. Con el

Renacimiento y el Humanismo, **Grocio** estableció la base contractual del Derecho Penal: el delito lleva tácticamente la anexa obligación de recibir el castigo. Ulteriormente, este contractualismo tuvo su continuación en Hobbes, Rousseau y Fichte: si el hombre forma parte de la sociedad, ha de respetar sus reglas; si las viola, cesa sus derechos a ser protegido y, naturalmente debe sufrir las consecuencias de sus actos, o sea, la sanción de los mismos.

Sin embargo, no es sino hasta la época de **Beccaria** cuando surge una doctrina penal propiamente dicha, ajena a la mera especulación filosófica y con indudable finalidad política. Para **Beccaria**, el *ius punendi* del Estado lo constituye el total de sesiones de mínimas porciones de la libertad individual que las personas hacen a aquel Estado, con el fin de poder disfrutar, tranquila y pacíficamente del resto de libertades conservadas por cada uno. Así pues, el Derecho Penal surge de la necesidad y tiene como meta la utilidad común. El criterio fundamental para determinar la responsabilidad penal es el daño causado a la sociedad, la pena no tiene finalidad vindicativa ni tiende a anular el delito cometido. Su finalidad es preventiva, se trata de impedir que el reo cometa nuevos delitos y evitar la imitación por los demás en el futuro.⁸²

En la sociedad humana el hombre pone en función necesidades de acción y omisión que, frente a las de los otros hombres, sólo pueden desarrollarse mediante constantes limitaciones. La vida social exige necesariamente limitaciones en nuestro interés, sólo regulables por medio de normas jurídicas. Desde el punto de vista objetivo, o sea mirando a los fines, la norma es lo que hace posible la convivencia social; desde el punto de vista subjetivo es la garantía de esa convivencia para cada uno. Por consiguiente, todo aquello que ponga en peligro la convivencia deberá ser reprimido por el Estado, persona jurídica mediante la cual actúa la sociedad. El Estado tiene el deber de defender, y el poder de hacerlo, a la sociedad entera, contra toda suerte de enemigos; los de afuera, invasores extranjeros, y los de adentro, delincuentes. Éstos hacen peligrar

⁸² MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. **Derecho Penal, Parte General**. Cuarta edición. Editorial Trillas. México 1997. Pagina 71.

la convivencia social cimentada sobre el supuesto de fines de los agregados sociales.

Y como, además, es instintivo repeler la agresión que el delito representa, y dar así satisfacción suficiente a la venganza privada; y ésta ha quedado superada por la doctrina y la filosofía penales, de aquí que el Estado, como organización jurídica de la sociedad, tenga en sus manos el poder de castigar o *ius punendi*, ante la necesidad por una parte de reprimir el delito y por otra de dar también satisfacción a los intereses lesionados por él y legítimamente protegidos.⁸³

La más intensa acción del Estado sobre el individuo ocurre en el ejercicio de la función punitiva: la potestad que aquel tiene para sancionar por la comisión de un delito. Esta actividad apareja la pérdida o el grave menoscabo de bienes jurídicos individuales; a la cabeza de éstos se encuentra la libertad y pudiera hallarse la vida misma.⁸⁴

El Derecho Penal en sentido objetivo es el conjunto de reglas o normas que definen los delitos y establecen las penas; en sentido subjetivo, es la facultad de castigar: *el ius punendi*.

En el campo del Derecho Penal, el titular de la acción (el Estado) está obligado:

- a) A promover en todo caso la acción –con la limitación que se ha auto – impuesto la relativa al llamado derecho de querrela- y a conducirla hasta la sentencia jurisdiccional; y

⁸³ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho Penal Mexicano. Parte General.** Décimo novena edición. Editorial Porrúa, México, 1997. página 153.

⁸⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMENTADA Y CONCORDADA, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Coordinador Miguel Carbonell, Tomo I, Décimo octava Edición, Editorial Porrúa, México, 2004. Pag. 356.

- b) A conducir la acción de modo que esta contenga, respecto a los presupuestos de hecho, la declaración de la llamada verdad real, sin desviarse de otra manera que no sea por los límites impuestos por la naturaleza de todo juicio humano, confiando su resolución totalmente al órgano jurisdiccional, sin que el titular de la acción y contra quien el cual se ejercita tengan en ella poder discrecional alguno.⁸⁵

El Derecho Penal subjetivo no es limitado, pues el Estado en el ejercicio del poder de castigar, tiene que limitarse a sí mismo, fijando el supuesto y el contenido de su actuación (el crimen y la pena). La limitación del Derecho Penal subjetivo está lograda por el Derecho Penal objetivo. En suma: junto al derecho penal en sentido objetivo (*ius poenale*) debe existir un derecho de penar, correspondiente al Estado, es decir, el Derecho Penal en sentido subjetivo (*ius punendi*).

Advertimos ahora, antes de examinar el problema, que según **Manzini** un Derecho Penal subjetivo, en sentido propio, no existe, pues la potestad de imputar y de penar es atributo de la soberanía del Estado y no un simple derecho. Lo mismo piensa **Magri** al decir que “la potestad de penar deriva del derecho de supremacía del Estado”.⁸⁶

Por lo que, se afirma que hasta ahora, es un hecho innegable que en toda agrupación social existe un conjunto de normas que regulan tanto el funcionamiento de los órganos colectivos como las reacciones de los miembros del agregado social y las de éstos con los órganos colectivos. Si los hombres respetaran voluntariamente esas obras, el Derecho Penal sería innecesario; pero los seres humanos son constantes transgresores del orden jurídico establecido y por ello, junto al derecho constitutivo, figura el sancionador. A menudo basta una sanción de índole privada: la restitución de la cosa, la nulidad del acto, la

⁸⁵ BECERRA BAUTISTA, José. Los Principios Fundamentales del Proceso Penal. Editorial Jus. México, 1947. pagina 112

⁸⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Introducción al Derecho Penal. Iure Editores, México, 2003. pagina 41.

indemnización de daños y perjuicios; pero en los casos en que la importancia del bien jurídico agredido lo reclama, el Estado debe acudir a formas coactivas más energéticas, y se impone la pena.⁸⁷

Para las sociedades de hoy, que han formulado los códigos, la penalidad aparece como una función necesaria de la defensa social, sin la cual sería imposible mantener el orden público como se le concibe actualmente. El *ius punendi* permite al hombre civilizado, al penar a su semejante o presenciar su castigo, cometer agresiones reales o simbólicas dentro del derecho, y como esta vivencia merma el número de las agresiones antilegales, con ello se facilita la tarea de la justicia.⁸⁸

Al respecto, las teorías absolutas son las que buscan el fundamento y fin de la pena sólo en la naturaleza íntima de la pena y no un objetivo trascendente. Se castiga *quia peccatum est* porque se ha delinquido. La pena es justa en sí, con independencia de la utilidad que pueda derivarse de ella. El castigo lleva en su propia existencia su propio fin. Según esta teoría, el delito es tanto el presupuesto de la pena como el fundamento absoluto, y la sanción es pura y simplemente la consecuencia jurídica del delito, resulta necesario y que jamás puede faltar.

Las teorías relativistas son las que atribuyen a la pena un fin independiente, señalándole un objetivo político y unitario. Se castiga *ut nec peccetur* para que no se delinca, y la pena se impone porque es eficaz, teniendo en cuenta sus resultados probables y sus efectos. Es instrumento de un fin de interés y de utilidad social, es un medio para la inseguridad y conservación sociales; la pena es un sistema de lucha contra el crimen. Según estas teorías, el delito se considera exclusivamente condición y presupuesto de la pena, pero no su fundamento; por ende, su característica predominante es el fin que se señala a la pena.

⁸⁷ Idem., pagina 45.

⁸⁸ Idem., pagina 47.

El Derecho Penal en sentido subjetivo es la potestad penal del Estado para declarar como punibles determinados comportamientos (creación de la ley) para imponer las penas o medidas (función jurisdiccional) y para ejecutarlas (función ejecutiva penal).

3.3 LIMITES DEL IUS PUNENDI

Los límites materiales del *ius punendi* son:

- Principio de la necesidad de la intervención.
- Principio de la protección de los bienes jurídicos.
- Principio de la dignidad de la persona.

1.- *Principio de la necesidad de la intervención*

a) Principio de la intervención mínima.

El principio de necesidad de la intervención se perfila básicamente por vía de los principios de *extrema ratio*, de la fragmentariedad y de la proporcionalidad, todos los cuales observan un contenido de carácter material. El principio del sentido de la *extrema ratio*, identificada también como “el principio de intervención mínima”, significa que la regulación penal únicamente aparece justificada en la medida en que sea necesaria a los objetivos de la convivencia.

Así que exclusivamente es dable recurrir al ámbito de la regulación penal cuando no sean suficientemente eficaces otras formas de regulación del orden jurídico, fundadas principalmente en la solución reparatoria.⁸⁹

⁸⁹ MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Tercera edición, Editorial Porrúa. México, 2000. pagina 99.

El Derecho Penal debe intervenir únicamente cuando existan ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes, como lo son; la vida, libertad, integridad física, propiedad, etcétera.⁹⁰

b) *Principio de fragmentariedad.*

En estrecha relación con el principio de la *extrema ratio*, aparece, asimismo, la característica de la “fragmentariedad” del Derecho Penal, vinculada con el principio de reserva de la ley penal.

c) *Principio de proporcionalidad.*

El principio de proporcionalidad, el cual deriva del principio de necesidad de la intervención penal, implica la relación de necesaria proporción que debe existir entre el tipo delictivo y la pena prevista, es decir, la proporción que debe existir entre la lesión a los bienes jurídicos ocasionados por el delito y la afectación a los bienes jurídicos del autor culpable.⁹¹

Este principio obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica; se trata concretamente establecer la relación de adecuación entre gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva y a su vez entre la misma y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar.⁹²

2.- *Principio de protección a los bienes jurídicos.*

El Derecho Penal existe para la salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad, en relación con los objetivos de seguridad jurídica para la convivencia. De aquí la necesidad de tener a la protección y salvaguarda de bienes jurídicos como límite material fundamental de la potestad punitiva del Estado.

⁹⁰ PÉREZ DAZA, Alfonso. **Derecho Penal. Introducción.** México, 2002.

⁹¹ MALO CAMACHO, Gustavo. Ob. cit., (nota 89), página 100.

⁹² PÉREZ DAZA, Alfonso. Ob. cit., (nota 90) página 106.

No pueden existir comportamientos previstos en la ley penal como delitos, si los mismos no implican la lesión o puesta en peligro a un bien jurídico. Por lo mismo, no puede ser impuesta una pena a una conducta, si la misma no ha puesto la afectación de un bien jurídico, o puesta en peligro.

La pena sólo se explica y justifica en la medida en que la persona a quien se aplica haya sido responsable y declarado culpable, a título de autor o partícipe, en la afectación de bienes jurídicos de terceros, en relación con conductas previstas en la ley penal como delito.

3.- *Principio de la dignidad de la persona.*

El principio de la dignidad de la persona es otro límite material de la potestad punitiva del Estado.

Alcanza su desarrollo, fundamentalmente, a partir del pensamiento iluminista, que introdujo en la nueva ley penal el reconocimiento a la dignidad de la persona, entendida como valor absoluto, fundado, sobretudo, en las ideas del iusnaturalismo y del racionalismo.⁹³

Por otra parte, tenemos los límites formales o jurídicos a la potestad punitiva del Estado, siendo fundamentalmente tres principios:

1.- Principio de legalidad, el cual constituye la piedra angular del sistema penal mexicano, en virtud de que es el principal límite al poder punitivo del Estado; así la Constitución dispone en su artículo 14 que *“en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”*. La doctrina y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideran que en el precepto transcrito se proclama el principio de legalidad en materia penal, que el maestro alemán **Paul Anselmo Von Feuerbch**, en las primeras décadas del

⁹³ Idem, pagina 101 y ss.

siglo XIX, había formulado en latín como “*nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*”.⁹⁴ Una de las regulaciones entre los hombres, para ser racional, ha de hallarse sustraída a la voluntad caprichosa de un individuo; ha de ser igual para todos; ha de tener su origen en la voluntad general; ha de contemplar “a los individuos en masas y a las acciones en abstracto”; ha de ser finalmente, clara y comprensible para todos aquellos a quienes va dirigida. Para ser racionales las normas deben ser generales en un triple sentido: en cuanto a su origen, han de proceder de la sociedad entera, en cuanto a su contenido, han de recocer igual libertad a todos los ciudadanos; y, en cuanto a su forma, han de ser inteligibles para todos, escritas, públicas, exhaustivas y taxativas.⁹⁵

2.- Principio de Jurisdiccionalidad o del debido juicio legal. Este principio rige a la legislación penal, implicando básicamente al Derecho Procesal Penal que señala al marco jurídico al que se debe sujetar el proceso penal, como límite de la potestad punitiva del Estado.

Aparece éste segundo ámbito limitativo del *ius punendi* recogido en el principio: *nulla poena sine iudicio*, que precisamente significa que no hay pena sin el debido juicio legal o garantía de jurisdiccionalidad, principio que se encuentra establecido en los artículos 13, 14 16 17 y 20 Constitucionales.

3.- Principio de la ejecución de la pena. Este principio se encuentra estrechamente vinculado con el principio de la dignidad de la persona en cuanto al límite material de la potestad punitiva del Estado, el cual define los límites formales dentro de las que ha de ser impuesta la pena por el juzgador y ejecutada por la autoridad competente.

La legislación penal mexicana establece éstos límites a partir de las garantías Constitucionales previstas en los artículos 22 y 18 y, en relación con

⁹⁴ MALO CAMACHO, Gustavo. Ob. cit., (nota 89), pagina 112

⁹⁵ COBO DEL ROSAL Manuel y otro. **Derecho Penal Parte General**. 5ª edición, Editorial Trinat Lo Biach. Valencia, 1999. pagina 69.

éstos, en las disposiciones recogidas, sobre todo, en la ley de normas mínimas de readaptación social de sentenciados, en relación con las leyes de ejecución de sanciones existentes en las entidades de la República y del Distrito Federal.

El artículo 22 de la Constitución afirma el principio que prohíbe las penas inhumanas, crueles, infamantes o corporales, así como las trascendentales o contrarias al principio de la personalidad.

A su vez, el artículo 18 Constitucional afirma el principio de la readaptación social de la pena como base de su imposición, apoyado el principio de la prevención especial y, que, en la ley Constitucional mexicana, se postula señalando que debe ser alcanzada por medio del trabajo y la educación.⁹⁶

3.3.1 PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL.

El derecho existe fundamentalmente para proteger a los hombres de los eventuales abusos o exageraciones, ostensibles o imperceptibles, provenientes del poder político y de los ciudadanos, es obvio que busque instrumentos para lograrlo. Por eso se vale, por ejemplo, de la dignidad, de la igualdad, la presunción de inocencia, la legalidad, la investigación integral, la favorabilidad, la duda, la antijuridicidad, la culpabilidad, y de muchas otras instituciones que integradas constituyen el denominado debido proceso.

A) LA GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINARSE

Continuando con el examen del artículo 20 Constitucional, encontramos en su fracción II, establece la garantía del inculpado de no incriminarse, cuando señala que “no podrá ser obligado a declarar”. Para fortalecer esta garantía de no incriminación, además, la propia fracción II del artículo 20 Constitucional previene que “queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura”. Asimismo, en la segunda parte de la fracción II del artículo

⁹⁶ MALO CAMACHO, Gustavo. Ob. cit., (nota 89), pagina 112.

en cita previene: “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”. Por lo que, dicha disposición evidentemente contiene la garantía de defensa y previene la principal causa de nulidad de la prueba confesional.⁹⁷

B) LA GARANTÍA DE DEFENSA.

El derecho de defenderse es aquel que tiene el procesad para oponerse a la acusación. El concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción, son los tres pilares básicos sobre los que descansa la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y válida administración de justicia dentro del Estado de Derecho. Ante la pretensión penal, como tesis que sostiene en forma monopólico el Ministerio Público (artículo 21 Constitucional), la defensa sostiene la antítesis y queda reservado al poder jurisdiccional efectuar la síntesis. Luego entonces, si se concibe al juicio como la necesaria síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto lleva a destacar por razones de lógica y legalidad, que la defensa, en cuanto a concepto contrario a la pretensión penal, es de igual rango y necesidad que ésta.⁹⁸

La garantía de defensa que se contiene en el artículo 20 de la Ley Suprema, comprende una serie de derechos de rango Constitucional, garantía que tiene preferencia sobre todas las garantías con las cuales cuenta el procesado, sirve de apoyo a lo anterior la Jurisprudencia III.1o.P. J/13, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en materia Penal del Tercer Circuito, visible en la página 980, tomo XV, mayo de 2002, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que a la letra dice:

⁹⁷ LARA ESPINOZA, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1999. pagina 293

⁹⁸ ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1993, pagina 333.

“DEFENSA, GARANTÍA DE. TIENE PREFERENCIA SOBRE OTRAS GARANTÍAS DEL REO.

Si bien es cierto que la fracción VIII del apartado A del artículo 20 constitucional, señala que los acusados de algún delito serán juzgados antes de cuatro meses si se trata de delitos cuya pena máxima no excede de dos años de prisión y antes de un año si la pena máxima excediera de ese tiempo, también lo es que si la defensa de un procesado ofrece en favor de éste diversas pruebas cuyo periodo de desahogo hace imposible que se dicte sentencia en los plazos que señala la mencionada fracción, es claro que deberán desahogarse las probanzas ofrecidas y admitidas, aun cuando se rebasen los términos ya señalados, dado que al estar frente a dos garantías consagradas por la Constitución en favor del gobernado, como son las establecidas en las fracciones V y VIII del ya mencionado apartado A del artículo 20 de la Carta Magna, y debiendo anteponer unas a las otras, lógicamente deberán prevalecer las que favorezcan más a dicho gobernado, es decir, las de audiencia y defensa sobre la de pronta impartición de justicia, pues lo contrario acarrearía graves perjuicios en contra de éste, al verse compelido a ajustar su defensa al corto tiempo de que dispondría para ello, de acuerdo con la mencionada fracción VIII del apartado y artículo constitucional aludidos, lo que implicaría una verdadera denegación de justicia.”

El primero de los derechos, contenidos en una defensa adecuada es el de ser informado de la acusación, y se encuentra dentro de las fracciones III y VII del artículo 20 de nuestra Carta Magna. En la fracción III, cuando señala que se le hará saber el nombre de su acusador y la naturaleza de la causa de la acusación; respecto de la fracción VII, al ordenar: “Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.”

La Ley de Amparo, en su fracción VII del artículo 160, considera como violadas las leyes del procedimiento en los juicios del orden penal, “cuando no se le suministren los datos que necesite para su defensa” el inculpado.

El segundo de los derechos derivados de la garantía de defensa, es la de rendir declaración preparatoria, la cual se hará dentro del término de cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación, y además, ésta deberá realizarse en audiencia pública. Este derecho lo encontramos dentro del contenido de la fracción II del artículo multicitado.

El tercero de los derechos que se vincula con la garantía de defensa, es el de ofrecer pruebas, que se previene en la fracción V del artículo 20 Constitucional, en los siguientes términos: “Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.”

Relacionado con el derecho a ofrecer pruebas, la Ley de Amparo, en su fracción VI del artículo 160, considera como violadas las leyes del procedimiento en los juicios del orden penal que afecta a la defensa, “cuando no se le reciban las pruebas que ofrezca legalmente, o cuando no se le reciban con arreglo a derecho”.

Un cuarto derecho que se comprende dentro de la garantía de defensa, es el de ser careado, estableciéndose en la fracción IV del artículo de referencia de la siguiente manera: “siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra”.

El quinto derecho derivado de la garantía individual de defensa, establecido a favor del indiciado o inculpado, o en su caso, es el de tener defensor, previsto por la fracción IX del artículo 20 Constitucional, en los siguientes términos: “Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.”⁹⁹

⁹⁹ LARA ESPINOZA, Saúl. Ob. cit., (nota 97) pagina 295 y ss.

C) GARANTÍA DE SER JUZGADO POR JURADO

La fracción VI del artículo 20 Constitucional afirma que el acusado, en todo juicio del orden criminal: “Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.”¹⁰⁰

La fracción en comento establece una disyuntiva en cuanto al órgano que detenta la jurisdicción penal, indica que el reo será juzgado por un juez profesional o por un jurado popular. Aquél es un titular profesional y permanente de la función jurisdiccional. En cambio, el jurado se integra por ciudadanos que no administran justicia en forma permanente y con preparación profesional: intervienen en un solo caso, seleccionados mediante sorteo, y se pronuncian en los términos que dicta su conciencia. Hecho esto, el juez profesional establece la pena aplicable considerando el veredicto.

Históricamente, el jurado fue una institución democrática que extrajo la justicia de las manos del monarca. En su hora, constituyó una poderosa garantía para el ciudadano. Estuvo ligado a los grandes progresos políticos y penales en los siglos XVIII y XIX. Declinó cuando el avance de la ciencia llevó al proceso penal consideraciones criminológicas y jurídicas ajenas a las posibilidades del jurado, sensible a la retórica forense y proclive al sentimentalismo.

En México el jurado se retrajo a partir de 1929, año en que salió del proceso penal ordinario; sólo subsistió según las normas Constitucionales anteriores, en el ámbito de la responsabilidad de funcionarios y empleados públicos y de los delitos de prensa contra la seguridad de la nación. En 1928 se promovió la sustitución del Título Cuarto de la ley Suprema, a propósito de la responsabilidad de los

¹⁰⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ob. cit., (nota 38) artículo 20.

servidores públicos. Entonces fue suprimido el jurado en estos campos y permaneció como hasta el presente.¹⁰¹

Por lo que, a consideración de la suscrita, resulta innecesario que en nuestra Ley Suprema se siga contemplando dicha figura, toda vez que actualmente se cuenta con juzgados penales previamente establecidos, a cargo de jueces profesionistas, quienes gozan de plena autonomía para fijar el monto que a su amplio arbitrio estimen justo dentro de los máximos y mínimos señalados en la ley, por otra parte, cabe hacer mención que dicho arbitrio encuentra limitaciones en el acatamiento de las reglas normativas de la individualización de las penas, debiendo tener en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución del delito y las peculiaridades del delincuente. En este orden de ideas se tiene que para alcanzar claridad en la resolución, a consideración de la sustentante se debe practicar el estudio criminológico a los procesados, a efecto de realizar una adecuada individualización de la pena que se le imponga.

D) GARANTÍA DE SER JUZGADO EN AUDIENCIA PÚBLICA.

Una cuarta garantía instituida en el artículo 20 Constitucional, en su fracción VI, encontramos la de ser juzgado en audiencia pública por un juez o jurado, al establecer: “Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.”.

La audiencia pública tiene como propósito esencial, la de terminar con los secretos de los procedimientos penales y evitar el torcimiento en la administración de justicia. Con respecto a la parte que establece que deberán ser juzgados por jurado, cuando se establezca una pena privativa de libertad mayor de un año, no

¹⁰¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMENTADA Y CONCORDADA, ob. cit., (nota 25), Pag. 370.

obstante que la inmensa mayoría de los delitos de los catálogos penales del país contemplan sanciones de prisión superiores, en la práctica no se juzgan a los inculcados por jurados de ciudadanos.¹⁰²

E) LA GARANTÍA DE BREVEDAD Y SU CONFLICTO CON LA GARANTÍA DE DEFENSA.

Que el proceso sea breve quiere decir que sea de corta duración; que se termine dentro de poco tiempo; es decir, que se tramite con celeridad. En ello están interesados el Estado y el procesado. El primero, fundamentalmente, porque sólo mediante procesos breves puede lograr la finalidad de que la pena será ejemplar. A los ojos de la sociedad, la sentencia condenatoria que se dicta años después de cometido el delito, más parece inútil crueldad que razonada sanción al acto. Accesoriamente, el proceso breve disminuye los gastos que el Estado debe erogar para el enjuiciamiento y encarcelación del acusado.

Dicha garantía se encuentra establecida en el apartado A, fracción VIII, del artículo 20 Constitucional, que a la letra dice: “Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa”.

Por otra parte, tenemos que el contrapeso de la garantía de brevedad es la garantía de defensa. Y no puede comprenderse la primera sin estudiarse a la segunda, especialmente como derecho a probar.

Específicamente es la garantía establecida en la fracción V, del apartado A, del artículo 20 Constitucional, conforme a la cual: “Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las

¹⁰² LARA ESPINOZA, Saúl. Ob. cit., (nota 97), pagina 301.

personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso”.

Refiriéndome, únicamente, al aspecto probatorio de la garantía de defensa porque los actos probatorios requieren de tiempo y, consecuentemente tienden a prolongar el proceso. De aquí la posibilidad de conflicto entre los principios de brevedad y de defensa.

Ser juzgado quiere decir ser sentenciado. El artículo 20 Constitucional garantiza al procesado que, dentro de los plazos fijados por su fracción VIII, el órgano jurisdiccional retardará resolución que resuelva sobre el fondo del asunto, poniendo fin a la instancia.¹⁰³

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

La Corte se enfrentó al conflicto que puede surgir entre la garantía de defensa y la de brevedad. Y resolvió que la primera es de mayor jerarquía que la última. Los plazos establecidos por la fracción VIII son en beneficio del procesado, quien puede renunciarlos para allegar las pruebas que estime le son favorables.¹⁰⁴ Sirve de apoyo a lo anterior la Jurisprudencia VII.2oP. J/5, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, visible en la página 971, tomo XV, Mayo de 2002, del Semanario Judicial del Nación y su Gaceta, Novena Época, que dice:

¹⁰³ZAMORA PIERCE, Jesús. Ob. cit., (nota 98), pagina 410.

¹⁰⁴ Idem, pagina 413.

“DEFENSA, GARANTÍA DE. ES DE MAYOR RANGO AXIOLÓGICO QUE LA DE OBTENCIÓN DE UNA SENTENCIA EN BREVE LAPSO.

Es violatoria de derechos subjetivos públicos la circunstancia de que en la instrucción no se hubiesen desahogado las pruebas ofrecidas por el quejoso, aun cuando estuviese excedido el término que señala el artículo 20, apartado A, fracción VIII, constitucional, pues aunque esta última es una garantía establecida en beneficio del procesado, no debe perderse de vista que si éste ofrece pruebas para su mejor defensa, la instrucción no puede darse por concluida sin haberse desahogado las probanzas admitidas, por el solo hecho de que se haya rebasado el citado término, ya que entonces se violaría su garantía de defensa establecida en la fracción V del invocado precepto y apartado de la Ley Fundamental, que en la escala de valores de la jerarquía normativa constitucional, es de mayor rango por proteger directamente al gobernado de la acusación formulada en su contra, que aquella que sólo tiende a la obtención de una sentencia en breve plazo.”

Por lo que, no debe olvidarse que en la escala de valores de la jerarquía normativa Constitucional, es de mayor rango proteger directamente al gobernado de la acusación formulada en su contra, que aquella que únicamente busca obtener una sentencia en breve plazo. Resultando violatoria de derechos subjetivos públicos la circunstancia de que en la instrucción no se desahoguen las pruebas ofrecidas por el procesado, aun cuando estuviese excedido el término que señala la fracción VIII, del artículo 20 Constitucional, pues aunque esta última es una garantía establecida en beneficio del procesado, no debe perderse de vista que si éste ofrece pruebas para su mejor defensa, la instrucción no puede darse por concluida sin haberse desahogado las probanzas admitidas, por el solo hecho de que se haya rebasado el citado término, ya que entonces se violaría su garantía de defensa establecida en la fracción V del invocado precepto de la Ley Fundamental, que en la escala de valores de la jerarquía normativa Constitucional, es de mayor rango por proteger directamente al gobernado de la acusación formulada en su contra, que aquella que sólo tiende a la obtención de una sentencia en breve plazo.

Si bien es cierto que la fracción VIII del artículo 20 Constitucional establece que los acusados de algún delito serán juzgados antes de cuatro meses si se trata

de delitos cuya pena máxima no excede de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediera de ese tiempo; también lo es que si la defensa de un procesado ofrece en favor de éste diversas pruebas cuyo periodo de desahogo hace imposible que se dicte sentencia en el plazo que señala la mencionada fracción, es claro que deberán desahogarse las probanzas ofrecidas y admitidas, aun cuando se rebase el término ya referido, dado que al estar frente a dos garantías Constitucionales en favor del gobernado, como son las instituidas en las fracciones V y VIII del ya mencionado artículo 20 de la Carta Magna, y debiendo anteponer unas a las otras, lógicamente que deberán prevalecer las que favorezcan más a dicho gobernado, es decir las de audiencia y defensa sobre la de pronta impartición de justicia, pues lo contrario acarrearía graves perjuicios en contra de éste, al verse compelido a ajustar su defensa al corto tiempo de que dispondría para ello de acuerdo con la mencionada fracción VIII del artículo Constitucional aludido, lo que implicaría una verdadera denegación de justicia. Asimismo y en el siguiente sentido encontramos la tesis número I.3o.P.53 P, emitida por el Tercero Tribunal Colegiado en Materia penal del Primer Circuito, visible en la página 1340, tomo XVI, julio de 2002, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto dicen:

“GARANTÍA DE DEFENSA. LOS PLAZOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, NO DEBEN INTERPRETARSE EN FORMA RIGORISTA CUANDO EL PROCESADO OFRECE PRUEBAS.

Si bien es cierto que el artículo 20, apartado A, en su fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que en todo proceso de orden penal el inculpado: "Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.", también lo es que tal plazo no puede aplicarse en forma rigorista, en perjuicio del reo, por lo que si éste, para su mejor defensa, ofrece pruebas o promueve recursos, no puede negársele ese derecho por el solo hecho de que ya se rebasaron los aludidos términos, porque se violarían las diversas garantías de defensa, previstas en las fracciones IV y V del mencionado dispositivo constitucional, que en la escala de valores de la jerarquía normativa constitucional, tienen mayor rango por proteger la defensa

del acusado, que aquella que sólo tiende a la obtención de un fallo en breve plazo.”

Por lo que respecta al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, éste regula la garantía de brevedad en los siguientes artículos:

“ARTICULO 307.- Abierto el procedimiento sumario, las partes dispondrán de tres días comunes, contados desde el siguiente a la notificación del auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, para proponer pruebas, que se desahogarán en la audiencia principal. Para los efectos de esta disposición se estará a lo prescrito en los párrafos segundo y tercero del artículo 314 de este código.

El inculpado o su defensor podrán renunciar a los plazos señalados anteriormente, cuando lo consideren necesario para ejercer el derecho de defensa.”.

“ARTICULO 314.- En el auto de formal prisión se ordenará poner el proceso a la vista de las partes para que propongan, dentro de quince días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto, las pruebas que estimen pertinentes, las que se desahogarán en los quince días posteriores, plazo dentro del cual se practicarán, igualmente, todas aquellas que el Juez estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y en su caso, para la imposición de la pena.

(REFORMADO, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)

Si al desahogar las pruebas aparecen de las mismas nuevos elementos probatorios, el juez podrá señalar otro plazo de tres días para aportar pruebas que se desahogarán dentro de los cinco días siguientes para el esclarecimiento de la verdad.

(REFORMADO, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)

Para asegurar el desahogo de las pruebas propuestas, los jueces harán uso de los medios de apremio y de las medidas que consideren oportunas, pudiendo disponer la presentación de personas por medio de la fuerza pública en los términos del artículo 33.

(REFORMADO, G.O. 17 DE SEPTIEMBRE DE 1999) (REPUBLICADO, D.O.F. 30 DE SEPTIEMBRE DE 1999)

Cuando el Juez o Tribunal considere agotada la instrucción lo determinará así mediante resolución que notificará personalmente a las partes. Según las circunstancias que aprecie el Juez en la instancia podrá, de oficio, ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer, o bien ampliar el plazo de su desahogo hasta por cinco días más. Al día siguiente de haber

transcurrido los plazos establecidos en este artículo, el Tribunal, de oficio y previa la certificación que haga el secretario, dictará auto en que se determinen los cómputos de dichos plazos.

(REFORMADO, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)

El inculcado o su defensor podrán renunciar a los plazos señalados anteriormente, cuando así lo consideren necesario para ejercer el derecho de defensa.”¹⁰⁵

Los Códigos de Procedimientos Penales son reglamentarios de las garantías que la Constitución otorga al procesado. Ahora bien, la ley secundaria no puede limitar las disposiciones Constitucionales relativas a una garantía individual, por lo que, el procesado, quien, en aras de su mejor defensa, puede renunciar a ser juzgado en los términos que establece la fracción VIII del artículo 20 Constitucional, puede también a mayoría de razón, renunciar a los plazos que fija la legislación ordinaria.

Queda pues, establecido que entre las garantías de defensa y de brevedad, la primera es de mayor jerarquía que la segunda. Los plazos que otorgan los Códigos Procesales para ofrecer y desahogar pruebas han sido establecidos en beneficio del procesado, y pueden ser renunciados por éste para su más adecuada defensa.¹⁰⁶

3.4 EL DEBIDO PROCESO PENAL COMO PROCESO FUNDAMENTAL.

En las épocas primitivas de la humanidad no hubo proceso, sino auto justicia, esto es vindicta¹⁰⁷. Los poderosos y los fuertes disponían a su arbitrio, de la vida, la libertad y los bienes de los débiles y subyugados, pues “la historia de los Derechos Humanos es, a grandes rasgos, la lucha incesante de los oprimidos

¹⁰⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, **Compila XV**. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

¹⁰⁶ ZAMORA PIERCE, Jesús. Ob. cit., (nota 98), pagina 419.

¹⁰⁷ Según el diccionario de la Real Academia Española, **vindicta** es la “inclinación a tomar venganza, vengativo. **Publica**. Satisfacción de los delitos, que se debe dar por la sola razón de justicia, para ejemplo del público.

contra los opresores, de los débiles contra los fuertes y los explotados, que siempre han sido mayoría contra los grupos de explotadores.¹⁰⁸

El indebido proceso, cuando surgió en Europa el Estado feudal regido por el *Faustrecht* al servicio de los señores feudales en la época medieval, era el denominador común de la desigual administración de justicia. La misma inquisición no fue otra cosa más que e indebido proceso penal en nombre de la justicia divina para castigar, sin garantías, a los ofensores de la fe católica.

Entonces, el debido proceso es una conquista paulatina de la humanidad civilizada, que logra imponerse frente al absolutismo y la autocracia. Es, en otras palabras, el freno legal que los gobernados lograron, después de muchos siglos de injusticias y atropellos, imponerle a los gobernantes arbitrarios.¹⁰⁹

El debido proceso, constituye el conjunto de límites, Constitucionales y legales, para que el Estado pueda, en circunstancias excepcionales, afectar, a través de su poder sancionador (*Ius Punendi*), la libertad y los bienes de las personas.¹¹⁰

Para el doctor **Héctor Fix Zamudio** el debido proceso legal es “el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los Derechos de los Gobernados”.¹¹¹

Lo que encuentra apoyo en la tesis número I.8o.C.13 K, sustentada por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, consultable en la página 845, Tomo III, Junio de 1996, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, la cual establece lo siguiente:

¹⁰⁸ CAMARGO, Pedro Pablo. **Manual de Derechos Humanos**. Segunda edición, Editorial Leyer, Colombia, Bogota, 2004, pag.3

¹⁰⁹ CAMARGO, Pedro Pablo. Ob. cit., (nota 54), pagina 21

¹¹⁰ Idem, pagina 109.

¹¹¹ Diccionario Jurídico Mexicano, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 1983, Tomo III, pagina 19

“GARANTIA DE DEBIDO PROCESO LEGAL CONTENIDA EN EL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL. DEFINICION. La garantía de debido proceso legal consagrada en el artículo 14 constitucional, en la parte relativa a que los juicios deben llevarse a cabo ante autoridad competente, cumpliendo con "... las formalidades esenciales del procedimiento..." implica necesariamente que los procedimientos jurisdiccionales seguidos ante las autoridades respectivas, se tramiten conforme a las disposiciones procesales exactamente aplicables al caso concreto, pues de lo contrario se transgrede el derecho positivo y, por ende, se actualiza la infracción a la garantía de que se trata.”

Por lo que, a consideración de la suscrita, el debido proceso legal es un principio jurídico, que se encuentra conformado por el conjunto de todas y cada una de las garantías otorgadas Constitucionalmente al procesado, entre las cuales se encuentra establecido el derecho de defensa; por lo cual, dichas garantías se encuentra destinadas a proteger al gobernado sometido a proceso penal, como limite a la función punitiva del Estado (ius punendi), a efecto de que dicho proceso culmine en una resolución formalmente válida. Asimismo se considera que el debido proceso legal garantiza la aplicación de la ley en cuanto a los procedimientos seguidos ante Tribunales, con el objeto de proteger la integridad física, la libertad y los bienes, siendo éstos, los derechos fundamentales del gobernado, entre otros; es decir, las garantías individuales, no son derechos sustantivos, sino que constituyen el instrumento Constitucional establecido por la propia norma fundamental de nuestro país, para salvaguardar tales derechos.

El debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, a efecto de asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

Este principio procura tanto el bien del procesado, como de la sociedad en su conjunto:

- Las personas que se encuentran en calidad de procesados, dentro de un proceso penal, tienen interés en defender adecuadamente sus pretensiones dentro del proceso.
- La sociedad tiene interés en que el proceso sea llevado de la manera más adecuada posible, para satisfacer las pretensiones de **justicia**¹¹² que permitan mantener el orden social.

En un estado de derecho, toda sentencia judicial debe basarse en un proceso previo legalmente tramitado. Quedan prohibidas, por tanto, las sentencias dictadas sin un proceso previo. Esto es especialmente importante en el área penal. La exigencia de legalidad del proceso también es una garantía de que el juez deberá ceñirse a un determinado esquema de juicio, sin poder inventar trámites a su gusto, con los cuales pudiera crear un juicio amañado que en definitiva sea una farsa judicial.

El estado de derecho, es que el Tribunal se encuentre establecido con anterioridad a los hechos que motivan el juicio, y además, atienda genéricamente una clase particular de casos, y no sea por tanto un tribunal ad hoc, creado especialmente para resolver una situación jurídica puntual.

Inmerso en el debido proceso penal, se encuentra el derecho a ser asesorado por un especialista que entienda de cuestiones jurídicas (típicamente, un abogado). En caso de que la persona no pueda procurarse defensa jurídica por sí misma, se contempla la institución del defensor o abogado de oficio, designado por el Estado, que le procura ayuda jurídica gratuita.

Asimismo, tenemos la legalidad de las sentencias, por lo que en el derecho civil, la sentencia judicial debe ceñirse a lo pedido por las partes en el proceso, lo que se concreta en la proscripción de la institución de la *ultra petita*. En el área

¹¹² La **justicia** es el conjunto de reglas y normas que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones. Justicia, según Ulpiano es *Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho)

penal, la sentencia judicial sólo puede establecer penas establecidas por la ley, por delitos también contemplados por la misma.

Por otra parte, el debido proceso penal garantiza el derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley. El contenido esencial del derecho señala la prohibición de establecer un órgano jurisdiccional *ad-hoc* para el enjuiciamiento de un determinado tema, lo que la doctrina denomina "*Tribunales de excepción*". Como consecuencias adicionales se establece el requisito que todos los órganos jurisdiccionales sean creados y constituidos por ley, la que los inviste de jurisdicción y competencia. Esta constitución debe ser anterior al hecho que motiva el proceso y debe contar con los requisitos mínimos que garanticen su autonomía e independencia.

Uno de los derechos más importantes garantizado por el debido proceso es el derecho a ser asistido pro abogado. Con la finalidad de garantizar que cualquier particular inmerso en un proceso judicial pueda contar con las mejores formas de defender su derecho (y de estar realmente informado del verdadero alcance del mismo) es que se consolida dentro del derecho al debido proceso el derecho de toda persona a contar con el asesoramiento de un *letrado*, una persona versada en leyes. De esa forma se busca garantizar el cumplimiento del principio de igualdad y el uso efectivo del derecho de contradicción.

Existen algunos sistemas jurídicos donde esta garantía es irrenunciable, debiendo los particulares contar siempre con la asesoría de un abogado. Sin embargo existen también sistemas jurídicos que liberalizaron el principio estableciendo la obligación únicamente en determinados casos (derecho penal). El derecho se consideraría vulnerado si a algún particular no se le permitiera asesorarse mediante un abogado aunque también se señala que se causaría una vulneración al mismo cuando la asesoría brindada (principalmente en el caso de abogados de oficio brindados por el Estado) no ha sido la idónea.

Dentro de este derecho, se podría identificar dos caracteres:

- El derecho a la defensa de carácter privado, concretado en el derecho de los particulares a ser representadas por profesionales libremente designados por ellas.
- El derecho a la defensa de carácter público, o derecho del justiciable a que le sea proporcionado letrado de oficio cuando fuera necesario y se encontrase en uno de los supuestos que señala la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

Finalmente, el debido proceso garantiza el derecho a usar la propia lengua y a ser auxiliado por un intérprete. Basado en el reconociendo al derecho fundamental de la identidad cultural, toda persona tiene el derecho de ser escuchada por un Tribunal mediante el uso de su propia lengua materna. Asimismo, en el caso que una persona comparezca ante un Tribunal cuya lengua oficial no es la del particular, éste tiene el derecho a ser asistido por un intérprete calificado. Este derecho adquiere peculiar significado en zonas geográficas donde la variedad lingüística es amplia (principalmente [Europa](#) donde es recogido por el [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) y por el [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#)). Sin embargo, su contenido no exclusivamente se entiende a nivel internacional sino incluso nacional en el caso de que dentro de un país exista más de una lengua oficial o la [Constitución](#) del mismo reconozca del derecho de las personas de usar su lengua materna.

La institución del debido proceso fue una conquista de la Revolución Francesa, en contra de los jueces penales y corruptos que aplicaban no la justicia más estricta, sino la voluntad del rey. En ese sentido, dentro del moderno estado de derecho, se entiende que todas las personas tienen igual derecho y acceso a la justicia.

Sin embargo, ello no se concibe con las condiciones del mundo actual. Es evidente que los jueces tenderán a juzgar con mayor benevolencia a aquellas personas mejor contactadas socialmente, porque la promoción en sus cargos hacia judicaturas superiores depende de esos contactos sociales que puedan

conseguir. Por otra parte, no siempre las partes están en equivalencia de condiciones, debido a que el litigante con mayores recursos tendrá la oportunidad de contratar mejores abogados, mientras que los profesionistas de menores recursos dependerán muchas veces de defensores de oficio ofrecidos por el Estado.

Por otra parte, resulta necesario recordar que el Estado sólo puede hacer lo que está permitido legalmente o aquello que la ley le obliga a hacer. Excederse al hacer lo indebido es un abuso de las atribuciones y una invasión a la esfera de los derechos de las personas. Por ello, el debido proceso legal es una norma que garantiza que todos hagan un mejor y más libre uso de sus derechos, especialmente los referidos a su seguridad y de propiedad, los más expuestos a conflictos judiciales de naturaleza penal.¹¹³

En base a lo anterior y una vez analizadas las garantías que ampara el debido proceso penal, resulta necesario resaltar que, si bien es, cierto que la cuantificación de la pena corresponde exclusivamente al juzgador, quien goza de plena autonomía para fijar el monto que a su amplio arbitrio estime justo, también lo es que el órgano jurisdiccional al imponer la pena, ésta debe ser congruente con el grado de culpabilidad del sentenciado. Lo anterior encuentra sustento en la jurisprudencia número I.1o.P. J/14, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, visible en la página 1668, Tomo XIII, Febrero de 2001, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto dicen:

“PENAL. DEBE SER CONGRUENTE CON EL GRADO DE CULPABILIDAD DEL SENTENCIADO, LA CUAL DEBE ESTABLECERSE EN FORMA INTELIGIBLE Y PRECISA. De acuerdo a lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el Juez deberá de tomar en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución, las peculiares del delincuente, así como las referidas al hecho y a la víctima, para la individualización de la pena; si bien es cierto que la cuantificación de la pena corresponde

¹¹³ FERNÁNDEZ, Fernando M. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Mc Graw Hill Interamericana, México, Venezuela, 1999. página 58.

exclusivamente al juzgador, que goza de plena autonomía para fijar el monto que a su amplio arbitrio estime justo dentro de las máximos y mínimos señalados en la ley; también lo es que ese arbitrio encuentra limitación en el acatamiento de las reglas normativas de la individualización de la pena. En este orden de ideas, se tiene que para alcanzar claridad la resolución del juzgador y hacer verificable que la individualización de la pena sea acorde con el grado de culpabilidad estimado, es menester que la nominación que se atribuya al grado de culpabilidad sea precisa, así, entre la mínima y la máxima pueden expresarse las graduaciones: "equidistante entre la mínima y la media", "media" o "equidistante entre la media y la máxima", o las intermedias entre los puntos mínimo, medio y máximo, en relación con las equidistantes entre éstos. La cita de los medios de graduación referidos evita el uso de locuciones ambiguas y abstractas que no determinan el nivel exacto de culpabilidad, lo que se traduce en una deficiente individualización de la pena que impide dilucidar el aspecto de congruencia que legalmente debe existir entre el cuántum de la sanción impuesta y el índice de culpabilidad del delincuente, ya que al determinarse tal aspecto e imponer una condena que aritméticamente se ubique dentro del nivel de culpabilidad resultante, ello hace posible colegir con certeza, si la pena es acorde a la individualización determinada. De ahí que se deba establecer el grado de culpabilidad del sujeto activo en forma inteligible y precisa, pues imponer una pena que no corresponda al grado de culpabilidad resulta violatorio de garantías para el sentenciado."

Por otra parte tenemos la siguiente tesis 1.10°.P.J/9., Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XIV, Diciembre de 2006. visible en la página: 1125, cuyo rubro y texto dicen:

“CULPABILIDAD DEL PROCESADO. ESTUDIO DE PERSONALIDAD NO DEBE TOMARSE EN CUENTA PARA GRADUARLA. En armonía con la contradicción de tesis 120/2005-PS resuelta por la Primera Sala, bajo el rubro: "CULPABILIDAD PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS, NO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LOS ANTECEDENTES PENALES DEL INCULPADO...", tampoco el estudio de personalidad debe ser tomado en cuenta, toda vez que ambos reflejan, la peligrosidad social del sujeto que delinque. Ante estas circunstancias, la Sala responsable no actúa de conformidad a lo establecido en el artículo 72 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, al tomar en cuenta el dictamen de personalidad o estudio criminológico practicado a los procesados para

determinar su grado de culpabilidad, en la parte en que aporta elementos en relación a la baja, media o alta capacidad de demora, control de impulsos y tolerancia a la frustración, ya que éstos sólo sirven para graduar la peligrosidad del sujeto, mas no el de culpabilidad que como requisito legal el legislador fijó al abordar el análisis de esta última categoría jurídica, a fin de que, con base en la gravedad del hecho ilícito se cuantifique justamente la pena a imponer.”

Del texto del criterio que antecede resulta evidente que la misma no cumple con los fines específicos del Proceso Penal, toda vez que mediante ésta encuentran sustento diversas arbitrariedades, ya que da lugar a que el órgano jurisdiccional pase los autos para sentencia, aun cuando no se haya recibido el estudio criminológico del procesado, lo cual da pie a que se dicte sentencia y se imponga una pena, sin realizar previamente las investigaciones realizadas a efecto de descubrir la personalidad del delincuente, toda vez que en el proceso penal no solamente se califica jurídicamente una conducta antisocial, sino que se juzga a un hombre, cuyo conocimiento completo es indispensable, debido a que se coartará su libertad personal, siendo ésta uno de los bienes de mayor rango y más preciados por el hombre.

Para la sentencia el estudio de Personalidad es fundamental; no puede haber sentencia realmente válida sin una información criminológica, pero durante el proceso esa información criminológica puede ser útil, no sólo para la ubicación del imputado dentro del Derecho Penal, sino para determinar las resoluciones del juez, en las que cobra una importancia excepcional la personalidad del imputado: acto de procesamiento, prisión preventiva, excarcelación, sobreseimiento, son algunos ejemplos, lo cierto es que se da una importancia cada vez mayor al estudio de personalidad.¹¹⁴

En este sentido, el licenciado **Jorge Eliécer Gaitán** refiere que: cuando se habla de personalidad en materias penales, suele a veces tomarse esta

¹¹⁴ LEVENE, Ricardo. El Debido Proceso Penal y otros temas. Editorial LIL, Costa Rica, 1981. pagina 17

denominación como un vocablo simplemente académico, sin repercusiones eficaces sobre lo actuado, que es el contenido judicial. Y este fenómeno se observa a pesar de los rígidos mandatos de la ley. Sin embargo, ninguna noción ha aportado al Derecho Penal un criterio más certero que este examen de la personalidad. No es posible hoy en día, y me atrevería a afirmar que nunca a ha sido posible, aun en ausencia de disposiciones terminantes sobre el particular, administrar justicia sin una valoración delicada y minuciosa de la personalidad de quienes intervienen en la vida fugaz o prolongada de un proceso; valoración que hoy suele ser englobada dentro del término genérico de psicología judicial.¹¹⁵

Tomar en sí la declaración de un hombre como si esta ni tuviese una causalidad intelectual y afectiva; darle aceptación en su realidad formal, como si se tratara de materia inerte, sin examinar la personalidad de quien lo produjo, para saber el motivo determinante que pudo propiciar o el fin que pudo aconsejarla; ignorar la influencia que el medio pudo tener sobre sus reacciones espirituales y mentales, equivale a abandonar lo sustancial, que es la causa, para encariñarse con lo adjetivo que es el efecto. El hombre piensa, razona, ama u odia en virtud de un conjunto de motivos que el medio, su educación, su temperamento, su cultura le preparan y le ordenan. Y sus actos, ya cuando investiga, ya cuando declara, ya cuando juzga, no son otra cosa que la expresión material última de un todo múltiple y variado. Justicia que sería irrisoria si prescindieramos del conocimiento de los motivos fundamentales que determinaron una actuación humana, para fijarnos solamente en su resultado, que apenas nos daría una sensación de los estático, formulista y empírico, sensación ciertamente engañosa.¹¹⁶

Cabe hacer mención que la Suprema Corte de Justicia en octubre del año 2007, emitió la Jurisprudencia I.9º.PJ/8, sustentada por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, visible en la Página 3009, Novena Época, Tomo XXVI, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto señalan lo siguiente:

¹¹⁵ ELIÉCER GAITÁN, Jorge. **Defensas Penales**. Cuarta Edición, Editorial Temis, Colombia, 1997. pagina 5.

¹¹⁶ Idem, pagina 6.

“CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS DEBE TOMARSE EN CONSIDERACIÓN EL ESTUDIO CRIMINOLÓGICO DEL INCULPADO. Si bien es cierto que entre las intenciones que motivaron la expedición del Código Penal para el Distrito Federal se encuentran los principios que sustentan un derecho penal de acto, también lo es que los criterios que contempla esa legislación para individualizar las penas, lo mismo que en el ámbito federal, no corresponden en su integridad a un esquema de culpabilidad de acto, sino a un sistema híbrido en el que cobran importancia para graduarla, datos reveladores de la personalidad del infractor de la ley. Se afirma lo anterior, toda vez que para la adecuada aplicación de las penas, el último párrafo del artículo 72 del citado código prevé que el Juez debe requerir los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del autor del delito, como serían, entre otros, el estudio en criminología. Así las cosas, no es legalmente posible sostener lo contrario aplicando, por analogía, el argumento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establecido en la jurisprudencia por contradicción 1a./J. 166/2005, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, mayo de 2006, página 111, de rubro: **"CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS, NO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LOS ANTECEDENTES PENALES DEL INCULPADO, SALVO QUE SE TRATE DE DELITO CULPOSO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)."**, ya que como se ha visto, la legislación sustantiva para el Distrito Federal contempla expresamente la obligación del Juez de requerir los dictámenes periciales del infractor para la adecuada aplicación de las penas, como son, entre otros, el criminológico.”

Por lo que, al emitir este criterio jurisprudencial obliga al juzgador a tomar en consideración el estudio de personalidad de los procesados, lo que dio paso a diversas reposiciones de juicios a partir de la emisión de la misma.

3.5 LA DEFENSA PENAL COMO UN DERECHO SUBJETIVO FRENTE AL ESTADO.

La defensa es un derecho a favor del indiciado para oponerse a la pretensión punitiva del Estado, utilizando las herramientas jurídicas contempladas en el procedimiento penal, pudiéndolo hacer por sí mismo, o por su defensor.

Una defensa adecuada no puede satisfacerse por cualquier defensa. Puede darse el caso de una defensa notoriamente negligente torpe o imperita que ocasione un perjuicio al indiciado o motive una reposición del procedimiento.¹¹⁷

3.6 DERECHO DE DEFENSA.

En todo régimen, en donde sea ejecutada una conducta o hecho, legalmente tipificado como delito, nace la pretensión punitiva estatal y, simultáneamente, el derecho de defensa.

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

El derecho de defensa está íntimamente ligado 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 otorgan las leyes.

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

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.

¹¹⁷ GUILLÉN LÓPEZ, Raúl. Las Garantías Individuales en la Etapa de la Averiguación Previa. Editorial Porrúa, México, 2003. página 128.

El concepto de defensa es opuesto y complementario del de acusación, por lo que la defensa es oposición a la acción. De ahí que no pueda argumentarse nunca en contra del derecho de defensa invocándose que la situación de que se trate está plenamente comprobada o repugna sentimientos éticos y también que deba afirmarse que nada hay más peligroso para la correcta aplicación del derecho y aún para la civilidad, que la perniciosa confusión entre defensor e imputado o, más precisamente entre derecho de defensa y hecho ilícito defendido.

Si se piensa la acción como un derecho a tutela jurídica, la defensa también puede ser entendida, desde la perspectiva contraria, como similar derecho a esa tutela. De ahí el énfasis con que se ha destacado las interrelaciones de acción y defensa, ya que ambas son manifestaciones de la legalidad del debido proceso y poderes para la plena realización de la actividad integradora.

En este sentido, el maestro **Vázquez Rossi**, cita a **Manzini**, quien considera que debe distinguirse en el concepto de defensa un sentido lato o general y un sentido estricto; en el primero, “es la actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos del imputado”; desde el punto de vista objetivo, aparece como “un canon general de nuestro ordenamiento jurídico”. La defensa entendida en sentido estricto, es la actividad que se contrapone a la acción penal ejercida por el Ministerio Público.¹¹⁸

El nuevo abogado que se exige en la actualidad debe de estar muy bien preparado en lógica de argumentación jurídica, métodos de investigación y oratoria, además de contar con los recursos humanos y materiales apropiados que le permitan defender bien a su cliente mediante el empleo eficiente de los mismos frente al poder de la acusación del Ministerio Público.¹¹⁹

¹¹⁸ VAZQUEZ ROSSI, Jorge E. Ob. cit., (nota 33), Pagina 140.

¹¹⁹ FERNÁNDEZ, Fernando M. Ob. cit., (nota 113), pagina 93.

Por lo que, es posible distinguir con respecto al concepto de defensa dos sentidos que se suponen e implican mutuamente:

- a) Sentido amplio:** deriva en forma directa de los fundamentos Constitucionales y aparece como manifestación de los valores de libertad individual y seguridad jurídica, los cuales se relacionan con el concepto de “debido proceso” y abarca la totalidad de las garantías que rodean al mismo; exige el cumplimiento de los requisitos de legalidad del desenvolvimiento procesal.

- b) Sentido restringido o estricto:** concebido como la contestación de la acusación, como contrario de la acción, en tal aspecto, es la actividad ejercida en las oportunidades procesales debidas tendiente a la exposición de las razones a favor del interés y del derecho del imputado y destinadas a lo largo de sus posiciones dentro de la causa; se expresa procesalmente a través de actos tales como la declaración indagatoria, el ofrecimiento de pruebas y la interposición de recursos.

Desde el punto de vista general el poder de defensa es definido como la facultad de “impedir, resistir y prevenir cualquier restricción injusta a la libertad individual, y al pleno ejercicio de los derechos de las personas tienen otorgados por el imperio del orden jurídico pleno”; así puede conceptualizarse como la legítima oposición a la persecución penal y como la actividad propensa a la acreditación de la inocencia o la invocación de circunstancias que atenúen la responsabilidad.¹²⁰

Por lo que, a consideración de la suscrita el derecho de defensa en términos de la fracción IX, apartado A, del artículo 20 Constitucional es la oportunidad que en todo proceso del orden penal tiene el encausado de aportar pruebas por sí o a través de su defensor o persona de su confianza, que

¹²⁰ VAZQUEZ ROSSI, Jorge E. Ob. cit., (nota 33), pagina 141

desvirtúen el hecho que se le imputa. Por otra parte, tiene derecho a que su defensor comparezca en todos los actos procesales, ello con el objeto de que intervenga para evitar cualquier violación a los derechos sustantivos o adjetivos de su defendido y, de ser necesario promover todos los medios de impugnación necesarios frente a los actos de autoridad que afecten los intereses legítimos de la defensa, exponer la argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto y utilizar los beneficios que la legislación procesal establece para ejercer dicho derecho. Este derecho debe prevalecer tanto en el proceso, como en la integración de la averiguación previa

3.6.1 ORIGEN DEL VOCABLO DEFENSA.

La palabra *defensa* proviene del latín, que a su vez tiene su origen o proviene de la palabra *defendere*, que significa **defender**, desviar un golpe, rechazar a un enemigo, rechazar una acusación o injusticia. La Real Academia por su parte, la define, “*7 Der. Razó o motivo que se alega en juicio para contradecir o desvirtuar la acción del demandante*”. El Diccionario de Uso del Español de Maria Moliner, define defensa “*Der. Conjunto de argumentos con que un abogado defiende a su cliente*”.

El origen de este derecho es anterior a su desarrollo jurídico, ya que tomando en cuenta su significado originario, defender, es el rechazo u opción a la actuación de otro, o como dice el autor español **Alex Carocca Pérez**, que “sin una previa *ofensa*, no se concibe una *defensa*”. “Así, podemos imaginar en una primera época en la evolución humana previa a la identificación de cualquier norma jurídica, pero ya establecido el hombre en comunidad, a cada uno actuando directamente para tratar de tutelar su propio interés y, en virtud de esta norma de vida que constituye la defensa, cuando se producía un requerimiento concreto, al atacado, generalmente oponiéndose y desarrollando su propia actividad física, de igual naturaleza y contenido, pero de signo contrario, para impedirlo. La *defensa*, en consecuencia, *aparece en sus orígenes íntimamente ligada a la posibilidad de*

acción, de actuación en pos de la tutela de un interés propio, que el sujeto considera digno de protección, pero con la esencial característica de que *no se trata de una acción espontánea, sino motivada por la actuación previa de otro*, que ha tomado la iniciativa, es decir, que se ha comportado como agresor, que han cometido una *ofensa*, que puede ser real o temida, y que, como hemos dicho, es siempre la que motiva y justifica la *defensa*.

En una etapa posterior, cuando ya no es posible hacerse justicia por propia mano, y es un *tercero* a quien se encarga de dirimir los conflictos, el *audiator et altera pars*, inicia el arbitraje antecedente del proceso, surgiendo este derecho de oponerse a las pretensiones contrarias; la idea de *defensa* jurídica o fáctica, referida a derechos, arranca de ser “una reacción frente a las pretensiones de otros sobre un bien discutido”; pero la *defensa* se entiende, **como esa posibilidad de reacción en contra de una acción.**

3.7 LA PROBLEMÁTICA DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA

De acuerdo al marco normativo expuesto en el Capítulo anterior, se advierte que efectivamente, se cuenta con una amplia protección en lo legislativo con respecto al derecho de defensa, ya que se garantiza el mismo no sólo a nivel Constitucional, sino que éste se extiende al marco de los Tratados Internacionales y en leyes locales, como lo son las del Distrito Federal, sin omitir mencionar las legislaciones Federales, lo que en consecuencia daría como resultado un procedimiento penal garantista; y por tanto justo, en el cual debería prevalecer el principio de presunción de inocencia, que consisten en que, a ninguna persona debe señalarse como responsable de la comisión de algún delito, sino hasta que un tribunal por sentencia definitiva lo declare penalmente responsable del delito de que se trate; a su vez el procedimiento penal debe ser contradictorio, esto es, dialéctico, en el cual tanto el órgano de acusación como el de defensa, estén colocados en un mismo plano de igualdad, en donde cada una de las partes tengan oportunidad de preguntar, repreguntar y controvertir lo expresado por el

denunciante, testigo, perito o a quien intervenga de alguna manera el desahogo de una determinada prueba y además se le brinde la opción de ofrecer otras pruebas, para acreditar su inocencia o para fortalecer la acusación; es necesario además que exista una total independencia entre las funciones del juez en relación con el Ministerio Público, que garantice la imparcialidad del Órgano Jurisdiccional para que éste al momento de emitir su sentencia lo haga con toda libertad e imparcialidad, resolviendo lo que en derecho proceda, como así lo ha expuesto el maestro **Luigi Ferrajoli** en su obra *Derecho y Razón*, en el Capítulo 9, al tratar el tema “ El juicio, cuándo y cómo juzgar” ¹²¹; lo que daría como resultado el que el derecho de defensa quedara plenamente garantizado.

Contrariamente en la práctica cotidiana se observa que en la fase de investigación del delito, esto es, en la integración de la Averiguación Previa, es únicamente el Agente del Ministerio Público quien ordena y desahoga las pruebas que han de servir para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, quedando relegada la presencia de la defensa o persona de confianza al momento en que se recibe la declaración del indiciado, pero sin que se le dé participación en dicha diligencia; por lo que, su asistencia únicamente es necesaria para legitimar toda la serie de violaciones Constitucionales y procesales llevadas a cabo en contra del indiciado, que finalmente lo han de llevar a enfrentar un procedimiento penal, lo anterior cuente o no con defensor, el que por desconocimiento o temeroso de exigir lo que en derecho procede, permite verdaderos abusos de la autoridad en detrimento de su defendido, el cual al ser consignado ante el órgano jurisdiccional tendrá derecho a ser asistido desde el momento de la declaración preparatoria a nombrar un defensor particular o de oficio y en caso de que no lo designe el juez tiene la obligación de asignarle como tal al de oficio, sin embargo el procesado en ocasiones sigue siendo objeto de situaciones anormales en detrimento de su derecho de defensa; amén de que por lo general el indiciado desde el momento que es detenido, por ignorancia o desconocimiento de sus derechos, tiene que soportar malos tratos y todo tipo de

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi, “El juicio cómo y cuándo juzgar”, *Derecho y Razón*, tr.. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, S.A., Quinta Edición, Madrid 2001, p. p. 437-542

vejeciones, sea por autoridades u otro tipo de personajes nefastos que abusan principalmente en lo económico y que denigran la profesión del Licenciado en Derecho, siendo necesario entonces determinar cuáles son los factores, que inciden en que la garantía de defensa sea nugatoria en innumerables asuntos y a ello se dedicará el presente Capítulo, partiendo de la actividad del defensor sea particular o de oficio a fin de responder los siguientes cuestionamientos:

1.- ¿ La normatividad señalada en el Capítulo anterior es suficiente o no para garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa?.

2.- ¿Es respetado o no el derecho de defensa por las autoridades encargadas de la procuración y administración de la justicia en el Distrito Federal?.

3.- ¿Los defensores particulares o de oficio son los responsables de que se respete o no el derecho de defensa por las autoridades ministeriales y judiciales en nuestra Ciudad?.

4.- ¿ El derecho de defensa es respetado o no de acuerdo a la clase social a la que pertenezca el indiciado o es proporcionado en igualdad de condiciones a pobres y ricos en esta Ciudad?.

3.7.1 PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA DEFENSA PENAL

Respecto a las personas que intervienen en el proceso penal, según se advierte de la fracción IX, apartado A, del artículo 20 Constitucional, la defensa puede ser ejercida por el propio indiciado, quien realiza la defensa por sí, un abogado o una persona de confianza, y, a falta de éstos, un Defensor Público Federal designado por el Ministerio Público o el indiciado. Por lo que, tales figuras o personas, dan pauta a la reflexión y análisis para encontrar la respuesta y la solución a los problemas que cada uno de ellos presenta en lo normativo y su aplicación en el mundo fáctico, así se tiene que la fracción IX del artículo de referencia establece:

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

A).- Del inculpado:...

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 ser 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 la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera:...".

Como se observa del texto anterior efectivamente surgen a la vida jurídica, dentro del proceso penal, o bien, a nivel de la Averiguación Previa, tres personas que a lo largo de de estas dos etapas, tienen repercusiones trascendentales, no sólo en lo procesal, sino que su desempeño incidirá en la vida misma de la persona sujeta a investigación o a proceso penal, de ahí que se deba establecer puntualmente en qué consiste la defensa por sí, por persona de confianza, o por abogado, entendiéndose por este último a un Licenciado en Derecho.

A) LA DEFENSA EJERCIDA POR SÍ.

La defensa por sí, se encuentra prevista en la fracción IX del apartado A, del artículo 20 Constitucional, por tanto la persona sujeta a investigación ante el Ministerio Público o a proceso ante los Órganos Jurisdiccionales penales locales o federales, tendrán la posibilidad de ejercer por sí mismos la defensa, aun cuando gran parte de los casos no tiene bases jurídicas para defenderse adecuadamente. Sin embargo, para que ésta pueda desarrollarse en forma "adecuada", deberá, quien de esa forma la ejerce, mínimamente contar con los conocimientos jurídicos suficientes en materia penal que le permitan óptimamente defenderse de la acusación que se enderece en su contra, desde el ofrecimiento oportuno y desahogo de pruebas, así como la interposición de recursos y en su momento

promover el Juicio de Amparo en caso de ser oportuno, pedir que se aplique en su favor todo aquello que sea en su beneficio y motivará convenientemente sus peticiones, puesto que no obstante que en materia penal existe la suplencia de la deficiencia de la queja, ello no es suficiente para afirmar que su defensa fue la “adecuada”, pero inclusive en estos casos el Ministerio Público, o en su caso el Juez, tienen la obligación de designarle un defensor de oficio, para garantizar que tenga una defensa adecuada.

Por otra parte, existen dos supuestos que en su momento son fundamentales para la defensa por sí, siendo el primero de ellos, el que el indiciado o procesado se encuentre gozando de su libertad y el segundo cuando éste se encuentre privado de ella; en el primer caso, la persona indiciada o procesada, aprovechará su libertad precisamente para buscar, testigos de los hechos, objetos, documentos, datos, indagar y allegar al Ministerio Público o al Juez aquellas pruebas que sean indispensables para su defensa, lo que no podrá realizar, en el segundo caso puesto que se encuentra privado de su libertad; al respecto resulta oportuno hacer mención de lo señalado en relación con el procedimiento penal español, por el catedrático español **Víctor Moreno Catena**, en su artículo denominado “Competencia y Partes en el Proceso Penal Español”, en el sentido de que: “...En el proceso penal no se admite, por lo general la actuación personal de las partes para instar los actos del procedimiento, porque el punto de partida es precisamente la falta de conocimientos jurídicos, y su imposibilidad para sujetarse y cumplir los requisitos que exige la regular sustanciación del procedimiento... todas las partes que intervienen en el proceso penal precisan de la asistencia de un abogado y de la representación de un procurador...”¹²²; lo que es perfectamente aplicable a nuestro país atento a lo anteriormente expuesto, por lo que se afirma que una defensa llevada por sí mismo implica una verdadera proeza y sería muy difícil aun encontrándose en libertad, puesto que para desarrollarla se requiere como antes se dijo de

¹²² MORENO CATENA Víctor y otros. **El Proceso Penal, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios.** Volumen I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2000. pag. 176.

conocimientos especializados, que sólo personas egresadas de las facultades de derecho y con amplia experiencia en la materia penal podrían desarrollar, y tomando en cuenta los índices tan bajos de preparación escolar en nuestro país y en el Distrito Federal, sería francamente imposible, debiendo mencionar que este tipo de defensa en nuestro país es realmente inexistente.

Es relevante mencionar, el hecho de que una persona que se encuentra privada de su libertad, por esa razón está privada de objetividad y puede tener inclusive distorsionada su realidad, resultando oportuno el comentario del maestro argentino **Raúl Zaffaroni** al referirse a la incomunicación como: "...La incomunicación es, en este aspecto, una forma de apremio. Una persona sometida a ese apremio, particularmente si carece de experiencia procesal y si es "aconsejada" por el policía "bueno" que alterna con los "malos" durante ese estado, está privada de la capacidad de juicio crítico necesario para declarar..."¹²³; por lo que entonces resulta inapropiado que se faculte a una persona privada de su libertad a defenderse por sí mismo.

Como consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que el seguir sosteniendo a nivel Constitucional el derecho a una defensa por sí, es sumamente peligroso, dadas las prácticas por demás inquisitorias que se realizan principalmente en investigación del delito en las Agencias del Ministerio Público, toda vez que el mismo legislador al modificar en el año de 1993 el artículo 20 Constitucional entre otras razones, mencionó en su exposición de motivos textualmente lo siguiente:

"...En lo referente a la fracción IX, la reforma que se plantea otorga al procesado la garantía jurídica a gozar de una defensa para la guarda de sus derechos, contemplándose que la misma puede realizarse por el propio procesado o por abogado de su confianza, salvo en los casos en que en el lugar

¹²³ ZAFARONI, Eugenio Raúl, "Proceso penal y derechos humanos", **El proceso penal, Sistema Penal y Derechos Humanos**, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, España. ZAFARONI, Eugenio Raúl, Coordinador, Secretaría de Gobernación, ILANUD, Comisión Europea, Porrúa., Segunda Edición, México, 2000, p. p. 20 y ss.

no hubiere abogado titulado, podrá ser defendido por persona de su confianza. En todos los actos del proceso el defensor tendrá derecho a estar presente y será su obligación comparecer cuantas veces se le requiera. En esta misma fracción se adiciona un párrafo, en el que se establece que lo dispuesto por las fracciones V, VII y IX, se observarán en la averiguación previa 'en los términos y con los requisitos que las leyes establezcan', enfatizándose que las previstas en las fracciones I y II 'no estarán sujetas a condición alguna'...¹²⁴.

De lo anterior se advierte que el legislador estaba consciente de que el ejercicio al derecho de defensa en la práctica no se cumple y por ello era necesario darle mayor realce, en razón a que en el mismo texto se contemplan derechos que se perdieron en las comisiones legislativas y que son de suma importancia, como la garantía que se plasmaba de ser defendido por abogado de su confianza, es decir, por un licenciado en derecho con título profesional, y que si no hubiera abogados titulados, esto es, un licenciado en derecho, en el lugar en que el indiciado se encontrara, sólo entonces podría defenderlo una persona de su confianza, y que el defensor tendría el derecho de encontrarse presente en todos los actos del proceso; observándose que al ser discutidas en las comisiones legislativas respectivas y aprobadas las modificaciones, la reforma penal Constitucional perdió la relevancia que en su inicio tenía, dejando al procesado igual o peor a como se encontraba antes de la reforma en cuanto a su defensa se refiere.

Igualmente en el supuesto que el indiciado o procesado decida defenderse por sí mismo debe establecerse como exigencia Constitucional, que en este caso estará obligado a nombrar a un defensor sea particular o de oficio, puesto que con ello se podría asegurar que efectivamente contará por lo menos con la asesoría jurídica calificada, que le permita ofrecer y desahogar pruebas de la mejor manera posible y realizar las argumentaciones lógicas y jurídicas que sean conducentes.

¹²⁴ H. CÁMARA DE DIPUTADOS, "Tercera reforma al artículo 20 Constitucional", **Carpeta Legislativa**, julio 2 de 1993.

Otro de los inconvenientes que se observan cuando no tiene asistencia jurídica, es que dentro de los lugares dispuestos para la estancia de las persona sujetas a investigación, en las Agencias del Ministerio Público, aquellos en ocasiones son sujetos de vejaciones de todo tipo hasta llegar a la tortura sea ésta física o psicológica y que ante ese peligro, deberá contarse en dicho lugar con una persona que haga valer sus derechos y evitar con ello esas prácticas inhumanas.

Luego entonces, resulta indispensable que efectivamente se cuente con un defensor de oficio en los centros de detención o reclusión que esté al pendiente de las diligencias practicadas por las autoridades y en caso de ser contrarias a derecho actuar conforme lo exija el caso interponiendo los recursos legales o medios de defensa encaminados a evitar arbitrariedades.

Para documentar los excesos de las autoridades encargadas de la procuración y administración de justicia así como de aquellas que se encargan de la vigilancia en los reclusorios preventivos y de la ejecución de sentencias en la penitenciaría, que se han presentado a lo largo de nuestra historia, no únicamente en el Distrito Federal, sino en todos los Estados de nuestro país.

En virtud de lo expuesto es que resulta indispensable que a nivel Constitucional, se realice una reforma en la que se modifique la garantía relativa al derecho de defensa y elimine de su texto la defensa por sí, o bien, en caso de que subsista, porque se considere su extinción violatoria de garantías individuales, se obligue a quien determine defenderse por sí a que asimismo nombre a un defensor particular o de oficio para que lo asesore durante la averiguación previa y durante el procedimiento penal y además determine que dicho profesionista debe de asistir a quien pretenda defenderse por sí y estar presente en todos y cada una de las diligencias que se practiquen ante la autoridad que corresponda.

B) DEFENSA EJERCIDA POR PERSONA DE CONFIANZA

La llamada persona de su confianza, resulta ser en la mayoría de la averiguaciones previas que conocen los Órganos Jurisdiccionales, un personaje muy socorrido, y éste se encuentra presente y “asiste jurídicamente” a un indiciado generalmente al rendir su declaración ante el Ministerio Público, pero en la vida fáctica deviene a ser una figura decorativa, cuya intervención por ser tan deficiente obliga a preguntarse; ¿quién es la persona de confianza? y al contestar esta interrogante nos encontramos con que la persona de confianza designada, es cualquier persona que se encuentre en la Agencia Investigadora del Ministerio Público, esperando conocer cuál es la situación en que se encuentra una determinada persona, encontrándose entre estas personas, en el mejor de los casos, un familiar del detenido, sea éste el padre, la madre, hermano, esposo, esposa, primo, un tío o cualquier otro familiar e inclusive cualquier persona que se encuentre presente en el momento de que el indiciado rinda su declaración ministerial, puesto que el Agente del Ministerio Público dará intervención a la “persona de su confianza” al momento de recepcionar la declaración del indiciado y dado que la fracción IX del inciso A) del artículo 20 Constitucional, previene el caso de que un indiciado pueda ser defendida por una “persona de su confianza”, el nombramiento o designación realizada por el “indiciado”, que en la realidad la designa el funcionario aludido, sirve al Ministerio Público para legitimar su actuación en la investigación aduciendo que cumplió con la garantía Constitucional de defensa, puesto que una persona de su confianza lo asistió durante la Averiguación previa y por tanto no existe violación a garantía individual alguna, tal arbitrariedad encuentra sustento en la tesis XXVII.P.1116, consultable en el tomo XVII, febrero de 2003, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que a la letra dice:

“PROCEDIMIENTO PENAL, INADECUADA DEFENSA EN ÉL. NO EXISTE VIOLACIÓN PROCESAL CUANDO SE ADVIERTE QUE EL QUEJOSO DESIGNÓ ASISTENCIA O DEFENSOR. Cuando el quejoso aduce violación a la fracción IX del apartado A del artículo 20 constitucional, argumentando que no gozó de una adecuada defensa durante su proceso, no ha lugar a considerar violadas las leyes que

regulan el procedimiento penal, si de los autos se advierte que tanto en su declaración ministerial, como en preparatoria, las autoridades respectivas le hicieron saber que tenía derecho a ser asistido por un abogado o persona de su confianza y que aquél decidió nombrar como asistentes o defensores a determinadas personas, dado que con ello queda cubierto el requisito de defensa previsto en el precepto constitucional aludido, ya que sólo basta que el inculpado señale a las personas que desea que lo asistan, para que el Juez o el órgano ministerial queden relevados de designar al defensor de oficio, máxime si el código procesal para la entidad no establece que conjuntamente con el asesor designado, deba nombrarse defensor de oficio.”

Lo asentado obliga a analizar las cualidades que tiene la persona de su confianza que se nombra en la Averiguación Previa y dentro de las características comunes que se encuentran algunas de ellas son las siguientes:

Se encuentran ligadas con el indiciado por un lazo consanguíneo generalmente estrecho, puesto que se trata del padre, madre, hermano, tío, primo y otros.

También tienen lazos de amor o de amistad con el indiciado, como son, el esposo, esposa, concubino, pareja, o bien si los une una amistad y hasta en ocasiones tan solo son conocidos ocasionales, tratándose de personas que se encuentran de paso en la Agencia Investigadora.

A la persona de confianza no se le exige tener conocimientos jurídicos; inclusive puede ser analfabeta y tener la responsabilidad de defender al indiciado, pues, en el apartado A, fracción novena, del Artículo 20 Constitucional no establece requisito alguno; tiene, además, la responsabilidad de llevar una defensa adecuada, lo cual, en la mayoría de los casos es poco probable que la lleve a cabo, pues carece de bases para desenvolverse de forma apropiada jurídicamente en beneficio del indiciado.¹²⁵

¹²⁵ GUILLÉN LÓPEZ, Raúl. Ob. cit., (nota 117), pagina 138.

Una persona de confianza no es un defensor desde el punto de vista estrictamente jurídico, pues no tiene elementos para llevar una defensa por conocer el derecho; por lo tanto, habrá que estar muy atentos al contenido del artículo 20, fracción II, que a la letra dice:

“...la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del ministerio público o del juez, o ante éstos sin asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.”

En ese orden de ideas, podría considerarse sustentado que la declaración confesional rendida por el indiciado con la asistencia de la persona de confianza no debe tener valor probatorio alguno, pues no es respetada la garantía individual a favor del indicado de gozar de una defensa adecuada.¹²⁶

Sería difícil encontrar una persona que pudiera argumentar y hacer uso de los recursos legales a su alcance a efecto de defender a la persona que lo nombró, y siendo difícil realizar una defensa en esas condiciones, únicamente hay que imaginar lo difícil que es en ocasiones el expresarse ante personas desconocidas, mucho más difícil ha de ser hacerlo ante un funcionario público como lo es Ministerio Público y si además éste resulta una persona grosera o prepotente y más aun cuando la libertad de una persona está de por medio, tomando además en consideración que la instrucción académica del grueso de las personas que asisten a los inculpados como personas de confianza, difícilmente alcanzan a cubrir algún grado del nivel básico o medio básico, -lo anterior puede ser plenamente corroborado con solo consultar algunos expedientes al azar en cualquier juzgado y verificar los datos generales proporcionados por la persona de confianza ante el Ministerio Público- por ello resulta lamentable que nuestra Constitución garantice ese tipo de defensa, por ser utópica con esas características, quedando en tela de juicio el término rimbombante de “defensa adecuada”, puesto que este tipo de defensa exclusivamente es adecuado para el

¹²⁶ Idem., pagina 140.

Ministerio Público y en algunos casos para el Juez pero no para el indiciado o procesado, y la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha convalidado, justificando las actuaciones del Ministerio Público y Jueces, emitiendo jurisprudencia a través de los Tribunales Federales, garantes del respeto de las garantías individuales plasmadas en la Constitución, aduciendo que es Constitucional la averiguación previa, en que se nombró una persona de su confianza para que asistiera a un indiciado durante su declaración puesto que es así como lo prevé la Carta Magna, olvidándose de hacer el estudio y análisis de la exposición de motivos y aún más de las condiciones de pobreza y educación de la mayoría de la población para de esta manera, si las leyes secundarias preceptúan la ampliación de estos derechos y aun cuando en forma contradictoria conceden mayores derechos, ya que en otras normas los restringen, haciendo nugatorio ese derecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debería hacer prevalecer los derechos más amplios para el procesado y dejar de aplicar aquellos preceptos que son contrarios a los indiciados o procesados en cuanto al derecho de defensa se refiere.

Para el doctor **Sergio García Ramírez**, “la persona de confianza es un asistente moral, un acompañante calificado, pero no un asistente jurídico”.¹²⁷

Actualmente resulta innecesario que en nuestra Carta Magna se continúe contemplando dicha figura, toda vez que hoy por hoy se cuenta con un gran número de profesionistas en derecho, quienes conocen las leyes que nos rigen y se encuentran capacitados para ejercer un adecuado derecho de defensa, interponer los recursos necesarios, alegar en audiencias y presentar conclusiones que favorezcan a su defendido, a efecto de obtener una sentencia lo más favorable posible.

¹²⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Ob. cit., (nota 75), pagina 88.

C) DEFENSA EJERCIDA POR PROFESIONISTA. (DEFINICIÓN DE ABOGADO Y FIN PRINCIPAL DEL MISMO)

Llámesese defensor particular o de oficio, en ambos casos presupone que esta actividad la desempeñará un Licenciado en Derecho, es decir, aquella persona que realizó sus estudios universitarios completos y elaboró en su caso un trabajo de tesis profesional y presentó examen profesional aprobándolo, o bien mediante otra metodología obtuvo su título; y por tanto, posee la cédula profesional que lo acredita apto para ejercer la profesión de Licenciado en Derecho, mas ello no es garantía de eficiencia en el desempeño del cargo de defensor en materia penal, puesto que para ello se requiere poseer amplios conocimientos de la materia sustantiva penal, es decir, que sobre este tópico deberá manejar la llamada teoría del delito, así como los delitos en particular, esto es, que deberá aplicar sus habilidades para desglosar en sus elementos todos y cada uno de los delitos previstos en la ley sustantiva penal, debe ser experto conocedor de la ley adjetiva penal, toda vez que es a partir del conocimiento Código de Procedimientos Penales, que podrá ejercer a plenitud todos los derechos que el llamado indiciado, inculcado, procesado o sentenciado tiene a lo largo de todas y cada una de las etapas del procedimiento, con el fin de estar en aptitud de proponer las pruebas que resulten ser idóneas, o aquellas que en su caso destruyan o nulifiquen las ya existentes en beneficio de su defenso, o para alegar o hacer valer algún derecho que se le pretenda coartar a su cliente, o que sea en su favor y pueda resultar útil para el momento de la valoración de las pruebas, así como para interponer algún recurso o medio de defensa que sea capaz de revocar el fallo injusto o arbitrario de la autoridad que conoce el asunto, además deberá de tener conocimientos sobre el Derecho Constitucional, Garantías Individuales, Amparo y de ser posible Derecho Internacional Penal, a fin de solicitar la aplicación de un tratado internacional que sea acorde en su cometido, además de lo anterior es recomendable que el defensor en materia penal tenga conocimientos sobre las materias que conforman la ciencia de la Criminalística, como son, la medicina forense, balística forense, dactiloscopia, documentoscopia, contabilidad, hechos debidos al tránsito de vehículos,

criminalística de campo y otras ciencias que puedan llevar al conocimiento más cercano de lo acontecido fácticamente y que resulta de vital importancia para el desempeño eficiente de la labor del defensor penal, puesto que gracias a tales conocimientos el defensor estará en aptitud de proponer las pruebas científicas idóneas para el fin que persigue, que no debe ser otro que el de realizar un trabajo eficiente, pero apegado a los principios de ética, lealtad y probidad.

Sin que en este apartado quede olvidado que es en la materia penal donde más daño causa la actuación de un “Licenciado en Derecho” carente de conocimientos en las materias ya referidas, toda vez que es en este ámbito en donde está en juego una de las garantías individuales de mayor valor para el hombre como lo es la libertad, luego entonces es obligación de un Estado Democrático no exclusivamente garantizar el derecho de defensa, a través de un marco jurídico armónico y no contradictorio como el existente en el Distrito Federal, toda vez que en algunos dispositivos asegura el derecho de defensa durante toda la averiguación previa y posteriormente lo relega hasta el momento en que el indiciado rinda su declaración ministerial, al igual que lo hace tratándose del procedimiento penal en donde se establece que desde el momento de rendir su declaración preparatoria tiene ese derecho y enseguida menciona que lo tiene después de recibida su declaración preparatoria.

Por lo que, cabe hacer mención a la definición que da el Diccionario Enciclopedia Granda define al abogado como: “abogado es un perito en leyes que se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos e intereses de sus clientes y asesorarlos sobre cuestiones legales y jurídicas. Para ejercer la abogacía a título legal, es preciso haber seguido la carrera de derecho hasta alcanzar la licenciatura y estar colegiado. No existe especialización legal, pues los abogados lo son a título general, pero sí es corriente la especialización de hecho; asía encontramos criminalistas, procesalistas, penalistas, etc., según la rama a que el abogado haya dedicado atención preferente.”¹²⁸

¹²⁸ DICCIONARIO ENCICLOPEDIA GRANDA, Tomo I, Argentina, Buenos Aires, 1975, pagina 22.

Por su parte, la enciclopedia Jurídica Omeba lo define de la siguiente manera: la palabra abogado proviene de la voz latín *advocatus*, que a su vez está formada por la partícula *ad*, a o para, y por el participio *vocatus*, llamado; es decir, llamado a o para, porque, en efecto, estos profesionales son requeridos por los litigantes para que les asesoren o actúan por ellos en las contiendas judiciales.¹²⁹

Para determinar el contenido de la voz que nos ocupa, se hace indispensable comenzar por una delimitación de lo que es la abogacía o, en otros términos, precisa saber cuál es la función que los abogados cumplen dentro de la organización social. Conforme a las definiciones consignadas en el Diccionario de la Academia Española, *abogar* es “defender en juicio, por escrito o de palabra”; *abogacía* es “profesión y ejercicio de abogar”; y *abogado* es “perito en el Derecho que se dedica a defender en juicio los derechos o intereses de los litigantes, y también a dar dictamen sobre las cuestiones que se le consulten”. En esta última definición están comprendidos tanto el requisito técnico subjetivo –poseer pericia en el Derecho- cuanto la finalidad objetiva de ese requisito, que ha de ser precisamente aplicado a la defensa en juicio de los litigantes o a dictaminar sobre las consultas que se les formulen.¹³⁰

El Estado además debe vigilar y exigir que dicho marco jurídico efectivamente sea cumplido, pues únicamente así se puede aspirar a una verdadera igualdad entre la acusación y la defensa en donde actualmente lleva la ventaja el Agente del Ministerio Público, puesto que no sólo en la investigación del delito, sino durante el proceso penal, toma ventaja pues la investigación del delito se reduce a ser de tipo inquisitorial, además de contar principalmente con una Dirección de Servicios Periciales que es utilizada por el Ministerio Público para integrar una averiguación previa en ocasiones deficiente, amañada o de mala fe, que lleva a prisión a la persona contra la que se endereza la investigación, ante la incredulidad y falta de capacidad de reacción del defensor.

¹²⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Buenos Aires Argentina, 1954, pagina 65.

¹³⁰ Idem., pagina 66.

Puesto que en el caso de que la defensa esté en manos de un defensor de oficio, ante la arbitrariedad con que se conducen una buena parte de Agentes del Ministerio Público, quienes ordenan literalmente a dicho defensor que se abstenga de intervenir de cualquier forma dentro de la averiguación previa y que no se meta en problemas, aun cuando el profesionista en cuestión pretenda realizar su trabajo, éste generalmente se ve obstaculizado por la presión y prepotencia del funcionario ministerial en turno, y como resulta más cómodo para el Defensor Público asumir una actitud pasiva, toma las cosas con calma y cuando reporta lo anterior a sus superiores, lo normal es que reciba instrucciones de éstos en el sentido de que efectivamente no se meta en problemas y colabore con el representante social, permitiendo con ello que su actividad se reduzca a firmar las actuaciones cuando le sean requeridas y en el mejor de los casos estará presente durante la declaración de su defensor, con quien seguramente no cruzará palabra alguna, por no permitírsele el Agente del Ministerio Público o permitiéndoselo lo más que aconsejará a su cliente es que no declare fundándose en la fracción II del artículo 20 Constitucional, que faculta al indiciado a no declarar si ese es su deseo.

Lo anterior puede constatarse revisando al azar cualquier averiguación previa y los expedientes penales en donde aparece que por norma general el indiciado al momento de su declaración ministerial y en su preparatoria se abstienen de declarar, entonces la autoridad de referencia recibirá la manifestación que corresponda en donde por falta de asesoría jurídica especializada del Defensor de Oficio al indiciado, será la autoridad ministerial la que redactará su declaración a su antojo adjudicando al detenido hechos ignorados por éste, que lo pueden mantener en prisión por mucho tiempo inclusive siendo inocente de la imputación que se encausa en su contra, puesto que debe tenerse presente que existen principios en la valoración de la prueba como el de inmediatez procesal, que consiste en que se le otorga mayor valor probatorio a las declaraciones que son rendidas con mayor cercanía al hecho delictuoso.

En cambio si la defensa la ejerce un defensor particular puede lograr a favor del indiciado que la averiguación previa se lleve con mayor celeridad y que su cliente ejercite su garantía Constitucional que lo faculta a declarar o no, absteniéndose de hacerlo, puesto que siendo lógico que si el defensor no conoce la averiguación previa, por lo menos solicite que se le permita hablar con su cliente a fin de que pueda asesorarlo respecto de la importancia que tienen su declaración para poder estar en las mejores condiciones posibles para defenderlo con propiedad antes de rendir su declaración y preparar desde entonces su defensa. Sin embargo, tratándose de licenciados en derecho con amplia experiencia podrán hacer valer su derecho para consultar por lo menos el expediente aun cuando sea brevemente y exigir que se les permita hablar con el indiciado, no obstante que la autoridad ministerial aduzca que no puede permitirlo, porque no ha sido nombrado defensor por el indiciado y será en el momento en que lo nombren cuando pueda darle acceso al expediente y platicar con su defendido; siendo importante también hacer mención, que un defensor particular puede obtener alguna concesión para su defenso porque en la Agencia del Ministerio Público correspondiente puede ser conocido del funcionario en turno o recomendado de un superior de éste o de un personaje importante.

Por último debe precisarse cuál es el verdadero alcance del texto de la fracción IX del inciso A del artículo 20 Constitucional, al referirse al término de “defensa adecuada”, por encontrarse en estrecha relación con la actividad desarrollada en la defensa, por sí, por persona de su confianza, o por abogado a que se ha hecho referencia.

3.7.2 DEFENSA ADECUADA.

Al modificarse el texto de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, reforma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de septiembre de 1993 mil novecientos noventa y tres y que entró en vigor al día siguiente, se introdujo el concepto de “**defensa adecuada**”, pero sin que en la misma Constitución se estableciera un concepto de lo que debe de entenderse por

ésta, de tal manera que es necesario adentrarse en el estudio del proceso legislativo que se dio en el seno del Congreso de la Unión para rescatar el concepto que el legislador estimó como “defensa adecuada”, en donde en el dictamen realizado por las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de agosto de 1993, que a la letra dice:

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

Concepto que ha sido retomado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la siguiente tesis jurisprudencia 1ª./J.3/2004, visible en la página 325, Tomo XIX, Mayo de 2004, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, que dice:

“DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SU EJERCICIO NO ESTÁ SUBORDINADO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA PRESENCIA DEL INculpADO O SU DEFENSOR (INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Del análisis sistemático y teleológico del contenido de la exposición de motivos que dio origen a las reformas al artículo 20 de la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, así como de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de sus debates, se advierte que con la finalidad de regir las necesidades sociales y económicas imperantes en nuestro país y erradicar viejas prácticas vejatorias e infamantes a que se encontraba sujeta una persona en la investigación de los delitos, el Poder Constituyente sentó las bases para que en la fase jurisdiccional el presunto responsable de un delito contara con 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, exponer la argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto y utilizar todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa, pero además hizo extensiva las garantías del procesado en esa fase a la etapa de la averiguación previa, con la salvedad de que debe ser "en lo que se adapta a la naturaleza administrativa de la misma", lo que significa que según lo permita la naturaleza de las actuaciones o diligencias que deban desahogarse en la averiguación previa, podrán observarse cabalmente las garantías que el inculpado tiene en la fase jurisdiccional. Ahora bien, si se toma en consideración, de acuerdo a lo anterior, que dentro de la averiguación previa la garantía de defensa adecuada deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar la persona involucrada en la investigación, siempre y cuando así lo permita la naturaleza de las citadas diligencias, es inconcuso que el debido cumplimiento de tal garantía no está subordinado a que el Ministerio Público forzosamente y de manera ineludible tenga que desahogar todas las diligencias que practique en la mencionada etapa investigatoria con la presencia del inculpado o su defensor y menos aún que si no lo hace así sus actuaciones carecerán de valor probatorio. Lo anterior, porque de estimar lo contrario se llegaría al extremo de transgredir el artículo 16 de la Constitución Federal, en el que se considera al Ministerio Público en la averiguación previa como una autoridad con imperio a quien exclusivamente le corresponde resolver si ejerce o no la acción penal en la investigación que practique, así como consignar los hechos ante el juzgado competente de su adscripción, en el perentorio término de 48 horas, si encuentra que se reúnen los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado".

Debe hacerse énfasis primeramente en el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación así como el Poder Legislativo Federal, asimilan el concepto de "defensa adecuada" al trabajo técnico jurídico que debe desarrollar el defensor, sin embargo debe puntualizarse que en la tesis transcrita pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se restringe totalmente el concepto de defensa adecuada relegándolo exclusivamente a la etapa de instrucción y sólo podrá hacer uso pleno de ese derecho en la averiguación previa cuando ineludiblemente tenga que intervenir el indiciado, esto significa que únicamente en el desahogo de su declaración ministerial tendrá derecho a su defensa adecuada, lo que equivale a dejar en estado de indefensión

al indiciado, más aun cuando en la fracción X del inciso A) del artículo 20 Constitucional se menciona que las garantías establecidas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan y lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna; por lo que entonces, de acuerdo al mismo texto Constitucional, se aceptan limitaciones a la defensa adecuada que se encuentren previstas en otros ordenamientos jurídicos de menor jerarquía de ahí que se viole flagrantemente la garantía individual de la defensa adecuada que garantiza la fracción IX del inciso A) del artículo 20 Constitucional y ante tal opinión, que resulta desafortunada pero que al ser emitida por nuestro máximo Tribunal adquiere obligatoriedad en consecuencia debe acatarse aun cuando sea contraria a lo establecido por el Legislativo Federal.

Luego entonces, la defensa adecuada debe entenderse en íntima relación con el trabajo que debe desarrollar un defensor sea particular o de oficio desde el momento en que inicia un proceso penal y hasta que la sentencia quede firme, de ahí que sea tan importante la actuación del defensor penal, que debería ser garante de los derechos y garantías individuales que el procesado tiene durante el desarrollo del proceso penal, pero no obstante lo anterior, en la instrucción cotidianamente se observa violaciones al derecho de defensa de personas que se ven involucradas en un asunto de naturaleza delictiva, y únicamente será adecuada cuando se respete o se hagan respetar los derechos y garantías que la ley instituye a favor del procesado a través del ofrecimiento conducente de pruebas, ponderando la idoneidad de ellas al caso de que se trate, o mediante la interposición de algún recurso o medio de defensa establecidos en el ordenamiento procesal, encaminado a hacer valer los derechos señalados en la ley Procesal y Constitucional y se realicen las argumentaciones lógicas y jurídicas que beneficien al procesado sin restricción alguna, puesto que si el derecho de defensa no se ejercita a plenitud el concepto de “defensa adecuada” será mero argumento decorativo, por ello debe proponerse al Congreso de la Unión que realice una reforma Constitucional en la cual se establezca que los derechos

establecidos en la fracción IX del inciso A) del artículo 20 Constitucional citada serán respetados sin limitación alguna desde la averiguación previa y que en todas las diligencias que en esta etapa se realicen se encuentre presente el defensor sea particular o de oficio y no otra persona para que tales actuaciones tengan plena validez y a falta de este requisito sean declaradas nulas.

Para el doctor **Sergio García Ramírez** una defensa adecuada no puede satisfacerse por cualquier defensa. Puede darse el caso de una defensa notoriamente negligente, torpe o imperita que ocasione un perjuicio al indiciado y motive una reposición del procedimiento.

Una defensa es adecuada sólo cuando la persona responsable de tal actividad tiene los elementos jurídicos necesarios para llevar a cabo; además, debe conducirse de una forma que sus actos favorezcan al sujeto activo del delito, no basta una defensa formal o simulada. Es suficiente que el defensor siga de forma lógica y coherente las reglas procesales y elabore una estrategia de defensa razonable, para beneficiar en mayor medida a su defenso.

Cuando el defensor del indiciado se conduzca con una notoria ineptitud e incongruencia en su actuar jurídico dentro de la etapa de averiguación previa, el indiciado no gozará de esta garantía Constitucional.¹³¹

La defensa presupone una acusación basada en las pruebas que sirven al Ministerio Público –y en su caso al juez- para tener por cierto el cumplimiento de un tipo, y por cierta la responsabilidad del acusado en ese cumplimiento.

La defensa es por tanto, el derecho de probar y demostrar que la autoridad probó errónea o insuficientemente. Es, un último término, actividad que versa sobre la perfección de las operaciones o la idoneidad de los medios de prueba: el medio menos idóneo o la operación menos perfecta proporcionados por el

¹³¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Cuarta edición, México, 2003.

Ministerio Público o el Juez, deberán ceder ante los mejores que la defensa aporte.¹³²

Siendo aplicable a lo anterior la tesis aislada V.2o.48 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, consultable en la página 2334, Tomo XXII, Octubre de 2005, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto dicen:

“DEFENSA ADECUADA. EL INculpADO TIENE EL DERECHO A QUE SU DEFENSOR COMPAREZCA A TODAS LAS AUDIENCIAS O DILIGENCIAS PROCESALES, AUN CUANDO LA NORMATIVIDAD QUE LO PREVÉ NO SE AJUSTE POR COMPLETO AL TEXTO DE LA FRACCIÓN IX DEL APARTADO A DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ELLO CON BASE EN LOS PRINCIPIOS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO (CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES). Dentro de las garantías de defensa adecuada que en todo proceso del orden penal tiene el encausado en términos del artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Federal, se encuentra la relativa a que desde su inicio será informado de los derechos consignados a su favor en esa Máxima Ley, entre otros el de una defensa adecuada, por sí, por abogado o por persona de su confianza y que su defensor comparezca en todos los actos procesales, ello con el objeto de que intervenga para evitar cualquier violación a los derechos sustantivos o adjetivos de su defendido y, de ser necesario, inste para que se corrija cualquier error ocurriendo a las vías previstas legalmente. Ahora bien, los artículos 87 y 388, fracción VII bis, inciso b) del Código Federal de Procedimientos Penales, contienen limitantes a la obligación de la presencia del defensor en las audiencias o diligencias procesales, pues disponen que debe estar presente en la declaración preparatoria del inculcado, en la audiencia de derecho y en las diligencias que se practiquen con la intervención del inculcado. En estos casos, donde se advierte que la legislación secundaria no se ajusta por completo al texto constitucional, el cual contempla con mayor amplitud el derecho fundamental de defensa adecuada, deben acatarse los principios de supremacía constitucional y orden jerárquico normativo contenidos en el artículo 133 de la Carta Magna; consecuentemente, aun cuando la legislación federal esté limitada respecto a la garantía de defensa adecuada, en estricto respeto al mandato constitucional, el encausado tiene derecho a que su defensor comparezca a todas las audiencias o diligencias procesales.”

¹³² HERRERA Y LASSO Y GUTIÉRREZ, Eduardo. Garantías Constitucionales en Materia Penal. Editorial INACIPE, México, 1979. pagina 94.

CAPÍTULO IV

EL JUICIO SUMARIO POR RECONOCIMIENTO DE PARTICIPACIÓN.

El presente Capítulo tiene como finalidad destacar algunas de las ideas y propuestas concretas desarrolladas a lo largo de la investigación, recordando de manera concisa cada una de ellas a efecto de ser claros en la intencionalidad y utilidad del trabajo. Por lo que, se abordará las formas de autoría y participación reglamentadas en nuestra legislación, a fin de interpretar la regulación del juicio sumario por reconocimiento de participación. Lo anterior, a fin de procurar un adecuado derecho de defensa a las personas que se encuentren sujetas a proceso, o bien, sujetas a Averiguación Previa.

4.1 FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad de los sujetos que intervienen de alguna manera en la comisión de un delito, se han desarrollado distintos puntos de vista, que van desde la objetiva, surgida dentro del causalismo, que consideraba como autor del delito a cualquier persona que hubiera contribuido a la producción del resultado durante el curso causal, es decir, bastaba que el sujeto desplegara materialmente (objetivamente) cualquier acto que contribuyera a causar el resultado típico, para que fuera considerado autor del mismo con independencia de que quisiera el hecho para sí, como propio.

Con relación a ésta posición radical que en su vertiente unitaria sólo reconocía la figura del autor, pero no la del partícipe surgió la teoría subjetiva siempre en torno a la figura del autor del ilícito, según la cual es *autor* el que quiere el hecho para sí o acuerda previamente su ejecución, de manera que ya no basta la ejecución material de determinado acto, sino que es necesario que coexista un contenido psicológico en el sujeto, que será el que lo distinga de

aquellos que son utilizados como instrumentos para la realización de determinados ilícitos así como de los que si bien auxilian o contribuyen a la realización del resultado, no lo quieren como propio, pero actúan con conocimiento de lo ilícito de su proceder y de esa manera, accesoria a la figura principal del autor surge el carácter de partícipes del delito.

En este curso doctrinario emergió la *teoría del dominio del hecho* desarrollada de manera principal por el destacado jurista alemán **Claus Roxin**, según el cual: “es autor del delito aquel sujeto que domina el hecho en el sentido propio del término”; es decir, quien decide de manera libre el sí, el como y el cuando del hecho ilícito y, por ello, puede si lo decide, suspender la ejecución del plan global o llevarlo a buen término.

Dentro de esta misma teoría cuando no es solamente un sujeto el que realiza la conducta típica, sino que con él contribuyen otros individuos que igualmente tienen *dominio del hecho*, el citado autor lo explica a través del dominio del hecho funcional, esto es, que el dominio del hecho está determinado por la actividad que corresponde a los sujetos, de manera que el dominio conjunto de cada individuo resulta de la función que le corresponde en el marco del plan global; con arreglo a esta idea es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, es decir, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido, sin que importe nada su disposición subjetiva hacia el acontecer, ni mucho menos que materialmente ejecute la conducta, ni siquiera se esté presente en el lugar del hecho; por lo que, bajo esta óptica, el criterio determinante de la coautoría consiste en que cada uno de los intervinientes sólo pueden obrar conjuntamente, de lo cual deben estar consientes todos; pero no cabe hablar de autoría si la aportación que se presta en el marco del plan del hecho, no le corresponde función independiente alguna, pues en tal caso, se trata de una cooperación que no es determinante para el desarrollo del suceso, sino decididamente auxiliar y carente de importancia en la estructura del plan, por lo cual, el sujeto que así contribuye únicamente será

cómplice o partícipe por más intenso que sea su interés en el suceso, con tal de que los agentes directos sean libres en sus decisiones y que lo que hagan dependa exclusivamente de ellos.

Bajo esta concepción para hablar de coautoría, no basta una división del trabajo entre los intervinientes en la ejecución de un delito, porque los meros partícipes también intervienen en una función determinada, sino que es necesario algo más, y ese algo estriba precisamente en que el acto que el sujeto realice constituya un requisito indispensable para alcanzar el resultado pretendido, es decir, que si el sujeto no realiza ese acto funcional, el plan global fracasaría, circunstancia que como se ha dicho, debe ser conocida para todos los que dominan funcionalmente el hecho ilícito, de forma que todos estén consientes de que no pueden alcanzar el resultado pretendido si no es actuando en conjunto; así pues, todos aquellos sujetos que intervienen en la ejecución de la conducta ilícita, cualquiera que sea la etapa en que ésta se encuentre y la conducta que realicen, no serán autores del delito si no tienen el citado dominio funcional del hecho, y por tanto, su intervención será únicamente como auxiliares o partícipes.¹³³

El catedrático alemán **Günther Jakobs** señala: “en la mayoría de los delitos, la responsabilidad no se vincula a un deber especial, sino a los actos organizativos del titular en un ámbito de organización (la organización en cuestión se suele denominar dominio del hecho, por eso se llaman delitos de dominio) ...puede haber varios que toman parte, coordinando mutuamente sus ámbitos de organización, de tal modo que organizan conjuntamente un delito. Si ocurre esto mediante actos organizativos de la misma importancia, los partícipes son coautores. La coautoría ocurre cuando, según el plan de los intervinientes, se distribuyen las organizaciones necesarias para la ejecución, sean en todos los estadios del delito, de entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo.

¹³³ ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal**. Séptima edición. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, España, 2000.

Por lo que respecta a nuestra legislación en el ámbito local, el Código Penal para el Distrito Federal, en su Capítulo III, de la Autoría y participación, contempla los siguientes supuestos, en el artículo 22, que a la letra dice:

ARTÍCULO 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

- I. Lo realicen por sí;
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;
- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;
- IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;
- V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y
- VI. Con posterioridad a su ejecución auxiliien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código.¹³⁴

Los sujetos activos del delito pueden realizar la conducta típica, bien sea dolosa o culposamente, de conformidad con el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal, la cual será acreditada por el Ministerio Público y la autoridad judicial, a su vez examinará que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad. Estos dispositivos imponen la obligación de precisar las formas de autoría o participación, en concordancia con las formas de culpabilidad, máxime

¹³⁴ Código Penal para el Distrito Federal, Editorial ISEF, México, 2008. Artículo 22.

que, en términos de los artículos 24 y 72 del Código Pena para el Distrito Federal, los autores o partícipes responderán, cada uno, en la medida de su propia culpabilidad y según la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito. Por lo que los criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad, según los artículos en mención, son los siguientes:

ARTÍCULO 24 (Culpabilidad personal y punibilidad independiente). Los autores o partícipes del delito responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

ARTÍCULO 72 (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad). El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;

II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;

III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;

VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido;
y

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.¹³⁵

1. AUTORÍA.

Como se advierte del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, su tenor no establece de modo taxativo quiénes son autores y quiénes son partícipes. En un principio, al menos así parece, no tendría que ser difícil definir la autoría. No así determinar quién ha sido autor en un determinado delito. Al hablar de autor nos referimos a quien realiza el tipo penal correspondiente. Aunque en ocasiones se emplea la expresión “sujeto activo”, pero no se trata de conceptos iguales. La idea de autor lleva implícita la responsabilidad criminal por el hecho acaecido, mientras que el sujeto activo es solamente la persona que realiza el comportamiento típico, persona que como más adelante se verá que puede ser o no catalogada como autor en el sentido indicado. Sin embargo, los hechos delictivos no son necesariamente obra de una sola persona. Por el contrario, suelen tomar parte en ellos distintos sujetos.

Esta circunstancia plantea importantes problemas, pues es preciso diferenciar los grados de responsabilidad penal a partir de las aportaciones que realicen cada uno de ellos, de tal forma que habrá sujetos que recibirán la totalidad de la pena prevista, mientras otros al realizar contribuciones secundarias, estarán más alejados de los aspectos fundamentales del delito y, por ello, podrán llegar a recibir una pena menor.¹³⁶

¹³⁵Idem., artículo 72

¹³⁶ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. El Delito y la Responsabilidad Penal. Teoría, Jurisprudencia y Práctica. Segunda Edición. Editorial Porrúa, México 2006. pagina 252.

2. FORMAS DE AUTORÍA.

En atención a lo anterior, el artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, considera que los autores son:

- I. Lo realicen por sí;
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;
- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;

a) Autoría directa o material.

La doctrina dominante mexicana estima que la fracción I del artículo 22 es la que define la autoría en sentido estricto:

“Lo realicen por sí”

La característica de la autoría directa o material en sentido estricto es el hecho de haber tomado parte en la propia ejecución del delito, siendo esta nota la que diferencia al verdadero autor de los otros partícipes. La autoría directa o material se presenta cuando el delito ha sido realizado por un único sujeto que tiene el dominio del hecho. El comportamiento que personaliza al autor directo de las demás figuras en la autoría, está legalmente previsto en cada uno de los tipos penales del Código Penal para el Distrito Federal.¹³⁷

Para el doctor **López Betancourt** autor material es la persona que ejecuta directamente el delito. Por su parte, para **Abarca**, el autor material es “el que por sí mismo ejecuta los actos externos descritos por la ley como elementos del delito”.¹³⁸

b) Autoría mediata.

El artículo 22, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal dice:

¹³⁷ Idem., pagina 258.

¹³⁸ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Introducción al Derecho Penal**. Décimo Tercera edición, Editorial Porrúa. México, 2007. pagina 205.

“Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento”

La autoría mediata es una forma de autoría, de modo de que el autor mediato domina el hecho y posee las características especiales de la autoría, lo cual presupone necesariamente la intervención de dos personas como mínimo. Por otro lado, aparece “el hombre de tras” o “persona de atrás” o “titiritero”, que es quien realiza el hecho a través de otros, sin tomar parte en su ejecución material. Por otro lado, está el que ejecuta inmediatamente el hecho, al que se conoce como instrumento humano, intermediario o, simplemente “hombre de adelante” o “títere”.¹³⁹

Para el doctor **López Betancourt** el autor mediato “es aquel que en tiempo, lugar o grado está próximo a la persona que empleará para cometer el delito”.¹⁴⁰

El rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro (instrumento), “que la ejecución directa aparezca como obra del ‘hombre de atrás’ o autor mediato, de cuya voluntad es un ejecutor instrumental otra persona”. Se extrae de lo expuesto que en autoría mediata el instrumento o autor mediato no es responsable, salvo el supuesto señalado de quien actúa dentro de un sistema organizado del poder.

c) Coautoría.

El artículo 22, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal dice:

“Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores”

El doctor **López Betancourt** refiere que el coautor “es quien en unión de otro u otros autores responsables, ejecuta el delito, realizando conductas señaladas en la descripción penal. Todos los coautores son penalmente punibles”.

¹³⁹ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. Ob. cit., (nota 136), pagina 269.

¹⁴⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Ob. cit., (nota 138), pagina 210.

El jurista argentino **Soler Sebastián** dice al respecto, “también es autor el que interviene en igualdad de situación con otro a la producción de un hecho común. El coautor no es autor mediato, sino autor inmediato”.

En estas definiciones se recoge un elemento objetivo: la realización en conjunto del hecho como propio; y otro subjetivo, el mutuo acuerdo delictivo.

La coautoría es una forma de participación en el delito; el autor es responsable de su acción, no depende de la acción de otro. Reúne las condiciones requeridas por el Derecho para el autor de ese delito, porque realiza los actos ejecutivos descritos en la ley penal, por eso, se dice que en la coautoría hay imputación recíproca y supone autoría en todos los que concurren en la realización del hecho delictivo descrito en la norma penal, y cada uno de ellos puede ser autor idóneo de la parte que le corresponde a los demás.

La imputación recíproca se justifica por el principio del acuerdo común; es un elemento subjetivo necesario en la coautoría, por lo que no basta el consentimiento de uno solo, sino que todos deben actuar conscientemente y con intención de realizar el hecho delictivo. En ese acuerdo común, que no es otra cosa que la concordancia de voluntades que resuelven realizar el delito, debe fijarse la distribución de funciones mediante la cual ha de conseguirse el resultado deseado en común, además de que deben estar conscientes que la responsabilidad recae sobre cada uno de los intervinientes.¹⁴¹

La coautoría no se presenta en delitos imprudenciales, porque se realizan sin la intención de cometerlos, pero por negligencia o descuido suceden; por tal motivo en éstos faltaría el acuerdo común, que como ya vimos es un elemento importante para que se presente la coautoría.

Resulta ejemplificativa la tesis XIV.2o.15 P, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Distrito, visible en la página 626, tomo IV, septiembre

¹⁴¹ Idem., página 208.

de 1996 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que a la letra dice:

“COPARTICIPACION DELICTIVA. SU EXISTENCIA REQUIERE ACUERDO ENTRE LOS PARTICIPES. Para que se acredite la coparticipación delictiva en un concurso eventual de agentes, es menester que exista consenso en todos los individuos que tomarán parte en la perpetración del injusto, evidenciándose de esta manera su deseo de delinquir y, por ende, el dolo en cada uno de ellos. La cuota de participación puede ser previa, concomitante o posterior a la consumación del delito, pero sea cual fuere la elegida, la nota esencial de la misma estriba en la voluntariedad y el nexo psíquico que debe haber entre los que participan para la producción del resultado típico, circunstancia que no se actualiza cuando por ejemplo, alguien se presenta a un lugar donde se está cometiendo un ilícito sexual, limitándose sólo a observar, sin que exista prueba de acuerdo previo o de que de alguna manera hubiese cooperado o ayudado para que se materializara la infracción, ni tampoco exista evidencia de que hubiera puesto condición para la ejecución del antijurídico, debiendo concluirse en tal caso, que no se puede fincar responsabilidad penal a título de copartícipe, toda vez que no existe nexo causal entre la conducta y el resultado.”

En el mismo sentido tenemos la siguiente tesis VI.3o.3 P, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, visible en la página 504, tomo II, diciembre de 1995, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que a la letra dice:

“COPARTICIPACION DELICTUOSA. CONFIGURACION DE LA. Para que se configure la coparticipación delictuosa, no basta que exista un lazo de unión entre los delincuentes, sino que además, de su actuar se desprenda su propósito y consentimiento para cometer el delito, que su cooperación la den en forma consciente, sugiriendo alguna condición para obtener un determinado resultado; pudiendo surgir el acuerdo recíproco en cualquiera de estos tres momentos: a) antes de dar comienzo a la ejecución del hecho delictuoso; b) durante la propia ejecución; o c) después de realizada ésta.”

2. PARTICIPACIÓN.

La naturaleza del comportamiento del partícipe ha sido objeto de una larga polémica. La discusión radica en decir si el partícipe realiza una provocación o favorecimiento del hecho del autor, o bien, si existe un tipo que le afecta directamente, de forma individual y específica (tipo de participación). La doctrina ha rechazado mayoritariamente esta última posición, que se basa en afirmar que el delito del partícipe es independiente (delito de participación), autónomo y desligado del injusto del autor principal.¹⁴² En razón a lo anterior, el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, sostiene el criterio publicado en el tomo IV, segunda Parte- 1 correspondiente julio a diciembre de 1989, del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, en la página 352, al tenor siguiente:

“PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. EXISTENCIA DE LA. El artículo 13 del Código Penal Federal amplía la base típica del delito a todas aquellas conductas accesorias a que hace referencia, existiendo la tipicidad hasta los últimos límites de la causalidad, al encuadrar dentro de su estructura acciones tales como el acuerdo y preparación del hecho criminoso; este dispositivo legal no exige del partícipe su intervención directa en la fase ejecutiva del evento lesivo, puesto que entonces se daría la figura de la coautoría material, sino únicamente que de manera consciente se realice una de las acciones enunciadas por la norma invocada con objeto de que se actualice el resultado dañoso.“.

De este modo el catedrático alemán **Jakobs** refiere que el fundamento de punición puede ser que el autor haga posible el injusto de otro: el hecho ajeno es entonces el resultado de la acción de participación (teoría de la participación en el injusto en sentido amplio). La dependencia jurídico –positiva del injusto de la participación con respecto al injusto del hecho principal no cabe explicarlo bien con este fundamento de punición, ni sobre todo, tampoco la posibilidad de participación punible del *extraneus* en el delito especial: el injusto del autor es el resultado del comportamiento del partícipe.¹⁴³

¹⁴² AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. Ob. cit., (nota 136), pagina 276.

¹⁴³ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General.** Fundamentos y Teoría de la imputación. Segunda edición. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997.

Sin embargo, hay importantes argumentos para considerar que la solución acertada es la opuesta, en el sentido de afirmar que los tipos penales van dirigidos directamente a los autores y solamente por extensión alcanzan a los partícipes.

En la adopción de una u otra teoría está en juego el fundamento que se le otorgue a la participación.

Teoría de la culpabilidad de la participación. Para ésta, el fundamento de la punibilidad del partícipe respecto de la corrupción del autor, se encuentra en la influencia de aquél en éste, de lo que se deriva su culpabilidad y su pena. De esta manera, la medida de la culpabilidad del partícipe depende de la existencia y medida de la culpabilidad del autor.

Teoría de la causación. El punto de partida de esta teoría es la incidencia causal del partícipe en la realización del hecho. La circunstancia de que el aporte causal de aquel se canalice a través del autor, determina su mayor distancia respecto del resultado, luego, su menor punibilidad. Si lo esencial es el aporte causal, la tipicidad de la conducta del autor desaparece como requisito y, en consecuencia, la participación se convertiría en un delito autónomo, es decir, perdería su naturaleza accesoria. De esta teoría se deduce que la voluntad del partícipe se debe dirigir a la ejecución del hecho principal, y que este hecho requiere para su configuración del dolo. El desvalor de la conducta del partícipe consiste en colaborar en la violación de la norma por parte del autor.

Teoría de la participación del ilícito. La participación consiste, según ella, en la violación de la prohibición de impulsar o apoyar otro hecho prohibido. Tal prohibición está contenida en las disposiciones particulares de la participación y no en las normas de la parte especial. La participación está dirigida a la lesión del mismo bien jurídico que el hecho principal.¹⁴⁴

¹⁴⁴ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. Ob. cit., (nota 136), pagina 278.

1. Formas de participación.

En rigor técnico, cualquier grado de participación se constituye sobre la base de un acuerdo previo entre los sujetos que participan en el delito para llevar al cabo su ejecución y consumación, estableciéndose entre ellos una mera relación material, sino psíquica, que es, precisamente, la que funda la aplicación de las penas. No basta pues, que en el hecho se haya participado en el orden puramente causal por cuanto se haya constituido una condición del resultado, sino que es indispensable, además, para hablar con propiedad de codeincuencia, participación o concurso de agentes en el delito, que exista un querer común consiente.

En todo caso, la forma o grado de participación incluye a todos aquellos que de cualquier modo auxilian o cooperan con los autores, tanto en el plano intelectual como material, a la reparación o ejecución del delito.

a. La instigación o inducción.

Inducir es determinar a otro dolosamente a un hecho doloso. Por su naturaleza requiere de una actividad decidida del instigador y dirigida a la psique del realizador, constituyéndose el primero en el causante intelectual del evento punible, que emplea una senda a través del alma de otro.¹⁴⁵ La fracción IV del artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal establece: *“Determinen dolosamente al autor a cometerlo”*.

En efecto, el autor intelectual es el que prepara la realización del delito; cuando al proyectarlo provoca o induce a otro a la realización de un delito, se convierte en instigador.

La instigación requiere de dos sujetos, uno que provoca o induce a otro a la ejecución del delito, que será el autor intelectual, también llamado autor moral; y una persona que ejecute materialmente el delito, que será el autor material. El

¹⁴⁵ Idem., pagina 280.

autor intelectual va a provocar que otro realice la comisión del ilícito penal mediante inducción, que no es sino el influjo que lleva a efecto una persona intencionalmente sobre otra, para que cometa un hecho delictivo.

Es importante distinguir el elemento intencional; el autor intelectual debe tener conocimiento de las circunstancias y del hecho delictivo al que induce. Respecto a la comisión del delito, la inducción debe estar dirigida a un delito en particular, es decir, el agente instiga a otra persona a la ejecución de un determinado delito, no es suficiente que lo instigue a cometer delitos en general.

La persona que ha sido inducida es responsable de los hechos que haya ejecutado, y son imputables al instigador los hechos comprendidos en su intención, mientras que los otros no le pueden ser imputables, solamente que aquellos hechos, que no estaban en la intención del legislador, sean consecuencia de los queridos y previstos.¹⁴⁶

b. La complicidad.

Para determinar cuándo estamos ante un cómplice y cuándo ante un encubridor es necesario determinar cuándo el delito se ha consumado. De tal suerte que será cómplice el sujeto que ayude o auxilie al autor a cometer el delito, sin que éste se haya consumado, pues si el auxilio es posterior a dicha consumación estaremos ante un encubridor.

Por lo que la complicidad funciona residualmente, pues el artículo 22, fracción V, del Código Penal para el Distrito Federal considera comprendidos en éste supuesto de participación sujetos que *“Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión”*.¹⁴⁷

La complicidad puede prestarse en forma negativa, en forma de omisión; es decir, la persona que nada hace para evitar la realización del delito, violando un

¹⁴⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Ob. cit., (nota 138), pagina 210.

¹⁴⁷ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. Ob. cit., (nota 136), pagina 284.

deber jurídico de obrar, será también cómplice; no así, la persona que se encuentra en la misma situación, pero con su conducta por omisión no viole ningún deber jurídico.

Cuando la ley penal en su descripción para integrar la figura delictiva, requiere la participación de más de una persona, aparece la figura del cómplice necesario.

Algunos autores, entre ellos el jurista argentino **Soler**, clasifican al cómplice en primarios y secundarios, los primarios los equipara objetivamente con el coautor y dicen que son los que prestan una colaboración sin la cual el hecho no habría podido cometerse. El secundario será el que resulte al hacer un juicio hipotético, en el que suprimida su contribución, el hecho se habría podido cometer.

Nuestro derecho positivo mexicano no hace ninguna clasificación; sin embargo, debido a criterios doctrinales se ha confundido a la complicidad con la coautoría, por lo que, es importante distinguirlas a virtud de que cada figura tiene aspectos individuales que las hacen diferentes.

La coautoría se presenta cuando varios sujetos intervienen en la realización del hecho delictuoso, y cada uno de ellos reúne la calidad de autor para los efectos del delito, ya sea que cada uno realice la totalidad de los hechos o una parte de ellos. El coautor ejecuta y el cómplice presta ayuda para su realización. El coautor tiene la intención de cometer el hecho delictivo, así lo planea con los demás coautores, tiene la voluntad para llevar a cabo todas las acciones para perpetrar el injusto. En el cómplice se presenta la intención de ayudar, auxiliando para que el otro cometa el delito. El coautor tiene el dominio del hecho, lo que no sucede con el cómplice.¹⁴⁸

¹⁴⁸ LÓPEZ BETANCOURT, Ob. cit., (nota 138), pagina 214.

c. El encubrimiento.

El encubrimiento se presenta cuando se oculta a los culpables del delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo, con el fin de eludir la acción de la justicia. También se manifiesta el encubrimiento cuando una persona auxilia al agente para que se aproveche de los efectos del delito o ventajas, o el mismo encubridor se aproveche de dichos beneficios.

Algunos autores consideran al encubrimiento como una modalidad de la participación en el delito, y otros lo estiman como delito independiente. En nuestra legislación penal, el encubrimiento tiene una doble vertiente:

- a) Como forma de participación, y
- b) Como delito autónomo.

Será en forma de participación, cuando el encubridor, antes de cometerse el ilícito, tiene pleno conocimiento y está de acuerdo en guardar al autor material una vez que éste cometa su ilícito. Aquí, sin lugar a dudas, existe una participación cierta y efectiva en el desarrollo del ilícito y la encontramos prevista en la fracción VI del artículo 22 del Código Penal para el distrito Federal, cuando dice que son responsables del delito quienes: *“con posterioridad a su ejecución auxilien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito”*.

Como delito autónomo, el encubridor se presentara cuando se ignore lo referente a la realización del hecho delictivo y una vez que éste ha pasado, se oculte al delincuente.

3. Autoría indeterminada.

Por otra parte en el artículo 26 del Código Penal para el Distrito Federal, se encuentra regulada la autoría indeterminada, que a la letra dice:

ARTÍCULO 26.- (Autoría indeterminada). Cuando varios sujetos intervengan en la comisión de un delito y no pueda precisarse el daño que cada quien produjo, para su punibilidad se estará a lo previsto en el artículo 82 de este Código.

Este artículo no se refiere ni a la autoría ni la participación, sino a la complicidad correspectiva (también llamada **autoría indeterminada**) que es una situación jurídica diferente; es decir, tiene a su cargo reglamentar aquellos casos en los que nos sea posible determinar la forma de participación de cada concurrente. No se trata, en estos casos, de la complicidad en el sentido de la Fracción V, sino que se ignora quién es el autor.

La complicidad correspectiva consiste en que dos o más personas ejecutan acciones idóneas para producir un resultado y se ignora quién es el que lo causa. La naturaleza de la complicidad correspectiva corresponde y consiste en que no está probado el nexo causal entre el resultado y la acción y por tal motivo no requiere de un precepto como el de esta fracción.¹⁴⁹

Por último, resulta necesario hacer mención que cada una de las formas de autoría y participación establecidas por el artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, tienen distintos parámetros de culpabilidad, por lo que, en términos de los artículos 24 y 72 del Código Penal para el Distrito Federal los autores o partícipes responderán, cada uno, en la medida de su propia culpabilidad y según la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito. Tan es así, que los criterios para la individualización de las penas y

¹⁴⁹ Idem., pagina 215.

medidas de seguridad, según los artículos en mención, son los siguientes:

ARTÍCULO 24 (Culpabilidad personal y punibilidad independiente). Los autores o partícipes del delito responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

ARTÍCULO 72 (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad). El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;

II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;

III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;

VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido;
y

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de

las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.

Asimismo, tenemos que los artículos 81 y 82 del ordenamiento legal en cita, establecen los siguiente:

ARTÍCULO 81 (Punibilidad de la complicidad). Para los casos a que se refieren las fracciones V y VI del artículo 22 de este Código, la penalidad será de las tres cuartas partes del mínimo y del máximo de las penas o medidas de seguridad previstas para el delito cometido, de acuerdo con la modalidad respectiva.

ARTÍCULO 82 (Punibilidad de la autoría indeterminada). Para el caso previsto en el artículo 26 de este Código, la penalidad será de las tres cuartas partes del mínimo a las tres cuartas partes del máximo de las penas o medidas de seguridad correspondientes para el delito cometido, según su modalidad.

Por cuanto hace al autor del delito, la pena del mismo se encuentra establecida en cada uno de los tipos penales, la cual se aplicara, atendiendo a lo establecido por el Título Cuarto de la Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad, Capítulo I, de la Reglas Generales, así como a su grado de intervención.

4.2 GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINARSE.

Continuando con el examen del artículo 20 Constitucional en su fracción II, establece la garantía del inculpado de no incriminarse, cuando señala que “no podrá ser obligado a declarar”.

Para fortalecer esta garantía de no incriminación, además, la propia fracción II del artículo 20 Constitucional previene que “queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura”. Asimismo, en la segunda parte de la fracción II del artículo en cita previene: “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”. Por lo que, dicha disposición evidentemente contiene la garantía de defensa y previene la principal causa de nulidad de la prueba confesional.¹⁵⁰

En el proceso penal, el derecho a no declarar por parte del acusado, subsiste. El juez y las partes en el juicio no podrán obligar al procesado a declarar en su contra, aun cuando se le cite como testigo por sus coprocesados. La violación al mandamiento Constitucional le quita la declaración del acusado el valor de prueba confesional y de testimonio de calidad.

En el supuesto de que el indiciado en la Averiguación Previa; o, procesado en el Juicio Penal, ejerza su derecho de no declarar y no aporte pruebas en defensa, esto no conlleva la aceptación de culpabilidad por el delito que se le acusa, pues el Ministerio Público quien tiene la carga probatoria de comprobar que se cometió el delito y que el es objeto del juicio, es el autor delictivo, con responsabilidad penal, según lo prevé el artículo 21 Constitucional.¹⁵¹

La confesión exige firmeza en sus fundamentos, razón por la que su validez intrínseca no depende de fórmulas legales positivas, sino del sentido ético de la espontaneidad con que se produce. Esta debe ser la norma reguladora en relación estrecha e indestructible, porque toda relación jurídica tiene una fuerza moral vinculante, supuesto que se rige por el *suum cuique*, principio fundamental intrínsecamente justo.

La confesión tiene que ver con el sentimiento y la espontaneidad, pero no como instintivo e indeliberado, sino como un acto voluntario y libre, sin constreñimiento ni violencia, porque la intimidación y la fuerza jamás podrán tener la virtud de imponer el deber interno de conciencia, por ser paradójico pensamiento y por faltar sentido jurídico a la “autoridad” que tiraniza.¹⁵²

¹⁵⁰ LARA ESPINOZA, Saúl. Ob. cit., (nota 97), pagina 293

¹⁵¹ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Ob. cit., (nota 78), pagina 281.

¹⁵² MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. El proceso Penal y su exigencia intrínseca, Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pagina 157.

La sugestión que sufre el individuo al encontrarse sujeto a proceso, o bien a Averiguación Previa, provoca una “confesión” que nada tiene ya de espontánea, ni es manifestación pura y auténtica, sino eco de la sugerencia que produce la petición de principio que la lógica rechaza.

Cuando con aparente benevolencia, con burda gravedad de patricio romano y con farisaica expresión, elevada y espiritual por su ritmo de monotonía que deja entrever una esperanza mágica, se insinúa al indiciado o procesado que si se produce con verdad, el juez tomara en cuenta esa circunstancia para reducir la pena, la confesión así obtenida es contraria a su autentica significación, pues “el investigador” olvida la violencia y recurre al “remedio” blando y suave de la insinuación, como voraz mercader que siempre va en pos de la ganancia.¹⁵³

Se han adoptado diversos criterios sobre la naturaleza jurídica de la confesión, que pretenden fundamentarla y dotarla de un rasgo característico y peculiar, entre los que destacan los siguientes criterios que consideran a la confesión como:

a) COMO UNA MODALIDAD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

Los autores que sostiene que la pena confesional carece de un valor propio como medio de prueba, señalan que después de escuchar a una persona sobre hechos propios o ajenos resulta incongruente negarle el carácter de testigo que posee, y su dicho aunque esté referido a actos propios no son más que una modalidad de ese testimonio.

Para autores como **Framarino** “al hablar exclusivamente de confesión del acusado es lo que ha terminado por hacer que se le considere como una prueba *sui generis*, como reina de las pruebas, fue que muchos creyeron, durante largo tiempo, que era legal todo medio de obtenerla, comenzando por las abominaciones de la tortura y terminando por la injusticia de las penas por desobediencia.

¹⁵³ Idem. pagina 161.

b) CRITERIO QUE LA ADMITE COMO SIMPLE INDICIO.

Para otros escritores del tema, la prueba confesional adquiere una categoría de simple indicio, en virtud de que se le niega una absoluta credibilidad, ya que se dice que sólo el que esté privado de sus facultades mentales o el que se encuentre sujeto a presiones y motivos muy especiales, es capaz de confesar un hecho que lleve como consecuencia un castigo que le prive de la libertad; motivo por el cual, el Juez únicamente puede tomar de la misma lo que sea corroborado por otros elementos de juicio y no por sí sola.

Por tanto, esta prueba es exclusivamente un indicio para el juzgador, quien mediante un razonamiento lógico jurídico podrá darle o negarle la validez a la confesión que a su juicio reúna; este criterio surge como reacción a aquel en que se sostenía que la confesión aun arrancada por medio de la violencia física o moral era válida, por lo que desde este punto de vista el interrogatorio que se le hace al acusado resulta inmoral y cruel.¹⁵⁴

Por lo que a consideración de la suscrita la confesión del inculpado debe tener la naturaleza de un indicio, el cual deberá estar corroborado y justipreciado con otros medios de prueba, que hagan veraz el dicho del inculpado.

Lo anterior encuentra sustento en la jurisprudencia, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 61, Tomo II, Sexta Época, del Apéndice de 1995, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto dicen:

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

¹⁵⁴ Ornoz, Carlos M. Las pruebas en Materia Penal. Tercera edición, Editorial Pac. México, 1996.

La confesión debe reunir ciertos requisitos o exigencias que constituyen su naturaleza jurídica. Debe ser factible, es decir, que sea realizable la circunstancia que se detalla o se pormenoriza, debe ser persistente e invariable y, sobre todo, uniforme, es decir, que haya identidad de esencia.

La confesión, para ser legítima, para reunir tal condición, debe tener ciertos elementos que hagan factible su operación probatoria dentro del proceso penal, situación en que los tratadistas están de acuerdo, sin que por ello soslayemos la situación de que se destaquen por unos y otros con mayor énfasis alguno de estos requisitos, pero por lo general, enfatizan que debe poseer verosimilitud, credibilidad, persistencia y uniformidad.

Dentro de la doctrina mexicana también se reconoce ciertos requisitos: primeramente debe darse la correcta comprobación de los elementos del tipo penal, en virtud de que el mismo le da vida y subsistencia al proceso.

Un segundo requisito que la doctrina internacional recoge es el que sea dada ante el juez de la causa y no otro; en México, en virtud de que es admisible ante el órgano investigador, o bien, ante el auxiliar de éste, dicho criterio no es admisible, lo cual, no significa que por darse ante el Ministerio Público adquiere pleno valor, sino es ratificada ante el órgano jurisdiccional.

Como un tercer requisito encontramos que sea dada desprovista de error, temor o violencia, por lo cual, resulta correcta dicha apreciación en virtud de que toda coacción que se ejerza sobre el confesante, ya sea de índole física o moral, atenta sobre su libre albedrío y coartar su libertad que se da bajo esas condiciones.

Asimismo, se pide como requisito que sea en forma clara y total. En nuestro derecho puede ser rendida también por escrito; en los casos en que se hace en forma oral se asienta en actuaciones la confesión, palabra por palabra, dándosele a leer una vez que la ha vertido, procediendo a firmarla, ratificando así su dicho.

Se ha destacado también por la doctrina, que la confesión debe ser verosímil y verdadera, es decir, que no dude de ella, en virtud de la que existen elementos que así lo corroboren; no olvidemos que en todos los hombres y momentos determinados existen motivos muy especiales para que admitan haber cometido hechos que realmente no cometieron.¹⁵⁵

Sirve de apoyo a lo anterior la Jurisprudencia V.2o.P.A. J/4, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito, visible en la página 1511, tomo XXIII, mayo de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que a la letra dice:

“CONFESIÓN. SÓLO PUEDE CONSIDERARSE COMO TAL, LA ADMISIÓN DE LOS HECHOS QUE REALIZA EL IMPUTADO, CUANDO ELLO IMPLICA EL RECONOCIMIENTO DE TODOS LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO. Conforme al artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como a las jurisprudencias 105 y 108, sostenidas por el Pleno y la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubros "CONFESIÓN DEL ACUSADO." y "CONFESIÓN, VALOR DE LA.", la confesión es la declaración voluntaria realizada por una persona penalmente imputable, ante autoridad competente, y con las formalidades legalmente exigidas, sobre hechos propios constitutivos de delito, que importa el reconocimiento de la propia culpabilidad derivada de su actuar; de lo anterior se concluye que, para poder considerar la existencia de una confesión, el dicho del inculpado debe comprender la admisión de que el delito existe, y el reconocimiento de que participó en su ejecución con la concreción de todos sus elementos típicos, como autor intelectual, autor material, coautor, copartícipe, inductor o auxiliador (aun cuando con posterioridad se invoque alguna excluyente del ilícito o de responsabilidad, o bien, una atenuante); aspectos que no se satisfacen, cuando el imputado acepta un hecho que solamente implica la adecuación de uno o varios de los referidos elementos, o cuando no reconoce su participación, pues en esos casos, no se admite que el delito se cometió, o que la culpabilidad deriva de hechos propios debido a su intervención en la materialización de aquél; de ahí que una declaración con tales características no puede considerarse como confesión, sin que lo precedente implique que los aspectos admitidos en su contra por el inculpado, no puedan ser valorados en su perjuicio,

¹⁵⁵ Idem..

al verificar la actualización fáctica de uno o más de los elementos que conforman el delito, o al analizar su responsabilidad penal.”

Por último, para el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal la prueba de la confesión es admisible en cualquier fase del proceso, y no tiene otro límite que el que sea rendida hasta antes de que se pronuncie sentencia y siempre que, como indica la fracción IV del artículo 249 del Código adjetivo, se rinda en presencia del defensor o persona de su confianza.

(REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O.F. 8 DE ENERO DE 1991)

ARTÍCULO 249.- La confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos:

I.- (DEROGADA, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)

(REFORMADA, D.O.F. 8 DE ENERO DE 1991)

II.- Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción ni violencia física o moral;

III.- Que sea de hecho propio;

(REFORMADA, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)

IV.- Que sea hecha ante el Ministerio Público, juez o tribunal de la causa, asistido por su defensor o persona de su confianza, y que esté el inculpado debidamente enterado del procedimiento; y

(REFORMADA, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)

V.- Que no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil, a juicio del Ministerio Público o del juez.

(REFORMADO [N. DE E. ADICIONADO], G.O. 25 DE ENERO DE 2006)

Ninguna confesión o información que haya sido obtenida mediante tortura podrá invocarse como prueba, salvo en el procedimiento seguido contra la persona o personas acusadas de haber obtenido dicha

confesión o información mediante actos de tortura, y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración.¹⁵⁶

La esencia de la confesión se encuentra en el reconocimiento de la culpabilidad. Sin embargo puede ser que esta aceptación implique un acto de caballerosidad, o bien simple conveniencia, en el caso de obtener una sentencia Express, debido a la confesión en la realización del delito.¹⁵⁷

Nicolau Eymeric, inquisidor general de Aragón, escribió, a mediados del siglo XIV, una obra llamada *Manual de Inquisidores*, que resumía los procedimientos seguidos por la inquisición y que sirvió como regla de práctica y Código Criminal en todas las inquisiciones del orbe cristiano. Esa obra informa que el procedimiento era secreto para el reo y que, cuando finalmente, encontrándose lista la causa para sentencia, se le corría traslado de la acusación, ésta se le comunicaba tan solo parcialmente, suprimiendo y deformando la información, con el expreso propósito de impedirle un conocimiento cabal de la misma.¹⁵⁸

Dice **Eymeric**: por lo que hace al defensor: la inquisición consideraba que si el reo estaba confeso, era inútil nombrarlo; en caso contrario la propia inquisición lo designaba, sin dejar al procesado ese derecho; su función principal era convencer a su defensor de que confesara; una vez lograda la confesión se revocaba al defensor, puesto que su función era ya inútil. Cuando confiesa un procesado el delito por el cual fue preso por la inquisición, es inútil diligencia otorgarle defensa, sin que obste que en los demás tribunales no sea bastante la confesión del reo, cuando no hay cuerpo del delito formal.¹⁵⁹

¹⁵⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, **Compila XV**. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

¹⁵⁷ MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. ob. cit. (nota 152), pagina 163.

¹⁵⁸ ZAMORA PIERCE, Jesús. Ob. cit., (nota 98), pagina 334.

¹⁵⁹ Idem., pagina 335.

4.3 DERECHO DE DEFENSA Y DERECHO DE AUDIENCIA.

En la doctrina, la *defensa* es también denominada *audiencia*. “El principio de audiencia guarda una estrecha relación tanto con el derecho de defensa, (*faceta positiva*), cuanto con la prohibición de la indefensión (*faceta negativa*), lo que no nos debe llevar a la conclusión de que son términos equivalentes. De hecho, si bien toda vulneración del principio de audiencia parece que provoca irremediablemente indefensión.

La garantía de audiencia está reconocida en todos los sistemas políticos democráticos a nivel Constitucional, ya que la *audiencia de parte* en estos sistemas políticos, no puede faltar en ninguna actuación judicial, juicio o proceso que pretenda privar de la vida, libertad, propiedades, posesiones o derechos al gobernado.

El maestro **Ignacio Burgoa**, confirma estas ideas al sostener, que es la garantía de audiencia, una de las más importantes dentro de cualquier régimen jurídico, ya que implica la principal defensa de que dispone el gobernado frente a actos del poder público que atiendan a privarlo de sus más caros derechos y más preciados intereses.¹⁶⁰

La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 Constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga ‘se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento’. Éstas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

¹⁶⁰ BURGOA, Ignacio. Ob. cit., (nota 3),, pagina 505

De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

La garantía de audiencia otorga la *garantía de defensa u oposición* una vez que el presunto inculcado es *notificado o requerido* de las pretensiones, en materia penal, del órgano acusador, otorgándole la *garantía de defensa*, que indica poder proponer pruebas o alegatos. Así lo ha sostenido, recuerda el maestro **Burgoa**, la Suprema Corte de Justicia de la Nación considerando que *“toda autoridad del país antes de privar a alguno gobernado de los bienes jurídicos protegidos por la consabida garantía, debe escucharle en defensa y recibirle las pruebas que rinda para apoyarla”*.¹⁶¹

En efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido este criterio sustentado en diversas ejecutorias que ya constituyen jurisprudencia:

“AUDIENCIA, GARANTÍA DE. PARA QUE SE RESPETE EN LOS PROCEDIMIENTOS PRIVATIVOS DE DERECHOS, LA OPORTUNIDAD DE PRESENTAR PRUEBAS Y ALEGATOS DEBE SER NO SOLO FORMAL SINO MATERIAL. La Suprema Corte ha establecido que dentro de los requisitos que deben satisfacer los ordenamientos que prevean procedimientos que puedan concluir con la privación de derechos de los gobernados se encuentran los de ofrecer y desahogar pruebas y alegar, con base en los elementos en que el posible afectado finque su defensa. En las leyes procedimentales, tales instrumentos se traducen en la existencia de instancias, recursos o medios de defensa que permitan a los gobernados ofrecer pruebas y expresar argumentos que tiendan a ofrecer una decisión favorable a su interés. Ahora bien, para brindar las condiciones materiales necesarias que permitan ejercer los medios defensivos previstos en las leyes, es respecto de la garantía de audiencia, resulta indispensable que el interesado pueda conocer directamente todos los elementos de convicción que aporten las demás partes que concurran al procedimiento, para que pueda imponerse de los hechos y medios de acreditamiento que hayan sido aportados al procedimiento de que se trate, con objeto de que se facilite la preparación de su defensa, mediante la rendición de pruebas y alegatos dentro de los plazos que la ley prevea para tal efecto.”

¹⁶¹ Idem., pagina 358.

4.4 LA DEFENSA EN MATERIA PENAL COMO GARANTÍA INDIVIDUAL Y COMO GARANTIA DEL DEBIDO PROCESO.

El derecho de *defensa* no es sólo un *derecho público subjetivo* del imputado, sino que constituye también una exigencia esencial en la estructura del proceso, ya que éste no puede concebirse sin la *defensa*, en virtud de que deben *contradecirse dialécticamente* con las hipótesis de la *acusación* con sus correspondientes pruebas, otorgando a la *defensa* los mismos derechos y facultades que a la *acusación*, es decir, resguardar efectivamente el **equilibrio procesal** entre las partes contendientes.

Siguiendo la misma idea, el jurista **Jesús Zamora Pierce** sostiene en su libro que, “ante la pretensión penal, como tesis que sostiene en forma monopólica el Ministerio Público (artículo 21 Constitucional), la defensa sostiene la síntesis. Luego entonces, si se concibe al juicio como la necesaria síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto llega a destacar por razones de lógica y legalidad, que la defensa, en cuanto concepto contrario a la pretensión penal, es de igual rango y necesidad que ésta”.¹⁶²

En la doctrina extranjera se confirma este criterio. Efectivamente, en Italia, Gaetano, citado por Alex Carroca Pérez, sostiene que “...el juicio presupone una duda sobre la cual debe recaer, la decisión y la duda implica necesariamente dos antitéticas opiniones, ante las cuales se halla la alternativa verdadera. Una acusación como opinión sobre la cual debe decidirse, no es pensable sino en función de una antitética opinión (defensa), sin la cual la primera no sería una acusación, sino que ella misma sería ya irrevocable decisión. Aún la acusación más evidentemente fundamentada, cuanto es acusación y no decisión, postula siempre la existencia de la antitética situación lógica y esa es la defensa. En efecto, la evidencia no surge sino en la confrontación entre la acusación y su antitético pensamiento que es la defensa: afirmar la culpabilidad es lo mismo que negar la inocencia. Valorar la culpabilidad de un imputado en su existencia y en su entidad no significa sino evaluar también e igualmente la inocencia del

¹⁶² ZAMORA PIERCE, Jesús. Ob. cit., (nota 98), pagina 255

imputado en su existencia y en su entidad. Porque el juicio no puede ser valoración de la acusación, sin que al mismo tiempo sea también valoración de la defensa. La acusación y la defensa no son mas que imprescindibles polos dialécticos, por lo cual, uno no tendría significado ni valor sin el otro. Una acusación sin una defensa no es pensable, así como no lo sería una defensa sin alguna acusación. Una acusación sin defensa sería una acusación fuera de duda, una acusación que paradójicamente sería ya una condena, no una acusación sino ya una decisión. Sobre el plano de la lógica, luego se ve que ante la acusación no puede faltar la defensa; la una y la otra son dos momentos imprescindibles del juicio penal, como el anverso y el reverso de una medalla.”

De igual manera, el maestro Cárdenas Rioseco, cita al jurista italiano **Francesco Carneluti**, quien considera que la *defensa* surge de la necesidad imprescindible de la *naturaleza dialectica del juicio*, y que el juez estará¹⁶³ en mejor situación de decidir cuánto más claramente “*se le presenten delante dos soluciones posibles. El peligro es que la duda no se le presente, no que él sea atormentado por ella*”.

Esta concepción de la *defensa*, como connotación negativa de oposición a la *acusación penal*, no satisface a toda la doctrina, que ha considerado que esta percepción puede ser limitada, insatisfactoria, aproximativa, ya que este instituto jurídico es más amplio en virtud de que está dirigido a hacer valer ante el órgano jurisdiccional todos los derechos e intereses del inculpado.

Por último otros autores al definir la *defensa* la personifican en los individuos que las hacen valer: **Vicente Jimeno**, considera, que por *defensa* debe entenderse a la parte procesal que viene integrada por la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado, y su abogado defensor.

¹⁶³ CÁRDENAS RIOSECO, Raúl. Ob. cit., (nota 53), pagina 10 y 11.

4.5 INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 307 BIS, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para continuar con el presente análisis, resulta indispensable recordar cuáles fueron los motivos por los que se implantó el proceso sumario en nuestra legislación. Al respecto, debe destacarse que mediante publicación el 19 de marzo de 1971, se reformaron, entre otros, los artículos 305 y 306 del entonces Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, actualmente Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y se introdujo por primera vez en el procedimiento mexicano el juicio sumario.

Así, en la iniciativa de reforma, las razones que se dieron en la exposición de motivos para el establecimiento de los juicios sumarios se dijo:

“...En la Iniciativa que ahora se somete a la consideración de este H. Congreso de la Unión, proponemos la introducción de diversas reformas en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, con el propósito de simplificar la tramitación procesal, sin mengua de las garantías individuales que deben ser respetadas en el procedimiento, y contribuir con ello a que nuestra justicia sea cada vez más pronta y expedita, en acatamiento a expresos mandatos constitucionales. Se tiende, pues, a obtener la superación cada vez mayor y el desarrollo de la administración de justicia. Por otra parte, las reformas propuestas significan también diversas ventajas técnicas en el procedimiento, que se traducirán en la mejor impartición de justicia. En este sentido, se acentúan considerablemente la oralidad, la concentración y la inmediación, frecuentemente recomendadas por la ciencia procesal penal moderna.

“Se distinguen dos formas de procedimiento: el sumario y el ordinario. Aquél, que significa una innovación en el Código, tiene lugar cuando existe flagrancia y, por lo mismo, menor dificultad probatoria, y cuando no exceda de cinco

años la pena máxima aplicable al delito de que se trate. Se ha tomado en cuenta para ello, como es evidente, la menor gravedad objetiva que por lo general revisten los delitos sancionados con no más de cinco años de prisión, cosa que no implica desconocer, en modo alguno, la posibilidad de que los autores de dichos ilícitos sean sujetos peligrosos que ameriten un severo tratamiento penal. De esta forma adopta un criterio objetivo más seguro que el que resultaría de asociar el procedimiento sumario a otros supuestos, como la confesión por parte del inculpado.”

“En el procedimiento sumario, diseñado en forma tal que sea posible desarrollarlo con la mayor prontitud posible, se fijan plazos breves para el desarrollo de diversos actos procesales y se determina la concentración y la oralidad en la audiencia principal...”

Por lo que, es preciso señalar que en la etapa procesal de instrucción se prevé dos tipos de procedimiento: ordinario y sumario, este último para los casos en que se actualice alguna de las hipótesis previstas en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Ciertamente, al hacer una interpretación tanto sistemática e integral del Capítulo relativo a la instrucción del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como histórico-legislativa de los artículos 305, 306 y 307 de la ley en cita, se llega a la convicción de que en el trámite de los juicios sumarios, el juzgador de primera instancia está obligado legalmente a actuar en los términos a que se refiere el artículo 307, que a la letra dice:

“ARTICULO 307.- Abierto el procedimiento sumario, las partes dispondrán de tres días comunes, contados desde el siguiente a la notificación del auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, para proponer pruebas, que se desahogarán en la audiencia principal. Para los efectos de esta disposición se estará a lo prescrito en los párrafos segundo y tercero del artículo 314 de este código.

El inculpado o su defensor podrán renunciar a los plazos señalados anteriormente, cuando lo consideren necesario para ejercer el derecho de defensa.”.

Asimismo tenemos que el artículo 314 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en lo que nos interesa, señala lo siguiente:

“ARTICULO 314.- En el auto de formal prisión se ordenará poner el proceso a la vista de las partes para que propongan, dentro de quince días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto, las pruebas que estimen pertinentes, las que se desahogarán en los quince días posteriores, plazo dentro del cual se practicarán, igualmente, todas aquellas que el Juez estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y en su caso, para la imposición de la pena.

(REFORMADO, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)

Si al desahogar las pruebas aparecen de las mismas nuevos elementos probatorios, el juez podrá señalar otro plazo de tres días para aportar pruebas que se desahogarán dentro de los cinco días siguientes para el esclarecimiento de la verdad.

(REFORMADO, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994)

Para asegurar el desahogo de las pruebas propuestas, los jueces harán uso de los medios de apremio y de las medidas que consideren oportunas, pudiendo disponer la presentación de personas por medio de la fuerza pública en los términos del artículo 33...”

Lo anterior, constituye una declaratoria, mediante la cual el Juez de la causa, al declarar abierto el procedimiento sumario, ordenando poner los autos a la vista de las partes a efecto de proponer sus respectivas pruebas, que se desahogarán en la audiencia principal; por lo que, si al desahogar las pruebas aparecen de las mismas nuevos elementos probatorios, el juez podrá señalar otro plazo de tres días para aportar pruebas que se desahogarán dentro de los cinco días siguientes para el esclarecimiento de la verdad.

Atendiendo a las consideraciones vertidas por ambas Cámaras del Congreso de la Unión y al hacer un estudio integral y en conjunto de los artículos 307 y 314 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se llega a la conclusión de que al introducir el legislador ordinario el juicio sumario, se pretendió la abreviación del procedimiento, sin prescindir en ningún caso de

garantías esenciales, como lo son el derecho de audiencia y sobre todo el derecho a una defensa adecuada.

Por lo que, es válido afirmar que la pretensión del legislador, como ya se vio en la exposición de motivos, fue la de garantizar debidamente la prontitud en la expedición de la justicia, abreviando hasta donde sea razonable y posible los procedimientos, pero sin prescindir, en ningún caso, de las garantías esenciales tales como la de audiencia y la de defensa; propósitos que de ninguna manera están en pugna con la interpretación que aquí se hace, por lo contrario, se complementan, pues al considerar que si el juzgador al desahogar las pruebas ofrecidas por las partes, dentro del término de ley, aparecen de las mismas nuevos elementos probatorios, el juez podrá señalar otro plazo de tres días para aportar pruebas que se desahogarán dentro de los cinco días siguientes para el esclarecimiento de la verdad, con ello se garantiza aún más y se consolidan a favor del encausado las garantías de audiencia y de defensa.

Al respecto, y a efecto de comprender aún más la pretensión del legislador al establecer el juicio sumario en nuestro sistema penal, entraré a un breve análisis de la exposición de motivos, mediante el cual se reformaron los artículos del Código Federal de Procedimientos Penales, y se introdujo el Procedimiento Sumario a dicho ordenamiento legal.

Así, mediante publicación el 24 de diciembre de 1984 en el Diario Oficial de la Federación, se reformaron, entre otros, los artículos 150 y 152 del Código Federal de Procedimientos Penales en estudio, y se introdujo por primera vez el juicio sumario. Para entender cuál fue la pretensión del legislador al establecer en nuestro país este tipo de procedimiento, resulta pertinente y conveniente acudir a las razones esgrimidas tanto en la exposición de motivos de la iniciativa de reformas por parte del Ejecutivo Federal, como en los argumentos que se expusieron en las Cámaras del Congreso de la Unión.

En la iniciativa del Presidente de la República, por principio se establecieron los fines de las reformas propuestas al código procesal y, al respecto se dijo:

"... En síntesis, estas reformas y adiciones sirven a los siguientes propósitos sustanciales: favorecer razonablemente la prontitud y expedición en la impartición de justicia, ampliar los derechos del ofendido; extender debidamente el alcance de las garantías constitucionales del inculpado; y consolidar al amparo de la Constitución las funciones propias de las autoridades que intervienen en el procedimiento penal. ..."

Por cuanto a las razones que se dieron en la referida exposición de motivos para el establecimiento de los juicios sumarios, el Ejecutivo Federal expresó lo siguiente:

"... La expedición en la justicia requiere favorecer, hasta donde sea razonable y posible, la abreviación de procedimientos, sin prescindir en ningún caso de garantías esenciales, a través de juicios sumarios en los que dominen los principios de concentración procesal y oralidad. Sobre este particular, son especialmente importantes las propuestas contenidas en los artículos 152 y 152 bis del (sic) proyecto de la iniciativa pone a la consideración del honorable Congreso de la Unión. El artículo 152, en los términos de la modificación que se postula, introduce en el Código Federal de Procedimientos Penales el juicio sumario, tomando en cuenta para ello diversas experiencias nacionales y extranjeras y algunos desarrollos, más o menos avanzados, que ya se han producido en este ámbito. Se plantea el juzgamiento de la vía sumaria, siempre sin menoscabo de las debidas garantías procesales de audiencia y defensa, preocupación que es preciso subrayar, cuando se esté en cualquiera de las siguientes hipótesis: que se trate de flagrante delito; que exista confesión judicial o ratificación ante esta autoridad de la confesión legalmente rendida con anterioridad; o que la pena aplicable no exceda, en su término medio aritmético, de cinco años de prisión, o sea alternativa o no privativa de libertad. ..."

Por su parte, en los Dictámenes de ambas Cámaras, se participó de los criterios que sustentaron la iniciativa, pues en la Cámara de Diputados se dijo que:

"... En los artículos 152 y 152 bis se introduce el juicio sumario tomando en cuenta la buena experiencia nacional y extranjera que ya se han producido en ese ámbito. ..."

Incluso, en la discusión de origen, al hacer uso de la voz el diputado Daniel Sánchez Pérez, expresó lo siguiente:

"... Hay otras medidas, por ejemplo, como el proceso sumario que se establece por primera ocasión en la legislación procesal mexicana, eso ya tiene antecedentes en otras legislaciones y ha dado buenos resultados dentro de la legislación mexicana por lo que es en el fuero civil ¿Por qué digo que es conveniente el proceso sumario? Es que en ocasiones, señores, no tiene razón de ser que se sujete a una persona a proceso de uno, dos, o tres años, cuando existan ciertas condiciones procesales o ciertas condiciones objetivas que hacen innecesario el que esté detenido por tanto tiempo. Aquí por ejemplo, se habló ya de los delitos que en su penalidad tienen un término medio aritmético de cinco años, está correcto; aquellos, aquellos que merecen penas menores de esos cinco años, aquellos que tienen penas alternativas, aquellos que no tienen penas de privación de la libertad, no tienen razón de ser que una persona, por ejemplo, tenga que estar sujeta a un proceso de seis o siete meses, cuando la pena que pudiera venirle era de un mes a un año o simplemente una sanción económica y, sin embargo, permanecen este tipo de procesos. Yo en eso estoy de acuerdo, el proceso sumario viene precisamente a beneficiar al que está procesado ..."

En cuanto hace a la Cámara de Senadores, en el dictamen de la revisora, se dijo lo siguiente:

"... Dado que en la consulta nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública dispuesta por el Ejecutivo Federal, se recogió la exigencia de la ciudadanía para lograr una impartición de justicia penal pronta y expedita, se considera plausible la iniciativa del Ejecutivo y el proyecto de la legisladora, por cuanto a que, con eficaz tutela de los derechos de los imputados, sujetos a un procedimiento penal y con garantía de los legítimos derechos de los ofendidos por conductas o hechos ilícitos, se actualiza el ordenamiento procedimental, con el propósito central de favorecer la pronta y expedita impartición de la justicia penal, que como categóricamente se afirma en la exposición de motivos de la iniciativa, implica expresiones particularmente delicadas, entre el poder público y los gobernados. En efecto, la paz y el orden social, exigen que las normas procedimentales de naturaleza penal, preserven las garantías de los imputados, a quienes en un régimen democrático como el nuestro, debe presumírseles inocentes en tanto no exista sentencia firme que los repute culpables, pero al propio tiempo exige que se tutele el interés social con la eficaz intervención del Estado, para evitar la impunidad y para que pueda llevarse a cabo con eficacia y oportunidad el debido aseguramiento de los derechos del ofendido. ... También se considera que la reforma del artículo 152 y la adición del número 152 bis, cumple cabalmente con el propósito toral de hacer pronta la impartición de justicia al establecer el juicio sumario en hipótesis claramente determinadas. ..."

Como se advierte, la pretensión del legislador al instaurar los juicios sumarios fue favorecer razonablemente la prontitud y expedición en la impartición de la justicia, ampliar los derechos del ofendido, extender debidamente el alcance de las garantías del inculpado y consolidar al amparo de la Constitución las funciones propias de las autoridades que intervienen en el procedimiento penal, ya que la expedición en la justicia requiere favorecer, hasta donde sea razonable y posible, la abreviación de procedimientos, sin prescindir en ningún caso de garantías esenciales y, siempre sin menoscabo de las garantías procesales de audiencia y de defensa.

Por lo anterior y de acuerdo a la exposición de motivos de los legisladores, al introducir el juicio sumario, éste partió de la idea que fuera posible se fijaran plazos breves para el desarrollo de diversos actos procesales la de garantizar debidamente la prontitud en la impartición de la justicia, abreviando hasta donde sea razonable y posible los procedimientos, pero sin prescindir, en ningún caso, de las garantías esenciales tales como la de audiencia y la de defensa, motivo por el cual, la sustentante considera que la adición del artículo 307 bis al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mediante el cual se introduce la modalidad del "juicio sumario por reconocimiento de participación", no cumple con el objetivo y el fin del juicio sumario, tal y como quedó establecido en la exposición de motivos de los legisladores, que en su momento propiciaron la introducción del juicio sumario en nuestra legislación mexicana, toda vez que la esencia del juicio sumario es la de establecer un juicio con plazos más breves, que beneficie en la mayor medida posible al procesado, siempre sin menoscabo de las debidas garantías procesales de audiencia y defensa, preocupación que es preciso subrayar, cuando se esté en cualquiera de las siguientes hipótesis: que se trate de flagrante delito; que exista confesión judicial o ratificación ante esta autoridad de la confesión legalmente rendida con anterioridad; o que la pena aplicable no exceda, en su término medio aritmético, de cinco años de prisión, o sea alternativa o no privativa de libertad. Dicho numeral establece lo siguiente:

“(ADICIONADO, G.O. 9 DE JUNIO DE 2006)
ARTICULO 307 Bis.- (Juicio sumario por reconocimiento de participación). En los casos de confesión de participación en la comisión del delito ante el Ministerio Público y ratificación ante el Juez en la declaración preparatoria, previstos en los artículos 71 Bis y 71 Ter del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se dictará auto de formal prisión, se seguirá procedimiento sumario y en caso de que el inculpado y su defensor renuncien a los plazos probatorios, se procederá conforme al artículo 315 de este Código.”¹⁶⁴

Por otra parte, se considera que el Juicio Sumario por reconocimiento de participación no cumple con los fines del Proceso Penal, entre los que destacan la

¹⁶⁴ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial ISEF, México, 2008.

investigación de la verdad efectiva, material e histórica, debido a que éste tipo de problemas revisten grande y grave interés para la comunidad, como ocurre cuando se trata de esclarecer un delito y de sancionar a cierta persona como autor de aquél. En tal hipótesis el Estado debe saber lo que realmente sucedió; no se debe conformar con cualquier versión de los hechos, que pudiera ser inexacta y puramente convencional, entonces se busca la verdad "histórica". Es necesario, por tanto, que el juez sostenga no una verdad cualquiera, una libertad limitada y convencional, sino la efectiva; es decir, que esclarezca como se desarrollaron los hechos en la realidad, con el fin de que, constando sin ninguna clase de dudas, le sirvan para fundar su labor y emitir su juicio, asimismo se debe de tomar en consideración la individualización de la personalidad del justiciable. Por otra parte, debemos tener presentes los fines que persigue la pena impuesta por el Estado, es decir, por los órganos jurisdiccionales, ya que si el hombre forma parte de la sociedad, ha de respetar sus reglas; si las viola, cesa sus derechos a ser protegido y, naturalmente debe sufrir las consecuencias de sus actos, o sea, la sanción de los mismos, su finalidad es preventiva, se trata de impedir que el reo cometa nuevos delitos y evitar la imitación por los demás en el futuro. La vida social exige necesariamente limitaciones en nuestro interés, sólo regulables por medio de normas jurídicas, por lo que al transgredir éstas y cometer un delito, serán castigados por el Estado.

Asimismo y a consideración de la suscrita, el contenido del artículo 307 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, vulnera la garantía Constitucional del derecho de defensa, ya que al establecer que "...en los casos de confesión de participación en la comisión del delito ante el Ministerio Público y ratificación ante el Juez en la declaración preparatoria, previstos en los artículos 71 Bis y 71 Ter del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, dictaran auto de formal prisión, se seguirá procedimiento sumario y en caso de que el inculpado y su defensor renuncien a los plazos probatorios, se procederá conforme al artículo 315 de este Código...", el legislador da la posibilidad de que al renunciar el inculpado y su defensor a los plazos probatorios, se procederá conforme al

artículo 315, el cual establece, en lo que interesa que “...Transcurridos o renunciados los plazos a que se refiere el artículo anterior, o si no se hubiere promovido prueba, el juez declarará cerrada la instrucción y mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa, durante cinco días por cada uno, para la formulación de conclusiones. Si el expediente excediera 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...”, es decir, que el juez declarará cerrada la instrucción, sin perjuicio de que se haya o no desahogado prueba alguna de las partes, por lo que dicho artículo vulnera la garantía de audiencia establecida por el artículo 14 Constitucional, la cual consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga ‘se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento’. Éstas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado, asimismo se transgrediría el debido proceso penal. Toda vez que el Juez al dictar sentencia deberá hacerlo apegado a derecho y allegándose de todos los elementos probatorios que considere necesarios para dictar una sentencia, lo cual es, entre otras facultades con las que cuenta el órgano jurisdiccional, a efecto de emitir una sentencia justa, por otra parte cabe hacer mención a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se enfrentó al conflicto que puede surgir entre la garantía de defensa y la de brevedad. Y resolvió que la primera es de mayor jerarquía que la última. Los plazos establecidos por la fracción VIII, del apartado “A”, del artículo 20 Constitucional, son en beneficio del procesado, quien puede renunciarlos para allegar las pruebas que estime le son favorables.

Por lo que debemos tomar en consideración que todas y cada una de las garantías que se infringen al aplicar el artículo 307 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, son garantías de rango Constitucional, por lo que debemos recordar que las garantías Constitucionales están por encima de las leyes secundarias, según lo establecido por el artículo 133, que a la letra dice:

“Art. 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”¹⁶⁵

Por lo anterior, se llega a la conclusión de que el artículo 307 bis de la Ley Adjetiva excede los límites establecidos por la Carta Magna, al coartar el derecho de audiencia y el derecho a una defensa adecuada, con los que cuenta el procesado a fin de demostrar su inocencia, o bien obtener una atenuante en sentencia definitiva. Por lo que, la suscrita considera que se ha llegado al extremo absurdo, pero jurídicamente posible, en aras de una mal entendida celeridad en el juicio sumario, de cerrar la instrucción aun cuando no se haya desahogado prueba alguna de las partes en el proceso penal, lo cual implica un cierre inmediato de la etapa de instrucción, cerrando también en forma definitiva la posibilidad jurídica del inculpado de ofrecer y desahogar pruebas, lo que implica la posibilidad de una negativa al derecho de ser oído y de defenderse.

Por otra parte, y al efectuar un análisis del contenido de los artículos 71 bis, en relación al 71 ter del Código Penal para el Distrito Federal en vigor, relativos a

¹⁶⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Compila XV. Legislación Federal y del Distrito Federal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

la disminución de la pena, tratándose de delitos no graves y delitos graves, así como la aplicación de dicha regla, que a la letra refieren:

“ARTÍCULO 71 Bis (De la disminución de la pena en delitos no graves). Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de **delito no grave** ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria, **se disminuirá la pena en una mitad**, según el delito que se trate.”.

(REFORMADO, G.O. 16 DE AGOSTO DE 2007)

“ARTÍCULO 71 Ter (De la disminución de la pena en delitos graves) Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de **DELITO GRAVE** ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria **se disminuirá la pena una tercera parte**, según el delito que se trate, excepto cuando estén relacionados con delincuencia organizada, en cuyo caso se aplicará la Ley de la materia. Este beneficio no es aplicable para los delitos de Homicidio, previsto en el artículo 123 en relación al 18, párrafo segundo; Secuestro, contenido en los artículos 163, 163 Bis, 164, 165, 166 y 166 Bis, con excepción de lo previsto en el último párrafo del artículo 164; Desaparición Forzada de Personas, previsto en el artículo 168; Violación, previsto en los artículos 174 y 175; Corrupción de personas menores de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tengan capacidad de resistir la conducta, previsto en los artículos 183, 184 y 185; Turismo Sexual, previsto en el artículo 186; Pornografía, previsto en los artículos 187 y 188; Trata de Personas, previsto en el artículo 188 Bis; Lenocinio, previstos en los artículos 189 y 189 bis; Robo, previsto en el artículo 220, en relación al artículo 225; Tortura, previsto en los artículos 294 y 295; todos de este Código.”.¹⁶⁶

Y en atención a su contenido, que resulta relevante en concepto de la sustentante en virtud de que guardan estrecha relación con el numeral 307 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en vigor, que a la letra señala:

“(ADICIONADO, G.O. 9 DE JUNIO DE 2006)

ARTICULO 307 Bis.- (Juicio sumario por reconocimiento de participación). En los casos de confesión de participación en la comisión del delito ante el Ministerio Público y ratificación ante el Juez en la

¹⁶⁶ Código Penal para el Distrito Federal, Editorial ISEF, México, 2008

declaración preparatoria, previstos en los artículos 71 Bis y 71 Ter del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se dictará auto de formal prisión, se seguirá procedimiento sumario y en caso de que el inculpado y su defensor renuncien a los plazos probatorios, se procederá conforme al artículo 315 de este Código.”.¹⁶⁷

El contenido de los referidos numerales en opinión personal genera duda sobre su aplicación, toda vez que los artículos primeramente referidos aluden al reconocimiento de los hechos por parte del inculpado, así como a las reglas para la disminución de la pena en tanto que el artículo 307 bis remite en el supuesto de actualizarse dicha hipótesis al artículo 315 del Código Procesal Penal, el cual regula la tramitación del procedimiento ordinario puesto que dicho artículo refiere la formulación de conclusiones, otorgando a las partes el término de cinco días para su formulación, con el aumento de los respectivos días atendiendo al número de fojas que integren el expediente.

Por último, la consideración de la sustentante el contenido del artículo 307 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, genera duda sobre su aplicación, toda vez que el artículo referido alude al reconocimiento de los hechos por parte del inculpado, así como a las reglas para la disminución de la pena en tanto que el último de los numerales remite en el supuesto de actualizarse dicha hipótesis al artículo 315 del Código Procesal Penal, el cual regula la tramitación del procedimiento ordinario puesto que dicho artículo refiere la formulación de conclusiones, otorgando a las partes el término de cinco días para su formulación, con el aumento de los respectivos días atendiendo al número de fojas que integren el expediente.

Lo que lleva al planteamiento en el sentido de que si el motivo de la regulación del reconocimiento de participación debe normalizarse de manera sumaria, toda vez que en el supuesto aludido se reduce el procedimiento

¹⁶⁷ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial ISEF, México, 2008

haciéndose notar que el citado artículo 307 bis queda comprendido dentro de las reglas del procedimiento sumario y hace referencia expresa que en caso de confesión de participación en la comisión de delito ante el Ministerio Público y ratificada ante el Juez del conocimiento en declaración preparatoria, remite a lo previsto en los numerales 71 bis y 71 ter, además de que es claro en señalar que el auto de formal prisión se seguirá por procedimiento sumario, lo cual resulta contradictorio, puesto que también remite y así lo señala que en caso de que el inculpado y su defensor renuncien a los plazos probatorios se procederá conforme al artículo 315 del Código Procesal Penal, que regula el procedimiento ordinario.

En tal orden de ideas es evidente que existe contradicción entre lo abreviado del procedimiento sumario y la formulación de conclusiones acorde al ordinario, ello en razón de que atendiendo a su contenido y no obstante que el procedimiento debería seguirse por vía sumaria a efecto de abreviar éste y emitir a corto plazo dentro de los plazos marcados por la ley procesal el dictado de la sentencia que resuelva la respectiva causa, lo cual en concepto de la sustentante no se actualiza en virtud de que el referido numeral es una mezcla o combinación de los dos procedimientos, puesto que al renunciarse los plazos probatorios la causa queda para la formulación de conclusiones, que debieran ser por vía sumaria, tal y como lo establece el párrafo segundo del artículo 308 del mismo Código Procesal Penal, que a la letra dice:

(REFORMADO, G.O. 28 DE ENERO DE 2005)

“ARTICULO 308.- La audiencia se realizará dentro de los quince días siguientes al auto que resuelva sobre la admisión de pruebas, en el que se hará, además, fijación de fecha para aquella.

Una vez terminada la recepción de pruebas, se declarará cerrada la instrucción, las partes deberán formular verbalmente sus conclusiones, cuyos puntos esenciales se harán constar en el acta relativa.”¹⁶⁸

Lo cual no ocurre así desde el punto de vista del contenido del referido artículo 307 bis, puesto como se ha precisado el mismo remite al artículo 315, que

¹⁶⁸ Idem., artículo 308

regula el procedimiento ordinario; por lo que en opinión de la suscrita y si el motivo de su incorporación en el Código Procesal Penal era con la finalidad de compactarlo mayormente por vía sumaria el legislador debió asentarlos en esos términos y no crear confusión al remitir al procedimiento ordinario, cuyos plazos son más extensos en comparación al sumario.

Por lo que esta suscrita concluye que el citado numeral 307 bis del Código de Procedimientos Penales para el distrito Federal, debe reformarse a efecto de que de manera clara su aplicación sea acorde al procedimiento sumario, si el motivo era ese.

Por otra parte, al hacer un análisis de los artículos 150 y 152 en relación con los juicios sumarios, se advierte que se han efectuado tres reformas a partir del veinticuatro de diciembre de 1984 en que se reformaron tanto el artículo 150 como el 152, para introducir el juicio sumario, fecha en la cual se adicionó el artículo 152 bis; posteriormente en una segunda reforma publicada el diecinueve de noviembre de 1986 en el Diario Oficial de la Federación, se reformaron los artículos 150 y 152; y por último, el diez de enero de 1994 se reformó el artículo 152 y se derogó el artículo 152 bis, por lo que en la exposición de motivos refirieron lo siguiente:

“...Finalmente, se propone agilizar el procedimiento penal, toda vez que se reducen los plazos para la aportación y desahogo de pruebas y se establece en el procedimiento sumario la obligación de formular las conclusiones únicamente en forma oral, dejándose constancia sintética de lo expuesto por las partes sobre el particular.”

Por otra parte, debemos tener en consideración que en el proceso penal, se encuentra la figura de la víctima, quien resulta una parte esencial en el mismo, toda vez que el proceso surge en virtud de que se lesiona el bien jurídico tutelado por la norma de la víctima. De lo anterior se advierte que en el proceso penal, se

encuentran en juego tanto la libertad del procesado, el cual resulta ser uno de los bienes de mayor ponderancia, debido a que se restringe su libertad personal, y por otra parte el derecho de la víctima, a que el Estado le imparta justicia, por el hecho delictivo cometido por el activo, por lo que en vena de sus derechos, dentro del proceso penal, se encuentra el Agente del Ministerio Público, quien tiene la obligación de asesorar a la víctima, mismos derechos que se encuentran plasmados en el apartado “B” del artículo 20 Constitucional, que a la letra dicen:

“...(REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

ARTÍCULO 20.- En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

(ADICIONADO, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

B. De la víctima o del ofendido:

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

I.- Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

II.- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

III.- Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

(ADICIONADA, D.O.F. 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

VI.- Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

Por lo anteriormente expuesto se aprecia que el Legislador al adicionar a la Ley Adjetiva el artículo 307 bis, no tomó en consideración el derecho con el que cuenta la víctima u ofendido dentro del proceso, debido a que del texto de dicho artículo se advierte que deja al arbitrio del procesado y de su defensor, en los casos de que exista previamente confesión de participación en la comisión del delito ante el Ministerio Público y ratificación ante el Juez en la declaración preparatoria, previstos en los artículos 71 Bis y 71 Ter del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se dictará auto de formal prisión, se seguirá procedimiento sumario y en caso de que el inculpado y su defensor renuncien a los plazos probatorios, se procederá conforme al artículo 315 de este Código, por lo que tenemos que el artículo 307 bis del Código de Procedimientos Penales establece lo siguiente:

“(ADICIONADO, G.O. 9 DE JUNIO DE 2006)

ARTICULO 307 Bis.- (Juicio sumario por reconocimiento de participación). En los casos de confesión de participación en la comisión del delito ante el Ministerio Público y ratificación ante el Juez en la declaración preparatoria, previstos en los artículos 71 Bis y 71 Ter del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se dictará auto de formal prisión, se seguirá procedimiento sumario y en caso de que el inculpado y su defensor renuncien a los plazos probatorios, se procederá conforme al artículo 315 de este Código.”.¹⁶⁹

Asimismo se transcriben los artículos relacionados con el artículo 307 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los cuales establecen lo siguiente:

“(ADICIONADO, G.O. 9 DE JUNIO DE 2006)

ARTÍCULO 71 Bis (De la disminución de la pena en delitos no graves). Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito no grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria, se disminuirá la pena en una mitad, según el delito que se trate.”.

“(REFORMADO, G.O. 16 DE AGOSTO DE 2007)

ARTÍCULO 71 Ter (De la disminución de la pena en delitos graves) Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria se disminuirá la pena una tercera parte, según el delito que se trate, excepto cuando estén relacionados con delincuencia organizada, en cuyo caso se aplicará la Ley de la materia. Este beneficio no es aplicable para los delitos de Homicidio, previsto en el artículo 123 en relación al 18, párrafo segundo; Secuestro, contenido en los artículos 163, 163 Bis, 164, 165, 166 y 166 Bis, con excepción de lo previsto en el último párrafo del artículo 164; Desaparición Forzada de Personas, previsto en el artículo 168; Violación, previsto en los artículos 174 y 175; Corrupción de personas menores de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tengan capacidad de resistir la conducta, previsto en los artículos 183, 184 y 185; Turismo Sexual, previsto en el artículo 186; Pornografía, previsto en los artículos 187 y 188; Trata de Personas, previsto en el artículo 188 Bis; Lenocinio, previstos en los artículos 189 y 189 bis; Robo, previsto en el artículo 220, en relación al artículo 225; Tortura, previsto en los artículos 294 y 295; todos de este Código.”.

¹⁶⁹ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial ISEF, México, 2008. artículo 307 bis

“(REFORMADO, D.O.F. 3 DE ENERO DE 1989)

ARTICULO 315.- Transcurridos o renunciados los plazos a que se refiere el artículo anterior, o si no se hubiere promovido prueba, el juez declarará cerrada la instrucción y mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa, durante cinco días por cada uno, para la formulación de conclusiones. Si el expediente excediera 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.

Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior sin que el Ministerio Público haya presentado conclusiones, el juez deberá informar mediante notificación personal al Procurador acerca de esta omisión, para que dicha autoridad formule u ordene la formulación de las conclusiones pertinentes, en un plazo de diez días hábiles, contados desde la fecha en que se le haya notificado la omisión, sin perjuicio de que se apliquen las sanciones que correspondan; pero, si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día en el plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

Si transcurren los plazos a que alude el párrafo anterior, sin que se formulen las conclusiones, el juez tendrá por formuladas conclusiones de no acusación y el procesado será puesto en inmediata libertad y se sobreseerá el proceso.”.

Aunado a lo anterior y una vez que el órgano jurisdiccional haya dictado dentro del término de 72 horas auto de formal prisión, se seguirá procedimiento sumario y en caso de que el inculpado y su defensor renuncien a los plazos probatorios, se procederá conforme a lo establecido por el artículo 315 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, lo cual implica que el expediente se pase para conclusiones, cerrando de esta forma la instrucción y pasando los autos a vista del juzgador, a efecto de que se dicte sentencia, lo que se traduce en un cierre inmediato del periodo de instrucción que impide el derecho al desahogo de pruebas por parte de la contraria, incluso de aquellas que el propio juzgador estime indispensables para la resolución de la causa, pues el hecho de haber renunciado previamente a dicha garantía, no puede entenderse como una facultad discrecional o caprichosa de retractación en cuanto a su observancia,

máxime cuando ello repercute en perjuicio de los derechos de la víctima, del equilibrio y equidad procesal entre las partes y los propios fines del proceso.

Sirve de apoyo a lo anterior la Tesis aislada II.2o.P.96 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, consultable en la página 1017, tomo XVIII, octubre de 2003, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto dicen:

“GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL EN FAVOR DE LA VÍCTIMA Y DEL PROCESADO. SU APLICACIÓN Y RESPETO DEBEN PROCURARSE SIMULTÁNEAMENTE CONFORME A LOS FINES DEL DEBIDO PROCESO Y NO CON BASE EN UN ORDEN DE PRELACIÓN. Resulta infundado el concepto de violación en el que se sostiene que la garantía en cuanto a la duración del proceso debe prevalecer ante los posibles derechos de la víctima, pues bajo el argumento de que las prerrogativas establecidas en favor del procesado son de orden preferente tratándose del proceso penal, en tanto que los derechos de la víctima deben hacerse valer, en su caso, dentro de los plazos legales, ya que no se trata de establecer un orden de preferencia, puesto que al tener el mismo rango de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, es obvio que el órgano judicial debe prever lo necesario para respetar ambas prerrogativas dentro de los cauces y límites legales a fin de lograr el desarrollo de un debido proceso en el que se cumpla con los principios de equidad y equilibrio procedimental, sin desconocer el fin procesal de búsqueda de la verdad histórica de los hechos, para lo cual el juzgador, como rector del proceso, tiene la facultad incluso de ordenar la práctica de diligencias para mejor proveer. Esto es, que los fines del proceso no giren exclusivamente en torno a la conveniencia e intereses particulares del procesado y su defensa, sino también a un fin de interés público. De modo que si el procesado renunció expresamente a la garantía prevista en la fracción VIII del apartado A del artículo 20 constitucional y derivado de ello se producen diversos medios convictivos para ambas partes y se advierte la necesidad de dar oportunidad al desahogo de otras probanzas más, es evidente que la ulterior manifestación del procesado y su defensa, en el sentido de acogerse a la mencionada garantía de duración del proceso, no puede atenderse de manera tal que se traduzca en un cierre inmediato del periodo de instrucción que impida el derecho al desahogo de pruebas por parte de la contraria, incluso de aquellas que el propio juzgador estimara indispensables para la resolución de la causa, pues el hecho de haber renunciado previamente a dicha garantía, no puede entenderse como una facultad discrecional o caprichosa de retractación en cuanto a su observancia, máxime cuando ello repercutiría en perjuicio de los derechos de la

víctima, del equilibrio y equidad procesal entre las partes y los propios fines del proceso.”

4.6 AMBIGÜEDADES DE LOS ARTICULOS 71 BIS y 71 TER DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Atendiendo a los lineamientos establecidos por el artículo 307 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y al realizar un análisis del contenido de los artículos 71 bis, 71 ter, en relación al 71 quáter del Código Penal para el Distrito Federal en vigor, relativos a la disminución de la pena, tratándose de delitos graves, así como la aplicación de dicha regla, mismos que a la letra refieren:

“(ADICIONADO, G.O. 9 DE JUNIO DE 2006)

ARTÍCULO 71 Bis (De la disminución de la pena en delitos no graves). Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito no grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria, se disminuirá la pena en una mitad, según el delito que se trate.”.

“(REFORMADO, G.O. 16 DE AGOSTO DE 2007)

ARTÍCULO 71 Ter (De la disminución de la pena en delitos graves) Cuando el sujeto activo confiese su participación en la comisión de delito grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria se disminuirá la pena una tercera parte, según el delito que se trate, excepto cuando estén relacionados con delincuencia organizada, en cuyo caso se aplicará la Ley de la materia. Este beneficio no es aplicable para los delitos de Homicidio, previsto en el artículo 123 en relación al 18, párrafo segundo; Secuestro, contenido en los artículos 163, 163 Bis, 164, 165, 166 y 166 Bis, con excepción de lo previsto en el último párrafo del artículo 164; Desaparición Forzada de Personas, previsto en el artículo 168; Violación, previsto en los artículos 174 y 175; Corrupción de personas menores de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tengan capacidad de resistir la conducta, previsto en los artículos 183, 184 y 185; Turismo Sexual, previsto en el artículo 186; Pornografía, previsto en los artículos 187 y 188; Trata de Personas, previsto en el artículo 188 Bis; Lenocinio, previstos en los artículos 189 y 189 bis; Robo, previsto en el artículo 220, en relación al artículo 225; Tortura, previsto en los artículos 294 y 295; todos de este Código.”.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Código Penal para el Distrito Federal, Editorial ISEF, México, 2008

“(ADICIONADO, G.O. 9 DE JUNIO DE 2006)

ARTÍCULO 71 Quáter (Reglas generales para la aplicación de las penas disminuidas por reconocimiento de participación en la comisión del delito). El otorgamiento de la pena disminuida sólo será aplicable tratándose de primodelincuentes por delitos dolosos consumados y se requerirá que el reconocimiento que haga el sujeto activo de su participación en la comisión del delito se encuentre robustecido con otros elementos de prueba, para cuyo efecto se observarán las reglas previstas en los tres últimos párrafos del artículo 71 de éste Código.”

Y en atención a que su contenido, resulta relevante en concepto de la sustentante, toda vez que establecen las reglas generales para la aplicación de las penas disminuidas por reconocimiento de participación en un delito, siendo que éstas serán aplicables al juicio sumario por reconocimiento de participación, por lo que dichos artículos del Código Penal para el Distrito Federal, guardan una estrecha relación con lo establecido por el numeral 307 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en vigor, que a la letra señala:

“(ADICIONADO, G.O. 9 DE JUNIO DE 2006)

ARTICULO 307 Bis.- (Juicio sumario por reconocimiento de participación). En los casos de confesión de participación en la comisión del delito ante el Ministerio Público y ratificación ante el Juez en la declaración preparatoria, previstos en los artículos 71 Bis y 71 Ter del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se dictará auto de formal prisión, se seguirá procedimiento sumario y en caso de que el inculpado y su defensor renuncien a los plazos probatorios, se procederá conforme al artículo 315 de este Código.”.¹⁷¹

Por lo que, a consideración de la sustentante, el contenido de los artículos 71 bis y 71 ter, ambos del Código Penal para el Distrito Federal, resulta ambiguo, al establecer el primero de ellos que:

“...Cuando el **sujeto activo** confiese su participación en la comisión de delito no grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria, se disminuirá la pena en una mitad, según el delito que se trate...”

¹⁷¹ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial ISEF, México, 2008

Asimismo, el artículo 71 ter del ordenamiento legal en cita resulta ambiguo, a consideración de la sustentante al establecer que:

“...Cuando el **sujeto activo** confiese su participación en la comisión de delito grave ante el Ministerio Público y la ratifique ante el Juez en la declaración preparatoria se disminuirá la pena una tercera parte, según el delito que se trate...”

Lo anterior, en virtud de que el artículo 307 bis establece la figura del “juicio sumario por reconocimiento de participación”, el cual, se regirá bajo las reglas establecidas por los artículos 71 bis y 71 ter del Código Penal para el Distrito Federal, por lo que dichos artículos no establecen cuál será el grado o nivel de participación, o bien de autoría, al que se apliquen los mismos. Toda vez que como quedó establecido en el punto 4.1 de la presente investigación, nuestra legislación, en el Código Penal para el Distrito Federal, en su Capítulo III, de la Autoría y participación, contempla los siguientes supuestos, en el artículo 22, que a la letra dice:

ARTÍCULO 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes:

- I. Lo realicen por sí;
- II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores;
- III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;
- IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo;
- V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y
- VI. Con posterioridad a su ejecución auxilien, al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho antijurídico del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V, respectivamente, sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código.¹⁷²

Cabe hacer mención que existen diversos grados de autoría, los cuales son: autoría directa o material, autoría mediata, coautoría, o bien autoría indeterminada. Asimismo debemos establecer que existen diversos grados de participación, las cuales son: La instigación o inducción, la complicidad y el encubrimiento. Por lo que podría decirse que tal beneficio se aplicará únicamente al sujeto activo, el cual es solamente la persona que realiza el comportamiento típico, dejando fuera de tal hipótesis a las demás figuras de la autoría y participación.

Asimismo debemos destacar que para cada una de las figuras de autoría y participación, existen diversos grados de culpabilidad, por lo que en términos de los artículos 24 y 72 del Código Penal para el Distrito Federal los autores o partícipes responderán, cada uno, en la medida de su propia culpabilidad y según la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito.

Por lo que esta suscrita concluye que los citados numerales 71 bis, 71 ter y 71 quáter, todos del Código Penal para el Distrito Federal, debe reformarse a efecto de aclarar si se aplicará dicho beneficio a todas las clases de autoría y participación.

¹⁷² Código Penal para el Distrito Federal, Editorial ISEF, México, 2008

CONCLUSIONES

Una vez expuesta la problemática e inconstitucionalidad que a consideración de la sustentante representa la adición del artículo 307 bis al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es oportuno resaltar algunos puntos que a nuestra consideración resultan ser las ideas principales del mismo y cuya exposición dejará en claro las conclusiones a las que finalmente llegamos.

Para efectos didácticos, dividiré las conclusiones a las que la suscrita ha arribado en once puntos, siendo éstas las siguientes:

1. El Juzgador en sentencia definitiva debe tomar en consideración la pericia sobre la personalidad del reo, ya que cobra particular relevancia dentro del propósito de un racional ejercicio del fallo judicial.
2. Resulta indispensable que a nivel Constitucional, se realice una reforma en la que se modifique la garantía relativa a la defensa por sí, de tal manera que la persona sujeta a averiguación previa o a proceso, en caso de optar por la defensa por sí, pueda hacerlo con la limitante de que se le nombre a un defensor de oficio, a efecto de tener una defensa adecuada.
3. Resulta necesario que a nivel Constitucional se elimine la figura de la persona de confianza, ya que la persona de confianza es un asistente moral, un acompañante calificado, pero no un asistente jurídico, por lo que es innecesario que nuestra Carta Magna continúe contemplando dicha figura, toda vez que hoy por hoy se cuenta con un gran número de

profesionistas en derecho, quienes se encuentran capacitados para ejercer un adecuado derecho de defensa.

4. En caso de que la Constitución continúe contemplando a la persona de confianza, se deberá adicionar que en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en Derecho o autorización de pasante, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculcado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.
5. La Constitución debe garantizar el derecho a una defensa adecuada, mediante una defensa técnica jurídica, que debe desarrollar el defensor, -licenciado en derecho-, quien deberá velar por los derechos y garantías individuales de quien se encuentra sujeto a averiguación previa o a proceso penal, durante el desarrollo de éstas.
6. La adición del artículo 307 bis al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mediante el cual se introduce la modalidad del "juicio sumario por reconocimiento de participación", no cumple con el objetivo y el fin del juicio sumario, tal y como quedó establecido en la exposición de motivos de los legisladores, que en su momento propiciaron la introducción del juicio sumario en nuestra legislación mexicana, toda vez que la esencia del juicio sumario es la de establecer un juicio con plazos más breves, que beneficie en la mayor medida posible al procesado, siempre sin menoscabo de las debidas garantías procesales de audiencia y defensa. Por lo que el juicio sumario por reconocimiento de participación se adiciono en aras de una mal entendida celeridad en el juicio sumario, de cerrar la instrucción

aun cuando no se haya desahogado prueba alguna de las partes en el proceso penal, lo cual implica un cierre inmediato de la etapa de instrucción.

7. El Juicio Sumario por reconocimiento de participación no cumple con los fines del Proceso Penal, entre los que destacan la investigación de la verdad efectiva, material e histórica, debido a que éste tipo de problemas revisten grande y grave interés para la comunidad, como ocurre cuando se trata de esclarecer un delito y de sancionar a cierta persona como autor de aquél. En tal hipótesis el Estado debe buscarla verdad "histórica" y de esta manera saber lo que realmente sucedió.

8. El contenido del artículo 307 bis del ordenamiento legal en cita, vulnera la garantía Constitucional del Derecho de Defensa, ya que al establecer el legislador la posibilidad de que el inculpado y su defensor renuncien a los plazos probatorios; el juez declarará cerrada la instrucción, sin perjuicio de que se haya o no desahogado prueba alguna de las partes, por lo que dicho artículo vulnera la garantía de audiencia establecida por el artículo 14 Constitucional, la cual consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos. Por lo que, la sustentante considera que el legislador ha confundido el termino "renuncia de plazos", ya que este tipo de derecho se estableció en beneficio del procesado, quien puede renunciarlos para allegar las pruebas que estime le son favorables; más no a efecto de renunciar al derecho de ofrecer las mismas.

9. A consideración de la sustentante, el juicio sumario por reconocimiento de participación se traduce en un cierre inmediato del periodo de instrucción que impide el derecho al desahogo de pruebas por parte de la contraria, incluso de aquellas que el propio juzgador estime indispensables para la resolución de la causa, pues el hecho de haber renunciado previamente a dicha garantía, no puede entenderse como una facultad discrecional o caprichosa de retractación en cuanto a su observancia, máxime cuando ello repercute en perjuicio de los derechos de la víctima, del equilibrio y equidad procesal entre las partes y los propios fines del proceso.

10. El artículo 307 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal genera duda sobre su aplicación, toda vez que éste queda comprendido dentro de las reglas del procedimiento sumario y hace referencia expresa que en caso de confesión de participación en la comisión de delito ante el Ministerio Público y ratificada ante el Juez del conocimiento en declaración preparatoria, se dictara el auto de formal prisión se seguirá por procedimiento sumario, lo cual resulta contradictorio, puesto que también remite y así lo señala que en caso de que el inculpado y su defensor renuncien a los plazos probatorios se procederá conforme al artículo 315 del Código Procesal Penal, que regula el procedimiento ordinario, debiendo en todo caso seguir las reglas del procedimiento sumario.

11. Por último y atendiendo a las reglas generales para la aplicación de las penas disminuidas por reconocimiento de participación en un delito, establecidas en los numerales 71 bis y 71 ter, ambos del Código Penal para el Distrito Federal, resulta ambiguo, al establecer que "...cuando el **sujeto activo** confiese su participación en la comisión de delito... se le disminuirá la pena...", ya que estos artículos no establecen cuál será el grado o nivel

de participación, o bien de autoría, al que se apliquen dichos beneficios. Por lo que, podría decirse que tal beneficio se aplicará únicamente al sujeto activo, el cual es solamente la persona que realiza el comportamiento típico, dejando fuera de tal hipótesis a las demás figuras de la autoría y participación.

PROPUESTA

Una vez que se han planteado las conclusiones a las cuales he llegado a lo largo de la investigación, resulta necesario establecer la propuesta que la sustentante formula, a efecto de contar con un adecuado derecho de defensa en el juicio sumario por reconocimiento de participación, sin que éste vulnere las garantías Constitucionales y el debido proceso, establecidas en nuestra Carta Magna. Tomando en consideración los fines del proceso penal, así como los del procedimiento sumario, las cuales son la de establecer un juicio con plazos más breves, que beneficie en la mayor medida posible al procesado, siempre sin menoscabo de las debidas garantías procesales de audiencia y defensa. Aunado a lo anterior el inculpado y su defensor podrán renunciar a los plazos, siempre y cuando lo consideren necesario para ejercer un adecuado derecho de defensa; por lo que, a consideración de la suscrita la propuesta es la reforma del artículo 307 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

ARTICULO 307 Bis.- (Juicio sumario por reconocimiento de participación). En los casos de confesión de participación en la comisión del delito ante el Ministerio Público y ratificación ante el Juez en la declaración preparatoria, previstos en los artículos 71 Bis y 71 Ter del Código Penal para el Distrito Federal, se dictará auto de formal prisión y se seguirá procedimiento sumario. Para los efectos de esta disposición se estará a lo prescrito en el artículo 307 de este código.

El inculpado o su defensor **podrán renunciar a los plazos** señalados anteriormente, cuando lo consideren necesario **para ejercer el derecho de defensa.**

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. El Delito y la Responsabilidad Penal. Teoría, Jurisprudencia y Práctica. Segunda Edición. Editorial Porrúa, México 2006.
- 2.- ARTEAGA NAVA, Elisur. Derecho Constitucional. Editorial Oxford, México, 2003.
- 3.- BECCARIA, CESARE. De los delitos y de las penas. Editorial Aguilar, Madrid, 1969
- 4.- BECERRA BAUTISTA, José. Los Principios Fundamentales del Proceso Penal. Editorial Jus. México, 1947.
- 5.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Décimo sexta edición. Editorial Porrúa, México, 2003.
- 6.- _____, Las garantías individuales. 4ª edición, Editorial Porrúa, México
- 7.- CALZADA PADRÓN, Feliciano. Derecho Constitucional, Segunda edición, Editorial Porrúa, México 2005.
- 8.- CAMARGO, Pedro Pablo. El Debido Proceso Penal. Tercera edición, Editorial Leyer, Bogota, Colombia, 2004.
- 9.- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl. El Derecho de Defensa en Materia Penal. Editorial Porrúa, México, 2004.
- 10.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Décimo novena edición. Editorial Porrúa, México, 1997.
- 11.- CASTRO, Juventino V. Garantías y Amparo, Novena edición, Editorial Porrúa, México 1996.
- 12.- COBO DEL ROSAL Manuel y otro. Derecho Penal Parte General. 5ª edición, Editorial Trinat Lo Biach. Valencia, 1999.
- 13.- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décimo octava edición. Editorial Porrúa, México, 2002.
- 14.- DELGADO MOYA, Rubén. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada. Quinta edición. Editorial Sista, México 1997.

- 15.- ELIÉCER GAITÁN, Jorge. Defensas Penales. Cuarta Edición, Editorial Temis, Colombia, 1997.
- 16.- FERNÁNDEZ, Fernando M. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Mc Graw Hill Intera, México, Venezuela, 1999.
- 17.- FERRAJOLI, Luigi, "El juicio cómo y cuándo juzgar", Derecho y Razón, tr.. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, S.A., Quinta Edición, Madrid 2001
- 18.- FLORIAN, EUGENE. Elementos del Derecho Procesal Penal. Volumen I. Editorial Jurídica universitaria. México, 2002.
- 19.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal, Quinta edición, Editorial Porrúa, México 1980.
- 20.- _____, El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Cuarta edición, México, 2003.
- 21.- _____, y otros. Temas actuales de Justicia Penal. Sextas Jornadas sobre justicia Penal. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2006.
- 22.- GUILLÉN LÓPEZ, Raúl. Las Garantías Individuales en la Etapa de la Averiguación Previa. Editorial Porrúa, México, 2003.
- 23.- HERRERA Y LASSO Y GUTIÉRREZ, Eduardo. Garantías Constitucionales en Materia Penal. Editorial INACIPE, México, 1979.
- 24.- JAKOBS, Günther. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Segunda edición. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997.
- 25.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Introducción al Derecho Penal. Iure Editores, México, 2003.
- 26.- LARA ESPINOZA, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
- 27.- LARA PONTE, Rodolfo. Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano. Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 28.- LAVEAGA, Gerardo. 65 PROPUESTAS PARA MODERNIZAR EL SISTEMA PENAL EN MÉXICO. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2006
- 29.- LEVENE, Ricardo. El Debido Proceso Penal y otros temas. Editorial LIL, Costa Rica, 1981.

- 30.- LÓPEZ BETANCOURT, Raúl Eduardo. Derecho Procesal Penal. Editorial Iure Editorias, México 2002.
- 31.- _____, Introducción al Derecho Penal. Décimo Tercera edición, Editorial Porrúa. México, 2007.
- 32.- MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Tercera edición, Editorial Porrúa. México, 2000.
- 33.- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su aplicación en el Proceso Penal. Novena Edición. Editorial Porrúa, México, 2000.
- 34.- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal, Parte General. Cuarta edición. Editorial Trillas. México 1997.
- 35.- MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. El Proceso Penal y su Exigencia intrínseca. Segunda edición. Editorial Porrúa, México, 2000.
- 36.- MORENO CATENA Víctor y otros. El Proceso Penal, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios. Volumen I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- 37.- NORIEGA CANTÚ, Alfonso. La naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1967.
- 38.- _____, Los Derechos Sociales creación de la revolución de 1910 y la constitución de 1917. Editorial Universidad Autónoma de México. México, 1988.
- 39.- Ornoz, Carlos M. Las pruebas en Materia Penal. Tercera edición, Editorial Pac. México, 1996.
- 40.- PÉREZ DAZA, Alfonso. Derecho Penal. Introducción. México, 2002.
- 41.- QUIROZ ACOSTA, Enrique. Lecciones de Derecho Constitucional. Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- 42.- ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Séptima edición. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, España, 2000.
- 43.- _____, Derecho Procesal Penal. 25ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- 44.- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Derecho Constitucional. Octava edición, Editorial Porrúa, México 2003.

45.- SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Segunda edición, Editorial Harla, México, 1990.

46.- TENA RAMÍREZ, Felipe. Leyes Fundamentales de México 1808 -1997. Vigésima edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

47.- VAZQUEZ ROSSI, Jorge E. La Defensa Penal, tercera edición, Rubinial – Culzoni editores.

48.- ZAFARONI, Eugenio Raúl, “Proceso penal y derechos humanos”, El proceso penal, Sistema Penal y Derechos Humanos, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, España. ZAFARONI, Eugenio Raúl, Coordinador, Secretaría de Gobernación, ILANUD, Comisión Europea, , Porrúa., Segunda Edición, México, 2000.

49.- ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, 145ª edición. Revisada y actualizada por Miguel Carbonell, México, 2008.

2.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada, Tomo I, Décimo octava Edición, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, Coordinador Miguel Carbonell, Editorial Porrúa, México, 2004.

3.- Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial ISEF, México, 2008.

4.- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial ISEF, México, 2008.

5.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial ISEF, México, 2008.

DICCIONARIOS.

- 1.- Diccionario Enciclopedia Granda, Tomo I, Argentina, Buenos Aires, 1975.
- 2.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, 1954.

INTERNET.

- 1.-Declaración Universal de los Derechos Humanos.
<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.
- 2.- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.
http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm.
- 3.- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
http://www.comisionrtc.gob.mx/legislacion/conv_der_hum.html.