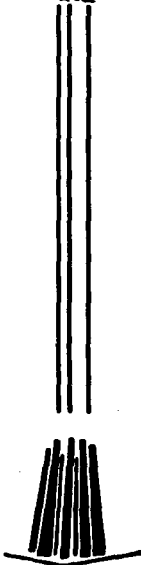


55
21



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ARAGÓN"**

**"LA NECESIDAD DE DEROGAR EL
ARTÍCULO 294 DEL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES
VIGENTE PARA EL DISTRITO
FEDERAL."**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JUAN MARIO CARDOSO CASTILLO

ASESOR: DR. ELIAS POLANCO BRAGA

MÉXICO

1997.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

**UNIVERSI TERRARUM ORBIS ARQUITECTONIS
AD GLORIAM IN GENTIS.**

A MI MADRE:

Que con su amor y apoyo supo inculcarme la pasión por el estudio y el trabajo.

AL DOCTOR ELIAS POLANCO BRAGA:

Ejemplo de capacidad intelectual y humana, que sin su valiosa ayuda no hubiese podido alcanzar tan anhelada meta.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO .

Forjadora del presente y futuro de México.

INDICE

LA NECESIDAD DE DEROGAR EL ARTICULO 294 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO A LA DEFENSA.

1.1.- En Roma.....	1
1.2.- En España.....	12
1.3.- En México.....	16
1.3.1.- Epoca Precolonial.....	16
1.3.2.- Epoca Colonial.....	19
1.3.3.- México Independiente.....	26

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES.

2.1.- Concepto y origen de la defensa.....	33
2.2.- Concepto del defensor.....	37
2.3.- Concepto de derogar y abrogar.....	38
2.4.- Concepto de declaración.....	41
2.5.- Concepto de indiciado.....	44

CAPITULO TERCERO

EL DERECHO A LA DEFENSA COMO GARANTIA INDIVIDUAL.

3.1.- Desarrollo histórico de las garantías individuales.....	47
3.2.- Clasificación de las garantías individuales.....	56
3.3.- Garantías de seguridad jurídica.....	58
3.4.- Análisis del artículo 20 Constitucional.....	81

CAPITULO CUARTO

LA NECESIDAD DE DEROGAR EL ARTICULO 294 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1.- Naturaleza jurídica del defensor.....	92
4.2.- Momento en que se debe nombrar defensor.....	95
4.3.- Requisitos que debe reunir el defensor.....	101
4.4.- Deberes y derechos del defensor.....	103
4.5.- Comentarios al artículo 128 del código adjetivo penal federal.....	107
4.6.- Fundamento legal para derogar el artículo 294 del código de procedimientos penales para el Distrito Federal.....	115
4.7.- Análisis del artículo 294 del código adjetivo penal para el Distrito Federal....	118

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El presente trabajo de tesis, tiene por objeto escudriñar en los anales de la historia, los antecedentes del derecho a la defensa para así comprender de donde provienen las causas, los motivos y finalidades que han tenido una influencia directa en nuestro actual ordenamiento positivo penal, así tenemos que en Roma era el primer periodo de su historia no se tiene conocimiento de los representantes de aquel que violentaba la norma social, y el cual era sujeto a un procedimiento de carácter penal, siendo en la segunda etapa, es decir en el formulario, cuando aparecen figuras propiamente dichas de representación penal.

Así mismo en el presente trabajo, se analizarán los conceptos jurídicos fundamentales, pero no de la ciencia procesal penal en general, sino de conceptos que sirven de cimiento al presente trabajo de Tesis, tales como los conceptos de defensa, defensor, derogar y abrogar, declaración e indiciado, que de alguna forma tienen relevancia para lograr comprender lo que se tratará más adelante.

Se tocará el tema de la defensa como garantía individual, para establecer cuál es el origen de nuestra garantía constitucional de la defensa, cuales son sus bases y que argumentos poseía el legislador, para plasmar en la Ley secundaria tan importante derecho, analizándose el artículo 20 de nuestra Constitución Federal y plasmando la contrariedad existente con el artículo 294 del código de procedimientos penales vigente para el Distrito Federal.

Es evidente señalar que en el presente trabajo de tesis, se tratará de analizar en forma esquemática los principales conceptos que rigen a la defensa desde los tiempos más remotos de que se tenga noticia, hasta la época actual en donde comprobaremos que algunos artículos como el 294 de la ya citada ley procesal, carecen de actualidad en nuestro moderno sistema de administración de justicia y si en cambio sirven para subsanar vicios, carencias y deficiencias de las personas encargadas de administrar justicia, que al no encontrar los fundamentos legales adecuados ya sea para emitir o negar una resolución, haciéndose uso y abuso de preceptos legales ya caducos yendo en contra del propio espíritu interpretativo de nuestra carta magna y de las demás leyes que de ella emanan, además del derecho natural.

Tocamos algunos temas de manera escueta por que consideramos oportuno gastar el espacio del presente trabajo en aspectos más procesales que puramente teóricos, a efecto de que se pudiera analizar la institución de la defensa desde un punto de vista más práctico y más ilustrativo para la mejor comprensión del lector.

Analizamos más que la letra de la ley su esencia, es decir en lo que quiso decir el legislador al haber dejado olvidado el precepto ya citado, y el cual es tema del presente trabajo de tesis, para así debidamente relacionado con otros preceptos de la misma ley procesal penal, demostrar su contrariedad e inconstitucionalidad para posteriormente solicitar su derogación en forma inmediata del actual ordenamiento jurídico.

En efecto nosotros creemos que dicho numeral debe ser derogado, ya que no tiene ninguna utilidad procesal, nosotros pensamos que el artículo en cuestión fué

producto de una etapa procesal inquisitorial en donde el procesado no contaba casi con ninguna garantía de defensas obligándolo muchas veces bajo penosas torturas a declararse culpable de un delito que no había cometido, existiendo también leyes que les negaban toda posibilidad de defensa, estando en dicha institución de ornato, afortunadamente en la actualidad contamos con un sistema procesal, que en la mayoría de los casos garantizan el derecho a la defensa de quien se ve envuelto en el drama penal.

Es por eso que sugerimos al lector ponga más atención al fondo y no a la forma del presente trabajo, ya que si así lo hace se llevará una grata sorpresa al descubrir que se ha realizado la tesis con un sinúmero de consejos por parte de los profesores de la carrera de Derecho, en donde tal vez se lea la idea por cierto ya conocida de las personas amantes de su profesión.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO A LA DEFENSA.

1.1- EN ROMA.

Durante la primera etapa de la humanidad y antes que aparecieran las primeras ciudades y los primeros gobernantes, las cuestiones que inicialmente resolvía el jefe de la gens mediante la venganza, pasaron a ser dirigidas por la clase sacerdotal ya que el hombre veía un dios en cada cosa que le asombraba.

Ante la impotencia para controlar los fenómenos que lo asediaban, el hombre recurrió a esos dioses, a través de los sacerdotes y brujos. Eran esos sacerdotes con los que más contacto tenían los primeros moradores, a ellos recurrían para solucionar los problemas del ser humano. De esta manera, primero mediadores (entre la divinidad y el hombre y luego como jueces, intérpretes de la divinidad o delegados de la misma), los sacerdotes fueron quienes inicialmente implantaron mecanismos para dar solución a la conflictiva humana.

El establecimiento de la función jurisdiccional no se dio vertiginosamente, (sino que debieron transcurrir muchísimos siglos antes de que se instaurara).

Los lazos entre tribus y hordas se estrecharon con la finalidad de protegerse de los enemigos, es posible que dos o tres aldeas hayan designado a una persona para que dirigiera la defensa de sus asentamientos como jefe militar. Este nombramiento,

originalmente fue accidental, con el transcurso del tiempo llegó a ser definitivo, debido a la constante ola de ataques.

El primer líder debió haber sido militar, al regresar a la aldea expone Floris Margadant, lo hizo "con incrementado prestigio y fueron a menudo, durante los intervalos de paz, poderosos jueces. En esta combinación de general juez podemos encontrar la figura del rey (desde aproximadamente 300 años a.C.) asistido por la nobleza y los sacerdotes." ¹

Este jefe, victorioso cuando regreso a la aldea, además de vigilar la seguridad externa del conglomerado comenzó en el interior de la aldea una carrera para "imponer la paz social interna", lo que significó cierta función destinada a procurar la resolución de los conflictos.

El fin de la venganza privada desproporcionada tuvo lugar cuando se estableció un sistema de tarifas para graduar la venganza. Así apareció la Ley del Tali6n, que supone un sistema de equivalencias.

Algunas acciones, que no eran fácilmente medibles para la reacci6n, originaron que otros substitutos, por ejemplo, la indemnizaci6n, que dio lugar a la composici6n.

Es casi seguro, que los primeros jefes carecieron de la fuerza propia, pues era el pueblo (gens, tribu, aldea) quien lo apoyaba y el que realmente tenia el poder, de

¹ Floris Margadant, *Guillermo, Panorama de la Historia Universal*, 3a. Edici6n, Ed. Juridica, M6xico, 1992, P6g. 7.

ahí que en multitud de pueblos antiquísimos las reuniones del pueblo eran las encargadas de resolver, los conflictos que se suscitaban en la propia comunidad.

Al ocuparse el jefe de las funciones que originalmente tenía el pueblo para resolver conflictos, obtuvo gran parte de la función jurisdiccional, pero ésta no apareció de inmediato y como hoy la conocemos, es posible que el jefe (que aún carecía de la fuerza suficiente frente a todo el pueblo, ni había podido consolidarla de manera definitiva) en un primer estadio mediara para solucionar la conflictiva, posteriormente conciliar, luego arbitrarla, en tanto que la función del pueblo ya tendría más a la función jurisdiccional.

Aclarando que según el maestro Colín Sánchez "no podía todavía considerarse como un verdadero procedimiento en el sentido jurídico de la expresión" ², sino sólo ideas tendientes a resolver los conflictos de una forma reglamentada, en donde inicia verdaderamente la idea de procedimiento penal es en Roma y en donde florecen instituciones que sirven de defensa para el sujeto activo del delito ya que la idea romana no era la de castigar simple y llanamente, sino de castigar al culpable que haya violado verdaderamente la norma social.

Así tenemos que:

Las referencias que poseemos se inician a partir del año 1000 a.C., cuando diversas tribus comienzan a penetrar en el territorio, hacia 900 a.C. aparecen los estrucos y alrededor de 750 a.C. se fundan algunas ciudades griegas. En el sur de

² Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 4a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1992, Pág. 18.

Italia los fenicios de Cártago se extienden hasta Sicilia, Cerdeña y Córcega, para esta fecha (aproximadamente 753 a.C.) se funda la ciudad de Roma, a la que confluye el grupo latino.

En el Derecho Romano la organización del procedimiento ha variado según la época y así sucesivamente tres sistemas estuvieron en vigor:

- a) Las acciones de la Ley (desde el origen de Roma hasta el siglo II a.C.)
- b) El procedimiento formulario u ordinario (desde el siglo II a.C. hasta antes del siglo IV a.C.)
- c) El procedimiento extraordinario (desde el siglo IV a.C. hasta Justiniano.)

Las cuestiones penales, como hoy las conocemos, no siempre fueron consideradas de orden público, de manera que gran parte de esos conflictos se tramitaron en el orden privado, esto significó que la división entre delitos "públicos" marcara el tipo de enjuiciamiento.

El orden privado resulta a nuestra fecha más conocido, el procedimiento civil era el mismo que se seguía para esos delitos "privados" (delicta privata), el tratamiento para los "delitos públicos" es un poco más desconocido, y así tenemos que el procedimiento privado "el Estado era una especie de árbitro en donde se escuchaba a las partes y basándose en lo expuesto por éstas resolvía el caso"³

³ Colín Sánchez Guillermo. Opcit. Pág. 16.

La época de los reyes (época arcaica) prácticamente coincide con el período de la que se conoce como la legis actionen. Durante esa fase, en la administración de justicia encontramos aún residuos de la época prehistórica. La influencia religiosa establecía ciertas acciones que habían de realizarse para poder satisfacer la pretensión, especialmente la de los delitos privados. Dichas "acciones" consistían en rituales, movimientos y frases sacramentales que debían pronunciarse para someter la pretensión ajena a la propia.

En los "delitos públicos", aunque inicialmente el pueblo decidía tales cuestiones, la delegación de poder a órganos especialmente creados dio surgimiento a una burocracia encargada de administrar justicia penal, los "comicios por centurias" eran las únicas organizaciones que podía imponer la pena de muerte, el destierro o las multas. Más que realizar función jurisdiccional, estos comicios que representaban al pueblo se encargaron de la represión política.

No obstante, el derecho de presentar el asunto a los comicios por centurias (derecho de acusación) no perteneció a todos los ciudadanos, sino a los magistrados, los cónsules, los pretores y los tribunos. A los ciudadanos lo único que les quedó fue el derecho a denunciar los delitos ante los últimos.

Originalmente los quaestores eran los encargados de conocer determinados asuntos penales no graves, por encargo del rey.

Los quaestores, sólo conocían del caso que se les planteaba y luego desaparecían (eran jugadores por comisión); pero después se empezó a dictar una serie de leyes

que permitieron a los quaestores profesionalizarse; es decir, tener mayor permanencia en sus puestos, esto se presentó prácticamente en la época de la República.

Las quaestores perpetuae, especie de leyes especializadas, dieron esta permanencia, pero no para todos los delitos, sino sólo para cada tipo de delito. Aparecieron entonces los quaestores de clandestinis conjunctionibus (para conjuraciones), majestatis (para la seguridad de la nación), veneficiis (de envenenamiento), homicidiis (de homicidio), peculatos (peculado), pecuniae reserptundae (exacciones ilegales).

Se tuvo de este modo, un tribunal para cada delito, donde un magistrado conocía quaestio, y otro grupo de personas (jurado) resolvía. Para entonces ya se permitió a todo ciudadano acusar, y se le exigía tan sólo el juramento de no acusar calumniosamente (juramentum calumniae).

Como todo se advierte, este tipo de enjuiciamiento, con tintes democráticos, poseía dos fases bien delineadas similares a las de un enjuiciamiento civil: una fase in iure, donde el magistrado conocía o instruía un torno a los hechos que le eran denunciados, y otra segunda fase en la cual este magistrado sometía a la consideración del jurado el asunto para el que resolviera (iudicium).

En la fase in iure, tratándose de delitos privados, se llegaba hasta la entrega de la fórmula, y cuando se trataba de delitos públicos, el caso se turnaba a los quaestadores para que resolvieran.

Para el maestro Becerra Bautista considera que la bipartición del proceso in jure et in iudicio no es una diferencia fundamental en el período de las acciones de la ley ni en el procedimiento formulario "sino que la diferencia consiste en las relaciones de las partes con el magistrado y en la forma en que estas partes pueden obrar en juicio, siendo que el primer período se debía pronunciar determinadas palabras y en el segundo mediante fórmulas escritas".⁴

El proceso privado para el Licenciado Colín Sánchez cayó en descrédito, por lo cual fue adoptado el proceso penal público, llamado así porque "el estado sólo intervenía en aquellos delitos que amenazaban el orden y la integridad política";⁵ estos delitos eran entre otros tantos la traición, falsificación de moneda, el robo a la nación, etc.

Ya desde la época de los reyes, el magistrado en casos excepcionales podía resolver (*extraordinem*) haciendo uso también de su extraordinario imperio, facultad que vino a suscitar la ordinaria fórmula y de la *questio perpetua*, que exigían dos fases en el enjuiciamiento (*in ure e in iudicio*), para que el mismo sujeto (el magistrado) jugara también, decidiendo sobre las pretensiones propuestas.

El proceso penal público revestía dos formas fundamentales: la *cognitio* y la *accusatio*; la primera la realizaban los órganos del Estado, y la segunda, en ocasiones, estaba a cargo de algún ciudadano.

⁴ Becerra Bautista José, *El Proceso Civil en México*, 14. Edición. Ed. Porrúa, México, 1992, Pág. 240.

⁵ Colín Sánchez Guillermo, *Op.cit.* Pág. 18.

En la *cognitio*, considerada como la forma más antigua, el Estado ordenaba las investigaciones pertinentes para llegar al conocimiento de la verdad, sin tomar en consideración al procesado, pues solamente se le daba injerencia después de pronunciado el fallo, para solicitar del pueblo se anulara la sentencia.

Si la petición era aceptada, había que someterse a un procedimiento (*inquisitio*), en el, cual se desahogaban algunas diligencias para dictar una nueva decisión.

La *accusatio* surgió en el último siglo de la República y evolucionó en las formas anteriores; durante su vigencia, la averiguación y el ejercicio de la acción se encomendó a un *accusator* representante de la sociedad, cuyas funciones no eran, propiamente oficiales; la declaración del derecho era competencia de los comicios, de las cuestiones y de un magistrado.

Con el transcurso del tiempo, las facultades conferidas al acusador, fueron inválidas por las autoridades mencionadas sin previa acusación formal investigaban, instruían la causa y dictaban sentencia.

Al principio de la época imperial, el Senado y los emperadores administraban la justicia, además de los tribunales penales, correspondía a los cónsules la información preliminar, la dirección de los debates judiciales y la ejecución del fallo.

Durante el primer período las partes debían obrar directamente sólo en casos excepcionales se admitían representantes, según decía Gayo.

En el periodo formulario, aparecen dos especies de representantes en juicio: los cognitores y los procuradores.

La diferencia entre estas dos figuras consistía en que el cognitor se constituía por palabras prescritas y estando presente el adversario; el procurador, en cambio, se constituía de cualquier otra manera; es más sin mandato y estando ausente el adversario.

Aún cuando los dos podían ser dueños del litigio (*domini litis*), los efectos de la absolución o de la condena afectaban en forma distinta al representado, tratándose del cognitor recaían sobre el representado, tratándose del procurador sobre el propio representante, la razón era la siguiente, el primero había sido constituido *praescriptis verbis*, el segundo podía actuar sin mandato, es decir, como mero gestor. En otras palabras, el cognitor era un representante directo, porque los efectos del proceso recaían en el representado; el procurador, en cambio, permanece como representante indirecto, por cuanto los efectos jurídicos de su procuración procesal se producen en cabeza propia hasta el fin, inclusive hasta la ejecución de la sentencia.

Para nosotros la representación del sujeto activo del delito, no únicamente estuvo a cargo de los cognitores y los procuradores en el procedimiento penal, sino que hubo otras instituciones de defensa como lo es el *pater familias* que en el primer periodo fue básico, para la representación de las personas que estaban bajo su cuidado (hijos, esclavos, esposas, clientes)".⁶

⁶ Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, 10a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1993, Pág 138.

En efecto para ser representantes de una persona en un juicio, estaba determinado por ciertos requisitos¹ como lo es el sexo ya que las mujeres, aunque fueren mater familias estaban sujetas a la tutela, estando absolutamente excluidas de todos los derechos, posteriormente esa tutela que siempre era de carácter perpetuo se fue alterando desde la época de la República hasta desaparecer por completo y los adelantos de la civilización de las mujeres, pero siempre quedaron muchas distinciones legales; otro de los requisitos fundamentales para ser representante lo fue la edad, ya que los impúberes que eran considerados como infantes hasta la edad de los 7 años sin distinción de sexos, siendo por lo tanto incapaces de realizar cualquier acto jurídico, careciendo de eficacia sus declaraciones, no pudiendo ser sujetos activos de delitos ni mucho menos representantes.

Desde los 7 años eran propiamente impúberes los varones hasta los 14 años y las mujeres hasta los 12 cumplidos, quien estaba próximo a la pubertad respondía de algunos actos delictivos debiendo hacer efectivas las responsabilidades de los mismos, se decían púberes o menores de edad desde los 14 o 12 respectivamente, varones y mujeres hasta los 25 años en la que principiaba la mayoría de edad para las personas, siendo por lo tanto plenamente capaces.

Uno más de los requisitos que oponían los Romanos era la religión, que en la época bizantina y proclamado el cristianismo como religión oficial se imponían ciertas limitaciones a los paganos, herejes, apóstatas y judíos, de tal forma que la capacidad civil estaba reservada para los católicos ortodoxos quienes podían ser representantes y testigos ante autoridades y procedimientos judiciales.

¹ Básicamente en el tercer período denominado extraordinario.

Así mismo un representante debía tener la condición de persona en donde la dignidad, el estado civil, y la profesión influían grandemente en este aspecto, de tal forma que un militar gozaba de muchos privilegios y por otro lado son infames de derecho los actores, los usureros, y los deudores cuyos bienes han sido vendidos públicamente; más sin embargo están tachados de una infamia de carácter secundario los hijos de los actores, los que ejercían ciertas profesiones mal reputadas y las personas de condición infima.

No existen pruebas fehacientes que acrediten que era obligatorio el contar con un representante para la defensa del sujeto activo del delito, durante la época Romana, es decir que la defensa podía ser opcional e imponiendo los requisitos arriba señalados para los que pretendían representar a alguien durante el juicio.

Así mismo no se conocía la abogacía pagada por el Estado para la defensa de sus ciudadanos, estando muchas veces subordinada al contrato de mandato entre particulares la representación ante el magistrado o juez. El mandato en Roma era un contrato por el cual una persona de encargo a otra persona, que acepta realizar gratuitamente un acto determinado o un conjunto de operaciones; siendo el que da el mandato mandante, mandador o dominus, el que se encarga de ello se llama mandatario o procurador, este contrato tenía gran utilidad práctica pues sucede con frecuencia que una persona está impedida, por enfermedad o por ausencia de realizar actos necesarios a la gestión de sus bienes o de su persona y tiene que recurrir a la buena voluntad de un tercero. El mandato debía reunir ciertos requisitos como lo son:

- 1) Debe ser gratuito.- Es decir si las partes pactaban un precio entonces el contrato tomaba la forma de un arrendamiento de servicios sin embargo estaba permitido remunerar ciertos servicios que repugnan por su naturaleza a la idea de tráfico y no pueden ser objeto de un arrendamiento como en el caso de los profesores, filósofos y abogados.
- 2) Debe tener por objeto un acto lícito, sino, es nulo.

1.2. EN ESPAÑA.

Es un poco difícil estudiar el Derecho Antiguo Español, máxime si la forma aceptada por el pueblo y sus gobernantes, para solucionar los conflictos se basaba en un derecho procesal popular, donde la oralidad imperante prácticamente desconoció a la escritura, tal como lo señala el maestro Silva Silva, "La fusión de los derechos Visigodo y Romano, dio lugar al fuero juzgo que destacó algunos derechos humanos, pero al cual la invasión árabe lo hizo caer prácticamente en desuso. Surge en la realidad un derecho procesal popular".⁹

El fuero juzgo fue el ordenamiento normativo que comprendía suposiciones relativas a múltiples materias jurídicas, tanto de Derecho Público como privado, así en el libro primero de los doce de que se componía, se contiene diversos preceptos concernientes al autor de las leyes y a la naturaleza de éstas, consagrándose el título preliminar del mencionado ordenamiento un notable principio que traduce la

⁹ Silva Silva, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, 3a. Edición, Ed. Harla, México, 1990, Pág. 53.

limitación natural que desde el punto de vista ético-político, debía tener la autoridad real en la función legislativa y de justicia así como de legitimidad del monarca.

El título I del libro VI de ese cuerpo normativo, se ocupó de la acusación: establece los requisitos y forma de hacerla; las garantías del acusado frente al acusador y al juez; de la necesidad de la prueba por parte del acusador y sobre la confesión del reo, de los casos en que procede el tormento y del juramento purgatorio del reo cuando no este aprobada la acusación ni su inocencia.

En el capítulo V se alude a la acusación popular contra el homicida y se destaca en forma importantísima la influencia concedida a los obispos sobre los jueces, así como también el asilo eclesiástico.

En el libro VII, título IV, se consagran garantías a la libertad individual, disponiendo bajo ciertas penas, que el malhechor no podía ser tenido en casa del que le abrigó, más que un día o una noche, debiendo ser entregado después al juez.

Es notable el esfuerzo de estas leyes para otorgar garantías al individuo, pero no fue suficiente para que el sujeto activo del delito, obtuviera un derecho público subjetivo de defensa en contra, así es como la vigencia de dicho fuero, se siguió aplicando en forma general el tormento, con excepción de las leyes u otro saber, los consejeros del rey y otros personajes importantes de la época.

Los delitos que afectaban a la comunidad eran por ella perseguidos y castigados, en los que sólo resentía el individuo a él tocaba pedir su castigo o castigarlos él

mismo, por la venganza privada o concertando con el ofensor el pago de una compensación pero era requisito que el sujeto activo hubiese sido declarado culpable y muerto civilmente, para que su persona y bienes quedaran a merced del ofendido, sin que el delincuente gozara en éste caso del derecho de asilo, salvo si el reo era detenido en flagrante delito y conducido a la presencia judicial por el ofendido y los testigos presenciales del hecho en que la sentencia era pronunciada sin formas, en los otros caso el juicio tenía las partes substanciales como son: emplazamiento, demanda, contestación, pruebas y sentencia, la forma era solemne y lo principal era buscar el arreglo de las partes en una indemnización, a falta de testigos, la prueba consistía en el juramento y el juicio de Dios (decisión por la suerte o duelo en combate).

Las diversas influencias romanas, musulmanas, cristianas, moras e incluso las antiguas germanas, con el transcurso del tiempo originaron una gran cantidad de leyes, que se trataron de compilar, pero sin resultado inmediato. El agotador trabajo dio finalmente por resultado, lo que fueron las Siete partidas, obra de Alfonso X "el sabio".

Para Corture, citado por el maestro Silva Silva señala: " que las partidas significaron el tránsito de un derecho popular y hondo a un derecho escrito, académico y Romano" *

Fue Fernando III el rey que tuvo la idea de formar un cuerpo de leyes generales y para ello nombró un consejo de doce sabios, que empezó a formar un libro llamado

* Silva Silva Alberto, *Op.cit.* Pág. 54.

Septenario, pero no habiéndose concluido esa obra en vida, encargó a su hijo el Rey Alfonso X, su continuación.

Las siete Partidas, iniciadas en 1256, fueron obra del propio rey, de los doce sabios del consejo, formados por Fernando III y del maestro Jacobo, de Alfonso X, Fernando Martínez, Arcecano de Zamora y del maestro Roldán, autor también del Ordenamiento de las taurerías (casas de juego).

Este Código, llamado también Septenario, libro de las posturas o libro de las Leyes, se terminó el 23 de junio de 1263 pero ni el Rey Alfonso X, ni sus doce inmediatos sucesores don Sancho y Fernando IV lo sancionaron, lo que hizo hasta el año 1348, Alfonso XI.

Para el Doctor Burgoa a las 7 partidas "constituyen una de las obras más geniales que el pensamiento humano haya producido en pleno medievo por lo que respecta al derecho positivo, habiéndose no sólo codificado en el bajo sistema normativo unitario múltiples disposiciones contenidas en cuerpos legales anteriores incluyendo a la de diversos fueros municipales, sino adoptando principios fundamentales de la filosofía política y del Derecho Romano que parecía haberse olvidado en las legislaciones procedentes".²⁰

Así pues, el antiguo Derecho Romano se hizo presente en la ley de las 7 partidas, con todo y sus instituciones clásicas jurídicas, siendo la 3a. partida la más

²⁰ Burgoa Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 28a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1956, Pág. 79.

importante para nosotros ya que reglamentó aunque en forma primitiva y escueta el derecho a la defensa en su capítulo V y VI.

Las mismas razones que motivaron la nueva Recopilación (la gran legislación complementaria), así como los problemas surgidos en las colonias, virreinos y capitanías, dieron a su vez lugar a otra Recopilación, conocida como Novísima Recopilación de las leyes de España (1805), que tanta influencia tuvo en nuestro país durante casi todo el siglo XIX, a pesar de la independencia política.

1.3.- EN MEXICO.

1.3.1.- EPOCA PRECOLONIAL.

Muy pocos datos precisos se tienen sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores; indudablemente los distintos reinos y señoríos pobladores de los que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre materia penal, pero debido a que no existía una sola nación, sino varias, tampoco había unidad política, entre los pueblos Maya, Tarasco, y Azteca debiéndonos de aplicar solamente a éste último por razones de espacio y de superioridad reglamentaria que regía a ese pueblo hasta antes de la llegada de Hernán Cortes, algunos autores como el maestro Fernando Castellanos, llama a este periodo pre-cortesiano, a nuestro entender el nombre que se le dé es por lo menos, lo que importa antes de la llegada de los Españoles.

En el reino de México, el monarca era la máxima autoridad judicial y delegaba sus funciones a un magistrado supremo dotado de competencia para conocer de las

apelaciones en materia criminal, a su vez éste nombraba a un magistrado para ejercer iguales atribuciones en las ciudades con un número de habitantes considerable, y este magistrado, designaba a los jueces encargados de los asuntos civiles y criminales, el maestro Equivel Obregón citado por Becerra Bautista establece que "después del rey seguía el cihuacoalt, gemelo mujer, especie de doble monarca, sus funciones eran, entre otras, administrar justicia y sus sentencias no admitían apelación ni ante el mismo rey. No sólo en Tenochtitlan, sino en todas las cabeceras de provincia importantes había un cihuacoalt. En cada barrio o calpulli había cierto número de ceneclapiques que hacían las veces de jueces de paz en los asuntos de mínima importancia".¹¹ Asimismo para el maestro Silva Silva, establece en su obra Derecho procesal penal, que en la época a que nos estamos abocando había "jueces de elección popular denominados Teuctli que eran competentes para conocer de asuntos menores y que duraban un año en el desempeño de sus funciones que eran los nombrados por el cihuacóalt",¹² en nuestra opinión el titular de la persecución del delito y su correspondiente sanción correspondía única y exclusivamente al soberano y éste a su vez delegaba las funciones propias de la administración de justicia en sus subditos los cuales debían rendirle cuentas cada cierto tiempo, manteniendo con esto el rey un control casi absoluto de los procesos penales.

Tomando en cuenta la clasificación de las infracciones penales en leves o graves, para conocer de las primeras se designaban jueces, cuya jurisdicción comprendía solamente la de un barrio determinado de la ciudad. Las infracciones graves se encomendaban a un tribunal colegiado, integrado por tres o cuatro jueces, los jueces,

¹¹ Becerra Bautista José, *Opcit.*, Pág. 288.

¹² Silva Silva Jorge Alberto, *Opcit.*, Pág. 88.

iniciaban las actuaciones procedentes, efectuaban la aprehensión de los delincuentes, instrúan el proceso en forma sumaria y el magistrado supremo era quien decidía en definitiva.

Los encargados de tales atribuciones estaban distribuidos en sala una para lo civil, otra para lo criminal y una tercera para asuntos militares, en cada sala había 4 jueces y cada uno tenía a sus órdenes varios escribanos y ejecutores, la apelación se interponía ante el soberano y este sentenciaba en definitiva.

En esta época no se tienen noticias de que hayan existido abogados, pero las partes en asuntos civiles y penales, hacían su demanda o su defensa por sí mismos, ésto para nosotros es comprensible si se tiene en cuenta la sencillez de la vida jurídica y el otro número de leyes, aunado a la simplicidad del mecanismo judicial.

El procedimiento penal era escrito a diferencia del civil que era oral en opinión del maestro Equivel Obregón que señala, "El Derecho Civil de los Aztecas era objeto de tradición oral, el penal era escrito, pues en los códigos que se han conservado se encuentra claramente expresados, cada uno de los delitos se representaba mediante escenas pintadas, lo mismo las penas".¹¹

La sociedad Azteca existía para beneficio de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad, de tal estado de cosas derivaron importantes consecuencias para los miembros de la tribu: quienes violaban el orden social eran colocados en un estatus de inferioridad y se aprovechaba su trabajo en

¹¹ Equivel Obregón T., *Apuntes para la historia del Derecho Mexicano*, 2a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1984, Tomo I, pág 54.

una especie de esclavitud; el pertenecer a la comunidad traía consigo seguridad y subsistencia; el ser expulsado significaba la muerte por las tribus enemigas, por las fieras, o por el propio pueblo.

El Derecho Penal azteca revela excesiva severidad, principalmente con relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del Gobierno o la persona misma del soberano; las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infracciones. Ha quedado perfectamente demostrado que los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y gravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

Las penas eran las siguientes: destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución del empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, pecuniarias y las de muerte, que se prodigaba demasiado. Esta última se aplicaba principalmente en las siguientes formas: incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de la cabeza.

1.3.2.- EPOCA COLONIAL.

Durante la colonia, el desenvolvimiento de la vida en sus diversos órdenes, requirió indispensablemente la adopción de medidas encaminadas a frenar toda conducta lesiva a la estabilidad social y a los intereses de la corona española en su nuevo dominio.

Distintos tribunales, apoyaban en factores religiosos, económicos, sociales y políticos, pretendieron encabezar la conducta de indios y españoles, para la persecución del delito en sus formas especiales de manifestación y para aplicar las sanciones pertinentes, se implantaron: el tribunal del Santo oficio, la Audiencia, el Tribunal de la Acordada, tribunales especiales para los vagos y muchos otros más.

Para el maestro Fernando Castellanos el factor en que se apoyaban para "crear los tribunales era sin duda racial, en donde se tendía a mantener las diferencias de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos, y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y de azotes, todo por procedimientos sumarios, excusado de tiempo y proceso".¹⁴

Para el maestro Silva Silva, señala que "durante esta fase histórica del derecho indiano, por su fuerte color ideológico se conoce más al tribunal del Santo Oficio. Este tribunal funcionaba accidentalmente, pero se convirtió en permanente cuando los Reyes Católicos pidieron al Papa Sixto IV que implantara uno en la península (1478)".¹⁵

Nosotros creemos que no fue solamente un factor lo que determinó la creación de los tribunales de la Nueva España, si no la suma de todos y cada uno de ellos y en base precisamente de las necesidades existentes en lo que respecta a procuración y administración de justicia, así tenemos que influyeron el factor desde luego religioso,

¹⁴ Castellanos Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 4a. Edición, , Ed. Porrúa, México 1987. Pág. 60

¹⁵ Silva Silva Jorge Alberto, *Op.cit.* Pág. 61.

económico, social, político, racial entre otros, para la creación de tribunales que muchas veces debido a lo sumarísimo de sus procedimientos, se cometían muchas injusticias.

En realidad, hasta el 25 de enero de 1569, se funda el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición para las Indias Occidentales; y el 16 de agosto de 1570, el Virrey don Martín Enríquez recibe orden de establecerlo en todo el territorio de la Nueva España, designando Inquisidores Generales a don Pedro de Moya y Contreras y a don Juan de Cervantes.

El tribunal estaba integrado por las siguientes autoridades: inquisidores, secretarios, consultores, calificadores, comisarios, promotor fiscal, abogado defensor, receptor y tesorero, familiares, notarios, escribanos, alguaciles, alcaldes e intérpretes.

Para ejercer el cargo de inquisidor o juez, se designaban: frailes, clérigos y civiles.

A los secretarios estaba encomendada la parte administrativa, el levantamiento de actas, la correspondencia y el archivo.

Los Consultores decidían la suerte principal del acusado a través de la "consulta de fe", que se lea hacía cuando había sido oído el acusado, misma que según su criterio estaba sujeta a la aprobación o rectificación.

El Promotor fiscal denunciaba y perseguía a los herejes y enemigos de la iglesia, llevaba la voz acusatoria en los juicios, y para algunas funciones del tribunal era el conducto entre éste y el Virrey, a quien entrevistaba comunicándole las resoluciones y la fecha de la celebración del auto de fe.

Asistía también a los "autos de fe", integrando la formación que para esos acontecimientos efectuaba todo el tribunal en el acto de ejecución.

El Abogado Defensor era el encargado de los actos de defensa; el receptor y el tesorero del aspecto económico, gastos y cunetas, así como también de la custodia de los bienes confiscados.

Los Notarios refrendaban las actas de los juicios; los Escribanos llevaban los apuntes relacionados con las denuncias; los Alguaciles ejecutaban las aprehensiones, y los Alcaldes tenían bajo su responsabilidad el cuidado de las cárceles y por consiguiente, de los reos.

El 22 de febrero de 1813, las Cortes de Cádiz suprimieron el Tribunal de la Inquisición en México; se dio a conocer esa determinación el 8 de junio del mismo año, pero el 21 de enero de 1814, Fernando VII lo estableció nuevamente y no fue sino hasta el 10 de junio de 1820 cuando se suprimió definitivamente.

Otro tribunal de la época fue la audiencia que tenía funciones específicas y atribuciones generales para solucionar los problemas policíacos y los asuntos relacionados con la administración de justicia. En la Nueva España se instalaron dos,

uno en la ciudad de México y otro en Guadalajara se regían en todo por las leyes de Castilla.

Los funcionarios que integraban la audiencia lo eran los oidores, los alcaldes del crimen y el alguacil mayor, los primeros investigaban las denuncias o los hechos hasta llegar a formarse la convicción necesaria para dictar sentencia, pero tratándose del Virrey o presidente, tenían prohibido avocarse a las mismas, suplían las faltas de los alcaldes del crimen y firmaban las órdenes de aprehensión, las cuales para tenerse como válidas necesitaban, por lo menos, ostentar dos firmas de los oidores.

Los segundos conocían de las causas criminales en primera instancia, cuando los hechos se ejecutaban en un perímetro comprendido en cinco leguas del lugar de su adscripción, con frecuencia intervenía directamente en las investigaciones de un hecho ocurrido en lugares en donde no había oidores, actuaban como Tribunal Unitario para causas leves, cuando se trata de sentencias de muerte, mutilación de miembro o pena corporal, se constituían en cuerpo colegiado, siendo necesario tres votos favorables o de acuerdo, para que una sentencia fuera aprobada y aunque era facultad de la Audiencia sentenciar las apelaciones interpuestas en contra de las resoluciones de los Alcaldes del Crimen, éstos resolvían el recurso; en consecuencia, se desvirtuaba la naturaleza del mismo, porque todas las funciones se concentraban en una sola persona. De hecho, la investigación y castigo de los delitos radicaba en estos funcionarios, quienes no respetaban las atribuciones de los demás integrantes de la Audiencia, realizaban toda clase de aprehensiones, excepto si se trataba del corregidor de la ciudad, a menos que lo autorizara el Virrey de la Nueva España.

El tercero de los mencionados, es decir el alguacil mayor tenía bajo su responsabilidad la función policiaca. Todos estos funcionarios tenían a un presidente el cual era competente para conocer de los asuntos tanto penales como civiles.

La audiencia sobresalió como una era sin garantías, plagada de persecuciones por venganzas en todos los órdenes, falta de respeto a la propiedad y a las personas, anarquía en materia de justicia, explotación y mal trato a todos los indios por parte de los conquistadores, saqueo irrefrenable, carencia de autoridades capaces de poner coto a esos abusos, inclusive división dentro de los grupos de españoles.

Por otra parte, el único medio de protección para los indios estaba representado por los misioneros, quienes fueron capaces de enfrentarse a la fuerza bruta de los poderosos en favor del pueblo subyugado.

Otro tribunal de la colonia que vale la pena mencionar es el de la acordada la cual se integró con un juez o capitán denominado juez de caminos, por comisarios y escribanos.

Fundamentalmente perseguía a los salteadores de caminos, y cuando tenía noticia sobre asalto o desórdenes en alguna comarca llegaban haciendo sonar un clarín, se abocaba al conocimiento de los hechos delictuosos, instruía un juicio sumarísimo, dictaba sentencia y procedía inmediatamente a ejecutarla.

Si era decretada la pena de muerte, ahorcaban al sentenciado en el mismo lugar en donde habían ejecutado el delito y dejaban expuesto el cadáver para escarmiento a

los cómplices que no habían sido capturados o para aquellos individuos dedicados a cometer hechos de esa índole.

La rapidez de los juicios y la ejecución inmediata de la sanción, eran medidas fundamentales para provocar buena conducta o un sentimiento de recato en los habitantes del campo y prevenir así los delitos.

Este tribunal era ambulante, no tenía sede fija, una vez juzgada y sentenciada una causa, sus integrantes abandonaban el lugar para constituirse en otro e iniciar una verdadera persecución en contra de los malhechores.

Sabido es que las posesiones de España en América e islas adyacentes, Filipinas y otras en los mares de oriente se rigieron por leyes especiales y que estas leyes se reunieron en un solo cuerpo, formando la recopilación de leyes de los reinos de las Indias, sancionada por cédula de 18 de mayo de 1680, siendo rey Carlos II.

La recopilación de Indias se compone de nueve libros, divididos en títulos que se forman de leyes numeradas. El libro V que tiene quince títulos, trata también de las autoridades judiciales y de los procedimientos del orden judicial.

En el libro primero, de la santa fe católica en el segundo de las leyes, provisiones, cédulas y ordenanzas reales, en el tercero, del dominio y jurisdicción real de las Indias, en el cuarto de los descubrimientos, en el quinto de los términos, divisiones y agregación de las gobernaciones, también de los alcaldes mayores y ordinarios, de los alguaciles, de los escribanos, de las competencias, de los pleitos y sentencias de las

recusaciones, de las apelaciones, suplicaciones y ejecuciones, en el sexo de los indios, en el séptimo de los pequizadores y jueces de comisión, en el octavo de las contadurías y sus ministros, en el noveno de la real audiencia y casa de contratación que reside en Sevilla

Estamos de acuerdo en que las leyes expedidas por la corona española, tenían un carácter benefactor para el indígena, pero desafortunadamente su aplicación estaba viciada de excesos y arbitrariedades, llegando incluso a ser propietarios de vidas y propiedades de los nativos. El maestro Fernando Castellanos nos da un claro ejemplo de esa benevolencia hacia el indígena que en algunas grandes poblaciones efectivamente se daba, "para los indios las leyes fueron más benévolas, señalándose como penas los trabajos personales, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la Colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 15 años podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga".¹⁶

1.3.3.- EPOCA INDEPENDIENTE.

La grave crisis producida en todos los órdenes por la guerra de independencia, motivó el pronunciamiento de disposiciones tendientes a remediar, en lo posible, la nueva y difícil situación. Se procuró organizar a la policía y reglamentar la

¹⁶ Castellanos Fernando, *Opcit*, Pág. 62.

aportación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como cambiar la vagancia, la mendicidad, el robo y el saqueo.

A decir del maestro Silva Silva, "Las leyes de los primeros años independientes se caracterizaron por su provisionalidad, es decir, leyes que regirán mientras se expedían las definitivas. En gran parte, la legislación habida en estos primeros tiempos se adoptó de las extranjeras (ni siquiera se adoptó), especialmente de las leyes de Partida y de la Novísima Recopilación".¹⁷

No nosotros creemos que precisamente en estos primeros tiempos del México independiente, si se llegaron a aplicar en toda la extensión de la palabra las leyes vigentes que durante la dominación española regían, ya que como señala el maestro Ricardo Abarca, citado por el Licenciado Fernando Castellanos existía una legislación "fragmentaria y dispersa, motivada por lo tipos de delincuentes que llegaban a construir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden jurídico total; hay atisbos de humanitarismo en algunas penas, pero se prodiga la de muerte con arma de lucha contra los enemigos políticos; las diversas Constituciones que se suceden ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la legislación penal y no se puede afirmar que las escasas instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado".¹⁸

En efecto las instituciones humanitarias en el procedimiento penal no hay datos suficientes para pensar que se hayan realizado en su totalidad en la etapa independiente, pero nadie puede establecer que las leyes provisionales como las

¹⁷ Silva Silva Jorge Alberto, *Op.cit.* Pág. 89.

¹⁸ Castellanos Fernando, *Op.cit.* Pág. 80.

denomina el maestro Silva Silva no hayan servido como base y como sustento de las actuales garantías para la persona que se tenga la sospecha que haya cometido algún ilícito, es decir que las leyes legisladas en este período sirven de modelo a la actual legislación penal tanto sustantiva como adjetiva.

Con el decreto español de 1812, que creó los jueces letrados de partido con jurisdicción mixta tanto civil como criminal, circunscrita a la jurisdicción correspondiente, la libertad personal fue objeto de las siguientes garantías:

- a) Ningún Español puede ser preso, sin que proceda información sumaria del hecho y que tenga establecida pena corporal.
- b) Ningún Español puede ser detenido sino por orden de un juez por escrito a excepción si se trata de delito infraganti, en donde cualquier persona puede arrestar al delincuente y conducirlo ante la presencia del juez.
- c) Dentro de las 24 horas siguientes a su detención, se le hará saber la causa de su prisión y el nombre de quien lo acusa.
- d) Al tomar la declaración del reo, se leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de los testigos, con los nombres de éstos.
- e) El proceso de ahí en adelante será público.
- f) No se usará el tormento.

g) Tampoco se impondrá como pena la confiscación de bienes.

h) Ninguna pena trascenderá a la familia del delincuente.

En las Bases Orgánicas de las República Mexicana del 12 de junio de 1843, subsisten los fueros eclesiásticos y militar; para las aprehensiones se exige mandato judicial, salvo el caso de flagrante delito, pero poniendo de inmediato al sujeto a disposición del órgano jurisdiccional; se restringe a 30 días la detención de las personas por la autoridad política y para los jueces el término de cinco días para declararlo bien preso.

El congreso queda facultado para establecer juzgados especiales, fijos o ambulantes con competencia para perseguir y castigar a los ladrones en cuadrilla.

En los departamentos, los tribunales superiores de justicia y los jueces superiores, son los encargados de administrar justicia; se prohíbe el juramento en materia criminal sobre hecho propio; los jueces quedan obligados para que dentro del término de los tres primeros días en que esté el reo detenido a su disposición, le tomen su declaración preparatoria, manifestándole antes el nombre de su acusador, si lo hubiere, la causa de su prisión y los datos que haya contra él.

En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales...

Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar... Nadie puede ser juzgado ni sentenciado: sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley, nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

La prisión solamente procede por los delitos que se sancionan con pena corporal y ésta nunca podrá prolongarse por falta de pago de honorarios o de cualquier otra administración de dinero, tampoco excederá del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión, motivado legalmente y con los requisitos establecidos por la ley, responsabilizándose a las autoridades que ordenen o consientan toda detención que no reúna éstas formalidades incluyendo obviamente a los alcaides y carcelarios.

En forma sistemática se ordena para que los juicios criminales las garantías siguientes: que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere; que se tome su declaración preparatoria dentro de 48 horas, contadas desde que esté a disposición del juez; que se le caree con los testigos que depongan en su contra; que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar su descargo; 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 defensores de oficio, para que elija el que o los que le convengan.

Como se puede observar, la anarquía en cuanto al procedimiento penal continuaba y sólo la inquietud e idealismo de algunos juristas provocó que se reuniera una comisión para estudiar estos problemas, cuyo resultado fue la expedición del Código Penal de 1871, para el Distrito Federal y territorios de Baja California, y para toda la nación, en delitos federales.

El Código Penal de 1871, al decir de don Antonio Ramos Pedrosa, fue: la manifestación lógica y bien coordinada del Estado de los conocimientos científicos de la época acerca de la fusión punitiva del Estado.

Expedido el Código mencionado, era necesaria una ley de enjuiciamiento que lo hiciera aplicable, lo que se logró al promulgar el Código de Procedimientos Penales de 1880.

En sus disposiciones se establece un sistema mixto de enjuiciamiento en cuanto a algunas instituciones como el cuerpo del delito, la búsqueda de las pruebas, etc.; pero en otro orden, aunque suavizado, impera el sistema inquisitivo.

Se consagran algunos derechos para el procesado, como el derecho de defensa, la inviolabilidad del domicilio, la libertad cautional y en cuanto a la víctima del delito, se instituye la obligación para el delincuente de reparar el daño.

Años más tarde, el 6 de junio de 1894, un nuevo Código de Procedimientos Penales derogó al anterior y aunque no difiere en el fondo de su doctrina, en sus tendencias, trató de equilibrar la situación del Ministerio Público y de la defensa, para que ésta no estuviere colocada en un plano de superioridad frente al Ministerio Público, debido a que el Código de 1880 permitiría al defensor modificar libremente sus conclusiones ante el jurado. En cambio, el Ministerio Público estaba obligado a presentarlas desde que la instrucción estaba concluida y sólo por causas supervivientes uno de estos casos eran los datos o pruebas en general que el ministerio público no tuviese conocimiento, solamente así podía hacerlo después, de tal manera que la mayor parte de las ocasiones, el Ministerio Público iba ante el jurado sin saber a qué atenerse.

Este Código continuó imponiendo el sistema mixto y en cuanto a la víctima del delito, declaró sus derechos de naturaleza civil. También introdujo algunos aspectos novedosos que el momento histórico exigía fueran reglamentados, tales como la Policía Judicial, a quien marcó sus atribuciones; el Ministerio Público, cuyas funciones son únicamente la persecución de los delitos y los actos de acusación en contra de los criminales ante los órganos judiciales competentes. Introdujo un nuevo principio procesal, la inmediatez o inmediatidad.

Para impugnar las resoluciones judiciales, se incluyen modificaciones al sistema anterior, otorgándose mayores derechos, tanto al acusado como al defensor, para así utilizar los recursos establecidos por la ley.

CAPITULO SEGUNDO.
CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES.

2.1.- CONCEPTO Y ORIGEN DE LA DEFENSA.

En toda ciencia hay conceptos de diverso orden o jerarquía y además conceptos subordinados a otros o que dependen de ellos.

En cuanto a la ciencia procesal, ha sido preocupación de los diversos estudiosos de nuestra disciplina, determinar cuáles son los conceptos jurídicos fundamentales de la misma, al respecto no hay unanimidad en cuales serían esos conceptos jurídicos, señalando el maestro Goldschmidt James el cual es citado a su vez por el Licenciado Cipriano Gómez Lara que "La imprecisión en los conceptos quiere encontrar su justificación en la idea de que, la ciencia del proceso, es la rama más moderna de la ciencia del Derecho".²² Debido al caos existente entre doctrinarios para ponerse de acuerdo, en cuales son los conceptos jurídicos fundamentales, es pertinente definir los conceptos básicos que sirven de cimiento para la elaboración del presente trabajo como lo es el concepto de defensa.

Al decir de Guarneri: el concepto de defensa es correlativo al de acusación y constituye, en la dialéctica procesal de los contrarios, el momento de la antítesis. Igual que la acusación, representa en el proceso penal una institución del Estado, pues el legislador la considera indispensable para la consecución de la verdad".²³

²² Gómez Lara Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 8a. Edición, Ed. Harla, México, 1990, Pág. 118.

²³ Citado por el maestro Guillermo Colín, *Op.cit.* Pág. 177.

Silverio Graciano considera: "la defensa como una institución judicial que comprende al imputado y al defensor llama al primero elemento individual y al segundo elemento social, las cuales en la defensa del derecho constituyen el institute.... el uno presupone al otro y la unidad de la función es una de sus características, aunque pueda cambiarse de defensor, esto es transitorio y no destruye la unidad de la defensa que es la esencia del institute."²¹

Defensa, proviene de defenderse, el rechazar un enemigo, rechazar una acusación o una injusticia.

Dos son cuando menos las acepciones que la voz defensa tiene en el derecho procesal:

- a) Como actitud del demandado a oponerse a los hechos (causa pretendi) invocados por el actor, actitud consistente en oponer hechos impeditivos, modificativos o extintivos.
- b) Como cualquier actitud (legal) tendiente a sostener un derecho de libertad alegado.

Para Fench, el cual es citado por el maestro Silva Silva señala que "se entiende por defensa en sentido amplio toda actividad de las partes encaminada a hacer valer

²¹ Graciano Silvestre, *El Derecho Penal*, 15a. Edición. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, Pág. 190.

en el proceso penal sus derechos e intereses en orden a la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento en su caso o impedirlos según su posición procesal".²⁸

Para el maestro Rafael de Fina, el cual es citado por el tratadista Becerra Bautista, la defensa "es la actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un proceso".²⁹

Para el Licenciado González Bustamante, el cual también es citado por el Doctor Burgos, la defensa "es la función encaminada a destruir las pruebas de cargo existentes de tal manera que la resolución judicial que se pronuncie se traduzca en una exculpación o al menos en una mejoría de la situación jurídico - procesal que guarda el inculpaado".³⁰

Para Herrera y Lasso el cual es citado por el maestro Colín Sánchez Guillermo la defensa "es el derecho de probar contra la prueba el derecho a demostrar que la autoridad probó errónea o insuficientemente, aprovechando el desequilibrio que en el proceso se presente, aunque ello se traduzca en una resolución de inculpabilidad del culpable o culpabilidad atenuada del que tuvo mayor".³¹

Para nosotros la defensa es el conjunto de actos tendientes a desvirtuar las imputaciones hechas a una persona, a través de alegatos, ofrecimiento de pruebas, interposición de todo tipo de recursos, interrogatorios tanto al denunciante, como a

²⁸ Silva Silva Jorge Alberto, Op.cit. Pág. 63.

²⁹ Becerra Bautista, Op.cit. Pág. 120.

³⁰ Burgos Ignacio, Op.cit. Pág. 202.

³¹ Colín Sánchez Guillermo, Op.cit. Pág. 171.

los testigos, así como de exigir que el procedimiento, se lleve conforme lo establece la ley.

En cuanto al origen en base a la necesidad pública, de que fuese proporcional el castigo de aquel que había lesionado un interés social, con la falta de cometido por éste, ya que en la época antigua muchas veces era exagerado el castigo que se imponía al sujeto activo de algún delito, en razón de su ilícito, así pues la defensa se fue regulando de acuerdo al tiempo que rigió en una determinada época, de tal suerte en la etapa de la venganza privada en donde cada particular, cada familia y cada grupo se defiende y se hace justicia por sí misma, sirviendo ésto como antecedente en donde hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla, en este período obviamente la función represiva estaba en manos de los particulares, si pensamos en que todo animal ofendido tiende instintivamente a reaccionar, es fácil comprender como la primera forma y la primera justificación de lo que hoy llamamos justicia penal, debió ser, por la naturaleza misma de las cosas, la venganza, teniendo como equivalente la pena actual, cabe mención que se contaba además con el apoyo de la colectividad misma mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole además su derecho a ejercerla.

Como en ocasiones los vengadores, al ejercitar su reacción se excedían causando males mucho mayores que los recibidos hubo la necesidad de limitar la venganza y así apareció la fórmula del Talión ojo por ojo y diente por diente, para significar que el grupo sólo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido, desde luego que esto supone un poder moderador, que para nosotros era el grupo social.

2.2. CONCEPTO DE DEFENSOR.

No se confunda lo que es el derecho de defensas, con el derecho a tener un defensor.

No es difícil encontrar textos legales que afirmen que una persona tiene el derecho a defenderse, pero en ciertos actos del proceso no puede estar asistido por su defensor. Por ello, el tener derecho de defensa no implica necesariamente que además se tenga el derecho a tener un defensor.

¿ Quien puede ser defensor ?, básicamente son dos los sistemas conocidos en torno a los sujetos que realizan la defensa:

- a) Que sea el mismo enjuiciado quien se defienda (defensa por sí)
- b) Que sea otra persona quien realice la defensa (defensa por otro).

El primer sistema, que podemos calificar como de autodefensa en juicio, se ha conocido desde tiempos remotos.

Para el maestro Guillermo Colín Sánchez "El defensor representa a la institución de la defensa, integrada por dos sujetos fundamentales: el autor del delito y el jurídico, quienes constituyen un binomio indispensable en el proceso, el defensor complementa la personalidad jurídica del sujeto activo de delito, integra la relación procesal y tiene a su cargo la asistencia técnica".²³

²³ Colín Sánchez Guillermo, *Op.cit.* Pág. 177.

Pero el maestro Manzini, va más allá al considerar en su concepto de defensor un interés no solamente particular, sino social, ya que el grupo social no está interesado en castigar simplemente, sino que se castigue realmente a aquel que se ha atrevido a afectar su interés, de ahí la importancia dada por el Estado al defensor que es un equilibrio entre la pretensión punitiva del Estado para castigar al verdadero delincuente, así pues en el proceso penal, ya que sirve como consultor del procesado teniendo derecho a interponer todo tipo de recursos, así como de alegar cuanto se considere en beneficio de la persona acusada.

Es por ello que consideramos más adecuada su definición, porque considera que el defensor "que interviene en el proceso penal, para desplegar en él una función de asistencia en favor de los derechos y demás intereses legítimos de un sujeto procesal en la aplicación de una finalidad de interés público y no solamente para el patrocinio del interés particular".²⁷

2.3.- CONCEPTO DE DEROGAR Y ABROGAR.

En el lenguaje técnico - jurídico se hace la distinción entre derogación y abrogación, refiriéndonos en el primer caso, a la privación parcial de los efectos de ésta.

En segundo lugar la palabra abrogación tiene su origen en Roma, en ella se denominaba rogatio a la presentación de una ley ante los comicios, subrogatio era la

²⁷ Manzini Francesco. *La Defensa Penal*, 4a. Edición, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1984, Pág. 109.

adición o modificación de los preceptos de una ley; sin embargo la anulación parcial de una ley tomaba el nombre de derogativo y por el contrario se llamaba abrogatio a la anulación completa de una ley, para el diccionario jurídico mexicano, la abrogación "proviene del latín abrogatio, que significa anular completamente".²⁸

La abrogación puede presentarse cuando:

- 1) Una nueva ley declara la abrogación de una ley anterior. Su procedimiento es el de declarar en sus artículos transitorios de la nueva ley, que las disposiciones anteriores que contraríen a ésta quedan anuladas.
- 2) La tática que resulta no de un texto legal expreso, sino de la incompatibilidad total o parcial que existe entre los preceptos de la ley anterior y los de la posterior.

En materia penal debe observarse lo más favorable al reo, es decir que no obstante que nuestra Constitución Federal establece que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de ninguna persona, también lo es que a contrario sensu, si se puede aplicar retroactivamente cuando le beneficie al imputado, ya que nuestra carta magna consagra derechos mínimos más no máximos.

El artículo 72 fracción "f" de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que en la derogación de las leyes o decretos; se observarán los

²⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, 8a Edición, Ed. Porrúa, México, 1994, Tomo A-CH, Pág. 68.

mismos trámites establecidos para su formación. Es pertinente aclarar que son cinco los pasos que deben darse para la creación de una ley o decreto, que son:

- 1) La iniciativa.**
- 2) Su discusión.**
- 3) La aprobación.**
- 4) Su promulgación.**
- 5) Y la publicación.**

El artículo 72 se relaciona con los siguientes de la Constitución: el 49 que se refiere a la división de poderes; de la unión en ejecutivo, legislativo y judicial el 50 que establece el sistema bicameral del Poder Legislativo; el 65 referente al quorum o asistencia mínima de los miembros de las cámaras de sesiones, indispensable para que una asamblea actúe válidamente y sus acuerdos o resoluciones tengan fuerza legal, en el caso deben ser más de la mitad del total de los diputados y dos tercios del total de los senadores; los artículos 65 y 66 relativos a las fechas de apertura y clausura del período ordinario de sesiones, el 67 referente a las sesiones extraordinarias del Congreso o de una sola cámara, convocadas por la comisión permanente; el 70 relativo al carácter único que pueden tener las resoluciones del Congreso; el 71 otorga la facultad de iniciar leyes o decretos a quienes señala; el 73 que contiene y enumera las facultades del Congreso; los preceptos 74 y 76 que señalan las facultades exclusivas de las Cámaras de Diputados y Senadores respectivamente; el 75 sobre las atribuciones que le confiere la Constitución a la Comisión Permanente y con el 89 que establece las facultades y obligaciones del primer mandatario del país.

2.4.- CONCEPTO DE DECLARACION.

Según el diccionario de la lengua española declaración es "afirmación o negación de una situación jurídica de un hecho".²⁹

Para el diccionario jurídico declaración es: "la que se efectúa por el acusado para establecer su versión de los hechos y conocer los cargos que se le hacen a fin de que pueda preparar su defensa."³⁰

En opinión del maestro Silva Silva "La declaración del imputado puede consistir en la aceptación de hechos caso en que estamos ante la confesión, en el rechazo de estos o en una aclaración o calificación de los mismos. En cuanto al efecto jurídico que puede producir la declaración del imputado puede serle adversa, beneficiarlo o ser natural".³¹

Al referirnos a la declaración obviamente nos estamos refiriendo a la declaración del sujeto activo del delito y no a otras personas como lo podrían ser las declaraciones del ofendido, de los testigos, de los peritos, etc. La declaración es el género por lo tanto la confesión sería una de las especies, por tal motivo se estudiarán en el presente apartado como tales.

²⁹ García Pelayo Gross Ramón. *Diccionario de la Lengua Española*, 19a. Edición, Ediciones Larousse, México, 1998, Pág. 8.

³⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Op.cit.* Pág. 80.

³¹ Silva Silva Jorge Alberto. *Op.cit.* Pág. 873.

La confesión la establece el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal el cual establece que: Confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de 18 años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendido ante el Ministerio Público, el juez o el tribunal de la causa sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20-II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de lo anterior se desprende que la persona que confiesa un hecho delictivo debe ser mayor de edad, con pleno conocimiento de la conducta realizada y ante la autoridad competente, de tal suerte que si se realiza ante una diversa no debe ser tomada como confesión, así mismo deberá de contener las siguientes formalidades de las cuales las establece la Constitución Federal en su artículo 20-II, las cuales son:

- 1) No se podrá obligar a declarar, ésta es una de las garantías sacramentales de nuestra Constitución, la cual forza a la autoridad a no obligar al sujeto activo para que declare, es decir que si no desea manifestar nada el presunto responsable, se les debe respetar este derecho.
- 2) Queda prohibida y será sancionada por la ley penal toda incomunicación, intimidación o tortura, de lo anterior se desprende e interpretándolo a contrario sensu tal precepto se deduce que si hay incomunicación por parte de la autoridad se presumirá que la confesión estuvo coaccionada, verbigracia cuando el Ministerio Público investigador se excede del término de las 48 horas para consignar a la persona a la cual se le imputa un delito, o cuando se le amenaza que de no confesar se le causaría un mal grave al presunto responsable o a su

familia y más grave es cuando se le tortura para que acepte un hecho delictivo, en todos los casos la confesión carecerá de todo valor probatorio.

- 3) Cuando sea rendida ante una autoridad distinta de la judicial o del Ministerio Público investigador.
- 4) Cuando la confesión se realice con ausencia del defensor. Es importante subrayar que el Derecho de defensas reconoce dos modalidades, la defensa material, se realiza cuando el imputado de un delito, por propia iniciativa ó por interrogatorio del Ministerio Público investigador da explicaciones sobre los hechos que se le atribuyen, en cambio la defensa técnica está en manos de un abogado el cual es auxiliar del imputado, el cual lo asesora jurídicamente y lo representa en actos procesales no personalísimos. Estas dos modalidades de defensa sólo se concretan ante el tribunal judicial o no así en la indagatoria, ya que está permitido que durante la averiguación previa al presunto responsable pueda nombrar persona de confianza, el cual se convierte en defensor material, pero no técnico, nosotros propugnamos porque sea obligatorio para el Ministerio Público investigador, la designación de un abogado para la defensa durante la indagatoria, no obstante que el presunto responsable pueda nombrar personas de su confianza.

En síntesis podemos establecer que la declaración: es la manifestación realizada sin coacción, de hechos propios, realizada por una persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales.

2.5.- CONCEPTO DE INDIADO.

Al supuesto autor del delito se le ha otorgado diversas denominaciones, las que muchas veces no corresponden a la terminología adecuada, es conveniente determinar al nombre que recibe el sujeto activo del delito en cada etapa procedimental, así pues el constituyente de 1917 usó como sinónimos el de acusado, procesado y reo, en la ley secundaria como lo es el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se estableció la exposición de motivos para considerar éstas palabras como sinónimos, señalando " al suprimirse las diversas fases del procedimiento que obedecen principalmente a razones de carácter didáctico, fue menester adoptar una sola denominación para el sujeto primordial del drama penal, sintetizando a las alusiones a un sólo denominador "el imputado" habida cuenta que desde el inicio del proceso la acción penal se ejercita contra un sujeto de imputación que termina de serlo hasta que se precisa con la verdad legal su condición de sentenciado".²

Nosotros pensamos que es más adecuado desde el punto de vista técnico, darle un nombre de acuerdo a la etapa procedimental en la cual se actúe:

- 1.- Indiciado.- Sujeto en contra del cual existe sospecha de que cometió algún delito, pues se le ha señalado como tal, pues la palabra indicio significa el dedo que indica.

² Revista Mexicana de Derecho Penal, Órgano Oficial de la P.G.J.D.F., No. 29, Pág. 14.

- 2.- **El probable responsable.**- Es aquel en contra de quien existen datos suficientes para presumir que ha sido autor de los hechos que se le atribuyen, siendo más adecuado nombrarlo así en la averiguación previa.
- 3.- **Imputado.**- Es aquel a quien se le atribuye algún delito.
- 4.- **Inculpado.**- Es aquel a quien se le atribuye la comisión o participación de un hecho delictuoso. Tradicionalmente este término se tomaba como sinónimo de acusado y se aplicaba a quien cometía algún delito desde que iniciaba el proceso hasta su terminación.
- 5.- **Encausado.**- Es el sometido a una causa o proceso.
- 6.- **Procesado.**- Es aquel que está sujeto a un proceso en tal circunstancia la aplicación de tal calificativo dependerá del criterio que se sustente respecto al momento en que se estime se ha iniciado el proceso.
- 7.- **Incriminado.**- A este término corresponde la misma significación que se estableció para imputado o inculpado.
- 8.- **Enjuiciado.**- Es aquel que es sometido a juicio.
- 9.- **Acusado.**- Es aquel en contra de quien se ha formulado una acusación.
- 10.- **Condenado.**- Es aquel que está sometido a una pena.

11.- Res.- Es aquel cuya sentencia ha causado ejecutoria y en consecuencia está obligado a someterse a la ejecución de la pena por la autoridad correspondiente.

CAPITULO TERCERO

EL DERECHO DE DEFENSA COMO GARANTIA INDIVIDUAL

3.1.- DESARROLLO HISTORICO DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

En los tiempos primitivos no es posible hablar no sólo de la existencia de los derechos del hombre considerados éstos como un conjunto de prerrogativas del gobernado de observancia jurídicamente obligatoria e imperativa para los gobernantes, sino ni siquiera de potestades o facultades de hecho de que pudiera gozar el individuo dentro de la comunidad a que pertenecía y que constituyese una esfera de acción o actividad propia frente al poder público. En los regímenes matriarcales y patriarcales, en efecto, la autoridad de la madre y el padre, respectivamente, era omnímoda, sin que encontrara un dique, ya no jurídico sino fáctico a su desarrollo imperativo. La madre, y posteriormente el padre, como jefes de la sociedad familiar, cuyo conjunto componía la tribu, disfrutaba de absoluto respeto por parte de sus subalternos, sobre los cuales, en muchos casos, tenían derechos de vida o muerte. Además, como fenómeno consubstancial a los regímenes sociales primitivos, se observa invariablemente la existencia de la esclavitud, la cual presupone, al menos en el orden a la libertad e igualdad humanas, una negación de los derechos del hombre o garantías individuales, como se denominan éstos entre nosotros. La sanción a la rebeldía justa e injusta contra los mandatos supremos e inapelables de los patriarcas y jefes de tribu, en el destierro de la comunidad, sin que el afectado por éste acto tuviese ningún derecho que hacer valer frente a tal decisión.

En Grecia, el individuo tampoco gozaba de sus derechos fundamentales como persona reconocidos por la polis y oponibles a las autoridades, es decir, no tenía derechos públicos individuales. Su esfera jurídica estaba integrada casi exclusivamente por derechos políticos y civiles, en cuanto que intervenía directamente en la constitución y funcionamiento de los órganos del Estado y en cuanto que tenía una situación protegida por el derecho en las relaciones con sus semejantes, más no gozaba de ninguna prerrogativa frente al poder público.

Más aún, en Esparta había una verdadera desigualdad social, estando dividida la población en tres capas, que eran: los ilotas o siervos que se dedicaban a los trabajos agrícolas; los periecos o clase media, quienes desempeñaban la industria y el comercio; y, por último, los espartanos propiamente que constituían la clase aristocrática y privilegiada. Ante esa jerarquía social, es inútil halar de la existencia de derechos del hombre o garantías individuales como conjunto de potestades jurídicas oponibles coercitivamente al poder público, en vista de que no existía la situación igualitaria que presupone todo derecho público individual. Siendo el Estado en Esparta una estructura superhumana a la cual todo miembro de la comunidad debía una natural sumisión, el gobernado como tal no tenía ningún derecho frente al poder público, frente a las autoridades. Su esfera jurídica se integraba exclusivamente por derechos políticos y civiles, como ya dijimos, esto es, por potestades que lo hacían participar activa o pasivamente en los destinos sociales como elector o funcionario, y por factores jurídicos en las relaciones de coordinación con sus semejantes.

El individuo como gobernado no era titular de ningún derecho frente al poder público, o sea, en las llamadas relaciones de *supra* o subordinación o de gobierno propiamente dichas. Su personalidad como hombre se diluía dentro de la polis. Sólo valía o tenía alguna significación en la medida en que, como ciudadano, intervenía en la actividad estatal como miembros de los diferentes órganos de gobierno; tales como las asambleas y los tribunales. En Atenas, el pueblo (*demos*) lo era todo. A él incumbía la elaboración de las leyes y la administración de justicia, misma que impartía constituyéndose en el célebre tribunal de los heliastas. El signo transpersonalista y estadista que caracterizó al régimen jurídico-político de Atenas y en general de las demás ciudades griegas, trajo como consecuencia la minimización de la persona humana como tal, esto es, en su calidad de gobernado; y si el ateniense pudo escalar las más altas cúspides del pensamiento de la expresión artística y cultural, fue debido a la actitud de tolerancia y de respeto extrajurídicos que los gobernantes asumían frente a la sociedad.

En Roma, la situación del individuo y, por ende, de su libertad como derecho exigible y oponible al poder público, era parecida a la que privaba en Grecia. Bien es verdad que el *civis romanus* tenía como elemento de su personalidad jurídica el estatus *libertaris*, pero esta libertad se refería a sus relaciones civiles y políticas, ya que, repetimos, no se concebía como un derecho intocable y reconocido por el orden jurídico. El *status libertaris* más bien se reputaba como una cualidad en oposición a la condición del *servus*, o sea, como una facultad de actuar y comportarse por propia voluntad y determinación.

Además, puede afirmarse que la libertad en el régimen romano estaba reservada a cierta categoría de personas, como el pater-familias, quien gozaba de su amplio poder sobre los miembros de su familia y sobre los esclavos.

La libertad del hombre como tal, conceptuada como un derecho público individual inherente a la personalidad humana, oponible al Estado en sus diversas manifestaciones y derivaciones no existía en Roma, pues se disfrutaba como un hecho, sin consagración jurídica alguna, respetable y respetada sólo en las relaciones de derecho privado y como la facultad de índole política.

La única garantía del pueblo frente a las arbitrariedades posibles de la autoridad radicada en la acusación del funcionario cuando expiraba el término de su cargo, lo cual de ninguna manera implicaba un derecho público individual, pues éste es un obstáculo jurídico, cuyo titular es el gobernado, frente al poder público, que siempre tiene que respetarlo mientras que la mencionada acusación era el acto inicial de una especie de juicio de responsabilidad iniciado en contra de la persona física que encarnaba a la autoridad y nunca un dique a la actividad de ésta, la cual, en dicha hipótesis, se presumía ya desplegada. Además, el juicio de responsabilidad tiene como finalidad esencial sancionar al funcionario público y nunca implicaba una verdadera protección del gobernado frente al gobernante como es la garantía individual.

Así mismo el maestro Cipriano Gómez Lara nos da la síntesis de esta etapa:

"La existencia de dos clases sociales diferentes, como eran los patricios y los plebeyos; la esclavitud como institución del Derecho Romano; y la diversidad de

sujetos que carecían de la ciudadanía, nos orillan a afirmar que dentro del régimen jurídico político romano, la desigualdad humana y social fue signo característico durante las tres etapas de la historia".²⁰

La época feudal se caracteriza por el dominio del poseedor de la tierra, dueño de ella, respeto de aquello que la cultivaban, cuyas relaciones dieron origen a la institución medieval de la servidumbre. La propiedad territorial confería a su titular un poder no sólo de hecho, sino de derecho, sobre los que trabajaban, quienes rendían homenaje y juraban obediencia al terrateniente o señor feudal. El régimen de la servidumbre otorgaba a éste un poder soberano sobre los llamados siervos o vasallos, pudiendo disponer de su persona casi ilimitadamente. En esta virtud, no fue posible concebir siquiera un orden de derecho que garantizara la libertad del hombre como elemento factor inherente a la personalidad humana frente a los actos arbitrarios y muchas veces despóticos del señor feudal, quien no encontraba otro límite a una actividad que su propia conciencia en relación con sus servidores y un vasallaje, nada más simbólico la mayoría de las veces, en cuanto al monarca o emperador.

Cuando las ciudades libres de la Edad Media fueron desarrollándose, cuando los intereses económicos de las mismas adquiriendo importancia, las ciudades supieron imponerse a la autoridad del señor feudal, exigiéndole salvoconductos, cartas de seguridad, etc., y que en general el reconocimiento de ciertos derechos que integraron una legislación especial (derecho cartulario). Se creó en esta forma, durante un tercer período medieval, o sea, el municipal, un régimen de legalidad que

²⁰ Gómez Lara Cipriano. *Op. cit.* Pág. 58.

limitaba y sometía la autoridad del señor feudal en beneficio de los habitantes de las ciudades. El incremento económico y político que fueron paulatinamente adquiriendo las poblaciones medievales, fue la causa de que los gobernantes respetaran los compromisos que habían contraído con sus moradores, más la posibilidad de contravención y las violaciones mismas no tuvieron ninguna sanción jurídica a favor de los afectados. Por este motivo no es posible encontrar en esta época un precedente histórico de las garantías individuales, no obstante de un incipiente régimen de legalidad.

La nación española, antes de su formación social y política definitiva, vivió una larga etapa de su historia en periodos de acomodamiento y adaptación entre los diferentes pueblos que habitaron su territorio, tanto durante la dominación romana como después del desmembramiento del imperio romano de Occidente en el siglo V de la era cristiana. A los celtas y latinos asentados en la península ibérica, antigua provincia llamada Hispania, se sumaron con la invasión de los bárbaros, los vándalos, suevos, alanos y godos de raza germánica que conservaron sus costumbres entre las cuales no existía ninguna unidad jurídica ni política. Siendo precisamente los visigodos en su famoso Código, establece y legaliza algunas garantías principalmente de seguridad jurídica, así pues el fuero juzgo "fue un ordenamiento normativo que comprendía disposiciones relativas a lo jurídico, como al derecho público y privado".²⁴

²⁴ Burgos Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 28a. Edición, México, Ed. Porrúa, 1991, Pág. 52.

Hasta antes de la Constitución de Cádiz de marzo de 1812, no se consagraron, a título de derechos subjetivos públicos, las fundamentales potestades libertarias del gobernado frente al poder público radicado en la persona del rey y emanado de su autoridad. En otras palabras, si el súbdito carecía de un verdadero derecho oponible a la actividad de las autoridades y si éstas, por tanto, no tenían a su cargo obligaciones propiamente jurídicas en favor de los gobernados que les haya impuesto alguno de los estatus sucintamente comentados, es lógico inferir que en los diferentes reinos que en el decurso del tiempo formaron el Estado español, no descubrimos antecedentes históricos de nuestras garantías individuales.

Sin embargo, no debe creerse, que por haberse consagrado derechos individuales públicos en beneficio del gobernado en los distintos ordenamientos que hemos mencionado, el poder de monarca debiese ser tiránico, despótico, pues, a pesar de que en ellos se registra la institución de un régimen absoluto, el derecho natural, concebido con un contenido ideológico cristiano, no dejaba de ser la norma suprema que regía la actuación real.

En México y específicamente en la época prehispánica existían consejos de ancianos y sacerdotes que aconsejaban al jefe supremo en las cuestiones trascendentales para la vida pública, pero también es verdad que éste no estaba constreñido u obligado coactivamente a acatar las opiniones en que dicha función consultora se manifestaba. Tales circunstancias nos inducen a creer que en los regímenes políticos y sociales primitivos el gobernado no era titular de ningún derecho frente al gobernante resultando aventurado tratar de descubrir en ellos algún precedente de las actuales garantías individuales. Esta afirmación, desde luego,

no implica que entre los pueblos que vivieron en el territorio nacional antes de la conquista no haya habido ningún derecho consuetudinario, pues por el contrario, existía entre ellos un conjunto de prácticas que regulaban las relaciones propiamente civiles entre los miembros de la comunidad y fijaban cierta penalidad, para ellos considerados como delictuosos, quedando la observancia de tales prácticas, en el terreno contencioso, al criterio o arbitrio del jefe supremo.

En el orden político, la autoridad suprema en las colonias españolas de América era el mismo rey de España, quien estaba representado por virreyes o capitanes generales, según la importancia de la colonia de que se tratase. El monarca español, como sucede en todos los regímenes absolutos, concentraba en su persona las tres funciones en que se desarrolla la actividad integral del Estado, pues además de ser supremo administrador público, era legislador y juez. Todos los actos ejecutivos, todas las leyes y los fallos se desempeñaban, expedían y pronunciaban en nombre del rey de España, quien, en el ámbito judicial, delegaba sus atribuciones propias inherentes a su soberanía en tribunales que él mismo nombraba.

El derecho español positivo y, sobre todo, el colonial, tenía la pretensión de ser eminentemente realista. Ninguna ordenanza debía expedir el monarca sin estar debidamente enterado acerca de su conveniencia objetiva, de tal suerte que lo que debía determinar la promulgación de cualquier ley, o inclusive su abrogación, era una motivación integrada por elementos y factores propios de la realidad social para la que estaba destinada o que fuesen incompatibles con ella. Bajo estos auspicios, y con el fin primordial de garantizar el realismo jurídico, se creó el llamado Consejo de Indias, organismo que, parte de las funciones propias que se le adscribieron en lo

tajante a todos los asuntos de las colonias españolas en América, actuaba como consultor del rey en las cuestiones que a éstas interesan.

En la Constitución de Apatzingán se plasmaron los fundamentales principios de la ideología insurgente, los cuales estaban ya establecidos en la Constitución Española de 1812 algunos de ellos.

La Constitución de Apatzingán designa un capítulo especial dedicado a las garantías individuales. En su artículo 24, que es el precepto que encabeza el capítulo de referencia, se hace una declaración general acerca de la relación entre los derechos del hombre, clasificados a modo de la Declaración francesa, la forma como está concebido dicho artículo, podemos inferir que la Constitución de Apatzingán reputaba a los derechos del hombre o garantías individuales como elementos insuperables en el poder público, que siempre debía respetarlos en toda su integridad. Por ende, el documento constitucional que comentamos, en relación con el tema concreto que suscitado nuestra atención, influido por los principios jurídicos y filosóficos de la Revolución Francesa, estima que los derechos del hombre son superiores a toda organización social, cuyo gobierno, en ejercicio del poder público, debe considerarlos intangibles, pues su protección no es sino la única finalidad del Estado.

"En este sentido está concebido el mencionado artículo 24 de la Constitución de Apatzingán, que textualmente dice: "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 estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas".²²

Es decir que en México, se estampan en nuestras leyes, los derechos básicos del hombre más comúnmente conocidos como garantías individuales enunciados por primera vez en la Constitución de Apatzingán, espíritu que dio luz a la Constitución de 1917 y a las garantías individuales tal como las conocemos.

3.2.- CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

La obligación estatal que surge de la relación jurídica en que se traduce la garantía individual puede consistir desde el punto de vista formal en un no hacer o abstención, o en un hacer positivo en favor del gobernado por parte de las autoridades del Estado. El respeto que éste, por conducto de sus autoridades todas, debe observar frente al gobernado, se puede manifestar en una mera abstención o no hace en la realización de una conducta positiva. Consiguientemente, desde el punto de vista de la naturaleza formal de la obligación estatal que surge de la relación jurídica que denota la garantía individual, ésta puede ser negativa (en tanto que impone al Estado y a sus autoridades un no hacer, una abstención, una conducta pasiva de no violar, de no vulnerar, de no prohibir, etc.), o positiva (en tanto que las autoridades estatales y el Estado, por la mediación representativa de éstas obligados a realizar el beneficio del titular del derecho subjetivo público o gobernado una serie de prestaciones, hechos, actos, etc., o sea, a desempeñar un comportamiento activo, tal como la observancia de ciertos requisitos o formalidades,

²² El Juicio de Amparo. Op.cit Pág. 63.

el desarrollo de un procedimiento previo para poder privar a una persona de la vida, de la libertad, etc.).

Las garantías individuales son las siguientes: de libertad, de igualdad, de propiedad, y de seguridad jurídica. En efecto, todo derecho subjetivo tiende a exigir o reclamar algo del sujeto obligado frente a su tutelar. Este "algo" constituye, pues, el contenido de exigencia del derecho subjetivo (verbigracia, la entrega de una cosa, de una suma de dinero, la transmisión del uso de un bien, etc.).

Si recorremos el articulado constitucional que consagra las garantías individuales y que está compuesto por los veintinueve primeros artículos de la Ley Fundamental, se llegará a la conclusión de que el gobernado tiene varias esferas jurídicas oponibles y reclamables contra las autoridades del Estado. Estas órbitas o esferas jurídicas conciernen al respecto de su situación de igualdad con sus semejantes, al cual de su libertad en todas sus manifestaciones, y al de su propiedad y a la observancia de determinadas formalidades, requisitos, medios, condiciones, etc., por parte del poder público para que la actuación de éste sea constitucionalmente válida en la causación de determinada afectación al gobernado, circunstancias que implican una seguridad jurídica para éste. Por ende, el contenido de exigencia de los derechos públicos subjetivos que emanan de la relación en que se traduce la garantía individual consiste precisamente en oponer a las autoridades estatales el respeto y la observancia de esas diferentes esferas jurídicas.

La clasificación anterior ha sido adoptada por diferentes documentos jurídico-políticos. En la Declaración francesa de 1789 se estableció que los derechos naturales

o imprescindibles del hombre "son libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión" (artículo 2), y aunque no menciona expresamente dentro de estos tipos a la igualdad, su artículo primero hace alusión a ella como condición humana natural.

En México, la Constitución de Apatzingán, del 22 de octubre de 1814, clasifica las garantías o derechos del ciudadano en garantías de igualdad, seguridad, propiedad, y libertad, según se advierte en su capítulo V. En el proyecto de la Mayoría de 1842 también se acoge dicha clasificación en el artículo 7, así como en el de la Minoría del propio año dentro de lo que llamaba "Sección Segunda", bajo el título de "De los derechos Individuales". En el Proyecto posterior que los grupos mayoritarios y minoritarios elaboraron en noviembre de 1842 se reitera la citada clasificación en el título III, con el rubro de "Garantías Individuales", el Acta de Reformas de 1847 se establece que para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce, una ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República y establecerá los medios de hacerlas efectivas (artículo 4).

3.3.- GARANTIAS DE SEGURIDAD JURIDICA.

"Por regla general todo acto de autoridad afecta la esfera jurídica de alguna persona física o moral en sus múltiples derechos: vida, propiedad, libertad, etc."²²

²² Manzini Francisco, *Op.cit.* Pág. 200.

No obstante lo anterior, en todo Estado democrático el acto debe cumplir con ciertos requisitos, condiciones o elementos, para que puedan ser válidas, es decir que esos elementos es lo que constituyen las garantías de seguridad jurídica, tal como lo ilustra el maestro Burgoa en su obra denominada, *las garantías individuales*, al señalar que las garantías de seguridad implican en consecuencia "El conjunto general de condiciones, requisitos o circunstancias previas a que debe sujetarse cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada al *summun* de derechos subjetivos".²⁷

En razón de lo anteriormente señalado un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de una persona física o moral como gobernado, sin la observación de dichos requisitos, no será válido a la luz del Derecho.

A diferencia de las demás garantías establecidas en nuestra Carta Magna y que ostentan una naturaleza negativa en la mayoría de los casos, en las garantías de seguridad jurídica es eminentemente positiva en términos generales, ya que se establece en el cumplimiento efectivo de todos aquellos requisitos, cuya observancia sea jurídicamente necesaria para que un acto de autoridad produzca válidamente la afectación a la esfera jurídica de las personas.

En nuestra constitución federal están establecidas las garantías de seguridad jurídica, en los artículos que van del 14 al 25, para el objeto de la presente tesis es conveniente avocarnos al artículo 20 constitucional, el cual se analizará con

²⁷ Burgoa Ignacio, *Las Garantías Individuales*, Op.cit. Pág. 504

detenimiento más adelante, no obstante lo anterior analizaremos aunque sea muy escuetamente los artículos restantes:

Nuestra constitución señala en su artículo 14 lo siguiente: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito del que se trata."

"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá de ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley a la falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".²⁰

El maestro Burgos nos señala las garantías que establece, el artículo anteriormente señalado y establece que "es un precepto complejo, es decir, en el se implican cuatro fundamentales garantías individuales que son: la irretroactividad legal (párrafo primero) la de audiencia, (párrafo segundo), la legalidad en materia

²⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 113 Edición, Ed. Porrúa, México, 1937, Pág. 13.

judicial civil (*lato sensu*), judicial administrativa (párrafo cuarto) y de legalidad en materia judicial penal (párrafo tercero).²⁹

Casi todas las constituciones que estuvieron vigentes con anterioridad a la actual, consagraron la prohibición de leyes retroactivas y el derecho de audiencia. Destacada por el artículo 31 del Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, en cuanto dispuso que ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente.

El primero de los mandatos que establece éste artículo es la prohibición de interpretar las leyes retroactivamente en perjuicio de persona alguna, y por lo demás se refiere a los derechos protegidos como son la vida, la libertad, propiedades, posesiones y derechos, con la cual abarca toda clase de privación.

Las formalidades esenciales del procedimiento son las que debe tener todo procedimiento no solo judicial, sino también administrativo, para proporcionar una verdadera oportunidad de defensa para los afectados. Este requisito queda comprendido, como lo señala acertadamente la doctrina, dentro del concepto angloamericano del debido proceso (*due process of law*), en sus aspectos procesales, y que también se conoce como derecho de defensas según la tradición española.

Por lo que respecta a la autoridad administrativa, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido una obligación directa de proporcionar la oportunidad

²⁹ Las Garantías Individuales. Op.cit. Pág. 508.

de defensas a los afectados, aún cuando la ley del acto no establezca ni el procedimiento ni las formalidades esenciales respectivas (Tesis jurisprudencial 339, página 569, Apéndice 1975, segunda sala).

Los dos últimos preceptos del artículo 14 se refieren a los requisitos del fondo de las resoluciones judiciales, tanto en materia penal, como en los procesos civiles, administrativos y laborales, a través del llamado control de legalidad.

En efecto, por lo que respecta al proceso penal, el tercer párrafo del artículo 14 constitucional prohíbe imponer pena alguna que no esté establecida por una ley exactamente (en realidad, estrictamente) aplicable al delito de que se trata, principio esencial del enjuiciamiento criminal, que se conoce tradicionalmente por el aforismo: crimen, nulla, poena, sine lege.

"Así mismo en el artículo 15 de nuestra Constitución establece que no se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país en donde cometieron el delito, la condición de esclavos, ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esa constitución para el hombre y el ciudadano".⁹

El artículo 16 Constitucional establece "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, si no en virtud de mandamiento

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Opcit. Pág. 13.

escrito de la autoridad competente, que funde o motive la causa legal de procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión, si no por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos en pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

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

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

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

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

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

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 ha acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estas cosas a las leyes respectivas y a las formalidades precritas para los cateos.

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

En tiempo de paz, ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, habajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.⁴¹

Este precepto constitucional establece varias garantías de seguridad jurídica como lo son:

- A).- Garantía de competencia.
- B).- Garantía de legalidad.
- C).- Garantía de motivación y fundamentación.
- D).- Garantía de mandamiento escrito.
- E).- La garantía de inviolabilidad de la correspondencia.

Pero para el objeto de nuestro estudio nos basta establecer 3 requisitos que consigna el artículo 16 Constitucional que son:

- 1.- Que ninguna persona podrá ser molestada en su integridad corporal, en su familia, en su domicilio, en sus posesiones o en sus papeles; esto es, no podrá ser afectada en sus intereses particulares bajo ningún concepto, ampliada esta posible afectación a sus familiares, objeto primario de todos sus afanes y actividad en la vida.

⁴¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Opril. Pág. 14.

2.- Que la única exención que permite esta regla es la existencia de un mandamiento escrito dictado por la autoridad competente. La competencia es la facultad atribuida a un órgano de autoridad para llevar a cabo determinadas funciones o para realizar determinados actos judiciales.

Bástenos advertir que al ser atribuidas a una autoridad determinadas facultades, los actos que ejecute, son de hecho producto de un mandato social ante la necesidad de preservar frente a los demás miembros de una comunidad, los derechos fundamentales de que se ha hablado.

3.- Que para proceder a inferir una molestia en sentido prescrito en la norma constitucional, ha de existir un procedimiento fundado y apoyado en la ley. En otras palabras, cualquier autoridad sólo puede ejecutar lo permitido por una disposición legal; aquello que no se apoye en un principio de tal naturaleza carece de base de sustentación y se convierte en arbitrario. De ahí que la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación exprese que las autoridades no tienen más facultades que las otorgadas por una ley, porque de no ser así, sería fácil suponer implícitas todas las necesarias para sostener actos que puedan convertirse en arbitrarios, por carecer de fundamento legal.

Ha dicho al respecto también nuestro más alto tribunal de la República, que el requisito de fundamentación y motivación exigido por el artículo 16 constitucional, el tener el rango de una garantía individual, implica que las autoridades de cualquier categoría que estas sean, la obligación de actuar siempre con apego a las

leyes y a la propia Constitución, de manera que sus actos no aparezcan emitidos arbitrariamente.

Con esta transcripción se desea significar el motivo por el cual toda orden de aprehensión o detención que llegare a dictar la autoridad judicial, debe reunir como requisitos, por una parte, la existencia de una querrela, acusación o denuncia de un hecho que la ley castigue con pena corporal, por la otra, que la misma se apoye en declaración, bajo protesta, de persona digna de fe, o en otros datos que hagan posible la responsabilidad del inculcado. Sólo cuando exista flagrante delito, como se dejó indicado, se podrá detener en forma directa al delincuente o a sus cómplices.

Lo anterior significa que, existiendo causa para la presentación de una denuncia, acusación o querrela, ésta habrá de formularse ante la autoridad competente. ¿Cuál es esta autoridad? El Ministerio Público, representante de la sociedad para tales efectos. Ante él habrán de señalarse los elementos en que se funde un pedimento de aprehensión, indicándose en el mismo en que consiste la presunción de responsabilidad del inculcado, a efecto de ser examinada ésta y en caso de encontrarla justificada, proceder a consignar los hechos constitutivos de una violación legal que amerite la imposición de una pena corporal, ante la autoridad judicial que corresponda. La ejecución de dicha orden la hará la policía judicial, ajustando sus actos al contenido expreso del libramiento respectivo, o sea en los términos indicados en el documento que reciba.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho sobre el particular, que para la procedencia de una orden de aprehensión, no es suficiente que la misma haya sido

dictada por la autoridad judicial competente en virtud de la denuncia de un hecho que la ley castiga con pena corporal, sino que es necesario además, que el hecho o hechos denunciados constituyan en realidad un delito que la ley castigue con pena corporal, por lo que el juez deberá hacer un estudio de las circunstancias en que el acto haya sido ejecutado, para dilucidar si la orden de captura puede constituir o no violación de garantía.

Según el artículo 17 Constitucional señala: "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 aprisionado por deudas de carácter puramente civil".⁹

Es decir que el artículo 17 Constitucional consagra tres garantías:

- 1) Garantía de ser juzgado por tribunales competentes en forma gratuita, pronta y expedita.
- 2) Garantía de ejecución de sus resoluciones.

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Opcit. Pág. 16.

3) Garantía de no ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Esta norma constitucional al tiempo que consagra dos derechos fundamentales de la persona humana como son: el derecho a no ser encarcelado por deudas de carácter puramente civil y el derecho de justicia, impone a todo individuo dos diferentes obligaciones, las cuales son la contrapartida del segundo de los derechos reconocidos.

El primero de los derechos citados surgió al adoptarse legalmente el principio de *nullum delictum, nulla poena, sine lege*, según el cual únicamente los hechos tipificados por la ley como delitos son susceptibles de sancionarse penalmente. Sin embargo, cabe recordar que en el pasado el individuo que no saldaba sus deudas de carácter civil podía ser no solamente aprisionado o sometido a la esclavitud, sino incluso privado de la misma vida.

Ahora bien, por lo que hace al derecho mexicano, cabría señalar, por un lado, que aún en el caso de los delitos, no todos ellos conllevan el aprisionamiento de su autor, dado que aquél, según lo previenen los artículos 16, 18, y 20, fracción I, de la Constitución, sólo procede tratándose de delitos que merezcan pena corporal, y por el otro, que nuestro derecho no contempla ninguna figura delictiva por deudas de carácter civil.

Así, el derecho a que se refiere la primera frase del precepto que comentamos consiste en que ninguna persona puede ser privada de su libertad, es decir,

aprisionada, por el hecho de no poder saldar sus deudas de carácter estrictamente civil.

"Artículo 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados."

"Los gobiernos de la federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto."

"Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo federal."

La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

"Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la república para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previsto en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda

la república, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en distintos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.²⁰

Porque podía ocurrir durante la secuela del proceso que se presentaran causas que permitieran la libertad del procesado antes de dictar sentencia, máxime si no se había determinado su conducta antisocial, considerándose injusto mantenerlo en el mismo local en que se encontraran los reos sentenciados y sujetos a penas de prisión por determinados períodos.

Resultaba necesario atender a los caracteres personales del inculcado, para evitar el contagio social entre los llamados reincidentes y los primarios así como entre los que presentaban diversos grados de peligrosidad, organizando además el sistema penitenciario de tal manera que las especiales condiciones familiares y sociales que en ella concurren. Con tal motivo se fijaron bases legales para el tratamiento penitenciario en sus diversas modalidades, conforme a las técnicas modernas y estudios en materia penal, ya entonces avanzados, así como en la ejecución de sanciones, evitando al mismo tiempo invadir la soberanía de los estados de la República, prevista con singular acierto por el constituyente anterior. En suma, se buscó abrir el camino constitucional para intentar una reforma penitenciaria a

²⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Op.cit. Pág. 18.

fondo, por padecerse de enormes diferencias tanto en cárceles como en sistemas de tratamiento de personas involucradas en delitos.

La exigencia para privar de la libertad a un probable responsable y mantenerlo en lugar seguro, deriva de un interés elemental de orden público: que el individuo a quien fundamentalmente se supone autor de un delito, sea segregado del medio social tanto para evitar que su libre actividad pueda resultar peligrosa, como para facilitar al representante de la sociedad el acopio de pruebas que permitan el esclarecimiento de la verdad, situación que sería de difícil cumplimiento si el acusado estuviere libre. Terminada la averiguación y comprobada la presunta responsabilidad, el indiciado debe ser entregado a la autoridad judicial, exigiendo ésta se le mantenga en lugar adecuado y seguro. Es de esta manera como se inicia la prisión preventiva del inculcado, quien queda sujeto a proceso y totalmente bajo la responsabilidad del juez que deba instaurar el proceso correspondiente.

"Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculcado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad.

"Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de ejecución de proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente. Todo maltrato que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gaveta o contribución en las cárceles, aun abusos, que serán corregidos por sus leyes y reprimidos por las autoridades".²⁴

Esta disposición constitucional establece diferentes prohibiciones, obligaciones y requisitos en relación con la detención preventiva del inculcado, todos los cuales representan otras tantas garantías del acusado en materia procesal penal. Tales prohibiciones, obligaciones y requisitos están destinados a normar la conducta tanto de las autoridades judiciales encargadas de ordenar la detención preventiva del inculcado, como de aquellas que tienen a su cargo la ejecución de esta medida cautelar.

Ahora bien, la privación de la libertad de las personas presuntamente responsables de la comisión de un delito, se ubica en la fase inicial del proceso penal, la cual, en nuestra opinión, cubre el período que va desde la aprehensión del inculcado hasta el pronunciamiento de la sentencia absolutoria o condenatoria, y es precisamente durante dicho período cuando, creemos se suscitan los más graves problemas para la protección de los derechos humanos de las personas privadas de sus libertades.

²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Op.cit. Pág. 17.

En efecto, a nadie escapa después de que la vida, la libertad personal es uno de los bienes más preciados del ser humano. Ello explica el porqué todo sistema jurídico se esfuerza por rodear a la libertad personal de una serie de garantías fundamentales encaminadas a sus protección.

Pese a todo, entre los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, el que, de siempre, más ha sufrido los embates de la actividad represiva cuando no francamente autoritaria de los órganos del Estado, es el de la libertad personal, cuya privación constituye una de las más graves irrupciones en la esfera de los derechos humanos del individuo, ya que la misma va enseguida, casi irremisiblemente, de la privación o conculcación de muchos otros derechos.

"De ahí que la cuestión de la protección jurídica de toda persona sometida a detención por las autoridades estatales, se encuentre íntimamente vinculada con la preocupación por la protección de los derechos humanos. Dicho en otros términos, la manera en que un Estado trata a las personas que han sido privadas de su libertad personal es un criterio muy significativo para poder juzgar la actitud estatal respecto del estado de derecho, principio éste de capital importancia para la realización de los derechos humanos".⁴⁹

Y es que, del hecho mismo de la privación de su libertad, el detenido se encuentra en una situación de gran inseguridad, cuando no de completa indefensión ante la posible comisión, por parte de las autoridades, de violaciones particularmente graves contra sus derechos. El amplio repertorio de violaciones de los derechos

⁴⁹ Las Garantías Individuales. Op.cit. Pág. 402.

humanos susceptibles de cometerse a raíz o en el curso de la detención, muestra con toda evidencia que tales violaciones son cometidas típicamente por el Estado mismo, es decir, por sus autoridades, las cuales, en último caso, las ordenan, toleran o ejecutan.

"Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. 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 hubiere impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas."

"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."

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

"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."

"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, eficiente, profesionalismo y honradez."

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

Imposición de las penal por la autoridad judicial. Este mandamiento tiene su origen en la Constitución de Cádiz y es una consecuencia del principio de la división de poderes, o en estricto sentido, de las funciones. El precepto vigente está relacionado con los artículos 14 y 16 de la Carta Federal en vigor, en cuanto la atribución exclusiva de los tribunales tanto penales como militares, en sus respectivas esferas de competencia, para imponer las penas estimadas en sentido estricto, a los que consideren culpables de una conducta delictuosa, sólo puede efectuarse a través de una sentencia condenatoria debidamente fundada y motivada en un proceso en el cual se respeten el derecho de defensa y las formalidades esenciales del procedimiento.

La persecución de los delitos por parte del Ministerio Público y la policía judicial. Este es el aspecto de mayor trascendencia del artículo 21 constitucional, puesto que fue introducida por el Constituyente de Querétaro después de un extenso debate y mereció una explicación muy amplia en la exposición de motivos del proyecto presentado por Venustiano Carranza.

* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. OpCit. Pág. 18.

En efecto, en la citada exposición de motivos se insistió en la necesidad de otorgarle autonomía al Ministerio Público el que de acuerdo con la legislación expedida bajo la Constitución de 1857, carecía de facultades efectivas, en el proceso penal, puesto que la función de policía judicial, no existía como organismo independiente y era ejercida por los jueces, quienes se convertían en verdaderos acusadores en perjuicio de los procesados.

"Artículo 22.- Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

"No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil de la resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuesto o multas, ni el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109."

"Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al saltador de caminos, al pirata y a los delitos graves del orden militar."

Este precepto contempla la humanización de las penas, tratos y castigos otrora bárbaros, crueles y trascendentales, poscribiendo, específicamente, la mutilación, la

infamias, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, así como otras penas inusitadas y trascendentales.

La disposición constitucional que ahora nos ocupa fue adicionada mediante la reforma del 28 de diciembre de 1982, publicada en el Diario Oficial de la misma fecha, en relación con la confiscación de bienes en caso de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos.

El primer párrafo de este artículo, con miras a preservar la integridad y la dignidad deben ser aseguradas a todo ser humano, máxime cuando éste se encuentra privado de su libertad en virtud de una sentencia condenatoria, prohíbe, expresamente, un cierto número de penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, haciendo extensiva esta prohibición a todas aquellas penas que tengan un carácter inusitado y trascendental, es decir, tanto las no previstas por la legislación, como las que pudieran afectar a personas distintas al inculpaado y ajenas al delito cometido.

Sin embargo, tratándose de la confiscación de bienes, el propio precepto constitucional que comentamos en un segundo párrafo, que no debe entenderse como tal, primero, la aplicación total o parcial de los bienes personales, decretada ya sea por la autoridad judicial, para reparar los daños y perjuicios resultantes de la comisión de un delito, o bien, y aquí se entiende, desde luego, que se trata de otra autoridad, por la autoridad administrativa, para el pago de impuestos o multas; ni, segundo, el decomiso de los bienes en los casos de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, en los términos del artículo 109, fracción III, tercer párrafo, de nuestra propia ley fundamental, segundo supuesto con el que fue complementada

toda la disposición constitucional de que ahora tratamos, a través de la reforma a que ya antes hicimos referencia.

El tercero y último de esta norma constitucional contiene la prohibición de la pena de muerte. A este respecto, y dada la estrecha relación existente entre la pena capital y el derecho a la vida, cabría hacer hincapié en que sólo nuestra Constitución no consagra explícitamente el derecho fundamental a la vida, sino que, interpretando a contrario sensu el artículo 14 de la propia ley fundamental se colige que, satisfecha la condición de que medie un juicio seguido ante tribunales previamente existentes, cumplidas las formalidades esenciales del procedimiento y observadas las leyes expedidas con anterioridad al hecho, si se puede llegar a privar de la vida a una persona.

De ahí que, atento a lo dispuesto por el citado artículo 14, así como la prohibición contenida en el tercer párrafo del precepto que ahora comentamos, resulta que ni el derecho fundamental a la vida, ni la prohibición de la pena de muerte son absolutas; el derecho a la vida porque, como ya lo hemos visto, satisfechas las condiciones y cumplidas las formalidades prescritas por la ley, puede privarse legalmente de la vida a una persona; la prohibición de la pena capital, puesto que su proscripción absoluta sólo opera tratándose de delitos políticos, ya que por lo que hace a otro tipo de ilícitos penales, esta disposición cubre un amplio espectro de delitos, sean éstos del orden común o del militar, tanto en tiempo de guerra como de paz, a cuyos autores puede imponerse la pena de muerte.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

"Artículo 23.- Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver la instancia."⁴⁸

Esta disposición constitucional establece diversas prohibiciones, las cuales representan otras tantas garantías otorgadas a toda persona que, por imputársele la comisión de un delito, se encuentra sujeta a proceso penal.

Con miras a que cualquier persona, presuntamente responsable de la comisión de un delito, sea juzgada en un plazo razonable, una sola vez y de manera definitiva, estableciéndose su situación jurídica mediante un fallo definitivo, sea éste absolutorio o condenatorio, que la primera frase del precepto que comentamos prohíbe, en primer lugar, que un juicio criminal tenga más de tres instancias procesales. Dicho en otros términos, en ningún juicio en materia penal pueden llegar a dictarse más de tres decisiones o sentencias judiciales sobre un mismo caso, lo cual se traduce en la obligatoria definitividad de la resolución dictada en tercera instancia, misma que no será susceptible de revisión o impugnación mediante una cuarta instancia.

En segundo lugar, y con el mismo propósito antes señalado, la frase siguiente de la norma constitucional que nos ocupa prohíbe el que alguna persona puede ser juzgada dos veces por un mismo delito. Esta prohibición, que representa la consagración constitucional del principio non bis in idem, sólo opera en el supuesto de que la persona haya sido juzgada y condenada o absuelta mediante sentencia

⁴⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Op.cit* Pág. 15.

firme o irrevocable, o, dicho de otra manera, por resolución contra la cual no procede ningún otro recurso legal.

Finalmente, la última frase de esta disposición de nuestra ley fundamental prohíbe la injusta práctica de absolver de la instancia, consistente en mantener abierto indefinidamente el proceso, su pretexto de falta de pruebas o de elementos suficientes para absolver o para condenar. Es aquí, precisamente, donde encuentra cabida, implícitamente, el principio universalmente reconocido de la presunción de inocencia, conforme al cual toda persona inculpada se reputa inocente mientras no se demuestre lo contrario, y que, en caso de duda, no procede otra cosa que la absolución.

3.4.- ANALISIS DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL

Comentario aparte merece el artículo 20 de nuestra Constitución, ya que en él se consagran los derechos sacramentales que tiene toda persona que ha sido objeto activo del delito, para lo cual me permito transcribir el citado artículo, para mayor comprensión.

***Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías:**

- 7.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad 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.*

"El monto y la forma de caución que se fija deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial.*"

"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 razón del proceso:

"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 su consignación a la justicia, el nombre del acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria:

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

- "V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándose para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentre 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 una 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 e interior de la Nación;**
- "VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;**
- "VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratase 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;**
- "IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna ésta 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 honorario de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causas de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo."

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

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

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

"En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes."

El artículo 20 constitucional establece un conjunto de garantías para los procesados penalmente. Sus antecedentes se remontan a la aparición del pensamiento

*** Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Op.cit. Pág. 17.**

humanista en el ámbito del derecho penal cuyo más destacado representante fue el marqués de Beccaria que en el siglo XVIII en su obra de los delitos y de las penas en torno a la preservación de la estimación del individuo y el respeto a su dignidad aún en el caso de tratarse de un criminal.

El alto valor concebido a la libertad exigía que el derecho rodeara de garantías cualquier procedimiento por virtud del cual aquélla pudiera perderse. Este pensamiento está en la raíz de las disposiciones constitucionales que establecen los requisitos procesales en favor de aquel a quien se imputa la comisión de un delito. Desde la Constitución de Cádiz se señalan al respecto a fin de evitar las detenciones prolongadas, la compulsión para obligar al acusado a declarar en sus contra, la creación de impedimentos que colocaran en situación de no poderse defender adecuadamente, el empleo de amenazas o torturas en su contra. Estos principios se recogieron por los diversos documentos constitucionales mexicanos, incluso en las Leyes Constitucionales de 1836 que tuvieron un carácter fuertemente conservador.

El artículo 20 del proyecto de Constitución de Venustiano Carranza constituía un catálogo muy completo respecto de las garantías de la persona sujeta a un proceso penal y fue motivo de una amplia discusión en el Congreso Constitucional.

La fracción primera establece la garantía de poder obtener la libertad provisional bajo caución. Esta institución tiende a armonizar el interés que la sociedad tiene de no privar injustamente de la libertad a los individuos y al mismo tiempo, el de no dejar sin sanción una conducta punible. A fin de no privar de la libertad a una persona acusada y al mismo tiempo asegurar que se quede sujeta la

acción de los tribunales, esta figura jurídica consiste en conceder el goce de la libertad, cuando se ha sufrido la detención preventiva por haber sido objeto de imputación de un hecho delictuoso, mediante el otorgamiento de una garantía económica.

A veces se ha cuestionado esta fórmula por estimarse que aplica un criterio burgués, haciendo que la libertad pueda ser obtenida con dinero. Si bien esta crítica representa un punto de vista razonable, lo cierto es que no ha sido fácil encontrar otras fórmulas que subsanen el conflicto de valores sociales que se presenta en este caso.

Por ello nuestra Constitución establece en el texto vigente que el juzgador al fijar la caución deberá tomar en cuenta las circunstancias personales del imputado entre ellas, por supuesto, su situación económica a fin de que la acusación resulte equitativa. Pero además se establece un límite general que es el equivalente a dos años de salario mínimo vigente en el lugar en que se comete el delito. Esta forma de aplicar la caución, con base en el salario mínimo, permite que la misma se adecue a las condiciones económicas cambiantes.

La fracción II, pretende garantizar al individuo frente a acciones arbitrarias, injustas o excesivas de la autoridad para obligarlo a que se declare culpable. En esta fracción se sustenta la tendencia que, afortunadamente, se abre paso en el derecho procesal penal mexicano de restarle valor probatorio a la confesión. En el ámbito penal debe insistirse en la aportación de pruebas objetivas que puedan evidenciar la

responsabilidad del acusado en lugar de pretender basarse en el reconocimiento que de los hechos delictivos haga el propio imputado.

Las fracciones III, IV, y IX establecen un conjunto de garantías tendientes a crear verdaderas posibilidades de defensas para el imputado. Se prevé que éste deberá conocer dentro de las 48 horas siguientes al momento en que haya sido puesto a disposición del juez, quién lo acusa y de qué se le acusa, de modo que pueda responder a las imputaciones que se le hagan. Se señala también que el acto en que esto ocurra deberá ser público.

Se procura con estas disposiciones eliminar las prácticas inquisitoriales, empleadas en el pasado, que imposibilitan la debida defensa al no contar el acusado con datos que le permitieran conocer con precisión los hechos que se le atribuyan. En ese mismo sentido se orienta el contenido de la fracción VII al garantizar que se le proporcionen al acusado todos los datos que se hayan aportado en el proceso en su contra, para que pueda defenderse. La publicidad del proceso busca también evitar prácticas indebidas que por realizarse a puertas cerradas impidan el conocimiento público y la posible denuncia de irregularidades.

La fracción IX consagra la garantía de audiencia a fin de que el acusado sea escuchado respecto de los que tenga que decir en su defensa, ya lo haga por sí mismo o por medio de una persona de su confianza. Esto quiere decir que quien lo defienda no necesariamente tendrá que ser abogado. Por supuesto, pueden intervenir conjuntamente en la defensa tanto el acusado como su defensor.

La propia fracción establece la defensoría de oficio de manera que si el imputado carece de defensor o se niega a nombrarlo, se garantiza de todas maneras su defensa, en el primer caso permitiéndole que elija entre defensores de oficio que, aunque la Constitución no lo dice expresamente se entiende que sus emolumentos los cubrirá el Estado; o bien, en el segundo caso el propio juez designará al defensor.

En la fracción V se garantiza que se reciban los testimonios de quienes puedan declarar en favor del acusado así como las demás pruebas deberán ajustarse a los principios generales que sean idóneas, posibles o jurídica y moralmente procedentes. En este punto la ley procesal ordinaria fija las normas aplicables al respecto, pero éstas deberán reconocer un tiempo prudente para que las pruebas puedan ser efectivamente recibidas y posibilitar el auxilio al acusado para que comparezcan aquellos cuyo testimonio ha solicitado. De esta disposición deriven las normas en materia de procedimiento que faculten a la autoridad para presentar, incluso mediante el empleo de la fuerza pública, a los testigos solicitados.

Las fracciones VI y VII definen principios aplicables al proceso, como el que sea público.

La Constitución abre la posibilidad de que los juicios penales sean realizados por un juez profesional o por un jurado, para formar parte del cual la norma constitucional indica que los ciudadanos que la constituyen sepan leer y escribir, con objeto de que puedan ilustrarse verdaderamente de los términos del proceso. La tradición jurídica mexicana se ha inclinado por el sistema profesional de justicia, siendo el jurado popular una institución de excepción.

La fracción X se refiere a garantías de libertad, determinando que no podrá entenderse el tiempo de prisión, por causas económicas como la falta de pago de honorarios a los defensores o la cobertura de responsabilidades civiles. Ello no impide que dentro de los límites previstos para la pena, el juez pueda aplicar una sanción más grave cuando no se reparen los daños y perjuicios causados a la víctima.

La más reciente adhesión a este artículo lo es sin duda la contemplada en la fracción X, cuarto párrafo en donde se señala que las fracciones V, VII, y IX, también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos con los requisitos y límites que las leyes establezcan, es decir que la averiguación previa se convierte en un "juicio de carácter administrativo" en donde se pueden ofrecer y desahogar las probanzas que se consideren adecuadas para la defensa del presunto responsable, teniendo éste en todo momento la garantía de la defensa adecuada por sí misma por abogado o por persona de su confianza, si no desea o no puede nombrar defensor, en este caso el Ministerio Público Investigador le designará uno de oficio, teniendo derecho a que su defensor comparezca en todos los actos de la averiguación previa y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

La cuestión radica en dilucidar si la declaración ministerial permite efectivamente ejercitar el derecho de defensa o si, al contrario, por el órgano que la recibe, el lugar donde se presta y por sus consecuencias, no implica desconocer los derechos y garantías del presunto responsable. Como veremos el sagrado derecho de defensa puede inculcarse o ejercerse plenamente de acuerdo con las garantías que se establezcan para recibir la declaración policial.

También la declaración ministerial, está estrechamente relacionada con la defensa técnica del imputado, ya que la presencia del defensor técnico es de fundamental importancia durante la realización de dicho acto. Es decir que la declaración ministerial, es una de las formas de concretar la asistencia letrada en que debe contar el imputado.

La importancia que reviste la declaración ministerial, radica en que, tradicionalmente, toda la investigación, se fundamenta en la confesión que el imputado brinda su declaración, transformándose en la prueba por excelencia, es, por cierto, un vicio propio de la indagatoria uno de los caracteres típicos del procedimiento inquisitivo, y decimos que no es patrimonio exclusivo de la indagatoria, ya que en muchas oportunidades los jueces instructores centran toda su atención en la confesión del imputado, y una vez obtenida se desprecupan de coleccionar otros elementos de prueba que servirán para fundamentar una sentencia condenatoria.

Es decir que la declaración ministerial debe estar rodeada de las garantías suficientes, para que la eventual confesión del imputado sea consecuencia de su libre voluntad y no el fruto de la coacción o psíquica a que es sometido.

De ello se desprende la especial atención que merece el valor probatorio de la declaración ministerial, máxime cuando contiene la confesión del delito y no es ratificada judicialmente.

La presencia del defensor técnico en el acto de la declaración ministerial está íntimamente relacionada con el derecho del imputado a tener una defensa técnica adecuada, concretándose así la asistencia letrada durante la Averiguación previa y con el derecho a comunicarse con su defensor antes de declarar. La presencia del defensor en la declaración tiene una doble finalidad: por un lado el asesoramiento legal previo, y por el otro controlar la legalidad del acto, a fin de que se respeten los derechos y garantías del imputado.

Pero, la presencia del defensor en dicho acto, es normativamente obligatoria. Algunos autores sostienen "que no puede obligarse por la norma al defensor técnico a presentar el acto... será un deber ético del abogado defensor designado presenciar el acto si su defendido desea prestar declaración, constitucionalmente es obligatoria la asistencia letrada desde el inicio de las diligencias en el Ministerio Público Investigador.

En cuanto a las garantías que tiene el imputado al prestar declaración ministerial, los autores sostiene que son similares a las establecidas para la declaración realizada ante el juzgado, libertad para declarar e imputación del hecho. Recordemos que el derecho a designar un defensor se le debe informar al imputado en la primera oportunidad, es decir, antes de la declaración ministerial y preparatoria le informará el derecho que tiene de abstenerse de declarar sin que ello implique una presunción en su contra; se le imputará el hecho o hechos que se le atribuyen y las pruebas que existen en su contra; en ningún momento se le requerirá juramento o promesa de decir verdad; no se ejercerá sobre ningún tipo de coacción; las preguntas que se le formulen serán claras y precisas.

CAPITULO CUARTO
LA NECESIDAD DE DEROGAR EL ARTICULO 294 DEL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1.- NATURALEZA JURIDICA DEL DEFENSOR.

Son diversas las denominaciones que se la han dado al defensor algunos tratadistas lo ubican como mandatario, como auxiliar de la justicia y como órgano imparcial de esta.

El mandato judicial es la manera más común y más extendida de perfeccionar la representación procesal. El mandato judicial es un contrato por medio del cual una persona llamada mandante, confiere a otra, llamada mandatario, una representación para que actúe en nombre suyo y en su representación. El Código Civil define al mandato como "...un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga".²⁰

Desde el punto de vista de la representación no es posible situarlos dentro de la institución del mandato civil, porque aunque ejerce sus funciones por disposición de la ley y por la voluntad del "mandante" no reúne los elementos característicos del mandato. La designación de defensor y los actos que lo caracterizan se cifan estrictamente a los actos procesales que, en todos sus aspectos, están regulados por la ley y no por el arbitrio de las partes.

²⁰ Código Civil para el Distrito Federal, Congreso de la Unión, 70a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1997, Pág. 400.

Para el maestro González Bustamante, el cual es citado por el Licenciado Colín Sánchez que establece que no se le debe comparar al defensor como auxiliar de la administración de justicia "ya que estaría obligado a romper el secreto profesional y a comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiere recibido del inculcado".¹¹

Nosotros no estamos de acuerdo con ésta postura, ya que el defensor, ya sea particular o de oficio gozan de completa independencia, respecto a la estructura administrativa del poder judicial, tal es el caso que el defensor de oficio del fuero común depende jerárquicamente del Departamento del Distrito Federal, razón por la cual no está obligado material ni moralmente a comunicar al juzgador la información que obtenga del inculcado.

Los actos del defensor no se constriñen únicamente al consejo técnico o al simple asesoramiento del procesado, ya que además puede obrar por cuenta propia interponiendo los recursos que considere pertinentes y aportar pruebas en beneficio del procesado.

Al respecto el maestro Humberto Briseño Sierra comenta que:

"El abogado viene a figurar como auxiliar, patrono, asesor, consultor y en muchos casos como verdadero accionante. Auxilia a la parte, pero considerando que el proceso penal, por ejemplo, se prevé al defensor de oficio, quien está organizado a la manera del Ministerio Público, se puede hablar de un auxiliar procesal del

¹¹ Colín Sánchez Guillermo. *Opcit.* Pág. 172.

jugador señalando más adelante que por razón de la independencia, no deben ejercerla los asalariados sujetos a una disciplina de trabajo, deberes reglamentarios o de subordinación. Por razón de igualdad, no son admisibles objetivamente, los privilegios de quienes ocupan puestos jerárquicos en el gobierno, funciones judiciales o fiscales, funciones y empleos en la administración de justicia, y quienes por su influencia o poderío darían lugar a una desigualdad en la defensa, al poder disponer de medios excepcionales que la ley puso en sus manos por la naturaleza de sus misiones".²²

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

Otros doctrinarios afirman que el defensor es un asesor del procesado, pero la naturaleza propia de la institución no demuestra que sus actividades se suscriban a la simple consulta técnica del procesado sino a la realización de un conjunto de actividades que no sólo se refieren a aquel, sino también al juez y al Ministerio Público.

Así mismo algunos tratadistas establecen que el defensor debe ser imparcial a la administración de justicia, señalando nosotros que un defensor nunca debe ser imparcial, ya que desde el punto de vista de la lógica jurídica, el defensor tiene la

²² Brisaño Sierra Humberto, Op.cit. Pág. 654.

obligación de ayudar a su representado sea culpable o no del delito que se le impute, razón por la cual tendrá como finalidad inmediata el demostrar la inculpabilidad de su representado y no ser neutral a las imputaciones que se le achaquen, ya que consideramos que el único que debe ser imparcial, es el juez, que sirve como medidor de los diversos intereses, materializados por el Ministerio Público y el defensor.

Motivo por el cual nos inclinamos a señalar que el defensor es un auxiliar de la administración de justicia, ya que éste se va a valer de la defensa y del Ministerio Público para conocer la verdad histórica de lo que en realidad ocurrió en una fecha y lugar determinado, para así resolver sobre la litis planteada.

4.2.- MOMENTO EN QUE SE DEBE NOMBRAR DEFENSOR.

El nombramiento del defensor puede realizarse a petición del sujeto o en su defecto, si no quiere o no puede nombrar defensor particular o persona de confianza el Ministerio Público le nombra un defensor de oficio, el cual no devengará honorarios por estar retribuido por el gobierno.

Se debe diferenciar dos supuestos: que el presunto responsable se encuentre detenido o que se encuentre en libertad. Si se encuentra detenido, tendrá el derecho a comunicarse por vía telefónica para informar a sus familiares o amigos su situación personal, para que puedan en determinado momento estar presentes al momento de rendir la declaración ministerial, en la praxis existe el viejo vicio de nombrar persona de confianza, para que esté presente al momento que el Ministerio Público le

tome su primera declaración, sin nombrarle al presunto responsable al defensor de oficio, es decir, que en este caso se viola flagrantemente la garantía de seguridad jurídica, establecida en el artículo 20 constitucional, en la cual se establece la obligación de que el presunto responsable "tenga una defensa adecuada", y ¿ como va a ser 7, si ni siquiera el sujeto activo cuenta con un perito en derecho. Es importante la presencia de la persona de confianza, ya que aporta el ánimo del presunto un apoyo de carácter moral, cosa que el defensor de oficio no va a aportar, ya que en la mayoría de los casos es una persona desconocida para el presunto, pero la persona de su confianza difícilmente puede tener conocimientos técnicos-jurídicos que pueda hacer valer ante la representación social investigadora y así ayudar al presunto responsable a aliviar su situación jurídica.

Obviamente que la facultad de nombrar defensor, la tiene sin duda el presunto responsable, pero también pueden proponerlo familiares y amigos del detenido en ratificación de éste, para que el órgano investigador pueda tenerlo como tal. Se requiere pues asegurar y garantizar en la práctica que el presunto responsable cuente desde la agencia con la asistencia letrada en las diligencias de Averiguación previa ya que al estar privado de su libertad y en la mayoría de los casos incomunicado, se le dificulta la posibilidad de elegir al defensor particular (abogado), a pesar de la obligación de los funcionarios de la Agencia del Ministerio Público de hacerle saber su derecho a contar con asistencia técnica en la primera oportunidad.

Si el imputado se encuentra en libertad, por tratarse de una averiguación previa sin detenido, podrá presentarse ante la mesa de trámite que lo requiera, proponiendo

defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias practicadas por el Ministerio Público, es decir, que podrá interrogar al denunciante, testigos presenciales de los hechos y policías que tuvieron conocimiento de los mismos, para hacerlos caer en contradicciones, de tal suerte que si son notorias, puede incluso solicitar el no ejercicio de la acción penal.

Es hasta que el imputado no propone un defensor particular o alguna persona de confianza, se le designa un defensor de oficio, ya que la defensa técnica es un acto esencial no solamente en el proceso, si no desde el comienzo del procedimiento en la agencia investigadora.

De acuerdo a la última reforma del artículo 20 constitucional es una garantía que desde la Averiguación previa debe el presunto responsable contar con asistencia técnica desde el primer momento en que es detenido y el cual puede estar presente en todas las diligencias, tal y como sucede en el proceso, es decir en el juicio propiamente, ya que si no se actúa con la debida asistencia de un perito jurídico, cabe entonces la nulidad tal como lo establece el artículo 27 bis del Código Adjetivo Penal Federal el cual establece: "Las actuaciones serán nulas cuando carezcan de algunas de las formalidades esenciales que prevenga la ley, de manera que se cause perjuicio a cualquiera de las partes, así como cuando la ley determine expresamente la nulidad..."²³

Por lo tanto al haber nulidad de actuaciones, cabe entonces la reposición del procedimiento cuando no se le permita al acusado nombrar defensor en los términos

²³ Código Federal de Procedimientos Penales, Congreso de la Unión, 17a. Edición, Editorial Sista, México 1997, Pág. 12.

que establece la ley y cuando no se observe lo establecido por los artículos 294, 326, 338 y 339 del Código adjetivo penal para el Distrito Federal, esto según el artículo 451-III de la misma ley.

Si bien es cierto que los defensores de oficio en las agencias investigadoras ven multiplicadas sus tareas, ya que tendrán que trasladarse a otras agencias fuera de las que está adscrito, a asistir técnicamente al presunto responsable, la praxis nos demuestra que en la mayoría de los casos los defensores de oficio no están presentes al momento en que sus representantes rinden su declaración ministerial, siendo que su presencia y participación directa en la Averiguación previa contribuiría a garantizar los derechos del presunto responsable.

Hay varias formas de superar éste inconveniente práctico, que se genera en el gran número de causas que tiene que atender el defensor de pobres, como lo llaman en otros países, para el maestro Briseño Sierra sería "mediante el denominado servicio oficial de defensa encomendada a abogados particulares".²⁴

Nosotros no estamos de acuerdo con esa postura, ya que difícilmente un defensor particular se va a prestar de buena gana a llevar un caso totalmente gratis, ya que se supone que la institución de la defensoría de oficio es para aquellas personas de bajos recursos económicos, siendo que los particulares obtienen lucros a veces inimaginables en asuntos que no tiene mayor dificultad. Nosotros sin embargo proponemos el aumento tanto en el número de plazas como en el salario de estos trabajadores, que en realidad ganan salarios de hambre, obligándolos con ello a pedir

²⁴ Briseño Sierra Humberto, *Op.cit.* Pág. 700

dinero a sus representados para "la buena marcha de su juicio", esto obviamente conlleva al aumento de la burocracia, pero no significaría una carga gravosa para el Estado, teniendo en consideración que en cada delegación política existen cuatro agencias investigadoras, multiplicada por las dieciséis delegaciones, daría un resultado de sesenta y cuatro defensores de oficio, a su vez se multiplicaría por el número de turnos existentes que son tres, daría un total de ciento noventa y dos defensores de oficio del fuero común, solamente para averiguaciones previas, sin contar los que estarían en la central de Ministerios Públicos especializados, los cuales son aproximadamente veintitres cubículos, aparte los defensores de primera instancia, juzgados de paz penal, los adscritos rebasa en exceso los recursos materiales, económicos y humanos de la defensoría de oficio, ya que tan sólo para el Distrito Federal no pasan de 120 defensores de oficio, para cubrir todo procedimiento.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal regula la propuesta de defensor durante la Averiguación previa, al disponer el artículo 269 " que cuando el inculpado fuere detenido o se presentarse voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

"III.- Será informado de los derechos que en Averiguación previa consignada en su favor la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

"Dichos derechos son:

a) "No declarar si a si lo desea."

- b) "Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de confianza o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le asignara 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 durante la averiguación previa y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera."
- e) "Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la Averiguación previa, para lo cual se le permitirá a él y a su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal el acta de Averiguación previa".²⁹

La intervención obligatoria del defensor oficial cesa cuando, el presunto responsable nombra persona de confianza o nombra defensor particular, es decir, que el imputado puede nombrar defensor particular en cualquier momento del procedimiento ya sea en Averiguación previa y el Proceso. Sería conveniente que el presunto responsable contara con defensor desde el momento en que es detenido, cosa que lo vemos difícil de llevarlo en la práctica, pero si al menos nombrarle defensor de oficio desde el primer momento en que se empiezan las actuaciones, ya que en la práctica se le nombra momentos antes de que rinda su declaración limitándose en algunas Agencias su actuación, a que sólo presencie la declaración del presunto responsable, sin realizar actuaciones de diversa naturaleza, así mismo ya en el proceso se le nombra defensor al imputado segundos antes de que se le tome su declaración preparatoria, siendo esto totalmente erróneo ya que se le debería

²⁹ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, OpCit. Pág. 129.

nombrar desde el momento en que el juez dicta su auto de radicación, ya que el juez desde ese momento asume competencia.

4.3.- REQUISITOS QUE DEBE DE REUNIR EL DEFENSOR.

Para analizar los requisitos que debe reunir el defensor, primeramente hay que analizar los diferentes tipos y características de cada uno de ellos, el defensor puede ser: el propio imputado, algún familiar, amigo o conocido que sea persona de confianza (defensor material), el abogado (defensor técnico) atendiendo a cada una de las personas que participarían como defensores, serían por lógica los requisitos que deben cubrir.

En referencia a la autodefensa, siempre se ha planteado la interrogante, que si el imputado puede autodefenderse durante el procedimiento penal, algunos autores son reacios a otorgar al imputado la posibilidad de defenderse personalmente, por diversas razones; así se afirma que "desde el punto de vista técnico, el imputado no poseerá los conocimientos técnicos necesarios para que su defensa sea eficaz".²⁶

Nootros pensamos que efectivamente en la mayoría de los casos el imputado no cuenta con los suficientes conocimientos técnico-jurídicos, para que el propio inculcado pueda realizar todos los actos tendientes a demostrar su inocencia para atenuar su culpabilidad, es más bajo el aspecto psicológico, tampoco, ya que quien sufre el efecto de una acusación no tendrá en la mayoría de los casos la suficiente serenidad para afrontar, el penoso drama penal.

²⁶ García Pelayo Gross Ramón. *Op.cit.* Pág. 22.

Los requisitos que debe de reunirse para defenderse, es entre los más importantes ser sujeto del procedimiento penal, estar en pleno uso de las facultades mentales, que se realice ante el Ministerio Público Investigador, juez o agente aprehensor.

En cuanto a las personas de confianza, los cuales pueden ser familiares, amigos o simplemente conocidos del imputado, podemos señalar que también en la mayoría de los casos, carecen de los conocimientos jurídicos indispensables para aliviar la situación de quien vive en carne propia el procedimiento penal, pero si con una valiosa ayuda al imputado, ya que se aportan la asistencia moral y económica para que el sujeto activo, pueda sobrellevar su penosa situación.

Finalmente tenemos al defensor técnico o abogado quien "debe actuar en favor de los intereses que tiene confiados; de los más nobles que por su importancia, para lograr la paz y el bienestar social."

Diversos han sido los requisitos que establece el Estado para que pueda dar su autorización para la práctica de la abogacía, esto invariablemente ha dependido de la época histórica, así tenemos que como en la colonia para ejercer la abogacía no bastaba con ser egresado de la Universidad, se debía también trabajar cuatro años en un bufete de un abogado reconocido, pasar un examen ante una comisión de oidores nombrados por la autoridad política y posteriormente matricularse en el registro de abogados. Actualmente los estudios para la carrera de derecho se cursan en 10

¹⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, Op.cit. Pág. 12

semestres, una vez aprobados el 100% de créditos, deberá realizarse una Tesis y un examen profesional, debiéndose registrar el título en la Dirección General de Profesiones.

Nosotros pensamos que los anteriores requisitos, es en cuanto a la forma, pero en cuanto al fondo el requisito básico para poder ser defensor, es el ser nombrado por el imputado, Ministerio Público Investigador o juez, para que pueda actuar, bien sabemos que no hay límite para que el defensor técnico pueda realizar cualquier trámite durante la secuela procedimental, el problema se centra básicamente en la persona de confianza del imputado, ya que su actuar es de simple espectador del proceso.

Otro de los requisitos es ser mayor de edad y estar además en pleno uso de sus facultades mentales, aparte de éstos requisitos pensamos que no es necesario para el defensor material contar con determinados estudios, en cambio para el defensor técnico, si es obligatorio contar con al menos con la Licenciatura en Derecho; la Constitución Federal en su artículo 20-IX no establece que el defensor deba estar titulado en la rama del derecho, para poder ser defensor en el proceso, pero sin embargo en la praxis así lo exigen todos los juzgados.

4.4.- DEBERES Y DERECHOS DEL DEFENSOR.

Los derechos del defensor en la etapa de averiguación previa dimanen el derecho de defensa establecido en el artículo 20 constitucional en relación al artículo 269 del Código Adjetivo penal vigente para el Distrito Federal, constituyendo una forma

concreta de ejercer ese derecho no sólo en la Averiguación previa, sino también en la primera instancia.

Dichas atribuciones, según los artículos antes señalados son :

- 1) Comparecer en todos los actos de desahogo de pruebas.
- 2) Consultar el expediente.
- 3) Que se le reciban los testigos y demás probanzas que ofrezca.
- 4) La facultad de estar presente en toda diligencia que se realice sobre el caso.
- 5) La facultad de presenciar y participar en la declaración en la Agencia del Ministerio Público del probable responsable y en el juzgado al tomarle sus declaraciones.

Esta facultad entraña la de comunicarse con el imputado durante cualquier diligencia del procedimiento, es decir que el defensor tiene ese derecho, no obstante que en la Agencia del Ministerio Público sea incomunicado el presunto responsable, con el pretexto de no viciar su declaración al ser aconsejado en la forma que deberá hacerlo. Este derecho está expresamente reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en la Constitución Federal en su artículo 20-II y la ley adjetiva de la materia para el Distrito Federal en su artículo 289, el cual establece expresamente que: "en ningún caso y por ningún motivo, podrá la autoridad emplear la incomunicación, intimidación o tortura para lograr la declaración del indiciado o con otra finalidad".³⁰

³⁰ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Op.cit. Pág. 124.

Sin embargo también el artículo 134 bis tercer párrafo de la ley adjetiva de la materia del fuero común señala que: "el Ministerio Público evitará que el presunto responsable sea incomunicado, intimidado o torturado. En los lugares de detención del Ministerio Público estará instalado un aparato telefónico para que los detenidos puedan comunicarse con quien lo estimen conveniente".²⁹

Esta facultad se traduce concretamente en el consejo profesional que el defensor proporciona al imputado y que comprende, además de indicar la actitud de asumir ante la inminente declaración en el sentido de declarar o de abstenerse así como la explicación de los derechos y garantías que le asisten por su condición de imputado e incluso como lo señala el Maestro Briseño Sierra "la palabra de aliento, muchas veces necesaria cuando se trata de imputados ocasionales, para sobrellevar el traumático trance que significa el proceso penal".³⁰

La presencia del defensor técnico en la averiguación previa y en el juzgado al momento que se le toma la preparatoria, tiene la finalidad la de controlar la legalidad del acto a efecto de que se respeten los derechos y las garantías del imputado, contando la declaración ministerial y la realizada ante el juzgado en vía preparatoria con las mismas garantías establecidas en nuestra ley.

En cuanto a los deberes procedimentales del defensor están entre otros los siguientes:

A) Las de aceptar y protestar el cargo conferido por el imputado por el Ministerio

²⁹ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Op.cit. Pág. 114.

³⁰ Briseño Sierra Humberto, Op.cit. Pág. 700

Público o juez, tratándose del defensor de oficio.

- B) La de tramitar la libertad provisional del probable responsable.**
- C) Solicitar al Ministerio Público el no ejercicio de la acción penal, cuando procediere.**
- D) El de aportar toda clase de pruebas, para acreditar la inocencia o la excluyente de responsabilidad penal del imputado.**
- E) La de interrogar al ofendido, testigos de hechos, policías remitentes a efecto de que el órgano investigador o el juez, no les de valor probatorio.**
- F) La de estar presente al momento que declare el imputado.**
- G) La de participar activamente en todas las diligencias de ministeriales y judiciales en factor de su representado.**
- H) La de interponer los recursos legales que puedan ser procedentes.**
- I) La de elaborar conclusiones de inculpabilidad, de mínima temeridad o excluyente de responsabilidad penal.**
- J) La de interponer incidentes que legalmente procedan.**
- K) Vigilar el respeto a las garantías individuales para su defensa.**

El maestro Colín Sánchez establece otras obligaciones como la de "entrevistarse con el indiciado o infractor para conocer de viva voz, la versión personal de los hechos y los argumentos que pudiera ofrecer a su favor para hacerlos valer ante la autoridad del conocimiento, asesorar y auxiliar a su defensa en cualquier otra diligencia que sea requerido por la autoridad correspondiente: señalar en actuaciones los lineamientos legales adecuados y conducentes para exculpar, justificar o atenuar la conducta de su representado".⁶¹

⁶¹ Colín Sánchez Guillermo. *Op.cit.* Pág. 185.

Noosotros pensamos que tanto las facultades como las obligaciones del defensor no están en un capítulo especial, ya que se encuentran diseminadas por toda la ley adjetiva de la materia, las cuales fueron extractadas y presentadas, en forma de incisos para su mayor comprensión, la única ley que establece las obligaciones del defensor de oficio, lo es sin duda la ley de la defensoría de oficio de fuero común, la cual ha quedado rezagada por la indiferencia de la sociedad, cayendo esta noble institución en un pozo sin fondo, en donde imperan toda clase de corruptelas, vicios y mediocridad en perjuicio de los que viven en carne propia el drama penal.

4.8.- COMENTARIOS AL ARTICULO 128 DEL CODIGO ADJETIVO PENAL FEDERAL.

El artículo 128 del actual Código Federal de Procedimientos Penales, establece los derechos que tiene el presunto responsable al momento en que rinda su declaración ante el Ministerio Público Federal, ya sea que se presente voluntariamente, que fuere detenido en flagrante delito o que sea presentado en virtud de una orden de aprehensión, fue sin duda el modelo a seguir para cambiar el antiguo artículo 269 del Código adjetivo penal para el Distrito Federal el cual señalaba que "cuando el presunto responsable fuere aprehendido, se hará constar la hora en que lo haya sido y se le recibirá su declaración. También se le recogerán los objetos que se relacionen con el delito que no deban dejarse en su poder, por temor a que se pierdan o porque se estime inconveniente que los tenga en su posesión; pero en todo caso se entregará al detenido un recibo en el que se especifiquen los objetos

recogidos agregándose al acta un duplicado de este recibo, que deberá llevar la firma de conformidad del indiciado".⁶²

Evidentemente que el único derecho que establecía el antiguo artículo era que se estableciera la hora de la detención, esto con objeto de determinar el término que tendría el Ministerio Público investigador para consignar o dejar libre al presunto responsable, el viejo artículo señalaba que se le recibiera su declaración, es decir, que en ningún momento establecía los derechos que ya consagraba el artículo 128 del Código de procedimientos penales en materia federal, derechos básicos y esenciales que debía conocer el imputado para poder defenderse, tales como el de saber el delito por el cual fue detenido y sobre todo el nombre de su acusador, además que podría defenderse por sí o por persona de confianza, sino pudiere o no quisiere nombrarlo el Ministerio Público, la problemática en éste sentido estriba principalmente, en que por cada delegación política hay como máximo un defensor de oficio en averiguaciones previas, debiendo de tomar en cuenta que en cada delegación existen como mínimo cuatro agencias, de tal suerte de que es materialmente imposible para un solo defensor cubrir las necesidades de asesoría y asistencia jurídica, es por eso que no obstante que el artículo 128 en materia federal y 269 en materia local, establecen como garantías que el presunto responsable podrá defenderse por sí mismo o por persona de confianza y solamente que no lo nombrare o no pudiera nombrarlo únicamente en ese caso concreto la autoridad le deberá nombrar un defensor de oficio. Evidentemente que la asesoría letrada debiera de ser obligatoria, principalmente en la etapa de averiguación previa que es donde más violaciones a las garantías individuales se dan en contra de las personas que están

⁶² Antigua Artículo 269, hasta antes de las reformas de 1994.

sujetas a investigación, tal como sucede en la primera instancia, ya que independientemente que el procesado se defienda por sí y tenga nombradas personas de su entera confianza, no obstante esto, el juez le nombra un defensor de oficio, para que el imputado pueda contar desde el inicio del proceso con asistencia letrada, pero esto no lo establece como obligatorio por la ley, más que nada el juzgador se lo asigna al imputado por equidad procesal, ya que de su contraparte, es decir, el Ministerio Público, si es un perito en la materia y éste siempre tratará de demostrar los elementos del tipo penal y desde luego la presunta responsabilidad penal del imputado, cayendo desde nuestro punto de vista en estado de indefensión, desde que se realice la primera diligencia en la agencia investigadora y que no se encuentre una persona letrada en leyes que defienda los intereses del presunto responsable, ya habíamos establecido que la persona de confianza juega un importante papel durante el procedimiento ya que es la persona que asiste moralmente al imputado, no encontrando ningún antagonismo entre el defensor letrado y la persona de confianza y si varias afinidades, entre las que encontramos las siguientes:

- 1.- Las dos personas auxilian al imputado en su drama penal, uno jurídicamente y el otro moralmente.
- 2.- Son personas que no les afecta en su esfera jurídica la pretensión estatal de prevenir el delito y reprimir al delincuente.
- 3.- Son individuos básicos desde el inicio de la Averiguación previa, ya que si no se les nombra la declaración del presunto responsable carecería de valor, máxime cuando ha confesado haber realizado conductas antijurídicas el imputado.

Otro de los derechos establecidos en el artículo 128 del Código Adjetivo penal federal, lo es sin duda que el defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la Averiguación previa, esto en la praxia no se exige por parte de los defensores letrados, es más si siquiera se les da autorización para poder comunicarse con sus representados antes que rindan su declaración ministerial, no existiendo ningún fundamento para negar que el imputado se comuniqué con su abogado y si existe por el contrario artículo expreso donde faculta este tipo de comunicación, tal es el caso del artículo 66 del Código adjetivo penal para el Distrito Federal que establece: "el inculpado, durante la audiencia sólo podrá comunicarse con sus defensores sin poder dirigir la palabra al público. Si infringiere esta disposición será castigado, así como aquel con el que se comuniqué con arresto hasta de 15 días o multa hasta de 10 días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal".⁶³

De igual forma lo establece el Código de Procedimientos Penales en materia federal, específicamente en su artículo 89, el cual comprende tres párrafos y en el último, señala que si el inculpado se comunica con el público asistente al momento de estarse llevando a cabo alguna diligencia, al imputado se le impondrá una corrección disciplinaria (párrafo segundo) y a la persona del público será retirada de la audiencia y además se le impondrá una corrección disciplinaria si se estima conveniente.

⁶³ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Op.cit. Pág. 108.

Para nosotros nos parece un poco más adecuada la redacción del artículo 89 de procedimientos penales en materia federal, lo único que podemos decir que está mal empleada la denominación corrección disciplinaria, indicando Guasp, el cual es citado en el diccionario jurídico, señalando que "el problema estriba en precisar hasta que punto las correcciones disciplinarias son verdaderas normas procesales o en que momento entrañaban sólo un problema jurídico-administrativo que debe quedar reservado a la legislación orgánica especial porque la corrección disciplinaria se liga más a la potestad del órgano de la administración pública que a la facultad de que un juez en su calidad de órgano de la jurisdicción".⁶⁶

Es decir que para nosotros la terminología de corrección disciplinaria alude una relación de carácter laboral, es decir que el órgano jurisdiccional impone a sus subalternos una corrección a efecto de que subsanen fallas en su trabajo como empleados judiciales; pareciéndonos más adecuada la denominación medios de apremio que tiene el juez para obligar a todas las personas a cumplir sus determinaciones. Nuestra ley procesal local para el Distrito federal hace una clara distinción entre correcciones disciplinarias y medios de apremio los cuales están establecidos en los artículos 31 y 33 existiendo las diferentes diferencias:

- A.- En la corrección disciplinaria; está contemplado el apercibimiento, la ley no señala que pueda ser verbal o escrita, pudiendo el juzgador realizarlo de una u otra manera o ambas a la vez.
- B.- En relación a las multas que establece la corrección disciplinaria señala de uno a

⁶⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. Op.cit Pág 784.

quince días de salario mínimo, mientras que en los medios de apremio establece entre uno y treinta días de salario mínimo vigente para el Distrito Federal.

C.- La corrección disciplinaria señala la suspensión para los servicios públicos, los medios de apremio no lo señala.

D.- La corrección disciplinaria no contempla el auxilio de la fuerza pública, en cambio si está contemplada en los medios de apremio.

Para nosotros no es correcto la aplicación de una corrección disciplinaria y un medio de apremio al determinarse, dos figuras jurídicas totalmente distintas; proponemos que las dos figuras antes señaladas sean lo más estrictas posibles, para que la decisiones del juzgador no sean motivo para burlarse de ellas, además de que se deberían de compactarse en una sola figura jurídica que podría ser, los medios de apremio.

Noaotros creemos que es anticonstitucional, el último párrafo del artículo 66 del Código procesal penal local, ya que se establece como sanción para el caso de que el inculpado se comunique con alguna persona del público un arresto hasta de 15 días o hasta 10 días de salario mínimo; siendo que nuestra Carta Máxima señala que ninguna detención podrá prolongarse por más de 72 horas, sin que esté justificado con un auto de formal prisión, debiendo en todo caso el afectado promover su juicio de garantías contra leyes ante la autoridad competente.

Otro de los derechos importantes que establece el artículo 125 en materia federal es que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la Averiguación, por lo cual se le permitirá al imputado y su defensor consultar la Averiguación previa en presencia del personal del juzgado. También se le deben recibir los testigos y demás pruebas que ofrezca, siempre y cuando las personas que deban ser examinadas se encuentren en el lugar donde se encuentre radicada la Averiguación previa; es decir, que la etapa de Averiguación previa es un mini-juicio, en donde se debe alegar y presentar toda clase de probanzas para acreditar la inocencia del presunto responsable o para demostrar que actúo bajo una excluyente de responsabilidad penal, de las que establece el Código Penal en su artículo 15, este último derecho establecido tiene una gran limitante, señalando al final de su redacción que el juzgador resolverá sobre todo su admisión y práctica de las mismas (artículo 125-III letra "e" del Código procesal penal federal), es decir, que de acuerdo a la redacción del ya citado artículo, el Ministerio Público "podrá" admitirlas o no, desahogarias en el acto o reservarse para que sean desahogadas en primera instancia, todo esto lo deja el arbitrio de la autoridad de la ley, debiéndose establecer precisamente en este apartado, la obligatoriedad del Ministerio Público de admitir toda probanza que se presente en esta fase procedimental y además se debiera obligar a desahogarla en el mismo acto, dejando al presunto responsable la facultad de renunciar al término de 48 horas que se le da al Ministerio Público investigador, para consignar o no, es muy poco siendo en algunos casos materialmente imposible la acumulación de pruebas para determinar la consignación del presunto responsable, obviamente estamos hablando cuando se trata de una Averiguación previa con detenido, ya que cuando se trata de un expediente sin detenido, el Ministerio Público cuenta con muchísimo tiempo, siempre y cuando no exceda del

tiempo señalado por la ley, para la prescripción del delito que se trate. En relación a la renunciación del término de 48 horas, nosotros creemos que es factible, ya que nuestra Carta Magna señala derechos mínimos pero jamás máximos a favor de personas a las cuales se les impute algún delito, debiendo tener solamente ese derecho del presunto responsable y/o su defensor, cuando los solicite éste último se debiera ratificar por el primero. Esto tiene diferentes causas una de ellas es que se determine con acuciosidad su asunto y en caso que las probanzas desahogadas demuestren su inocencia, que la persona sujeta a investigación no padezca el reclutorio preventivo, para que no sufra las vejaciones a que son sometidos los internos, ya que después de un largo juicio de 9 ó 10 meses resulte de que la persona es inocente, saliendo de ese centro de reclusión contaminada psicológicamente, por el trato diario de personas que si son delincuentes.

Otro más de los derechos consagrados en el multitudinario artículo 128, lo es sin duda el derecho a obtener la libertad provisional bajo caución, desde la etapa de Averiguación previa siempre y cuando se ajuste a lo establecido por el artículo 20-1 constitucional, en la Averiguación previa es difícil obtener la libertad provisional del presunto responsable cuando son delitos dolosos, no obstante que no sean graves, ya que en las agencias del ministerio Público tienden más a obedecer al delegado regional de la procuraduría que a la propia ley y cuando se intenta tramitar la libertad del presunto responsable, lo consignán inmediatamente ante el juez competente.

Uno de los derechos más importantes para las personas del sexo femenino, lo es sin duda el derecho que tienen a estar separadas de los hombres en los lugares de detención, pero existe un inconveniente que es que los lugares de detención para

mujeres, los custodios son varones, nosotros proponemos que en el área de mujeres esté completamente separada del de hombres ya que la única separación que existe es una tela de alambre entre las celdas de hombres y mujeres, sugiriendo así mismo que las mujeres tengan custodia de su mismo sexo a efecto de que no se vean agraviadas con la custodia masculina, dándose incluso los caso que en las celdas donde se encuentran detenidas a altas horas de la noche se meten a sus celdas los custodios para abusar sexualmente de las presuntos responsables.

4.6.- FUNDAMENTO LEGAL PARA DEROGAR EL ARTICULO 294 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Uno de los fundamentos para derogar el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, lo es sin duda el ya citado artículo 269 del citado ordenamiento, el cual señala en su fracción III letra "c" que el imputado tienen derecho al momento de ser detenido o cuando se presente voluntariamente a declarar ante el Ministerio Público investigador a ser asistido por su defensor cuando declare, es decir que el derecho a contar con un defensor, se establece desde la etapa de Averiguación previa con mayor razón debe respetarse durante el proceso, ahora bien, si bien es cierto que el citado artículo no establece la obligación para la autoridad de que el presunto responsable, cuente con asistencia letrada en la materia, también lo es que establece el derecho sacro a ser asistido por su defensor al momento de declarar en la praxis, esto no se hace valer realmente por el defensor concretando su "defensa" a estar presente al momento que declare su representado no dándole mayor libertad el Ministerio Público, con el pretexto de no viciar la referencia declaración del imputado.

Otro de los artículos para dicha derogación lo es también el artículo 287 del mismo ordenamiento, estableciendo que dentro de las 48 horas, a partir que el indiciado sea puesto a disposición de su juez, se procederá a tomarle su preparatoria, la cual podrá rendirla en forma oral o escrita, por el inculcado en presencia de su defensor para la asistencia jurídica que se requiera; realmente una de las intenciones propias del legislador fue la de dotar al imputado de la capacidad para que pudiese defenderse por sí o por conducto de otra persona, ante las imputaciones verdídicas o falsas de sus acusadores y ¿ cómo podrá defenderse por conducto de otra persona ?, si la autoridad en la práctica, le niega el derecho a su defensor de comunicarse antes o durante la declaración del indiciado, es como si se negare al propio sujeto activo a declarar, violando flagrantemente estas autoridades el derecho a la defensa que consagra el artículo 20-IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debiendo por lo tanto otorgar todo tipo de facilidades al defensor para que se comunique con su representado, antes que se le tome su declaración preparatoria, ministerial y desde luego la ampliación de la declaración del imputado, para que así de pleno cumplimiento a la ley y a los principios rectores del Derecho.

El artículo 290 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, establece la mecánica de como se debe tomar una declaración preparatoria, principiando con los datos de identificación del procesado tales como nombre, domicilio, apodo, si pertenece a algún grupo étnico, y si habla y entiende el español, inmediatamente se le hará saber el derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, advirtiendole que si no lo hiciere, el juez le nombrará un defensor de oficio, enseguida se le hará saber el derecho a obtener su

libertad provisional, en que consiste la acusación y el nombre de quien depone en su contra, preguntándole si es su voluntad declarar, debe hacerse notar que en este artículo, establece la norma básica del momento procesal en que se debe nombrar defensor, es decir inmediatamente después de tomarle sus generales al imputado, as le debe hacer saber ese derecho, de tener una defensa adecuada por si, por abogado o por persona de confianza, pero si no puede o no quiere nombrarlo, entonces el juez le nombrará un defensor de oficio, para enseguida preguntarle si desea declarar, en caso afirmativo se le tomará su declaración y una vez terminada ésta se le hará saber el derecho de contestar o no a las preguntas de las partes (artículo 20-II constitucional).

Es conveniente aclarar que la redacción del artículo 290 del Código procesal de la materia, es clara y precisa no dando motivo a especulaciones como lo hace por su parte el artículo 294 del ordenamiento antes citado, al dar a entender que primero se le toma la declaración al imputado y después se le nombrará un defensor de oficio, motivo por lo cual no tendría razón de ser del defensor al tenerlo prácticamente estático, impotente y sin capacidad procesal para actuar en beneficio de su representado y en caso de que se hubiese violentado las garantías individuales del procesado por parte de la autoridad judicial, no podría interponer ningún recurso legal ordinario ni extraordinario para aliviar la situación del inculgado.

El artículo 20-IX constitucional, señala en su última parte que el acusado podrá nombrar defensor desde el momento que sea aprehendido y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio, es decir, que si una persona es detenida en flagrante delito por un policía preventivo o por cualquier persona desde el momento en que físicamente es detenido desde ese momento puede nombrar

defensor, sin implicar obligación procedimental, cuando es obligatorio para la autoridad el nombrarlo en el momento de tomarle su declaración ministerial y en el proceso al momento de rendir la declaración preparatoria, en este último caso nosotros pensamos que se debiera nombrar defensor desde el momento en que la autoridad judicial dicta su auto de radicación, porque desde ese momento asume competencia y toda resolución posterior acarreará consecuencias jurídicas al imputado, independientemente del momento que se crea que empieza el proceso, señalando algunos autores que empieza desde el momento que se dicta el auto de radicación, otros que comienzan al momento de tomar la preparatoria y otros dicen que al momento de dictar el auto de formal prisión.

4.7.- ANALISIS DEL ARTICULO 294 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Uno de los mayores problemas con los que me he encontrado en la práctica diaria como defensor de oficio del fuero común para el Distrito Federal, es precisamente la negativa de comunicarme con mis representados antes o durante su declaración preparatoria, derecho negado por casi la totalidad de los juzgados, bajo el pretexto de no viciar la declaración del imputado y al preguntarle a los empleados judiciales el fundamento por dicha negación, casi la mayoría saca a relucir el artículo 294 del Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, el cual señala que una vez 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 con la fracción III del artículo 269 de éste Código".⁶³

Es decir que de acuerdo a la redacción del artículo antes citado, primeramente se le debe tomar la declaración al imputado y una vez terminada ésta u obtenida su negativa a declarar, es hasta entonces cuando el juez le debe nombrar al defensor de oficio, preguntándonos si servía de algo dicho nombramiento una vez que ha declarado el imputado, se supone que en primer lugar se le debe hacer saber el derecho que tiene a defenderse y posteriormente tomarle su declaración si así lo desea; la redacción de ya citado artículo 294 no es clara ni precisa como otros artículos de la ley procesal penal, como lo es el artículo 290 de la misma ley, el cual señala paso por paso con toda precisión, la forma en que se debe tomar una preparatoria, para no violentar las garantías individuales del imputado, nosotros creemos que la vigencia del artículo 294 se debe principalmente al descuido del legislador que ha olvidado actualizar algunos preceptos del actual Código procesal penal, como en el caso concreto lo es el artículo 294, es por ello que proponemos su derogación por considerarlo violatorio de garantías (artículo 20-IX constitucional), yendo en contra de otros preceptos procesales, que si van en armonía con nuestra Carta Máxima, como lo son: los artículos 287 y 290 del Código procesal penal.

El artículo en análisis "contraría gravemente el espíritu del constituyente de 1917, porque, para no colocar al sujeto en estado de indefensión, el nombramiento de defensor debe hacerse antes que rinda su declaración y no después".⁶⁴

⁶³ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Opcit. Pág. 135
⁶⁴ Colín Sánchez Guillermo. Opcit. Pág. 185.

La declaración preparatoria es un acto procesal que tiene lugar después de haberse dictado el auto de radicación y dentro de las primeras 48 horas al haber sido consignado el inculpaado ante el órgano jurisdiccional decididor de su situación jurídico penal.

En esta diligencia, una de las de mayor trascendencia en el proceso penal se produce el primer contacto procesal entre el inculpaado y el juez que habrá de enjuiciarlo, no constituyendo en si mismo ésta diligencia un medio de prueba, pero si es la primera oportunidad que tiene el inculpaado para defenderse, pudiendo incluso ofrecer en el acto pruebas que acrediten su inocencia excluyan su responsabilidad penal, teniendo incluso el derecho de solicitar la ampliación del término constitucional de 72 horas para que se pueda determinar su situación jurídica (artículo 297 último párrafo del Código adjetivo penal).

De la declaración preparatoria en su conjunto puede el juzgador obtener algunas ilustraciones de la verdad histórica que sucedió en un lugar, en una fecha, y en un modo determinado, dado que no tiende directamente a provocar la confesión, en estricto sentido procesal del inculpaado. La naturaleza jurídica de la declaración preparatoria es la de un derecho fundamental del individuo garantizado por nuestra Constitución. Procesalmente, como ya se dijo anteriormente equivale a un acto de comunicación del juez por el que notifica y hace saber al imputado la acusación penal en su contra y los motivos de su detención y consignación ante el juzgado por parte del Ministerio Público investigador, con objeto de que pueda defenderse legalmente o para que conteste a la acusación que existe en su contra, pero lo antes

señalado es un derecho, al igual que si decide no declarar, el juzgador debe respetar su voluntad, de acuerdo a lo establecido por el artículo 20-II constitucional.

Los fines de la declaración preparatoria lejos de coincidir con la simpleza del sentido que da su expresión literal, ésto es que se refieran a la sola manifestación verbal o escrita en juicio como derecho del inculpado son complejos ya que persiguen objetivos tanto políticos como jurídicos diferentes.

Como expresión política franca de repudio a las formas de gobierno absolutista que impusieron como medio de control y opresión al pueblo y al individuo, el sistema inquisitivo en la justicia penal, que entre otras características se significó por permitir que el proceso se llevara a cabo a puerta cerrada, es decir, secretamente sin límite de tiempo para comunicar al imputado la causa de su detención y mucho menos para permitirle declarar y defenderse de la acusación, las constituciones de los países modernos influenciados por el liberalismo y el individualismo, han otorgado al gobernado, sujeto a proceso penal, un mínimo de derechos fundamentales garantizados, en lo relativo a la declaración preparatoria y a la defensa del acusado, enunciados éstos derechos en el artículo 20 constitucional.

En el primer lugar de la fracción III del artículo 20 constitucional, no únicamente establece el derecho del procesado y por lo tanto la obligación del juez penal, de que se le comunique la naturaleza y causa de la acusación, sino que además en esta materia se le concreta otro derecho fundamental del individuo llamada garantía de audiencia y que se le conoce desde los antiguos romanos con el aforismo (*audiatur altera pars*) que quiere decir oírgase a la otra parte, significando el

principio inherente a la justicia misma de que nadie puede ser condenado sin ser oído, de ahí, la bilateralidad de la audiencia, en donde toda petición o pretensión principalmente la punitiva formulada por el Ministerio Público en el proceso, debe ser notificada al inculcado a efecto de que pueda defenderse o formular su oposición y con ello, no sólo legitimar jurídicamente la posibilidad de que le pare perjuicio a la sentencia, sino, justificar desde sus inicios el propio procesamiento, desde luego a neutro parecer hay excepciones a la regla anteriormente señalada como puede ser en las medidas cautelares como son las órdenes de aprehensión, embargos precautorios, cateos, etc., debido a la naturaleza de dichas diligencias, ya que si se escuchara a la otra parte, se correría el peligro de que en los casos de órdenes de aprehensión se sustrayera a la acción de la justicia el acusado, en los casos de los embargos precautorios se podría dar el caso de que se escondiera el imputado por la persona con quien se deba realizar, los bienes que pudieran ser objeto del embargo y en el caso del cateo se daría oportunidad de esconder los objetos buscados o que pudiese huir la persona que se trata de localizar en el domicilio buscado.

Para hacer factibles los fines jurídicos y políticos antes señalados, la aludida fracción III agrega el deber del Tribunal de comunicar al encausado el nombre de su acusador, con la intención de acabar con la vieja costumbre procesal inquisitiva de enjuiciar penalmente en base a declaraciones anónimas o pesquiasas.

Independientemente de las garantías indicadas, es importante señalar otro derecho fundamental que contiene el precepto constitucional que se analiza y que es el derecho de oportunidad procesal, es decir, la que tiene que ver con el factor tiempo que rige al proceso penal. Resulta incuestionable, para surtir efecto los

mencionados fines de comunicación, al inculcado se le debe hacer saber la acusación y el nombre del acusador desde el principio del proceso con objeto de que a todo lo largo de éste pueda plantear sus excepciones, máxime en los procesos penales mexicanos que constan de etapas donde cambia la situación jurídica del inculcado y, principalmente, en la primera que dura 72 horas y en la que se determina el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado. Para cubrir los enunciados fines de defensa, al imputado se le hará saber la naturaleza de la acusación y el nombre de su acusador dentro de las 48 horas siguientes a su consignación.

Procesalmente, la declaración preparatoria consta de varios actos y está sometida a formalidades que señala la ley adjetiva. Desde luego, la diligencia debe desahogarse en audiencias públicas y dentro de las 48 horas siguientes al auto de radicación. Sobre el aspecto temporal existe confusión acerca del cómputo de las 48 horas, pues algunos autores, indican que el plazo empieza a correr a partir de que el reo es puesto en la cárcel preventiva, y otros a partir de que es puesto a disposición del juez en la cárcel preventiva, como sería lo jurídicamente correcto.

Efectivamente el imputado tiene derecho previo a su declaración en la agencia del Ministerio Público a comunicarse con su defensor técnico a fin de que lo asesore jurídicamente mediante su consejo profesional, así mismo tiene el idéntico derecho en la fase procesal ante el juzgado que conozca su asunto.

Se define a la incomunicación como "una medida de coerción personal por la que se impide al imputado privado de su libertad, mantener contacto ya sea verbal o escrito con terceras personas para evitar que entorpezca la investigación".⁶⁷

El fundamento de esta medida de coerción personal radica en asegurar el éxito de la investigación en la averiguación previa que puede frustrarse ante la posibilidad de la comunicación del imputado con terceras personas y ya al momento de rendir su declaración preparatorio con la finalidad de no viciar su declaración del imputado, ya habíamos establecido con anterioridad que nunca la incomunicación deberá alcanzar a los defensores técnicos por la naturaleza propia de su encargo, que en todo momento se debe facilitar el asesoramiento técnico; en cuanto a la comunicación del procesado con el público asistente en las audiencias del juicio, el artículo 66 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala que únicamente podrá comunicarse con sus defensores sin dirigir la palabra al público.

En cuanto a sus caracteres, la incomunicación es subsidiaria de la detención ya que supone al imputado detenido; es provisional pues se extiende temporalmente, es decir, que esta medida se adopta hasta antes de que rindan su declaración ministerial los presuntos responsables y una vez consignado el detenido ante el juez que va a conocer de su caso, es hasta antes de rendir su declaración preparatoria, aun que en cuanto a derecho, en opinión de nosotros no hay fundamento legal alguno, que autorice la incomunicación del imputado, durante el procedimiento penal mexicano.

⁶⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, Op.cit. Pág. 708.

En la etapa de Averiguación previa, las causas que alega la autoridad para tener incomunicada a una persona que es probable responsable son fundamentales dos: cuando existan motivos para temer que el imputado se ponga de acuerdo con sus cómplices o cuando haya alguna sospecha de que estorbare o obstaculizare la investigación, en el proceso penal, los jueces en su mayoría alegan que nadie se puede comunicar con el imputado debido a que " pueden viciar la declaración", es decir que para la autoridad, en el juicio, la declaración del inculcado debe ser espontánea, sin que ninguna causa externa pueda trasgiversar o deformar la verdad histórica que se trata de investigar y para la autoridad esa causa externa, puede ser el abogado, que aconseja al procesado la forma en que debe declarar su representado, es por ello que al tratar el abogado de comunicarse en la reja de prácticas del juzgado con su defendido, inmediatamente es apercebido para que no trate de volver a hacerlo, ya que el artículo 294 de la ley adjetiva de la materia establece que primero se le debe tomar su declaración y una vez realizada esta, es hasta entonces cuando procede nombrarle un defensor de oficio.

La incomunicación siempre fue considerada como un medio de prueba, una forma efectiva de llegar a la prueba del delito, su única finalidad era lograr la confesión del acusado. La incomunicación funcionaba entonces como presión psicológica para que el inculcado, a solas con su conciencia, totalmente aislado confesara su delito. Jofre lo describe al señalar que "los partidarios de la incomunicación pretenden que con ella se consiga: 1) llevar al arrepentimiento al espíritu del culpable, al colocarlo a solas con su conciencia. 2) Restablecer la

igualdad entre la sociedad y el delincuente, ya que éste ha preparado su crimen y en la sombra y la sociedad para descubrirlo debe proceder en forma análoga".⁸⁸

Nosotros no estamos de acuerdo con el planteamiento de Jofre, ya que puede llegar el caso de que una persona inocente sea sometida a juicio penal, en tal caso la incomunicación no serviría para llevarlo al arrepentimiento, ya que su conciencia no tendría registrado ningún acto delictivo y por el contrario en la mayoría de los casos, al salir de prisión un inocente que tuvo que pasar por todo el procedimiento y vivir todo el mundo asqueante que se vive en los reclusorios, es con toda seguridad una persona resentida en contra de la sociedad que lo obligó a vivir algo que no tenía por que pasarlo, así pues en el inocente hay un posible delincuente en potencia, que en la primera oportunidad tratará de vengarse, violando el ordenamiento social, con mayor decisión y sangre fría que el mismo delincuente nato. De igual forma no estamos de acuerdo con Jofre en el sentido de que estableció la incomunicación una igualdad entre la sociedad y el delincuente, ya que este al preparar su delito en la sombra, la sociedad debe proceder en igual forma para descubrirlo. Jofre no hace propiamente una distinción entre delitos culposos y dolosos, en el segundo caso pudiésemos estar de acuerdo con el autor citado, pero en el primer caso, evidentemente no hay una finalidad de delinquir propiamente dicho, sino que el sujeto activo al omitir precauciones de culpado, vulnera con ello el ordenamiento social, en el presente caso no hay una preparación del crimen en la sombra por parte del sujeto activo del delito, entonces ¿ de que serviría la incomunicación ?, de nada ya que el inculpado no tenía la intención de delinquir, frustrando con ello la teoría de Jofre.

⁸⁸ **Jofre Tomás, Manual de Procedimiento Civil y Penal, 6a. Edición, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1992, Pág. 80. Jofre Tomás Manual de Procedimiento Civil**

Así pues el interrogatorio e incomunicación fueron las dos armas más poderosas y efectivas, para lograr la reina de las pruebas "la confesión del acusado" la incomunicación a través del aislamiento prepara el espíritu del inculcado, haciendo mermar sus fuerzas y la claridad del pensamiento, para que con un hábil interrogatorio se admita la comisión del delito, por ello la incomunicación siempre estuvo ligada al sistema procesal inquisitivo, en el sistema procesal que nos rige, se le da al procesado el derecho de declarar o no en las diligencias tanto de Averiguación previa como en las judiciales, así mismo al momento de hacerlo se le debe conceder el derecho de contestar o no a las preguntas de las partes debiéndosele hacer hincapié que las preguntas que la representación social, siempre irán encaminadas a demostrar su responsabilidad en los hechos que se le imputan y las preguntas del defensor a demostrar su inocencia, lo anterior lo establece el artículo 20-II de las Constitución Federal que señala que a nadie podrá obligarse a declarar en su contra y el interrogatorio que le puedan formular las partes pudiera desprenderse su participación delictiva, es por ello que el defensor debe exigir hablar con el inculcado, antes que comience la diligencia en donde se le tome su declaración (ministerial, preparatoria, ampliación), a efecto de que no conteste a las preguntas del Ministerio Público adscrito por las razones antes asentadas.

Evidentemente la circunstancia que confirma que la incomunicación sigue siendo utilizada como un medio para obtener la confesión del hecho, radica en la imposibilidad de que el incomunicado pueda comunicarse con su defensor técnico, tal y como se desprende del artículo 294 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, siendo tal ordenamiento contrario a lo preceptuado

por nuestra Carta Magna en su artículo 20, así como en los artículos 297, 289, 290, 291 del Código de procedimientos penales vigente para el Distrito Federal, razón por la cual proponemos la derogación total de dicho artículo.

CONCLUSIONES

PRIMERA - En el periodo formulario Romano aparecen dos clases de representantes en juicio y son los cognitores y los procuradores, el primero se constituía por palabras escritas y estando presente el adversario, en cambio el segundo se constituía de cualquier manera, sin mandato y sin estar presente el adversario.

SEGUNDA- En el Derecho precortesiano de los aztecas no se tiene conocimiento de la intervención de representantes en juicio, ya que las partes hacían todo por su propio derecho. Es hasta la época independiente, la ley de las bases orgánicas de la República Mexicana del 12 de junio de 1845, en donde se consagran las garantías de defensa.

TERCERA- No es lo mismo defensa que defensor, el primero implica una institución que comprende tanto al imputado como la persona de confianza y al abogado, el segundo solamente a éste último. Así el defensor Técnico es el licenciado en Derecho que asume la responsabilidad de defender, asistir y aconsejar al imputado en un delito, para atenuar o eximirlo de responsabilidad penal.

CUARTA- La denominación del sujeto activo dependerá de la etapa procedimental en la que se actúe, de tal suerte que en la Averiguación previa es más conveniente llamarlo presunto responsable, durante la instrucción,

imputado, inculcado, procesado, encausado y una vez dictada la sentencia condenada, además cuando esté purgando su condena se denominará reo.

QUINTA- Es en la Constitución de Apatzingán en donde se consagra como garantía individual, el derecho a la defensa en el juicio penal, dando así luz al espíritu de la Constitución de 1917.

SEXTA- Es en el mismo ordenamiento de la Constitución de Apatzingán en donde se clasifican a las garantías individuales de la siguiente forma: de libertad, de igualdad, de propiedad, y de seguridad jurídica.

SEPTIMA- Es la defensa un derecho natural, propia de las civilizaciones cultas y quitada por el artículo 294 de la Ley adjetiva penal, en razón de su antecedente adquisitivo.

OCTAVA- El derecho a la defensa se adquiere desde el momento en que el sujeto activo es aprehendido, con mucha mayor razón cuando es puesto a disposición de la autoridad competente.

NOVENA- El artículo 294 del Código de procedimientos penales es anticonstitucional, contrariando así mismo los artículos 297, 288, 289 y 290 de la misma ley secundaria, debiéndose por lo tanto derogar a la brevedad posible.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Acero Julio, El procedimiento Penal, 7a. Edición, México, Editorial Cajica, 1976, pág.. 208.
 - 2.- Baumann Jurgén, Derecho Procesal Penal, Primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial de Palma, 1989, pág., 600.
 - 3.- Pecerra Bautista, José, El Proceso Civil en México, 14a edición, México, Editorial Porrúa 1996, pág 320.
 - 4.- Brisño Sierra Humberto, Derecho Procesal, 2a Edición, México. Ed. Harla, 1995, Pág. 900.
Brisño Sierra Humberto, El Enjuiciamiento Penal Mexicano
 - 5.-, 2a edición, México, Ed. Trillas, 1994, pág. 708.
 - 6.- Burgos, Ignacio, Las Garantías Individuales, 25a Edición, México, Ed. Porrúa, 1996, pág.. 600
 - 7.- Burgos, Ignacio, El juicio de Amparo, 25a Edición, México, Ed. Porrúa, 1991, pág.. 700
-

- 8.- Carranca y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte general 18a Edición, México, Ed. Porrúa, 1995, pág. 409
- 9.- Carrillo Flores, Antonio, La Constitución, La Suprema Corte y Los Derechos Humanos, 1a Edición, México, Ed. Porrúa, 1981, pág. 650
- 10.- Castellanos, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 4a Edición, México, Ed. Porrúa, 1987, Pág.. 200
- 11.- Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 4a Edición, México, Ed. Porrúa, 1982 Pág.. 400
- 12.- Equivel Obregón T., Apuntes para la Historia del Derecho Mexicano, 2a. Edición, México, Ed. Porrúa, 1984, Pág. 690
- 13.- Floris Margadant Guillermo, Introducción a la Historia del Derecho en México, 4a. Edición, México, Ed. Esfinge, 1980, Pág.. 960
- 14.- García Ramírez Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, 2a. Edición, México, Ed. Porrúa, 1977, pág 990
- 15.- Gómez Lara Cipriano, Teoría General del Proceso, 8a. Edición, México, Editorial Harla, 1993, Pág.890

16.- Graciano Silvestre, El Derecho Penal, 15a. Edición, Buenos Aires, Editorial de Palma, 1978, Pág.. 250

17.- Manzini Francesco, La Defensa Penal, 4a. Edición, Buenos Aires, Editorial de Palma, 1984, Pág.. 300

18.- Montiel Y Duarte Isidro, Estudio Sobre Garantías Individuales, 4a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1993, Pág. 950

19.- Oderigo N. Mario, Sinopsis de Derecho Romano, 2a. Edición, Buenos Aires, Editorial de Palma, 1982, Pág 600

20.- Fadilla Gumesindo, Derecho Romano I, 1a. Edición, Editorial Mc Graw-Hill, 1996, Pág 230

21.- Férez Palma Rafael, Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal, 1a. Edición, México, Editorial Cardenas, 1974, Pág 776

22.- Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, 10a. Edición, México, Editorial Porrúa, 1995, Pág. 800

23.- Silva Silva Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, 3a Edición, México, Editorial Harla, 1990, Pág. 810.

LEYES

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 16a. Edición, México, Editorial Porrúa, 1996, Pág. 80.
- 2.- Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común, y para toda la república en materia del Fuero Federal, 15a. Edición, México, Ediciones Delma, 1996, Pág. 322.
- 3.- Código Federal de Procedimientos Penales, Sin Edición, México, Editorial Sista, 1996, Pág. 250.
- 4.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sin Edición, México, Editorial Sista, 1996, Pág. 250.

**OTRAS FUENTES
JURISPRUDENCIA**

Jurisprudencia y Tesis sobresalientes 1984-1987, Actualización, IX Penal, Sustentadas por la 1ra. sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ediciones Mayo, México, 1991, Pág. 1124.

**OTRAS FUENTES
DICCIONARIOS**

1.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, 8a Edición, México, Editorial Porrúa, 1994, Tomos 1 y IV.

2.- García Pelayo Gross Ramón, Diccionario de la Lengua Española, 19a. Edición, México, Ediciones Larousse, 1992, Pág. 980.

OTRAS FUENTES

REVISTAS

1.- Revista Mexicana de Derecho Penal, órgano oficial de la P.G.J.D.F., No 29. Pág. 38.