

11-115
251



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON**

**“EL DERECHO A LA DEFENSA EN LA AVERIGUACION
PREVIA CONFORME A LAS REFORMAS A LA LEY
ADJETIVA PENAL EN MATERIA DEL ORDEN FEDERAL”**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ANA CRUZ FLORES AZCONA



San Juan de Aragón, Edo. de México
1992

**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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION	6
CAPITULO I	8
EL DERECHO DE DEFENSA	
1. CONCEPTO Y ORIGEN	9
2. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y EL DERECHO DE DEFENSA DESARROLLO HISTORICO	14
3. DERECHO DE DEFENSA EN LA LEGISLACION POSITIVA MEXICANA DESARROLLO HISTORICO	28
CAPITULO II	39
EL DERECHO DE DEFENSA COMO GARANTIA INDIVIDUAL	
1. CONCEPTO DE GARANTIA	40
2. DESARROLLO HISTORICO DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES	48
3. CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES	64
4. GARANTIAS DE SEGURIDAD JURIDICA	71
5. ANALISIS DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL EN SU FRACCION IX	80
6. LA DEFENSA COMO DERECHO	93
CAPITULO III	102
EL DERECHO DE DEFENSA DENTRO DE LA AVERIGUACION PREVIA	
1. GARANTIAS INDIVIDUALES EN LA FASE DE AVERIGUACION PREVIA	103
2. ANALISIS DEL ARTICULO 128 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES	110

3. PARTICIPACION DE LA DEFENSA EN LA FASE DE AVERIGUACION	
PREVIA	121
4. NATURALEZA JURIDICA DEL DEFENSOR	128
5. MOMENTO EN QUE SE NOMBRA AL DEFENSOR	131
6. DEBERES Y OBLIGACIONES DEL DEFENSOR	143
ANEXO 1 JURISPRUDENCIAS	153
CONCLUSIONES	159
BIBLIOGRAFIA	164

INTRODUCCION

Este trabajo de tesis que presento para obtener el Título de Abogado, resulta de un modesto análisis y crítica de la ley adjetiva penal.

En el estudio que presento a continuación, pretendo destacar la problemática existente en nuestros días en la función que por mandamiento Constitucional se le encomienda al Poder Ejecutivo Federal por conducto de la Procuraduría General de la República, en donde a la Institución denominada "Ministerio Público Federal", - le compete la realización de las primeras investigaciones de los hechos delictivos, así como su persecución ante los Tribunales Federales, pero se observa muy comunmente que esta Institución carece de la interpretación real y el entendimiento pleno, o aún en veces con el ánimo de tergiversar la doctrina, la jurisprudencia y la norma que nuestros legisladores dejaron escrita en el vigente Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 128, - párrafo tercero, en el cual consagra el derecho que tiene una persona para designar a otra a fin de que lo defienda cuando la primera ha quedado privada de su libertad física, y a disposición -- del Agente del Ministerio Público Federal por la comisión de un delito a juicio de éste.

La defensa es sin lugar a dudas, toda actividad realizada por las partes encaminada a hacer valer sus derechos o intereses dentro del procedimiento penal, de ahí que la defensa es una Institu

ción reconocida y legalmente garantizada en todos los Estados civilizados; la cual debe de otorgarse desde el momento en que el inculcado conoce o se le hace saber las imputaciones que existen en su contra, y no desde el inicio del proceso, en el que el juez le comunica que puede nombrar a persona de su confianza o abogado para que lo asesore o defienda, y si no lo tiene le nombra uno de oficio.

El hecho de que se le niegue al inculcado la asistencia al defensor o el hecho de que a éste se le pongan trabas, o no se le den las facilidades necesarias para cumplir su misión se estima como un atentado a la libertad del hombre y como una denegación absoluta de justicia.

La función del Defensor es delicada, pues comprende la asistencia técnica que el acusado requiere, la representación de éste en el proceso, en los recursos, incluyendo el juicio de amparo; su intervención viene a ser el equilibrio en la contienda jurisdiccional.

Este sencillo trabajo se divide, básicamente, en 4 partes o capítulos. El primero de ellos relata el desarrollo histórico de la defensa en los diferentes sistemas de enjuiciamiento y su concepto, un segundo capítulo contempla a la Defensa como garantía individual; en el tercer capítulo se refiere a la Defensa en la Etapa de la Averiguación Previa del orden Federal, en el último capítulo formulo mis conclusiones.

CAPITULO I**EL DERECHO DE DEFENSA****1. CONCEPTO Y ORIGEN****2. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y EL DERECHO DE DEFENSA
DESARROLLO HISTORICO****3. EL DERECHO DE DEFENSA EN LA LEGISLACION POSITIVA MEXICANA
DESARROLLO HISTORICO**

CAPITULO I

"EL DERECHO DE DEFENSA"

I. CONCEPTO Y ORIGEN

Tres son las funciones procesales que el sistema acusatorio - ha encomendado a otros sujetos, personalmente diversos y algunos-contrapuntos: acusación, defensa y jurisdicción. Entre quien -- acusa, y quien se defiende se plantea el litigio personal. Empero, el juzgador debe buscar la verdad real más allá del dicho y - de la prueba de las partes.

Entre nosotros la defensa constituye un derecho público subjetivo, una garantía constitucional, que ampara actos procesales -- los de audiencia y defensa- y da nacimiento a organismos auxiliares de la justicia como la defensoría de oficio.

De lo ya establecido comenzaremos a mencionar distintos con--ceptos de defensa empezando por Fenech, "se entiende por DEFENSA- en sentido amplio toda actividad de las partes encaminada a hacer valer 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 impedirlo según su posición procesal".¹

¹ Derecho Procesal Penal. V. I. Editorial. Bosch, Barcelona, España 1945, p. 573

Por su parte Velez Mariconde Alfredo, señala que "La DEFENSA del imputado, desde el punto de vista subjetivo es el derecho subjetivo público individual de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad... también, constituye una actividad esencial del proceso, integrando el triángulo formal de la justicia repressiva en cuanto nadie puede ser condenado sin ser oído y defendido".²

Diccionario de Derecho Penal De Pina, establece que DEFENSA.- "Es la actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un proceso (civil, penal, etc.), realizada por abogado, por persona no titulada (en aquellos regímenes procesales que permitan la intervención de personas no tituladas en esta función) o por el propio interesado."³

Para Eduardo J. Couture dentro de su vocabulario jurídico establece que la "Defensa etimológicamente es del bajo latín defensa, -ae creada por la influencia del latín vulgar en sustitución del clásico defensio -nis del verbo defendo ere "defender", propiamente "desviar un golpe", compuesto de *fendo, ere 'golpear o herir'."⁴

- 2 La Situación Jurídica del imputado. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina 1944, p. 377
- 3 Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa, S.A. Decimo octava edición, México 1990 p. 216
- 4 Vocabulario Jurídico. Ed. Depalma, tercera edición, Buenos Aires, Argentina 1990, pp. 205, 206.

También es el conjunto de actos legítimos tendientes a proteger un derecho, ya sea mediante la exposición de las pretensiones inherentes al mismo o mediante la actitud de repeler las pretensiones del adversario".⁵

En el Diccionario de Derecho Procesal Penal de Díaz de León - se establece y se marca a la "defensa como un derecho fundamental del penalmente inculcado garantizado en la Constitución, en virtud del cual debe ser asistido en el procedimiento por un abogado o persona de su confianza a su elección, quien habrá de interponer a su favor todos los derechos y recursos que las leyes le otorgan."⁶

Colln Sánchez establece. "La institución de la defensa es -- producto de la civilización y de las conquistas libertarias; es -- signo inconfundible del sistema procesal acusatorio y del progreso obtenido en el orden jurídico procesal.

En el proceso penal tiene como funciones específicas: coadyuvar a la obtención de la verdad y proporcionar la asistencia técnica al procesado para evitar todo acto arbitrario de los demás -- órganos del proceso, con lo cual cumple una importantísima función social."⁷

5 Idem. p. 207

6 Diccionario de Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa Primera edición. México 1986, p. 48

7 Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ed. Porrúa Decimosegunda edición, México 1990, p. 176

Concluyendo la DEFENSA es el derecho consagrado en la Constitución como una garantía que tiene toda persona sujeta a un litigio para presentar ante la autoridad correspondiente o judicial - pruebas, derechos y recursos que las leyes le otorguen; para acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o - atenuar su responsabilidad.

Con precisión no se sabe cual fue el origen de la defensa dado que en los tiempos muy remotos cuando el hombre fue sedentario y aún no siéndolo no existía la defensa, sino lo que imperaba era la ley del talión ojo por ojo y diente por diente.

Más tarde en las antiguas civilizaciones se empezó a establecer el derecho a la defensa pero no en todas con el mismo grado - de magnitud; por ejemplo en el Viejo Testamento se expresa que -- Isaias y Job dieron normas a los defensores para que con su inter - vención tuvieran éxito las gestiones en favor de los mentecatos, - ignorantes, menores, viudas y pobres cuando sus derechos hubieran sido quebrantados.

En el Derecho Atico el acusador y el acusado comparecían personalmente ante el Tribunal del Pueblo a alegar de viva voz. No - se admitía la intervención de terceros, siendo posteriormente cos - tumbre la concurrencia de éstos al proceso.

Por otra parte en Roma existió ese derecho recayendo en el pa - trono la facultad de representar y proteger a su cliente.

Por su parte en el Derecho Germánico se requería el empleo de determinadas fórmulas en los procedimientos judiciales las cuales las debería de utilizar el Fursprech (intercesor) en su carácter de representante del acusado.

En el sistema inquisitorio había defensor pero su actuación pasaba inadvertida por el predominio que tuvo el juez en el proceso.

Las leyes españolas se ocuparon, preferentemente, de proveer que el inculpado tuviera defensor para que estuviese presente en todos los actos del proceso. Existiendo en el Viejo Derecho Español la defensa: El fuero Juzgo, la Novísima Recopilación y otros cuerpos legales señalaron que el procesado debería estar asistido por un defensor e inclusive la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882; impuso a los abogados integrantes de los Colegios, la obligación de avocarse a la defensa de aquellas personas carentes de recursos para pagar el patrocinio de un defensor particular.

En 1790 Francia suprimió la defensa y fue hasta la promulgación de los Derechos del Hombre y del Ciudadano cuando se estableció la defensa como un derecho que tiene todo individuo.

En México, durante la época colonial, se adoptaron las prescripciones, que en este orden, señalaron las leyes españolas, y aunque en los múltiples ordenamientos vigentes, después de consu-

mada La Independencia se dictaron algunas disposiciones, no fue sino hasta la Constitución de 1917 cuando se dió verdadera importancia a esta cuestión.

Y es así como a lo largo de la Historia se ha venido perfeccionando u otorgando dicho derecho. Hasta aquí se ha tratado de una manera muy somera la evolución histórica de la defensa en el punto siguiente se tratará más ampliamente este aspecto.

2. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO Y EL DERECHO DE DEFENSA DESARROLLO HISTÓRICO

El Derecho Penal, así como el Procedimiento Penal son un producto social, de cuya gestación y desarrollo nos dan noticias de las diversas etapas que son materia de su desenvolvimiento histórico.

El Procedimiento Penal en el periodo de la "venganza privada" no es posible concebirlo (dada la naturaleza de los actos que sucedían); cuando se ocasionaba un acto lesivo a los intereses -- particulares o del grupo, el ofendido o sus familiares cobraban con la misma moneda la ofensa recibida, y a veces en forma más estricta. Para esto se organizaban de acuerdo con la reacción defensiva natural en todo hombre, y aunque no existía poder estatal regulador de los atentados, dicha etapa sirve de antecedente remoto a lo que más adelante se convierte en el "Derecho Procesal Penal".

EL DERECHO GRIEGO. El origen del proceso penal se remonta a las viejas costumbres y formas observadas en el Derecho Griego.

Se tiene conocimiento que Grecia rindió culto a la elocuencia y que los negocios de carácter judicial se ventilaban en público. No se permitía la intervención de terceros en los juicios. El acusador era el mismo ofendido y tenía que exponer verbalmente su caso ante los jueces, alegando de viva voz. Entre tanto, el procesado tenía que defenderse por sí mismo, sólo se permitía que los terceros lo auxiliaran en la redacción de su defensa.

La función de decir el derecho correspondía al Arconte el cual, cuando no se trataba de delitos privados y, según el caso -- convocaba al Tribunal del Arzobispo, al de los Ephetas y al de los Heliastas, que decidían sobre la controversia tomando en consideración los alegatos de las partes y la prueba ofrecidas por éstas.

EL DERECHO ROMANO. Los romanos, una vez que conquistaron Grecia, fueron adoptando paulatinamente las Instituciones del Derecho Griego y con el transcurrir del tiempo las fueron reformando, imprimiéndole características muy particulares que más tarde, servirían, a manera de molde clásico, para cimentar el moderno derecho de Procedimientos Penales.

El Proceso Penal Romano, cursó por varias etapas. Al principio tuvo un carácter privado en el cual se observó un formulismo acentuado y la función del juez la realizaba un representante del

Estado cuya función era servir de árbitro y resolver el conflicto, tomando en cuenta lo expresado por las partes; en el derecho roma no primitivo, el acusado es atendido por el asesor.

Durante la monarquía, los reyes administraban la justicia. De este proceso se evolucionó hacia un régimen público, llamado así porque el Estado intervenía en aquellos delitos que amenazaban el orden y la integridad política donde el juzgador tuvo una participación dinámica.

El Colegio de los Pontífices designaba anualmente un sacerdote para responder a los plebeyos que demandaban la reparación de algún derecho ante el Magistrado, pero cuidando de no revelar los fundamentos del consejo, en virtud de que el secreto de la doctrina jurídica, era el Patriciado, arma política que garantizaba su supremacía.

En el siglo V de la fundación de Roma, se rompen los velos -- del Derecho tradicional y exotérico; durante la época de la República el Proceso Penal se estructura en el sistema de enjuiciamiento acusatorio y se distingue por el reconocimiento de los --- principios de publicidad y oralidad; es accesible para los plebeyos preparar su propia defensa y con el procedimiento formulario, aparece la institución del "patronato". La costumbre admitió que en el proceso penal, pudiera presentarse un orador que defendiera los intereses de su cliente. Era el patronos o causidicus, experto en el arte de la oratoria que debe ser instruido en sus recur-

sos legales, por el verdadero advocatus, el perito en Jurisprudencia y habituado al razonamiento forense. Correspondía al "patrono", de un modo facultativo, la carga de presentar y proteger a - su cliente. "En el libro I, título III, del Digesto, existe un - capítulo titulado de procuratoribus y defensoribus, que se ocupa- de reglamentar las funciones de los defensores. Existía una tan-- te autonomía entre las funciones del acusador y las que corres-- pondían al acusado y al juez. Cada una de las funciones se encon-- traban en personas distintas e independientes entre sí y no podían reunirse dos en una misma, ya que no cabía la posibilidad de un proceso sin la concurrencia de las tres funciones.

Bajo el Imperio, el sistema acusatorio, no se ajustó a las -- nuevas formas políticas y se abandonó dando como resultado la apa- rición del sistema inquisitorio, en el cual se abandonó la autono-- mía e independencia de las funciones del acusador, acusado y del-- juez, pues el magistrado reunió en su persona las funciones de la parte acusador y la de decir el derecho a jurisdiccional.

El Procedimiento Penal Canónico. En el Derecho Canónico, el- procedimiento era inquisitivo y es este el que sustituye al Proce-- so Penal Antiguo. Podemos distinguir entre el proceso empleado - por el Tribunal del Santo Oficio y el que propiamente constituye- el sistema laico de enjuiciamiento inquisitorio.

En el Concilio de Tolosa, el Papa Inocencio III reglamentó el funcionamiento de la Inquisición Episcopal, la cual estaba forma-

da por un eclesiástico designado por los obispos y dos personas - laicas que se encargaban de buscar y denunciar a los herejes. El trabajo de los Inquisidores consistía en interrogar a los acusados, en oír las declaraciones de los testigos y en indagar, por los medios que consideraran pertinentes, sobre la conducta de las personas que eran señaladas de herejes. Se admitían testigos que podían ser tachados conforme a las disposiciones del Derecho Común; y durante el sumario que usual que se prohibiera la asistencia de abogados defensores así como también se permitió el uso del tormento; durante el plenario, para arrancar la confesión del inculpado.

El Proceso Penal Canónico de tipo inquisitorio se caracteriza por el empleo de la escritura, del secreto y por la adopción del sistema de prueba tasada. Aquel el juez disfrutó de amplios poderes para investigar por sí los elementos de convicción y estaba facultado para hacer uso de los procedimientos que estimara pertinentes inclusive el tormento físico. Quedaba al arbitrio del juez la suerte del inculpado, a quien se le privaba del derecho de defensa y se le vedaba al conocimiento de los cargos que existían en su contra. "En realidad el juez tenía un amplio poder para formar su convicción y fue considerada en este sistema de enjuiciamiento a la confesión como la reina de las pruebas. El tribunal desempeñaba las tres funciones: acusatorio, de defensa y decisión, que el sistema antiguo o acusatorio se encontraban en--

cargadas de órganos distintos."⁸

Varios autores han sostenido que en el sistema inquisitorio - no existió la institución de la defensa, fundándose en que los jueces resumían las tres funciones que caracterizan al sistema acusatorio moderno. Carpsovio afirma "que se admitía el derecho de defensa, como existió el Fiscal, pero que su actuación pasaba inadvertida por el predominio que tuvo el Juez en el proceso, de suerte que el defensor estaba demás y era el propio tribunal que se encargaba de asumir la defensa cuando apareciese de las actuaciones que el inculcado era inocente y hubo legislaciones en que se le excluyó, como en la Ordenanza Criminal Austriaca de 1803, y en otras se le admitió, como en Prusia, en la Ordenanza Criminal de 1805.

El Procedimiento Penal Mixto. El procedimiento penal mixto o común se fundamenta en el derecho canónico; se estableció en Alemania en el año de 1532 y en Francia en la Ordenanza Criminal de Luis XIV en el año de 1670.

EN FRANCIA, el juez instructor era el árbitro en los destinos del acusado, al dirigir, al dar forma al proceso y disfrutando de un ilimitado arbitrio judicial. Establecía los fundamentos sobre los cuales se levantó todo el procedimiento, sentenciando al acusado en secreto, sin oírlo en defensa; sin hacerle saber el nombre -

⁸ Cita por González Bustamante Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Ed. Porrúa, Octava edición. México, 1985. p. 87

de su acusador, empleando la pesquisa, el tormento como fecundo -- sistema de intimidación.

La Revolución Francesa suprimió la abogacía, por decreto de 25 de agosto de 1790 y, posteriormente, se dispuso que las partes se defendiesen por sí mismas o utilizando los servicios de los defensores de oficio.

El principio de que la defensa es obligatoria y la consagración de que el acusado debe disfrutar de toda clase de libertades para prepararla, tuvieron su origen en la Asamblea Constituyente - en Francia, al expedirse las leyes que regulan el Procedimiento Penal, el 29 de septiembre de 1791. Desde el interrogatorio, el acusado tenía derecho a nombrar defensor, y si se negaba, el Juez debía proveer el nombramiento, bajo pena de nulidad de lo actuado.-- Al inculcado no se le juramentaba antes de declararlo; sólo se le recomendaba que dijese la verdad, y si lo pedía, el Juez debía entregarle todas las piezas de autos, sin estipendio alguno de su parte, debía cuidar de que quedase plenamente enterado de los cargos existentes en su contra para que estuviese en condiciones de contestarlos. Estas ideas que se condensaron en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, son las siguientes: 1° Libertad ilimitada en la expresión de la defensa. 2° Obligación impuesta a los jueces, para proveer al acusado de un defensor en caso de rehusarse a designarlo. 3° Obligación impuesta a los profesores de Derecho y abogados, para dedicar parte de las horas de su trabajo a la atención de la defensa de los pobres de solemnidad. 4° Pro

hibición absoluta a las autoridades judiciales para compeler de algún modo a los acusados a declarar en su contra. 5° Derecho reconocido al inculcado para la designación de defensor desde el momento en que es detenido. 6° Derecho del defensor para estar presente en todos los actos procesales, sin que pueda vedársele el conocimiento de las actuaciones practicadas a partir de la iniciación del procedimiento. 7° Obligación impuesta a las autoridades judiciales de recibir las pruebas que ofrezca el acusado dentro de los términos señalados para su admisión, estableciéndose como excepciones que las pruebas confesional, documental y la inspección judicial y reconstrucción de hechos, pueden rendirse hasta la audiencia que precede al fallo, siempre que concurren causas bastantes que demuestren que la prueba no fue presentada en el período de sumario por causas ajenas a la voluntad del promovente. 8° Obligación de las autoridades de auxiliar al inculcado para obtener la declaración de personas cuyo examen solicite. El Juez debe proveer al nombramiento de defensor si el inculcado se muestra renuente a designarlo, tan luego como haya rendido su declaración preparatoria.

EL PROCEDIMIENTO PENAL MIXTO O COMUN se caracteriza por lo siguiente: durante el sumario se observaban las formas del sistema inquisitivo que son secretos y escritura; para el plenario, la publicidad y la oralidad; para valorar las pruebas el juez goza de libertad absoluta, salvo casos excepcionales en los que regla el sistema legal o tasado. Asimismo se desconoció a la confesión el absoluto valor probatorio que tenía en el proceso penal canónico;

se necesitaba que fuera acompañada de otros medios de prueba.

EN ITALIA en el siglo XVI los jurisconsultos Marsilio, Julio--Claro, Farinacio y Menocio, establecieron las normas del procedimiento criminal y la libertad en la defensa del acusado, así como la intervención de defensores.

El Procedimiento Penal Italiano. Por lo que respecta al proceso Italiano intermedio, el jurisconsulto Farinaccio señala que las causas podían ser civiles, cuando la suma resultante de la pena pecuniaria beneficiaba a la parte; criminales, cuando se entregaba al fisco o se trataba de pena corporal aflictiva, en público vindicta; o mixtas, cuando lo recaudado se destinaba en parte al fisco y en parte al particular.

No obstante la anterior clasificación, la causa se consideraba criminal totalmente cuando se actuaba contra bandidos, cuando la pena cedía principalmente en favor del fisco y cuando con el interés del particular, concurría el de la vindicta pública.

Al procedimiento acusatorio del régimen italiano intermedio,-- que comenzaba con acusación escrita, a la que sucedían la citación y la contestación de la litis, siguió el inquisitivo. A pesar de su carácter extraordinario, el inquisitivo resultó ordinario en la práctica del proceso italiano intermedio.

Bajo la forma sumaria o dentro del procedimiento por decreto,--

no era siquiera necesario, para que se pronunciase condena, que el reo fuese interrogado y se defendiera.

En el siglo XVI se consolidó el proceso veneto. Venecia fue refractaria a la influencia de los procesos Romano y Bárbaro. En ella surgió la importante figura de los patrocinadores de común, auténticos actores oficiales, que promovían la causa ante la curia criminal.

Un siglo después de la Revolución Francesa la Revolución Rusa suprimió la abogacía por considerarla una profesión de tipo burgués, pero más tarde la restableció e impuso al defensor el deber primordial de ser preferentemente un servidor de la colectividad y de manera secundaria un mandatario de su cliente. Por decreto de 24 de noviembre de 1917, se consagró la libertad en la defensa, encomendada a cuerpos de defensores retribuidos e inspeccionados por el Estado que tenían, de una manera exclusiva, la defensa en materia penal.

EL PROCEDIMIENTO PENAL ESPAÑOL. En el antiguo Derecho Español, el procedimiento penal no alcanzó un carácter propiamente institucional; sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos como el Fuero Juzgo, se dictaron disposiciones de tipo procesal muy importante, tales como la acusación estableciendo los requisitos y forma de hacerla; las garantías del acusado frente al acusador, 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 esté probada la acusación ni su inocencia. También se consagran garantías a la libertad individual, disponiendo, bajo ciertas penas, que el malhechor-preso no puede ser detenido en casa del que le prendió más que un día o una noche, debiendo ser entregado después al juez. En este cuerpo normativo es evidente el esfuerzo para otorgar garantías al individuo y entre otros aspectos, se dispuso que "Las justicias no se hicieran ocultamente sino paulatinamente entre todos, buscando en la publicidad acaso una garantía y de cierto el ejemplo"; asimismo, "que nadie sea echado de lo suyo por la fuerza".⁹

Las leyes españolas se ocuparon, preferentemente, de proveer que el inculcado tuviera defensor para que estuviese presente en todos los actos del proceso.

En el Fuero Juzgo y en la Nueva Recopilación (Ley III, Título 23, Libro 5), se facultaba a los jueces para apremiar a los profesores de Derecho y abogados del Foro, a fin de que destinasen parte de sus horas de trabajo diario, en defensa de los pobres y desvalidos, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal del 14 de septiembre de 1882, dispone que los abogados a quienes correspondía la defensa de pobres, no podrán excusarse de ella, sin un motivo personal y justo que clasificarán, según su prudente arbitrio, los Decanos de los Colegios donde los hubiesen o, en su defecto, el Juez o tribunal en que hubieren de desempeñar su cometido.

9 González Bustamante Juan José, Ob. cit. p. 19

Las organizaciones y colegios de abogados, tenían la obligación de señalar, periódicamente, a algunos de sus miembros para que se ocupasen de la asistencia gratuita de los menesterosos. Desde entonces se les llamó defensores de pobres y se reconoció el beneficio de pobreza, señalándose el procedimiento para obtenerlo. Dichas disposiciones estuvieron vigentes en el Virreinato desde antes de la proclamación de la Independencia de México y se condensaron en la Providencia de la Real Audiencia del 21 de octubre de 1796, distinguiéndose entre el derecho de defensa y el beneficio de pobreza en los juicios criminales.

Existe una distinción en las leyes españolas en lo que se refiere al abogado defensor; se le reconoce el derecho de defensa, sin señalar diferencias entre ricos y pobres por considerarse imprescindible su actuación para la validez del juicio.

La Ley Española consagra el principio de que nadie debe ser condenado sin ser oído antes, pero se permite en los juicios por faltas, llegar hasta la condena, así como en los delitos de contrabando y defraudación en que es posible continuar la secuela del proceso y fallarlo en rebeldía. Dispone el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, "que los procesados deberán ser representados por Procurador y defendidos por letrado, que pueden nombrar desde que se les notifique el auto de formal procesamiento, y sino los nombrasen por sí mismo o no tuviesen aptitud legal para verificarlo, se les designará de oficio cuando lo solicitaren. En el caso en que el procesado no hubiere designado Procu-

rador o Letrado, se le requerirá para que lo verifique o se le nombrará de oficio, si el requerido no los nombrase, cuando la causa llegue a estado en que necesite el concurso de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciera indispensable su intervención".¹⁰

Se criticó en La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, que se emplease el término derecho de defensa, siendo que es más bien una garantía que tienen todos los procesados a defenderse por sí o por terceros, hasta el extremo de no poder renunciar a ser oídos y de que si no designan Procuradores o Letrados, se les nombra a los de oficio.

Las Leyes expedidas con posterioridad, reconocen la gratuidad de la defensa, cuando se trata de personas que por circunstancias económicas, no se encuentren en posibilidades de sufragar gastos-- para expensar los honorarios de los defensores. Es notorio el interés del Estado al procurar el equilibrio de las circunstancias-- políticas y económicas de las partes.

En el Fuero Viejo de Castilla, se permite a los litigantes elegir abogados, y en el Fuero Real se da el nombre de Voceros a los abogados, y a los procuradores el de Personeros, cuya intervención es indispensable en el proceso, teniendo a su cargo en las Leyes-- de Partida, la categoría de una función pública que sólo se veda a las mujeres.

10 González Bustamante Juan José. Ob. cit. p. 88

Jacinto Pallares, al comentar el Procedimiento Penal Mexicano, expresa que "todos los abogados del Foro tienen el deber de patrocinarse gratuitamente a los pobres en virtud de la obligación que -- contraen para con la sociedad, al recibir sus títulos profesionales, sin que la obligación se considere contraria a lo prevenido -- en el artículo 5° de la Constitución Política de la República de -- 1857, que prohíbe los servicios forzados de persona a persona, pero no los que todo ciudadano está obligado a prestar a la sociedad. Esta obligación se impuso desde el Estatuto de 23 de mayo de 1829 -- y el triunfo de la República, se afirmó con la expedición de la -- Ley Orgánica de Agentes de Negocios, de 17 de octubre de 1867, que obligaba a los Legos a tomar la defensa gratuita de los pobres de -- solemnidad".¹¹

En la Ley de 17 de enero de 1853, se prevenía que el acusado -- podía nombrar defensor después de haber producido su confesión, y -- en el caso de no hacerlo, se encargaría su defensa a los abogados -- de pobres. Después del triunfo de la República, al promulgarse la -- Ley de Jurados de 15 de junio de 1869, disponía el artículo 11 que -- inmediatamente después de dictado el auto de formal prisión, se no -- tificase el mandamiento al reo y se le requiriese para que nombra -- se defensor, o el Procurador de la Defensa, como órgano auxiliar -- del acusado, lo proveerá de un experto en derecho para que lo acon -- seje. Estos principios comprendidos en las leyes procesales y que

11 Cit. opus González Bustamante Juan José. ob. cit. p. 19

tienen sus antecedentes en el viejo Derecho Español, se han robustecido para quedar definitivamente consagrados en la Carta Fundamental de la República, y en el artículo 1040 del Código Penal de 7 de diciembre de 1871, se penaba a quien negase al procesado datos para su defensa. En la actualidad, la legislación penal en vigor comprende los casos de indefensión como delitos de abuso de autoridad al sancionar la renuencia de las autoridades para recibir las pruebas que ofrezca el acusado o defensor, como actos violatorios y atentatorios a los derechos garantizados en la Constitución, porque el Derecho Penal no está destinado solamente a tutelar los intereses de la sociedad que se han quebrantado por la comisión -- del delito sino que también tutela y garantiza los derechos procesales del inculcado en la medida que las mismas leyes señalan y re conoce el principio de que éste disfrute de la más amplia libertad para preparar su defensa.

3. EL DERECHO DE DEFENSA EN LA LEGISLACION POSITIVA MEXICANA DESARROLLO HISTORICO

a) El Procedimiento penal en el Derecho Prehispánico

Para los pobladores del Anáhuac no rigió uniformemente el derecho prehispánico, puesto que formaban agrupaciones diversas gobernadas por distintos sistemas y aunque había cierta semejanza, las normas jurídicas eran distintas.

El derecho que se ejercía en el Anáhuac era de tipo consuetudi

nario y quienes tenían la misión de juzgar lo transmitían de generación en generación.

Para decretar los castigos y las penas, no bastaba únicamente la ejecución del ilícito penal; era menester un procedimiento que las justificara, siendo de observancia obligatoria para los encargados de la función jurisdiccional.

DERECHO AZTECA. En el reino de México, el monarca era la máxima autoridad judicial y delegaba sus funciones en 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.

José Kohler relata que "el procedimiento era de oficio y bastaba un simple rumor público acerca de la comisión de un delito para que iniciaran la persecución."¹²

Los ofendidos podían presentar directamente su querrela o acusación; presentaban sus pruebas y en su oportunidad formulaban alegatos.

12 El Derecho de Los Aztecas. Ed. de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. México 1924. p. 24

Existía el derecho a favor del acusado para nombrar defensor o defenderse por sí mismo. Lucio Mendieta y Núñez manifiesta: "No se tienen noticias de que hayan existido abogados; parece que las partes en los asuntos civiles y el acusador y el acusado en los penales, hacían su demanda o acusación o su defensa por sí mismos."¹³ Esto se comprende fácilmente, si se tiene en cuenta la sencillez de la vida jurídica y el corto número de leyes y la simplicidad del mecanismo judicial.

En materia de prueba existían: el testimonio, la confesión, los indicios, los carcos y la documental, para ellos la testimonial tenía primacía y solamente en casos como el de adulterio o cuando existían vehementes sospechas de que se había cometido algún otro delito, se permitía la aplicación del tormento para obtener la confesión.

DERECHO MAYA. Entre los mayas el Derecho estaba caracterizado por la extrema rigidez en las sanciones, y como los aztecas, castigaban toda conducta que les lesionara las buenas costumbres, la paz y la tranquilidad social.

b) El Procedimiento Penal durante La Epoca Colonial

Al realizarse la conquista, los ordenamientos legales del Derecho castellano y las disposiciones dictadas por las nuevas autori-

13 El Derecho Precolonial, Ed. Porrúa Quinta edición, México 1985. p. 56

dades desplazaron el sistema jurídico azteca, el texcocano y el maya.

Los diferentes cuerpos de leyes, como la Recopilación de las Leyes de Indias, las Siete Partidas, de Don Alfonso El Sabio, la Novísima Recopilación y muchas otras más, establecieron disposiciones procesales. En realidad, no existía un grupo de normas organizadas institucionalmente para regular el procedimiento en materia criminal, y aunque las Siete Partidas, de manera más sistemática, pretendían establecer los preceptos generales para el mismo, al -- "estructurar el proceso penal en el sistema de enjuiciamiento de tipo inquisitorio, resultaban confundidas las disposiciones de carácter eclesiástico, profano, foral y real".¹⁴

La diversidad de fueros existentes y la variedad de leyes que se aplicaban en la época colonial, hacía que la administración de justicia se impartiese tardíamente. Además las leyes españolas -- constitulan una mezcla heterogénea de preceptos de carácter sustantivo y de orden formal, lo que originaba en la práctica continuas complicaciones.

Antes de consumarse la Independencia de México, el proceso penal se encontraba regido por el sistema de enjuiciamiento inquisitorio. La ley investía al juez de un poder omnimodo que aún no --

14 González Bustamante Juan José. Ob. cit. p. 17

queriendo, no podía eludir y el procedimiento penal se caracterizaba por una absoluta falta de garantías para el acusado; las prisas indefinidas, las incomunicaciones rigurosas que se promulgaban para arrancar la confesión al acusado, las marcas, los azotes, el tormento y cuanto medio es imaginable para degradar la condición humana del penado; los interrogatorios capciosos y perversos y los medios de coerción más espantosos unidos a la confesión con car--gos, eran de uso frecuente en esta época en que se juzgaba el delito en abstracto y se hacía caso omiso del conocimiento de la personalidad del delincuente. En los tribunales inquisitoriales, el medio clásico de convicción lo era el tormento; al inculcado se le sentenciaba en secreto, sin oírlo en defensa y sin que supiese el nombre de su acusador o conociese a las personas que declaraban en su contra; imperaba la confiscación de bienes y el procedimiento de la pesquisa.

El influjo de las corrientes renovadoras que la Revolución -- Francesa proyectó a través del tiempo, inició tanto en España como en México, una transformación en los viejos procedimientos judiciales que se venían aplicando desde la época del Rey Don Alfonso El Sabio.

- c) La Legislación Procesal desde la Consumación de la Independencia hasta 1880

La evolución histórica del Procedimiento Penal Mexicano, desde la Independencia hasta nuestros días, merece un estudio especial -

con el fin de señalar las distintas etapas por las que han pasado nuestras instituciones procesales.

El 4 de septiembre de 1824 se expide la primera ley para mejorar la administración de justicia y los procedimientos judiciales en la naciente República de México. Después se expidieron las leyes de 16 de mayo de 1831 y de 18 de mayo de 1840, que sufren continuas modificaciones durante el régimen centralista del General-López de Santa Anna. La Ley de 23 de mayo de 1837, merece especial mención la cual preferentemente se ocupa del Procedimiento Penal y señala las normas que deben seguirse en la secuela del proceso, pero como además de estas disposiciones, se continuaban aplicando las antiguas leyes españolas, esto daba origen a multitud de deficiencias y trámites.

La Ley Montes de 5 de enero de 1857, que lleva el nombre de su autor, don Ezequiel Montes Ministro de Justicia en el Gabinete del Presidente don Benito Juárez y que expidió para juzgar a los homicidios, heridores y vagos, fue una ley transitoria; no introdujo reformas capitales en el procedimiento penal y no tuvo más finalidad que establecer las medidas para juzgar sumariamente a los malhechores que infestaban el territorio nacional, prevaleciéndose de la situación caótica por la que atravesaba el país, con motivo de la Guerra de Reforma.

En la fase del sumario el inculpado carecía absolutamente de medios de defensa, a tal extremo que al abrirse el período de jui-

cio o plenario, resultaba impotente para destruir las pruebas adversas que iba acumulando el Juez y los principios de publicidad y oralidad en este período, era nominales. Por otra parte el empleo frecuente de la confesión con cargos y las rigurosas incomunicaciones que se le imponían al inculcado desde el momento de su detención, hacían más rígido el sistema procesal imperante.

La Constitución establece la libre defensa del imputado como garantía que el acusado tendrá en todos los juicios del orden penal. "El origen de esta norma se halla en los debates del Congreso Constituyente de 1850-1857, a propósito del proyecto del artículo 24, - que correspondería al 20 de la Constitución. En aquél se abría la posibilidad de que el acusado se defendiera por sí, por "personero" o por ambos. A petición del diputado Fuente fue sustituida la expresión "personero" por "defensor".¹⁵

d) La Legislación Procesal de México de 1880 a nuestros días

Transcurridos once años desde la promulgación del Código de -- Procedimientos Penales de 1880, se hizo palpable la inquietud social por los inconvenientes que tenía para la recta administración de justicia el juicio por jurados, que no prestaba las suficientes garantías debido a su composición y a la serie de desacertados veredictos que entonces se pronunciaron.

15 Cfr. Zarco Francisco. Historia del Congreso Constituyente de 1857, México Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1987 pp. 191, 192

El 3 de junio de 1891, el Congreso de la Unión autorizó al Ejecutivo para reformar el Código de Procedimientos Penales de 1880 - en lo que se refiere al Jurado. Se encomendaron las reformas a -- una comisión compuesta por los señores licenciados Rafael F. G. -- Puente y P. Miranda y el 24 de junio de 1891, se expidió la segunda Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal posteriormente, se promulgó el Código de Procedimientos Penales de 6 de julio de 1894, siendo Secretario de Justicia el licenciado don Joaquín Baranda, con las reformas que fue necesario introducir para el mejor funcionamiento del Jurado. La Nueva Ley Procesal introdujo algunas innovaciones en el procedimiento, conservando la doctrina francesa reconocida ya en el Código de Procedimientos Penales de 1880; y aunque no difieren 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 estuviera colocada en un plano de superioridad frente al Ministerio Público, debido a que el Código de 1880 permitía 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 supervenientes podía hacerlo después, de tal manera que en las más 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 inmediatividad, y en materia de prueba dominó el sistema mixto.

En el curso del presente siglo se han expedido en materia federal: el Código Federal de Procedimientos Penales de 18 de diciembre de 1908 que sigue los lineamientos del Código de Procedimientos Penales en el Distrito Federal de 1894; dispone que los jueces de Distrito y Magistrados de Circuito, formen parte de la Policia-Judicial y contiene capítulos destinados a regular las acciones y las excepciones. Adelantándose a su época, reconoce el arbitrio-judicial durante la secuela del procedimiento disponiendo que para la comprobación del cuerpo del delito, el Juez gozará de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que juzgue conducientes, según su criterio, aunque no sean de los que designe y -detalle la ley, siempre que estos medios no estén reprobados por -esta y en materia de libertad provisional, la limita hasta cinco-años.

El 5 de febrero de 1917, al promulgarse la nueva Carta Fundamental de la República, al triunfo de la Revolución Constitucionalista acaudillada por don Venustiano Carranza, se modificó substancialmente el procedimiento penal mexicano, al abandonarse la teoría francesa que estructuró nuestros Códigos y al quitar a los jue

ces el carácter de miembros de la Policía Judicial.

El 23 de agosto de 1934, se promulgó el Código Federal de Procedimientos Penales interviniendo en su redacción el Procurador General de la República, licenciado Emilio Portes Gil junto con -- otros licenciados, este Código es el producto de una mediata labor científica en que se trató de incluir las observaciones que la experiencia y la doctrina aconsejan, de acuerdo con la realidad mexicana y con los recursos disponibles. La expedición del nuevo Código, según se indica en la exposición de motivos, no tuvo por objeto el simple deseo de innovar sino de ajustar la nueva Ley Procesal a los preceptos contenidos en la Constitución Política de la República, y en el Código Penal de 1931.

Las principales reformas consisten en el establecimiento de -- procedimientos especiales para los menores delincuentes, toxicómanos y enfermos mentales; en reconocer a los jueces penales cierto límite de intervención y de autonomía en lo que se refiere a la dirección del proceso a fin de no llevar a resultados extremos al -- sistema de enjuiciamiento de tipo acusatorio que los Constituyentes de 1917 quisieron que estructurara el proceso penal mexicano; -- en la adopción del arbitrio judicial facultando al Juez para investigar durante la Instrucción del proceso todas aquellas circunstancias que permitan conocer los móviles que tuvo el inculcado para delinquir; la innovación introducida en lo que se refiere a la técnica del recurso de apelación que tiene por objeto examinar si han sido violados en la sentencia de primera instancia los principios-

reguladores en la valorización de la prueba, o se alteraron los hechos, o se aplicó inexactamente la Ley Penal y en pleno conocimiento la teoría de las funciones procesales y de los principios de oralidad, publicidad, inmediatividad, libertad absoluta de la defensa, contradicción y concentración procesales, pero donde la reforma reviste singular importancia, es en lo que se refiere al sistema de pruebas que echa por tierra el hermetismo de la prueba tasada, consagrado desde tiempos remotos. No se hace enumeración de las pruebas como se hizo en los códigos anteriores, sino que se reconoce que pueden constituirla todo aquello que se ofrezca como tal y se adopta el principio de la valorización lógica de las pruebas, haciendo que el juez tenga libertad en su apreciación y no se inspire solamente en criterios jurídicos, sino en criterios ético-sociales, pero expresando en sus resoluciones las razones que tuvo para valorizar la prueba.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE DEFENSA COMO GARANTIA INDIVIDUAL

1. CONCEPTO DE GARANTIA
2. DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES
3. CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES
4. GARANTIAS DE SEGURIDAD JURIDICA Y SU RELACION CON OTRAS GARANTIAS
5. ANALISIS DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL EN SU FRACCION IX
6. LA DEFENSA COMO DERECHO

CAPITULO II

EL DERECHO DE DEFENSA COMO GARANTIA INDIVIDUAL

I. CONCEPTO DE GARANTIA

La palabra "garantía" proviene del término anglosajón "warranty" o "warentie", que significa la acción de asegurar, proteger,-- defender o salvaguardar, por lo que tiene una connotación muy amplia.

Garantía equivale en su sentido lato, a aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar también protección, respaldo, defensa, salvaguardar o apoyo.

Jurídicamente, el vocablo y el concepto de garantía se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones anteriormente citadas.

Por lo que hace al derecho público la palabra garantía y el -- verbo garantizar son creaciones institucionales de los franceses y de ellos las tomaron los demás pueblos en cuya legislación aparece desde mediados del siglo.

En el derecho público el concepto de garantía ha significado -- diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, en el que la actividad del--

gobierno está sometida a las normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional.

Isidro Montiel y Duarte sostiene que "... todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía, aún cuando no sea de las individuales."¹⁶

En el derecho público y especialmente en el derecho Constitucional la doctrina no se ha puesto de acuerdo en la acepción escrita y específica que debe tener el concepto de garantía. Esto es - por la diversidad de definiciones o de opiniones sobre lo que debe entenderse por garantía; esta variedad obedece a que sus autores-- toman la idea respectiva en sus sentido amplio y lato, es decir, - con la sinonimia y desde diferentes puntos de vista, sin contraerla al campo donde específicamente debe ser proyectada, a las relaciones entre gobernados y gobernantes.

Se habla de garantías institucionales como medios de protección de ciertas instituciones establecidas por regularización para hacer imposible su supresión en la vía legislativa ordinaria. Esta idea es aportada por Carl Schmitt en su libro titulado Teoría de la Constitución, la cual identifica a la garantía con la Constitución misma por lo que hace a los conceptos protectores constitucionales de ciertas instituciones.

16 Estudio sobre las Garantías Individuales Ed. Porrúa, tercera edición. México 1979. p. 26

Jellinek "clasifica las garantías del derecho público en garantías sociales, tales como la religión, las costumbres, las fuerzas culturales y, en general, los elementos diversos que se dan en la dinámica de la sociedad; garantías políticas dentro de las que comprende la organización misma del Estado y el principio de división de poderes; y jurídicas que se traducen en los sistemas de fiscalización de los órganos estatales de responsabilidad oficial, de jurisdicción y de los medios para hacer efectivas las normas de derecho objetivo."¹⁷ Esta clasificación como puede notarse tiene como base la idea general de garantía.

Kelsen alude a "las garantías de la Constitución y las identifica con los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la ley fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, es decir, para garantizar el que una norma inferior se ajusta a la norma superior, que determina su creación o contenido".¹⁸ Esta definición tampoco habla de las garantías del gobernado sino de los medios o sistemas para garantizar o asegurar la prevalencia de las normas jurídicas superiores sobre las de menor categoría.

Fix Zamudio sostiene que "sólo pueden estimarse como verdaderas garantías los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales haciendo una aclaración, que para él existen dos-

17 Teoría General del Estado. Ed. Albatros Buenos Aires Argentina 1943 p. 367

18 Teoría General del Derecho y del Estado/ Hans Kelsen; tr. de Eduardo García Maynes. Ed. UNAM. México 1979. p. 280

especies de garantías: las fundamentales (individuales, sociales e institucionales), y las de la Constitución ("para los métodos -- procesales, represivos y reparadores, que dan efectividad a los -- mandatos fundamentales, cuando son desconocidos, violados o existe incertidumbre respecto a su forma o contenido"). Agregando dicho autor que "garantías fundamentales son las establecidas por los -- primeros veintiocho artículos de nuestra Carta Fundamental, las -- cuales unas tienen carácter de individuales, otras pueden estimarse sociales, y finalmente también están reguladas determinadas instituciones y entre estas últimas merecen destacarse las establecidas por los artículos 14 y 16 que pueden designarse genericamente como garantías de justicia."¹⁹

"Por el contrario, continúa, las garantías de la Constitución-Mexicana son los procesos establecidos por los artículos 103 y 107 (amparo), 105 (conflictos entre los Estados y la Federación, o los Estados entre sí) y 111 (proceso de responsabilidad de funciona--- rios), que son normas estrictamente procesales de carácter represivo y reparador."²⁰

Por otra parte Alfonso Noriega C. "identifica a las garantías-individuales con los llamados derechos del hombre, sosteniendo que estas garantías son derechos naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las-

19 Juicio de Amparo. Ed. Porrúa. México 1964. p. 58

20 Idem. p. 59

cosas, que el Estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permite el libre -- desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social."²¹

Ahora bien Ignacio Burgoa está o se encuentra disconforme con la anterior concepción, pues manifiesta que: "aún aceptando la -- idea de que existan derechos naturales del ser humano y no meras -- potestades naturales del hombre que al reconocerse por el orden jurídico positivo se convierten en derechos públicos subjetivos, -- esos derechos se asegurarían o preservarían por las garantías estblecidas por la Constitución o por la ley. De ahí que no es lo -- mismo el elemento que garantiza (garantía) que la materia garantizada (derecho humano). Además las garantías denominadas impropia-- mente individuales no se consignan únicamente para el hombre o per-- sona física, ni sólo protegen sus derechos, sino que se extienden a todo ente jurídico, distinto del ser humano o en cuanto tal, que se encuentre en la situación de gobernado. La identidad que pro-- clama el maestro Noriega deja fuera del concepto de garantía indi-- vidual las que la Constitución implanta para las personas morales-- de diferente índole, que en substancia no son hombres, aunque es-- tén formadas por ellos."²²

El prescinde de los múltiples significados que tiene el voca--

21 La Naturaleza de las Garantías Individuales en La Constitución de 1917. Ed. UNAM -Coordinación de Humanidades México 1967 p. 111

22 Garantías Individuales. Ed. Porrúa Vigésimoprimer edición. México 1988. pp. 164, 165

blo garantía, para contraer el concepto respectivo a la reglamentación jurídica de supre a subordinación y de la que surge el llamado derecho público subjetivo del gobernado y que equivale, en cienta medida al derecho del hombre de la Declaración francesa de 1789 y de nuestra Constitución de 1857; y desde el punto de vista de -- nuestra Ley Fundamental vigente, las garantías individuales implican, no todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del estado de derecho, sino lo que se ha entendido por derechos del gobernado frente al poder público.

La relación entre ambos conceptos, garantía individual y derecho del gobernado, se deduce de la formación parlamentaria del artículo primero de la Constitución de 1857. Los Constituyentes de 56-57 estuvieron o fueron influidos por la corriente jusnaturalista, consideraron que los derechos del hombre son aquellos que éste recibe de Dios, y que dada su amplitud y variedad, no era posible enmarcar dentro de un catálogo. Por ello dichos constituyentes se concretaron a instituir las garantías que aseguran el goce de esos derechos, de tal suerte que al consagrar las propias garantías, en el fondo se reconoció el derecho respectivamente protegido o asegurado por ellas, estableciéndose así la relación de que se habla.

José Luis Soberanes Fernández establece que en un estricto sentido técnico-jurídico, se entiende por "garantía constitucional el conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con el objeto de reestablecer el orden constitucional -- cuando el mismo sea transgredido por un órgano de autoridad política

ca", 23

No puede identificarse la garantía individual con el derecho del hombre o el derecho del gobernado. No dejamos de reconocer -- que la denominación de garantía individual o del gobernado no es -- muy adecuada para denotar su ser jurídico, sin que se haya logrado empero sustituirle ventajosamente por otro nombre. Ya hemos establecido que garantizar equivale a asegurar, proteger, defender, o salvaguardar. Consiguientemente, el otorgarse por la Constitución garantías en favor de todo gobernado, se asegura, protege, defiende o salvaguarda a este frente el poder público, manifestando en multitud de actos de autoridad provenientes de los órganos del Estado. De ahí que, a falta de una mejor y más idónea de significación, optamos por seguir empleando la citada denominación.

Nos señala Ignacio Burgoa que el "concepto de garantía se forma con la concurrencia de los siguientes elementos:

1. Sujeto activo y sujetos pasivos;
2. Objeto;
3. Fuente."²⁴

Ahora bien una vez señalados los diferentes conceptos de garan

23 Cit. por Burgoa, Ignacio. Ob. cit. p. 190

24 Ibidem. pp. 165, 166

ta individual, de variados doctrinarios, nos encontramos en posibilidad de mencionar nuestro propio concepto, anticipando que para tal efecto tomamos en consideración los elementos que señala Ignacio Burgoa ya antes mencionados.

Garantía Individual. Es la relación jurídica de supra a subordinación prevista y regulada por nuestra Constitución que se entabla entre el gobernado y el Estado y sus autoridades, siendo esta de derecho público subjetivo emanando ésta en favor del gobernado, existiendo una obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistentes en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo.

Por su parte la teoría estatista parte de un criterio opuesto al sustentado por la doctrina jusnaturalista. En esta se afirma-- que sobre el poder del pueblo o la nación no existe ninguna potestad individual. Por ende, el sujeto particular no tiene ningún de recho que oponer al Estado, que es la forma política y jurídica en que se organiza el pueblo. Pero para obtener la felicidad y el -- bienestar de la comunidad, es menester procurar que sus partes integrantes, los individuos, sean dichosos. Y por ello es que el Es tado, en ejercicio del poder soberano cuyo titular es el pueblo, - otorga, crea o concede a los gobernados determinadas prerrogativas que lo coloquen al amparo de los desmanes, arbitrariedades e ini-- quidades de las autoridades que obran en representación de aquél.

En conclusión, según esta solución, el establecimiento de las-

garantías individuales constituye parte integrante de la finalidad general del Estado determinada por postulados éticos, como son los concernientes a la procuración del bienestar de la sociedad por me dio de la obtención de la felicidad de sus miembros individuales, - para cuya consecución se otorga a éstos ciertos derechos o prerrogativas fundamentales.

Según la tesis estatista los derechos públicos subjetivos derivan de la autolimitación del poder del Estado en el orden jurídico positivo. Su existencia no produce a este orden puesto que dimanan de Él y se instituyen por Él en favor de los gobernados, ya -- que como asevera Lband "Los derechos de libertad o derechos fundamentales son reglas que se dan asimismo el poder del Estado, constituye barreras que limitan los poderes de las autoridades aseguran al particular su natural libertad de acción en un círculo determinado, pero no establecen derechos subjetivos de los ciudadanos del Estado..."²⁵

2. DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

Estas garantías individuales son también llamadas garantías -- constitucionales, derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos o derechos del gobernado.

25 Citado por Xifra Heras Jorge. El Proceso Legislativo. Ed. Reus, Madrid España 1961. p. 356

Estas garantías o derechos -en su primer origen- son auténticas vivencias de los pueblos o de grupos que constituyen a éstos, quienes se las arrancan al soberano para lograr el pleno reconocimiento de libertades y atributos, que se supone corresponden a la persona humana por el simple hecho de tener esa calidad.

Los movimientos constitucionales nos han permitido hacer notar que éstos no se desenvuelven sino cuando son queridos por el conjunto de la nación, o en todo caso, por la mayoría de ésta, y se les cree capaces de aportar una liberación de la nación en cuanto a cuerpo y de los ciudadanos en cuanto a individuos. Pero hay que darse cuenta de que las evoluciones de este tipo no se realizan -- sin provocar, frecuentemente, vivas resistencias, pues es raro que los detentadores del poder acepten de buen grado abandonar su posición o incluso compartirla. No resultando sorprendente que el movimiento constitucional se de por resoluciones.

Juventino V. Castro señala que "existe un conceso general de que es en Inglaterra donde aparece el primer ejemplo claro de la creación de garantías constitucionales, mediante la proclamación de la Carta Magna expedida el 15 de junio de 1215".²⁶ Pero aunque la Gran Bretaña haya gozado de un movimiento constitucional a la vez amplio y armonioso, ha conocido también revoluciones -como la de 1215- año en que los varones ingleses obligaron a Juan sin Tierra

26 Garantías y Amparo. Ed. Porrúa Quinta edición. México 1986. p. 5

al otorgamiento de la Carta Magna, después de que éste fue derrotado en el Continente en Bouvines y en Roche-aux-Moines.

Sin embargo otros autores destacan paralelamente al antecedente inglés, anteriormente mencionado, como el que se refiere a los Procesos Forales de Aragón.

Estudiando el origen de los fueros españoles -el de Aragón, el de Vizcaya, el de León entre otros-, que en ninguna forma pueden contemplarse como un acto gracioso de los soberanos, sino como jaciones de los súbditos en especial la nobleza, que estaba revestida de una fuerza material oponible al soberano. Considerándose a los Fueros como el antecedente del proceso de Manifestación, siendo este último un corolario del derecho de los hombres a un fallo legal ante un juez competente. Estableciéndose en los Fueros que nadie puede ser privado de sus honores, detenido, atormentado o condenado a muerte por ninguna Institución del Estado sin tener pruebas claras y evidentes, también se refieren a la protección contra el encarcelamiento, se establecieron disposiciones sobre la libertad-bajo fianza, protección judicial como garantía del derecho de libertad, apareciendo la figura de justicia como juez medio entre el rey y sus vasallos, existía ya en esa época el principio-garantía del proceso legal ante el juez competente.

Cronológicamente debemos referirnos ahora de las Colonias Inglesas en América, como antecedente de la Constitución Americana--de 1787.

Los emigrantes ingleses trajeron a América la tradición jurídica del "common law" (espíritu libertario). Ahora bien para fundar una colonia en América se necesitaba una autorización del soberano inglés, dicha autorización se hacía mediante la expedición de una carta en la cual se establecían las reglas de gobierno, concediendo se amplia autoridad y autonomía en cuanto a su régimen interior. -- Las Cartas principales de las trece colonias inglesas que habían de convertirse posteriormente en los Estados Unidos de América, -- son las de Connecticut (1662), Rhode Island (1663), Virginia, Pennsylvania, Maryland y Carolina del Norte (1776), Vermont (1777), -- Massachusetts (1780) y New Hampshire (1783).

Destacándose la de Virginia, del 12 de junio de 1776, que fue la que sirvió de modelo para todas las demás, incluye junto a diversos principios de organización política, tales como los de la soberanía popular y la separación de poderes, la alterabilidad de los cargos públicos, la reformabilidad del gobierno y la libertad de elecciones, un catálogo de derechos y libertades fundamentales, entre los que se encuentran los derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la propiedad, a una fianza moderada y a un castigo humano, a un juicio rápido ante un jurado imparcial y las libertades de prensa y de conciencia, así como la prohibición de las sanciones generales.

Otras Cartas aumentaron su propio catálogo para incluir derechos como el de portar armas, el de habeas corpus, el de la inviolabilidad del domicilio o el de igualdad de protección ante la --

ley, y libertades como la de expresión, reunión y petición.

En cualquier forma, estas trece Cartas son claros antecedentes de garantías constitucionales porque establecían derechos fundamentales para los habitantes de las colonias, y porque trascendieron a las enmiendas de la Constitución americana que debía regir en -- los territorios separados de la metrópoli.

Cuando los Estados Unidos de América promulgó el 17 de septiembre de 1787 su Constitución Federal, previamente sometida a la consideración de los Estados particulares en convenios locales, no se incluye en ella una enumeración de las garantías constitucionales. De ahí que en septiembre de 1789 el Congreso, una vez redactadas - un total de 15 enmiendas constitucionales, aceptó que 12 de ellas fueran sometidas a la aprobación de los estados, atento al correspondiente proceso descrito en el 5° artículo constitucional. Para el 15 de diciembre de 1791 un número suficiente de estados había - ya aprobado 10 de las 12 enmiendas, haciendo de estas una edición-permanente a la Constitución. Dichas enmiendas se conocen como la Declaración de Derechos.

Esta Declaración de Derechos, constituida por las 10 primeras-enmiendas a la Constitución, vendría a garantizar a los ciudadanos de los Estados Unidos, entre otros, los derechos a ser procesados-por un jurado, a juicios expeditos de conformidad con las leyes de la Nación y la prohibición de fianzas excesivas, así como las li-bertades de religión, expresión, prensa, reunión, etc.

El breve examen realizado de los documentos fundamentales norteamericanos, así como un somero análisis del proceso de gestación y del contenido de la Declaración Francesa, nos permitirá, poner de manifiesto el sentido y la medida en que aquéllos ejercieron -- aún hoy en día innegable influencia en la Francia revolucionaria, -- y desde luego, sobre la propia declaración francesa.

En efecto, desde la Declaración de Independencia de 1776, el movimiento revolucionario norteamericano gozaba de gran simpatía y prestigio, sobre todo entre los intelectuales franceses, quienes, a su vez, repudiaban y se revelaban contra los vestigios del feudalismo, el despotismo monárquico y los privilegios de la naturaleza del clero.

La Declaración francesa habla de convertirse, como ya se ha señalado, en la caja de resonancia para los principios proclamados en los documentos en que plasmó la emancipación norteamericana, di fundiéndolos, insuflándoles un espíritu de rebeldía y revisitiéndolos de un carácter de universalidad, razones por las cuales asumirla una importancia determinante no sólo para la historia constitucional de Francia sino, también, para la de muchos otros países -- tanto europeos como latinoamericanos, cuyas constituciones reflejaron el impacto de la influencia que sobre ellas ejerció la declaración francesa.

En cuanto al contenido de la Declaración Francesa, el texto es muy breve y el articulado de la misma está precedido de un preámbu

lo en el que la Declaración francesa, entre otras cosas, afirma -- que la ignorancia, el olvido o el menos precio de los Derechos del Hombre, son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, reconoce y declara solemnemente bajo los auspicios del Ser Supremo los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre con miras a que la Declaración, siempre presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerda sin cesar sus derechos y deberes, a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas ahora en principios sencillos e indiscutibles, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos.

Debemos señalar que de los 17 artículos de que consta este documento, 11 de ellos enumeran los clásicos derechos individuales, hoy mejor conocidos como derechos civiles y políticos.

Concretamente, el artículo 1° establece el principio básico de que sin ninguna distinción los hombres nacen y viven libres e iguales; el artículo 2° enuncia de manera general como derechos naturales fundamentales: la libertad, la seguridad, la propiedad y la resistencia a la opresión; el artículo 4° precisa la noción de libertad; el artículo 6° consagra la igualdad tanto ante la ley como de acceso a los cargos y empleos públicos; los artículos 7°, 8° y 9° se refieren a las garantías en materia penal, los artículos 10 y 11 establecen las libertades de opinión, pensamiento y expresión de los mismos, el artículo 12 señala la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano requiere de la fuerza pública, y -

por último, el artículo 17 consagra el derecho de propiedad.

Los artículos restantes 3°, 5°, 13, 14, 15 y 16, entre otras cosas formulan diversos principios que constituyen los fundamentos del nuevo derecho público.

Durante largo tiempo la función de proteger los derechos humanos en el orden interno correspondió exclusivamente al Estado. En el plano internacional, hasta la creación de la ONU, dicha protección también era asumida esencialmente por el propio Estado.

En efecto, a lo largo del desarrollo del derecho internacional existieron diversos instrumentos o costumbres que regulaban ciertos aspectos de las necesarias relaciones entre Estados, pero que, al mismo tiempo, implicaban o reconocían, sea por su contenido sea por sus efectos, algunos derechos individuales y, en ocasiones, establecían determinados mecanismos destinados a garantizar los derechos reconocidos a los particulares, ya fuese individualmente considerados o bien perteneciendo a un grupo de persona o, incluso, formando parte de una población entera. Entre estos mecanismos de protección y no tomando en cuenta sino aquellos que fueron practicados durante el siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial, podemos mencionar la lucha contra la esclavitud y la trata de negros, la protección de las minorías. etc.

No fue sino muy recientemente, cuando una nueva noción de la protección internacional de los derechos humanos habla de venir a

enraizar muy profundamente el derecho internacional positivo actual, esto fue hasta la aparición de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y, desde luego, de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por lo que respecta a su contenido esta Declaración Universal, su texto es breve, precedido de un preámbulo en el cual establece que, tomando en cuenta que los pueblos de las Naciones han reafirmado en la Carta Constitutiva de esta Organización su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana, y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social, y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, considera, entre otras muchas cosas, que la libertad, la justicia y la paz, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca, y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; que es esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no sea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión y que, puesto que los Estados Miembros de la organización se han comprometido en cooperación con ella, a asegurar el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre, es de la mayor importancia, para el pleno cumplimiento de dicho compromiso, tener la concepción común de tales derechos y libertades.

La Declaración Universal consta de 27 artículos, en sus 21 pri

meros artículos pone de relieve que todos los seres humanos, sin distinción alguna, nacen libres e iguales en dignidad y derechos, formula los principios básicos de igualdad y no discriminación en el disfrute de los derechos y libertades fundamentales, y enumera y define los derechos civiles y políticos; en sus artículos 22 a 27 incluye también una amplia y precisa lista de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por lo que hace a los antecedentes nacionales de las garantías Burgoa expresa "que no aparecen en la época precolombina de lo que actualmente en nuestro país, ninguna institución consuetudinaria o de derecho escrito, de derechos subjetivos que se asemejen a las garantías que constitucionalmente existen en la época moderna."²⁷

Desecha dicho autor las exageraciones de algunos indigenistas que pretenden encontrar en disposiciones administrativas de diversos pueblos de nuestro territorio, el germen de instituciones de derecho constitucional.

Por lo que respecta al derecho novohispano se puede llegar a asimilar este, porque si bien las Leyes de Indias, y sus suplementarias Leyes de Castilla, son protectoras en alto grado, del absolutismo del régimen español impidiendo totalmente la fructificación de un sistema de derechos públicos subjetivos que pudiera hacernos pensar en la existencia de garantías constitucionales sui generis.

27 Ob. cit. p. 92

Al término de la vida colonial, España sufre una transformación política que abarca a la figura de su soberano, y se intenta imitar, al menos en su normatividad jurídica, al régimen constitucional francés derivado de su movimiento revolucionario.

Surgiendo de esta manera la Constitución de Cádiz de 1812 ya en este documento español, que muy relativamente rigió en México, ya que en esta época estaba en su apogeo el movimiento insurgente, que lo llevaría a su independencia total; aparecen disposiciones fundatorias de garantías de carácter constitucional en que se originan. La trascendencia de este documento fundamental -en lo que toca a nuestro régimen jurídico- es el de ser fuente de inspiración de algunas disposiciones constitucionales que han llegado hasta nuestros días.

El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, no es propiamente un antecedente legislativo tanto de las garantías constitucionales que nos rigen, porque como es sabido nunca entró en vigor en un México independiente. Pero en él ya existe un catálogo de estas garantías cuya historia perseguimos. De entre su articulado debemos destacar el numeral 24, de carácter genérico, que a la letra 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."²⁸

Hay otros artículos que expresamente establecen verdaderas garantías constitucionales, tales como la de audiencia, inviolabilidad de domicilio, derechos de propiedad y de posesión, derecho de defensa (artículo 37), libertad ocupacional, de institución, libertad de palabra y de imprenta.

La Primera Constitución que rige al México independiente es la Constitución Federal de 4 de octubre de 1824, sin embargo, en esa Constitución influye fundamentalmente el llamado Plan de la Constitución de Política de Nación Mexicana de 28 de mayo de 1823, formulado por un congreso que se citó como constituyente, y que solamente fue aceptado como convocante y formado por diputaciones provinciales del nuevo país. Estipulando en este plan los derechos y deberes de los ciudadanos.

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

La segunda Constitución que rige a nuestro país, es conocida -

28. Castro, Juventino V. Ob. cit. p. 22

como las Siete Leyes Constitucionales de 30 de diciembre de 1836, - la cual, dió fin al sistema federal que se estableciera en la Constitución de 1824, creando el régimen Centralista.

Este documento constitucional si enumera en forma especial algunas garantías individuales un poco mejor elaboradas, pero mencionandolas como derechos del mexicano.

En la Primera Ley se establecen los siguientes derechos: la prohibición de apresar sin mandamiento de juez competente; la detención por más de tres días por autoridad política, sin poner a disposición de la autoridad judicial al detenido, y a esta última el no promover dentro de los diez días siguientes del auto motivado de prisión; la privación de la propiedad, del libre uso y el -- aprovechamiento de ella, salvo casos de utilidad general y pública; los cateos ilegales, el juzgamiento y sentencia por tribunales que no se hayan establecido según la Constitución, o aplicando las leyes dictadas con posterioridad al hecho; se establece la libertad de traslado y la libertad de imprenta.

En la tercera Ley, se establecen las prohibiciones dictadas al congreso general, dentro de los cuales se ratifican algunos derechos del mexicano anteriormente enunciados.

En la Ley Quinta se ordenan prevenciones generales sobre la administración de justicia en lo civil y en lo criminal disponiendo normas para el aprisionamiento y detención, para el procesamiento-

y para la aplicación de penas, que en nuestra Constitución vigente aparecen como garantías constitucionales.

El siguiente documento constitucional de carácter fundamental, que aparece en nuestra vida independiente, es la llamada Acta de Reformas de 1847, la cual restablece el imperio de la Constitución de 1824 siendo ésta Federal, introduciéndole algunas reformas esenciales, que ya desde entonces se pretendía la expedición de una -- nueva Constitución más adecuada a las necesidades de la época.

En 1846 se citó a un Congreso para restaurar la Constitución de 1824 y quienes estaban divididos, entre reponer lisa y llanamente la Constitución Federal, y quienes deseaban la expedición de -- una nueva Constitución, que aprovechara los principios fundamentales de la de 1824.

En dicho Congreso se nombró una Comisión formada por J. Espinoza de los Monteros, Manuel Crecencio Refón, Mariano Otero, Joaquín Cardoso y Pedro Zubieta. La mayoría de la comisión, con excepción de Mariano Otero, presentaron al Congreso Constituyente en su sesión del 5 de abril de 1847 un dictamen proponiendo se declarara -- que el pacto de 1824 era la única Constitución del país, mientras no se publicaran las reformas que determinara ese Congreso, ofreciendo presentar a la mayor brevedad posible un dictamen a ese res-- pecto.

Mariano Otero, formuló un voto particular en sentido diverso, --

acompañando un Proyecto de Acta de Reformas, que también fue conocido por el Congreso en la sesión antes mencionada.

El Congreso rechazó el dictamen de la mayoría, y discutió el vo particular de Otero que con algunas modificaciones fue jurado - el 21 de mayo de 1847 y publicada el día siguiente.

Del anterior documento se destaca el artículo 5º, el cual correspondió al artículo 4º del proyecto de Otero, en el cual se disponía: "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 hacer las efectivas".²⁹

Esta disposición tan genérica, que se refiere a los derechos -- del hombre, debe ser entendida en los términos de los conceptos -- contenidos en el Voto Particular de Otero que acompañó al Proyecto y que en alguna de sus partes dice: "Desde 1832 comenzó a observarse que la Constitución Federal debía reglamentar el ejercicio - de los derechos del ciudadano, y yo he creído que ésta debe ser la primera de las reformas, persuadido como lo estoy de que en este - punto es en el que se caracteriza y asegura el principio de la forma de los gobiernos, según se extiendan o se limiten esos dere-- chos".³⁰

29 Ibidem. p. 13

30 Ibidem. p. 13, 14

La Constitución Federal del 5 de febrero de 1857 es la primera que señala un capítulo especial enumerando los derechos del hombre, antes de analizar este antecedente fundamental nos referiremos al Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, expedido - el 15 de mayo de 1856, por el Presidente Ignacio Comonfort.

El Estatuto a que nos referimos no parece haber influido en el Proyecto de Constitución Federal expedido el año siguiente; en este antecedente histórico se menciona el pensamiento de los publicistas mexicanos el cual era el de precisar un catálogo de garantías individuales. Es así como en dicho Estatuto, en la Sección - Quinta, bajo el rubro de Garantías Individuales se dice que la nación garantizar a sus habitantes la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad.

Por lo que hace a la Constitución de 1857 tiene sus propias motivaciones y fundamentaciones estableciendo en la Sección I, del - Título I, los derechos del hombre.

En el dictamen de la Comisión encargada de presentar al Congreso Constituyente el proyecto de la Ley Fundamental establece en una de sus partes: "Si es verdad que la Constitución de 1824 tuvo presentes algunos principios que reconocían la libertad y los derechos del hombre, poniendo determinadas restricciones al poder ejecutivo, y fijando reglas generales para la administración de justicia, no puede negarse que sus preceptos en esta parte, además de ser incompletos, porque no limitaban de un modo preciso la esfera-

de todas las autoridades del país, dieron también lugar a opiniones erróneas o conjeturas peligrosas, que engendraron la incertidumbre y la duda sobre un punto de capital importancia".³¹

3. CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

Existen dos criterios para clasificar las garantías individuales en términos generales: uno que parte del punto de vista formal de la obligación estatal que surge de la relación jurídica que implica la garantía individual, y otro que toma en consideración el contenido mismo de los derechos públicos subjetivos que de la mencionada relación se forman en beneficio del sujeto activo o gobernado.

No debemos confundir la clasificación de las garantías individuales propiamente dichas, y a la que nos referimos esta vez, con la división que de las garantías en general ha elaborado Jellinek. En ambas clasificaciones el objeto es diverso, puesto que en la -- que analizaremos, este se constituye por las garantías individuales como relaciones jurídicas existentes entre el gobernado como sujeto activo y las autoridades estatales y el Estado como sujetos pasivos; por su parte, el objeto de la clasificación de Jellinek -- versa, no sobre las garantías individuales propiamente dichas, sino respecto de los medios que establecen un control o una salva--

31 Ibidem. p. 16

guardia al régimen de derecho en general y a los derechos de los gobernados en particular. Según Jellinek, hay tres especies de garantías: las sociales, las políticas y las propiamente jurídicas. Las primeras están constituidas por aquellos factores culturales, por ideas religiosas, tendencias sociales, económicas, etc., que forjan, en el ánimo de los gobernantes o legisladores, la creación de un orden de derecho determinado, el cual, se reputa como un mero producto cultural. Estos factores cuando reflejan ideales éticos, significan una influencia en la voluntad de los forjadores -- del orden del derecho, en el sentido de proscribir las arbitrariedades, iniquidades e injusticias legislativas, administrativas y judiciales. Las garantías políticas equivalen, para Jellinek, a un régimen de competencias y de limitaciones de poderes entre las distintas autoridades del Estado, de tal suerte que cada entidad--autoritaria o cada funcionario se ve constreñido a actuar dentro de su órbita competencial creada por la Ley. Por último las garantías jurídicas se traducen para el citado autor en todos aquellos medios de derecho de que el gobernado dispone para proteger sus derechos frente a los gobernantes o autoridades, tales como el juicio de responsabilidad de las instituciones de fiscalización, los recursos legales ante la jurisdicción.

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. El respeto que éste, por conducto de sus autoridades, debe observar frente-

al gobernado, se puede manifestar en una mera abstención o no hacer o en la realización de una conducta positiva. Consiguientemente, desde el punto de vista de la naturaleza formal de la obligación estatal surge esta de la relación jurídica que denota la garantía individual, esta 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 estas, están obligados a realizar en 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, el desarrollo de un procedimiento previo para poder privar a una persona de la vida, de la libertad, -- etc.

Tomando en cuenta las dos especies de obligaciones a que se ha aludido, las garantías que respectivamente las imponga el Estado y sus autoridades, se pueden clasificar en garantías materiales y garantías formales.

Dentro del primer grupo se incluyen las que se refieren a las libertades específicas del gobernado, a la igualdad y a la propiedad, comprendiendo el segundo grupo las de seguridad jurídica.

En las garantías materiales, los sujetos pasivos asumen obligaciones de no hacer o de abstención, en tanto que las garantías for

males, las obligaciones correlativas a los derechos públicos subje
tivos correspondientes son de hacer, es decir positivas, consisten
tes en realizar todos los actos tendientes a cumplir u observar --
las condiciones que someten la conducta autoritaria para que ésta
afecte con validez la esfera del gobernado.

Tomando en consideración el segundo punto de vista, esto es, -
el consistente en el contenido del derecho subjetivo público que--
para el gobernado se deriva de la relación jurídica en que se manifiestan
las garantías individuales, éstas pueden ser: de igual--
dad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica. En efec--
to, todo derecho subjetivo tiende a exigir o reclamar algo del su-
jeto obligado frente a su titular. Este algo es el contenido de -
exigencia del derecho subjetivo.

El gobernado tiene varias esferas jurídicas oponibles y reclama-
bles contra las autoridades del Estado. Estas órbitas o esferas
jurídicas conciernen al respecto de su situación de igualdad con-
sus semejantes, al de su libertad en todas sus manifestaciones, y
al de su propiedad y a la observancia de determinadas formalida-
des, requisitos, medios, condiciones, etc., por parte del poder --
público para que la actuación de éste sea constitucionalmente vál-
ida cuando cause afectación al gobernado, circunstancias que impli-
can una seguridad jurídica para éste. Por ende el contenido de --
exigencia de los derechos públicos subjetivos que emanan de la re-
lación en que se traduce la garantía individual consiste precisa-
mente en oponer a las autoridades estatales el respeto y la obser-

vancia de estas diferentes esferas jurídicas.

Resumiento, de acuerdo con el contenido de los mencionados derechos, las garantías individuales se clasifican en garantías de igualdad, libertad, de propiedad y de seguridad jurídica.

La clasificación a la que hacemos referencia ha sido adoptada por diferentes documentos jurídicos-políticos. En la Declaración Francesa de 1789 se estableció que los derechos naturales e imprescriptibles del hombre son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, no haciendo alusión a la igualdad pero se encuentra intrínseca dentro de su primer artículo.

Por lo que hace a México, la Constitución de Apatzingán, de 22 de octubre de 1814, clasifica a las garantías o derechos del ciudadano en garantías de igualdad, seguridad, propiedad y libertad. En el Proyecto de la Mayoría de 1842 también se acoge dicha manifestación o clasificación, así como en el de la Minoría estableciéndolos como derechos individuales. En el proyecto posterior que los grupos mayoritario y minoritario elaboraron en noviembre de 1842 se reitera dicha clasificación bajo el rubro de Garantías Individuales. En el Acta de Reforma 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.

Aunque ni La Constitución de 1857, ni la de 1917 consignan expresamente los mencionados cuatro tipos de garantías, todas las -- que respectivamente se contienen en ambos documentos se pueden adcribir a cada uno de ellos, en atención, al contenido del derecho público subjetivo correspondiente.

En base a lo anterior podemos clasificar las garantías establecidas en nuestra actual Constitución en los cuatro tipos o grupos de garantías que serían o quedarían de la siguiente manera:

Dentro de las garantías de igualdad quedan enmarcados los artículos 1º, 2º, 4º, 12 y 13 Constitucionales. De los cuales se -- desprende que la igualdad se traduce en que varias personas, en námero indeterminado, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones -- que emanen de dicho estado.

En el rubro de Garantías de Libertad, antes de mencionar los -- artículos que se encuadran dentro de este grupo mencionaremos que "la libertad social u objetiva dle hombre --según palabras de Bur--goa-- se revela como la potestad consistente en realizar trascenden--talmente los fines que El mismo se forja por conducto de los me---dios idóneos que su arbitrio le sugiere, que es en lo que estriba--su actuación externa, la cual sólo debe tener restricciones que --establezca la ley en aras de un interés social o estatal o de un --

interés legítimo privado ajeno."³² Los artículos de nuestra actual Constitución que se encuadran dentro de este rubro son: artículo-5° (libertad de trabajo); 6° (libertad de expresión); 7° (libertad de imprenta); 8° (derecho de petición); 9° (libertad de reunión y asociación); 10 (libertad de posesión y portación de armas); 11 -- (libertad de tránsito); 16 párrafo tercero (libertad de correspondencia); 24 (libertad religiosa); 28 (libre concurrencia) y 3° (libertad de enseñanza).

Por lo que hace a la propiedad ésta en general se revela como un modo de afectación jurídica de una cosa a un sujeto, bien sea - éste físico o moral, privado o público. Dentro de este rubro se encuentra el artículo 27 Constitucional (propiedad privada).

Dentro del marco de Garantía de seguridad jurídica encontramos a los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 26 de la Constitución. Estos artículos serán tratados en el siguiente punto del presente trabajo, por esta razón no hacemos alusión de su contenido genérico, sólo del numeral.

Cabe hacer notar que dentro de las garantías de libertad también se debe de adicionar o encontrar el derecho a la información establecido en el segundo párrafo del artículo 6° Constitucional.

32 Castro Juventino V. Ob. cit. p. 303

Existe otro rubro de garantías las sociales que en nuestra --- constitución es tan establecidas dentro del artículo 123 y 27 Constitucionales, el primero habla de las garantías de la clase trabajadora frente al otro factor de la producción el capital, y el segundo habla de la materia agraria.

4. GARANTIAS DE SEGURIDAD JURIDICA

Comenzaremos este punto estableciendo lo que se entiende por - seguridad jurídica.

En las relaciones entre los gobernantes, como representantes - del Estado, y gobernado, se suceden múltiples actos, imputables a los primeros que tienden a afectar la esfera jurídica de los segundos. Es decir, el Estado, en el ejercicio del poder de imperio de que es titular como entidad jurídica y política suprema con sustantividad propia, desempeña dicho poder sobre y frente a los gobernados por conducto de sus autoridades. El Estado, al desplegar su - actividad de imperio, al asumir su conducta arbitraria, imperativa y coercitiva, necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico -- que se atribuye a cada sujeto como gobernado, bien sea en su aspecto de persona física o de persona moral.

Todo acto de autoridad emanado por esencia del Estado y desempeñado por los diferentes órganos autoritarios estatales creados-- por el orden de derecho, tiene como finalidad inherente, imbibita, imponerse a alguien de diversas maneras y por distintas causas; es

decir, todo acto de autoridad debe afectar a alguna persona moral o física en sus múltiples derechos: vida, propiedad, libertad, -- etc.

Dentro de un régimen jurídico, esto es, en el que impere el de recho, bien bajo un carácter normativo legal o bajo un aspecto con suetudinario, esta afectación de diferente índole y de múltiples y variadas consecuencias que opera en el status de cada gobernado, - debe obedecer a determinados principios previos, llenar ciertos re quisitos, en síntesis debe estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observancia no sería válida desde el pun to de vista del derecho.

Las garantías de seguridad jurídica implican, en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o cir-- cunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad esta tal autoritaria para generar una afectación válida de diferente ín dole en la esfera del gobernado, integrada por el summum de sus de rechos subjetivos.

De lo anterior se deduce que un acto de autoridad que afecte-- el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, sin observar dichos requisitos, condiciones, elementos o circunstan-- cias previos, no será válido a la luz del derecho.

La seguridad jurídica in genere, al conceptuarse como el conte nido de varias garantías consagradas por la ley fundamental, se ma

nifiesta como la sustancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales del gobernado oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligaci3n de acatarlos u observarlos.

Esta obligaci3n estatal y autoritaria es de índole activa en donde el Estado y sus autoridades deben desempeñar, para cumplir-dicha obligaci3n, actos positivos, consistentes en realizar todos-aquellos hechos que impliquen el cumplimiento de todos los requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas para que la-afectaci3n que genera sea jurídicamente válida.

El orden social -"sea justo o injusto- implica como es evidente una delimitaci3n de derechos y deberes entre los miembros de la comunidad. Pues bien, la seguridad, no es otra cosa que la protecci3n efectiva de esos derechos y deberes, es decir, el amparo seguro de dicho orden, contra cualquiera que pretenda turbarlo, así como la-restauraci3n del mismo, en el caso de haber sido violado. Por el-contrario, cuando la protecci3n reinante no es suficiente, el va-lor se da con sentido negativo, es decir, como inseguridad."³³

"La seguridad es otro de los valores de gran consistencia y,--por cierto, de importancia básica, porque la certeza de saber a --

33 Garrone José Alberto. Diccionario Jurídico. Ed. Abeledo-Perrot. T. III. Buenos Aires, Argentina 1987. p. 255

que atenerse, es decir, la certeza de que el orden vigente ha de ser mantenido aún mediante la coacción, da al ser humano la posibilidad de desarrollar su actividad, previendo en buena medida --cuál será la marcha de su vida jurídica".³⁴

"Como es lógico hay una serie de instituciones jurídicas con-- las que se persigue el reinado de la seguridad en la convivencia humana. Tales por ejemplo, el principio de que la ignorancia del derecho no excusa su cumplimiento, la irretroactividad de las leyes, la cosa juzgada etc."³⁵

Seguridad Jurídica. La estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o trasgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho.

Una manifestación tan sólo la integra la seguridad individual ante los atropellos de la autoridad o por el crimen; aún cuando la subversión contemporánea le de contornos muy singulares a este --- planteamiento, e incluso a la reacción consciente del poder público, desbordando en una guerra sin frentes y que debe librar al des cubierto."³⁶

34 Idem.

35 Ibidem. p. 256

36 Cabanellas y Alcalá Zamora. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T. VI, s-z, Ed. Heliasta, S.R.L. Decimosegunda edición, Buenos Aires, Argentina 1987, pp. 67, 68

Ahora bien una vez establecida la idea sobre seguridad jurídica se establecieron los artículos que este rubro comprende o abarca, basandonos en las opiniones de Ignacio Burgoa y los apuntes de clase de la materia de Garantías y Amparo.

Iniciamos con el artículo 14 Constitucional; este precepto reviste una trascendental importancia dentro de nuestro orden constitucional, a tal punto que a través de las garantías de seguridad jurídica que contiene, el gobernado encuentra una amplísima protección a los diversos bienes que integran su esfera de derecho.

A continuación mencionaremos los artículos y las garantías que engloban este apartado, iniciando por:

Artículo 14. Este precepto reviste una trascendental importancia dentro de nuestro orden constitucional, siendo que a través de las garantías de seguridad jurídica que contiene, el gobernado encuentra una amplísima protección a los diversos bienes que integra su esfera de derecho. Este es un precepto complejo, es decir, en él se implican cuatro fundamentales garantías que son: 1) La de la irretroactividad legal (párrafo primero), 2) La de audiencia (párrafo segundo), 3) La de legalidad en materia judicial civil (lato sensu) y judicial administrativa (párrafo cuarto) y 4) La de legalidad en materia judicial penal (párrafo tercero).

Artículo 15. En este se establece una restricción a la facultad de las autoridades competentes del Estado para celebrar trata-

dos y convenios internacionales, con miras a preservar tanto los - derechos civiles y políticos reconocidos por la Constitución en su totalidad, como alguno de ellos en particular.

Artículo 16. Este precepto, al igual que el 14, establece una importancia y variada gama de condiciones, requisitos y exigencias, que representan otras tantas garantías de seguridad jurídica, destinadas a salvaguardar de manera más eficaz los derechos humanos - consagrados por la Constitución este artículo implica las siguientes garantías: Acto de molestia en su persona, familia, domicilio papeles y posesiones; garantía de legalidad, del mandamiento escrito, privación de la libertad mediante orden de aprehensión o detención en los casos de flagrancia y de urgencia; el auto autoritario de cateo el cual esta condicionado; establece las visitas domiciliarias por autoridad administrativa sin previa orden judicial; garantía de libertad de circulación de correspondencia; garantía de inviolabilidad del domicilio privado contra las autoridades militares que pretenden ocuparlo prohibiendo a Estas alojarse en él esto en tiempo de paz y aceptando la violación del domicilio particular en tiempo de guerra por las autoridades militares.

Artículo 17. Este precepto encierra 3 garantías de seguridad jurídica, traduciéndose Estas en: un derecho público subjetivo individual cuando expresa "nadie puede ser apresionado por deudas de carácter puramente civil; en un impedimento o prohibición impuestos a los gobernados consistentes en que "ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su

derecho"; y en una obligación establecida para las autoridades judiciales siendo ésta; "Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en plazos y términos que fije la ley; la última parte del artículo 17 Constitucional consagra la manera gratuita de desempeñar la función jurisdiccional traduciendo en la prohibición constitucional de las costas judiciales.

Artículo 18. Este precepto reconoce a todo individuo inculpa-do por la comisión de un delito, comprendidos, tanto aquel cuya --responsabilidad solamente se presupone, como aquel cuya responsabi-lidad ya ha quedado plenamente establecida, diversos derechos a --los que comúnmente se les denomina garantías en materia penal. Es-tableciéndose en este artículo la prisión preventiva, la readapta-ción social del delincuente como objetivo, intercambio recíproco--de reos extranjeros por los nacionales, establecimiento de institu-ciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

Este precepto involucra garantías individuales o del gobernado y garantías sociales en materia penal. Las primeras proteger al -individuo en cuanto a su libertad personal mediante la prohibición de la prisión preventiva por delitos que no merezcan pena corporal; y por lo que atañe a su dignidad y respeto, cuando se trate de ---reos del sexo femenino, al disponer que los lugares donde compur-guen las penas deben estar separados de los destinados, al mismo--efecto para los reos varones. Las segundas se consignan como po-testades y obligaciones de la federación y de los Estados para pro-curar, a través de su ejercicio y cumplimiento, la realización de-

Las finalidades de beneficio colectivo que representan las tendencias de readaptación al delincuente a la sociedad, de regenerarlo y educarlo dentro de un adecuado régimen penitenciario inspirado en la idea, no de segregarlo de la vida social a título de castigo, sino de reincorporarlo a ella como hombre útil, prescribiéndose, además, a cargo de las autoridades administrativas federales y locales el deber social de implantar instituciones educativas para los menores infractores con el objeto de evitar su incidencia en el campo de la delincuencia.

Artículo 19. Este precepto establece diversas prohibiciones y obligaciones en relación con la detención preventiva del inculcado, las cuales representan otras garantías para éste. Del contenido del precepto las prohibiciones y obligaciones están destinadas a normar la conducta tanto de las autoridades judiciales encargadas de ordenar la detención preventiva del inculcado y, posteriormente, de su juzgamiento, como de aquellas que tienen a su cargo la ejecución de esta medida cautelar. Garantía término de la detención.

Artículo 20. Este artículo otorga numerosos derechos a toda persona sujeta a un proceso criminal, los cuales se traducen en dí versas prerrogativas y facilidades que deben brindarse al acusado. Contemplando los siguientes derechos: a ser puesto inmediatamente en libertad en ciertos casos y con ciertas condiciones y requisitos, a no ser obligado a declarar en su contra, ni ser incomunicado, a conocer el nombre de su acusador y los cargos que se le imp

tan, a ser careado con los testigos de cargo, a presentar pruebas, a que se le facilite la información que solicite para poder defenderse, a nombrar persona de su confianza para que lo asesore y defienda, a ser juzgado públicamente dentro de los plazos que establece la Constitución, su detención o encarcelamiento no se prolongue por falta de pago de cualquier tipo de prestaciones pecuniarias, ni que su detención preventiva dure más del tiempo máximo fijado por la ley, y que a la pena impuesta por sentencia se reduzca el tiempo pasado en detención preventiva.

Artículo 21. Este precepto adscribe y delimita la competencia de las autoridades estatales en materia de imposición de penas, -- persecución de delitos y castigo de infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía. La función persecutoria de los delitos se adscribe al Ministerio Público y, bajo el mando directo de éste a la policía judicial.

Artículo 22. Este precepto contempla la humanización de las penas torturas bárbaras, crueles y trascendentes. Mutilación, infamia, marcas, azotes, palos, tormento, multas excesivas, confiscación, y la pena de muerte.

Artículo 23. Este precepto otorga otro derecho de seguridad-jurídica a toda persona que, por imputársele la comisión de un delito, se encuentra sujeta a proceso penal. Existiendo o englobando en esta tres garantías ningún juicio debe de tener más de tres instancias, nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito;

la prohibición de absolucíon de la instancia.

5. ANALISIS DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL EN SU FRACCION IX

Antes de entrar al análisis de este artículo es necesario establecer algunos conceptos de lo que es procedimiento, proceso y juicio, ya que en este precepto constitucional el Constituyente de -- 1917 utilizó como sinónimo juicio criminal y procedimiento.

Como ya se acentó los términos procedimiento, proceso y juicio, son conceptos frecuentemente confundidos en su connotación jurídica real y, no es raro observar que, tanto en la legislación como - en el uso general del idioma, se les otorgue una sinonimia que fatalmente conduce a errores.

Comúnmente se habla de procedimiento más adecuado para llevar a cabo alguna cosa; o sea, de los actos sucesivos enlazados unos a otros, que es necesario realizar para el logro de un fin específico.

El término proceso deriva de *procedere*, cuya traducción es "caminar adelante", en consecuencia, primeramente, proceso y procedimiento son formas o derivados de proceder o encaminar adelante.

El juicio es la etapa procedimental, en la cual, mediante un - enlace conceptual se determina desde un punto de vista adecuado-- el objeto del proceso.

Juan José González Bustamante, acertadamente manifiesta: "El procedimiento penal está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente ininterrumpidas y reguladas por las normas del Derecho Procesal Penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el tribunal."³⁷

Manuel Rivera Silva estima que al definir el proceso, la mayor parte de los autores trasplantan las doctrinas del Derecho Civil al campo penal, incurriendo en confusiones, por lo cual, para obtener un concepto preciso, es necesario olvidar toda postura civilista, de tal manera que el proceso es: "el conjunto de actividades debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea."³⁸

De acuerdo con el precepto constitucional transcrito, el juicio implica una serie de garantías de seguridad jurídica debido a que se hace referencia a la función jurisdiccional, es decir, a que el derecho sea declarado, pero observando para ello un conjunto de actos relacionados unos con otros, que permitan la resolución del caso, siempre a cargo de la autoridad judicial.

37 Op. cit. p. 122

38 El Procedimiento Penal. Ed. Porrúa Decimoséptima edición. México 1988. p.15

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dicho que procedimiento es el conjunto de actos que autorizados por la ley en forma expresa, se llevan a cabo en contra de una persona determinada por orden de la autoridad judicial, es decir, serán los actos motivados en todos sus aspectos por un precepto jurídico y que obedecen a las condiciones o requisitos que éste señala.

Al concepto "proceso" se le dió la misma equivalencia (artículo 19) al señalar al Órgano jurisdiccional las obligaciones y prohibiciones a que está sujeto en todo caso del orden penal, significando con ello el conjunto de actos legales a que debe someter su actuación.

El Código de Procedimientos Penales en materia federal (artículo 1º) divide el procedimiento penal en cuatro períodos (averiguación previa, instrucción, juicio y, ejecución de sentencia); actualmente el mismo precepto indica que dicho Código comprende los procedimientos de averiguación previa, el de preinstrucción, el de instrucción, el de juicio y, el de ejecución.

Para Guillermo Colln Sánchez "el procedimiento es el conjunto de actos y formas legales que deben ser observados obligatoriamente por todos los que intervienen, desde el momento en que se entabla la relación jurídica material de derecho penal, para hacer factible la aplicación de la ley a un caso concreto."³⁹

39 Op. cit. p. 122

Continúa diciendo que partiendo de concepto anotado sobre el procedimiento, el proceso penal es un desarrollo evolutivo, que in dispensablemente se sigue para el logro de un fin, pero no un fin en sí mismo, sino más bien, como medio para hacer manifiestos los actos de quienes en él intervienen, los cuales deberán llevarse a cabo en forma ordenada, pues el surgimiento de uno, será, el que dé lugar a su vez, al nacimiento de otros, y así sucesivamente, para que mediante su previa observancia se actualice la sanción prevista en la ley penal sustantiva.⁴⁰

El procedimiento será la forma, será el método empleado para-- que el proceso puede llevarse a cabo; por lo tanto, el primero es un concepto general que envuelve dentro de su seno al concepto pro ceso, y éste a su vez, al juicio.

La ley mexicana, al referirse al procedimiento penal, comprende la especial tramitación de todos los actos y formas que deben darse, a partir del instante en que el Ministerio Público toma conocimiento del ilícito penal, hasta el periodo procedimental en -- que se dicta sentencia (fin de la instancia); y en cuanto al proce so, la actividad legal de los sujetos de la relación jurídica, que serán manifiestos en cuanto al Ministerio Público provoque la ju risdicción del juez por medio de la consignación de los hechos.--- Por lo tanto, puede nacer el procedimiento sin que ello implique--

40 Idem.

siempre el proceso, aunque este último no tendrá vida sin aquél.

Carlos Franco Sodi estima que "el proceso principia en el momento en que interviene el Juez para determinar la relación existente entre el Estado y el delincuente. Con este concepto, descubre un periodo especial de nuestro procedimiento penal, que como se verá posteriormente, constituye el de preparación del proceso. Técnicamente hablando y a la luz de la hermenéutica de nuestros textos legales, el proceso principia con el auto de formal prisión o sujeción a proceso y antes del mismo hay una etapa que el autor que se comenta involucra indebidamente dentro del proceso."⁴¹

Alcala-zamora señala la diferencia del proceso con el juicio, en la siguiente forma "... el proceso tiende, evidentemente, a obtener un juicio sobre el litigio, pero el juicio se circunscribe a ese sólo y decisivo momento o actividad."⁴²

El artículo 20 Constitucional, promulgado en 1917, es quizá el más rico en su contenido entre los preceptos que ubicamos dentro del artículo I de su título primero, el que otorga derechos públicos, cuyo objeto es proteger las personas sujetas a un proceso criminal.

41 Cit. por Rivera Silva. Ob. cit. p. 14

42 Cit. por Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Ed. Harla México 1990. p. 107

En efecto, señala este precepto los derechos que puede ejercer todo acusado para probar su inocencia ante los órganos competentes, así como para defender con eficacia su vida, su libertad y su patrimonio, ante el peligro que entraña la imposición de una pena correspondiente a la comisión de un delito.

El texto y el espíritu de la disposición Constitucional descansan en el principio de que toda persona es inocente en tanto no se pruebe lo contrario, con estricto apego a las leyes aplicables. Este conjunto de derechos y garantías persigue humanizar la impartición de la justicia penal, tradicionalmente rigurosa y en muchas épocas excesiva, al punto de haberse convertido en injusticia, y es antagónico de los procesos inquisitoriales, fundamentalmente caracterizados por la preconcepción de los hechos y por los prejuicios, así como por el ocultamiento de la denuncia y del denunciante, la compulsión espiritual y el tormento físico para obtener la confesión o la declaración del inculcado o de los testigos, el secreto del procesado, y demás procedimientos inútiles e inhumanos.

Es obvio que el derecho a nombrar defensor está consagrado en el artículo 20 Constitucional, que habla de las garantías del acusado en el juicio criminal, este tiene dos acepciones, una de orden lato y otra de orden estricto.

Dentro de este último podría pensarse que el juicio, "el verdadero juicio, está constituido por aquel período comprendido desde que se formulan las conclusiones acusatorias hasta que se pronun-

cia la sentencia definitiva, sin embargo, no puede aceptarse que ese criterio sea el que inspire el artículo 20 Constitucional, por que ahí se habla de la declaración preparatoria del reo y tal declaración se rinde antes de las conclusiones."⁴³

"La mayoría de los Códigos procesales consideran que el proceso penal tiene cuatro periodos, identificando el primero como aquel que concliere a la averiguación previa, de tal manera que si ésta forma parte del procedimiento penal, nada extraño sería considerar que el juicio, en el sentido lato, empieza desde que se inicia la correspondiente averiguación previa."⁴⁴

Ahora bien, se ha visto que el procedimiento penal está constituido por una unidad dividida en tres etapas, la de averiguación--previa, la de instrucción y la del juicio propiamente dicho; antes de las recientes reformas a los Códigos de Procedimientos Penales tanto del Distrito Federal, como el Federal era una falsedad suponer que las diez garantías establecidas en el artículo 20 Constitucional y de las que todo acusado debe gozar durante el juicio operaban solamente en el órgano jurisdiccional.

Respecto a lo anterior Rafael Pérez Palma establece que "el -- error en el que se encontraba dicha omisión tiene dos causas funda

43 Hidalgo Riestra, Carlos. Derecho Procesal Penal Mexicano. Ed. Gráfica Nueva. México 1986. p. 44

44 Colón Sánchez, Guillermo. Ob. cit. p. 45

mentales: una, la de que la averiguación previa carece de regulación y de términos para realizarla dentro de nuestra Ley Fundamental, y otra, la de que la averiguación previa fue regulada por una ley posterior, que es ineludiblemente obligatoria; y aún -señala- el autor- podría hacerse mención de una tercera, la del equivocado concepto del término juicio, que se pueda tener, pues éste, ya no consiste solamente en la contienda ante el órgano jurisdiccional, - sino que debe incluir la averiguación previa, por formar parte del juicio, por tener sus actuaciones valor probatorio pleno, por contener la comprobación del cuerpo del delito y porque sirve de base a la instrucción, al ejercicio de la acción penal y a la consignación del detenido, e influirá en la sentencia definitiva."⁴⁵

La naturaleza de cada una de dichas diez garantías, determinan quiéñ o quiénes son los obligados a respetarlas.

Las garantías de libertad bajo fianza, de que se le tome declaración preparatoria en audiencia pública, la de ser juzgado por un jurado popular o por un juez de derecho, la de que el proceso no dure más de cierto tiempo, y la de que la prisión preventiva no podrá prolongarse más allá de la duración de la pena imponible, son garantías que el órgano jurisdiccional debe otorgar; es decir, cinco de diez, corresponden a la autoridad judicial, con exclusión -- del Ministerio Público, pero las que impiden que el detenido sea -

45 Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. Ed. Cárdenas editores, México 1974. p. 254

impelido a declarar en su contra o que obligan a ser carreado con sus acusadores, a recibirle las pruebas que ofrezca, a facilitarle la defensa y a permitírsele, deben concernir por igual al juez que al Ministerio Público.

En la práctica, no se opinaba de esta manera, a causa del concepto que se tiene de juicio y porque no se admitía que la averiguación previa formara parte de tal juicio.

Si la averiguación previa estuviera reglamentada dentro de la Constitución, se tendría de ella un concepto más amplio y sobre todo las detenciones serían, en muchos casos, menos injustas, menos prolongadas, menos arbitrarias, con lo que la justicia llegaría al pueblo con mayor eficacia.

"Artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acsado las siguientes garantías:

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

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

El precepto constitucional establece también el principio de que la defensa es obligatoria. Esto es cuando establece que "si el acusado no quiere nombrar defensores, después de haber sido requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio". En donde resulta que el defensor no es solamente un derecho del procesado, sino una obligación para el Estado, es una figura indispensable del proceso penal nombrándolo aún en contra de su voluntad, afirmando que no hay proceso penal sin defensor. Si el acusado, a pesar del requerimiento insiste en no hacer nombramiento de defensor, no podrá ser obligado por otros medios, ni constreñido a hacer dicho nombramiento, sino quedará el juez quien le nombre uno de oficio. Es pues obligación del juez cuidar de que el acusado no carezca de defensor en ningún momento del proceso.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia afirma que en los -- juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del -- procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas-- del quejoso. Cuando no se le permita nombrar defensor, en la forma que determine la ley; cuando no se le facilite, en su caso, la lista de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscrito al juzgado o tribunal que conozca de la causa, si no tuviere quien lo defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le im pida comunicarse con él o que dicho defensor lo asiste en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio. Procederá al juicio de amparo siempre y cuando se hayan violadas las garantías anteriores.

En lo que respecta a la parte de la fracción IX de que el acusado podrá nombrar defensor desde el momento mismo en que sea apre hendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos -- los actos del juicio pero tendrá la obligación de hacerlo comparecer cuantas veces sea necesario. Es de máximo interés determinar a partir de qué momento nace para el individuo sometido a procedimientos de tipo penal, el derecho a nombrar defensor y que éste in tervenga en su favor. Anteriormente existía un problema de que si el indiciado gozaba de este derecho en la averiguación previa o no, actualmente este derecho lo ejerce desde la etapa de averiguación-- previa gracias a las reformas de 1983 y 1991, es decir desde el mo mento de su aprehensión.

La intervención del defensor en los actos del juicio y la obligación de hacer comparecer al defensor, esta se debe llevar a cabo desde la averiguación previa puesto que esta averiguación previa forma parte del procedimiento penal puesto que los elementos probatorios del cuerpo del delito, por regla general figurarán en ella y porque los datos en que se funde el ejercicio de la acción penal también han de estar comprendidos en sus actuaciones. Consecuentemente, y de acuerdo con la literalidad del mandato constitucional, el defensor tiene derecho de hallarse presente, no solamente en los actos del juicio que tengan lugar ante el órgano jurisdiccional, sino que también podrá estar presente en los de averiguación previa que practica el Ministerio Público. Sin embargo, el ministerio ante el temor fundado de que el defensor ponga obstáculos a la averiguación o se entre de detalles de la averiguación, que por conveniencias policíacas no deberían ser revelados, no permitía la intervención de defensor alguno, reservándose ese derecho hasta su declaración preparatoria.

Por lo que hace a la última parte del mencionado artículo en su fracción novena, la defensa no es un derecho optativo para el acusado, sino obligatoria, teniendo la particularidad de que se traduce en obligatoria también para el órgano jurisdiccional, de que no puede practicar diligencia alguna sin la presencia del defensor.

Cabe advertir aquí que este artículo ha sufrido varias reformas mediante las cuales se modificaron las condiciones de obten--

ción de la libertad bajo fianza de la fracción I. Encontrándose este precepto estrechamente vinculado con los artículos 13, 14, 16, 17, 18, 19, 22, 103 fracción I, 107 fracción XII, 119, 121, 130 al timo párrafo, de la propia Constitución. Por lo que hace a la legislación ordinaria, Este al igual que el precedente artículo, --- guarda relación directa con los ordenamientos en materia penal y procesal penal y específicamente con los artículos 29 a 39, 91 a 118, y 231 a 233 del Código Penal, 86 a 93, 124, 142, 146, 147, -- 153 a 160, 206, 240 a 257, 265 a 268, 308, 350 y 399 a 417 del Código Federal de Procedimientos Penales, 3° fracción VII de la Ley de Responsabilidades.

Cabe hacer mención que en la actualidad en nuestro sistema de enjuiciamiento ha habido una serie de reformas, algunas, de estas de gran trascendencia en la vida procedimental de nuestro derecho penal. Procurando brindar una mejor protección a los derechos del hombre que en cierto momento estaban descuidados. Estas reformas a las que hacemos alusión han sido propuestas por diferentes organismos cuya finalidad es la de proteger y salvaguardar los derechos humanos, entre estos organismos tenemos la Comisión Nacional de Derechos Humanos la cual ha tenido gran importancia dentro de las reformas que esta comisión fue la que realizó una propuesta -- que reformaba artículos tanto de la Constitución, Código Penal, Có digos de Procedimientos Penales tanto del fuero federal como del común.

6. LA DEFENSA COMO DERECHO

Comenzaremos a tratar este punto por ver el significado de lo que es defensa, a lo que se entiende por ésta.

Dentro de todo régimen en el que prevalezcan las garantías individuales, al cometerse el delito nace la pretensión punitiva del Estado, y con ello el mismo tiempo, el derecho a la defensa.

La pretensión punitiva y el derecho de defensa se dirigen siempre a la satisfacción de aspectos trascendentales: El interés social y al conservación individual.

La ideología predominante en el orden doctrinario y legal, se inclina siempre a preferir la integración social, porque frente a la individual es de mayor jerarquía en el concurso de éstos.

Frente a un conflicto semejante, el ordenamiento jurídico es quien lo equilibra adoptando entre otras medidas la institución de derecho de defensa.

"El derecho de defensa está íntimamente asociado al concepto de libertad en virtud de que sustrae al individuo de lo que es arbitrario o de lo que tiende a destruir los derechos que le otorgan las leyes".⁴⁶

46 Collin Sánchez, Guillermo. Ob. cit. p. 176

Es posible observar como a medida que el concepto de libertad fue ampliándose dentro del derecho, en esa misma proporción lo han sido también el derecho de defensa.

La defensa en su connotación más amplia ha sido considerada como un derecho natural e indispensable para la conservación de la persona, de sus bienes, de su honor y de su vida, ha sido objeto de una reglamentación especial en los diversos campos en los que puede darse, de tal manera, que dentro del proceso penal es una institución indispensable.

Carrara subrayó: "La sociedad tiene un interés directo en la defensa del acusado, porque necesita, no una pena que caiga sobre una cabeza cualquiera, sino el castigo del verdadero culpable y de este modo la defensa no es sólo de orden público secundario, sino de orden público primario".⁴⁷

Silvestre Graciano define a la defensa: "como una Institución Judicial que comprende al imputado y al defensor, llama al primero elemento individual y al segundo elemento social, los cuales en la defensa del derecho constituyen el Instituto.

Agrega: "El uso presupone al otro y la unidad de la función es una de sus características ya que aunque pueda cambiarse de de-

47 Cit. por Collin Sánchez, Guillermo. Ob. cit. p. 177

ensor, esto es transitorio y no destruye la unidad de la defensa que es la esencia del Instituto".⁴⁸

Defensa. "Amparo, protección, resistencia al ataque. Escrito con el que se trata de justificar o de atenuar la conducta del acsado ante un tribunal."⁴⁹ [Diccionario Enciclopédico de Derecho -- usual, Tomo II, Cabanellas Alcalá-Zamora, p. 510, 511.]

Defensa en juicio. "La que por uno mismo o por letrado se asu^{me} ante una pretensión o acusación ajena, planteada judicialmente para intentar la absolución de una u otra especie. Integra un derecho aún en los casos de mayor flagrancia en lo penal y de mayor iniquidad en lo civil, por la posibilidad de que las apariencias-- quedan desvirtuadas o los hechos encuentran alguna justificación.-- Si en lo personal garantiza desde la integridad física al arsenal de los derechos individuales se concreta también en lo patrimonial y en demás esferas jurídicas."⁵⁰

Defensa. "Es el derecho reconocido constitucionalmente de pe^{ti}cionar ante un órgano de justicia, reclamando una resolución o -- una decisión justa en el litigio".⁵¹

Defensa. "Derecho fundamental del penalmente inculcado garan-

48 Ibidem. p. 178

49 Cabanellas Alcalá-Zamora. Ob. cit. p. 510

50 Ibidem. p. 511

51 Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo IV. Ed. Driskill, S.A. Buenos Aires, Argentina p. 21

tizado en la Constitución, en virtud del cual debe ser asistido en el procedimiento un abogado o persona de su confianza, a su elección quien habrá de interponer a su favor todos los derechos y recursos que las leyes le otorgan."⁵²

Defensa. "Conjunto de actos legítimos tendientes a proteger un derecho, ya sea mediante la exposición de las pretensiones, inherentes al mismo, o mediante la actitud de repeler las pretensiones del adversario.// Función de los abogados en el patrocinio de sus clientes.// Excepción dilatoria, perentoria o mixta, hecha valer contra la demanda principal."⁵³

"La defensa como derecho, se entiende por aquél que tiene el procesado penal para oponerse a la acusación".⁵⁴

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

Indudablemente, la Institución de la defensa es producto de la

52 Couture, Eduardo J. Ob. cit. p. 207

53 Díaz de León. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa, México 1986, p. 56

54 Zamora-Pierce, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Ed. Porrúa, Segunda edición. México 1987, p. 243

civilización y de las conquistas libertarias; es signo inconfundible del sistema procesal acusatorio y con ello del progreso obtenido en el orden jurídico procesal.

En el Proceso Penal tiene como funciones específicas: coadyuvar a la obtención de la verdad y proporcionar la asistencia técnica al procesado, para evitar todo acto arbitrario de los demás órganos del proceso, con lo cual cumple una importantísima función social.

Al decir de Guarnieri: "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".⁵⁵

La defensa no solamente se debe de considerar un derecho para el indiciado o acusado, sino una obligación procesal.

A medida que el concepto de libertad fue ampliándose dentro de la evolución del derecho, en la misma proporción lo ha sido el derecho a la defensa.

55. Cit. por Zamora-Pierce Jesús. Ob. cit. p. 258

El derecho de defensa comprende, a su vez, una serie de derechos. De ellos, el artículo 20 consagra, con rango constitucional, los siguientes: 1) El derecho a ser informado de la acusación, -- 2) El derecho a rendir su declaración, 3) El derecho a ofrecer --- pruebas, 4) El derecho a ser careado y 5) El derecho a tener defensor.

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

La defensa ha sido considerada como:

a) COMO UN MANDATARIO DEL PROCESADO

No es posible situar la figura de la defensa como un mandatario civil, toda vez que la actividad del defensor no se rige por la voluntad del sujeto activo, sino que gozará también de libertad para el ejercicio de sus funciones sin previa consulta con su defenso; asimismo su actividad estará regulada por la ley y no por el arbitrio de las partes.

b) COMO UN AUXILIAR DE LA JUSTICIA

Si el defensor se le considera como un auxiliar de la justicia, este estaría obligado a romper con el secreto profesional y a proporcionar los datos aportados por su cliente en aras de la justicia. En este sentido los artículos 210 y 211 del Código Penal proteger el secreto profesional.

c) COMO UN ORGANISMO IMPARCIAL

Tampoco se puede considerar como un organismo imparcial, pues proporciona asesoría de carácter técnico al sujeto activo de un delito.

El primer derecho del reo consiste en conocer la acusación. Si se le mantiene ignorante de ellas, se le imposibilita la defensa. Por ello, el artículo 20 Constitucional fracción VII ordena que le sean "facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso". Y la Ley de Amparo establece que en los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes -- del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: "cuando no se le suministren los datos que necesite para su defensa".

Además, y tan luego como es aprehendido la causa queda radicada ante el juez, el indiciado tiene el derecho de que se le reciban las pruebas que ofrezca. El artículo 20 Constitucional consa-

gra este derecho en su fracción V, que dice: "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre -- que se encuentren en el lugar del proceso".

Conforme al texto, en el proceso penal, el acusado tiene garantizado el sistema de prueba libre, y queda en absoluta libertad para escoger los medios con que pretende obtener la convicción del juez respecto de los hechos del proceso; por oposición al sistema de prueba legal, que limita las admisibles a aquellas taxativamente enumeradas en la ley.

Deberán carearse con el acusado todos aquellos que depongan en su contra, concepto genérico que incluye al denunciante o querellante, pues éstos al declarar, lo hacen como testigos; e incluso al coacusado, cuya declaración es también un testimonio cuando hace referencia a la conducta del acusado.

El Constituyente de 1917 estableció la obligatoriedad de la defensa durante el proceso; estableció, con ello, una garantía de seguridad.

Este derecho se encuentra consagrado en la fracción IX del artículo 20 Constitucional. El sujeto activo desde el momento de su detención podrá nombrar persona o personas de su confianza a fin de que se encarguen de los actos de su defensa. Incluso dicha ma-

nifestación de voluntad: nombramiento de defensor puede recaer en persona no titulada como abogado o sin conocimientos de carácter técnico. En estos casos se le nombrará defensor de oficio quien tendría la representación común de la defensa, pero también podrían actuar como defensores la persona o personas no tituladas.

CAPITULO III

EL DERECHO DE DEFENSA DENTRO DE LA AVERIGUACION PREVIA

1. GARANTIAS INDIVIDUALES EN LA FASE DE AVERIGUACION PREVIA
2. ANALISIS DEL ARTICULO 128 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES
3. PARTICIPACION DE LA DEFENSA EN LA FASE DE AVERIGUACION PREVIA
4. NATURALEZA JURIDICA DEL DEFENSOR
5. MOMENTO EN QUE SE NOMBRA AL DEFENSOR
6. DEBERES Y OBLIGACIONES DEL DEFENSOR

CAPITULO III

EL DERECHO DE DEFENSA DENTRO DE LA AVERIGUACION PREVIA

1. GARANTIAS INDIVIDUALES EN LA FASE DE AVERIGUACION PREVIA

Antes de señalar cuales son las garantías individuales en la fase de averiguación previa mencionaremos el concepto de Averiguación Previa.

"Averiguación Previa es la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal."⁵⁶

Son muy diversos los verdaderos derechos y los genuinos deberes que en favor o a cargo del inculcado se plantean en el curso del procedimiento penal. Baste decir por ahora que entre los derechos hay algunos que pudiéramos calificar de mínimos e inmodificables, que son los fijados precisamente en tal condición, como garantías individuales de rango Constitucional. Otras facultades -- marcadas por las leyes procesales en peldaños inferiores de la es-

56 Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Ed. Porrúa, Tercera edición. México 1985. p. 2

tructura jurídica, poseen naturaleza secundaria y modificable por parte de la instancia legislativa ordinaria. Por lo que respecta a los mismos derechos, el principal de todos y del que los demás se derivan, es el que el inculpado le asiste para ser escuchado-- el derecho de audiencia-, y defenderse en juicio.

Por lo que podemos mencionar que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 en su artículo 20 Constitucional se establecen las garantías otorgadas a las personas sujetas a proceso criminal siendo estas mínimas y las cuales se van ampliando o restringiendo en las Leyes secundarias que en este caso serían los Códigos Penales, Códigos de Procedimientos Penales tanto del orden Común como del Federal; en este último se divide el procedimiento penal en tres fases dando a cada una las normas, requisitos y sanciones que deben observarse en cada una de las fases del procedimiento, y de esta manera como ya lo mencionamos el artículo 20 Constitucional marca de manera general las garantías que tienen las personas sujetas a juicio criminal, y por su parte el Código de Procedimientos Penales en materia del Fuero Federal determina y especifica en su artículo 128 las garantías que tienen los inculpados cuando fueren detenidos, es decir únicamente en la fase de averiguación previa, siendo estas garantías o derechos los siguientes:

"Artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales. -- Cuando el inculpado fuere aprehendido o detenido o se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente forma:

I. Se hará constar por escrito el día, hora y lugar de su detención, en su caso, así como el nombre y cargo de quienes la --- practicaron;

II. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y-- en su caso, el nombre del denunciante, así como los siguientes -- derechos:

- a) El de comunicarse inmediatamente con quien estime conve-- niente;
- b) El de designar sin demora persona de su confianza para -- que lo defienda o auxilie, quien tendrá derecho a conocer la naturaleza y causa de la acusación, y
- c) El de no declarar en su contra y de no declarar si así lo desea.

Para los efectos de los incisos a) y b) se le permitirá utilizar el teléfono o cualquier otro medio de comunicación.

III. Cuando el detenido fuere un indígena que no hable castello no, se le designará un traductor quien le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si es de algún extranje-- ro, la detención se comunicará de inmediato a la representación - diplomática o consular que corresponda;

IV. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor aporten dentro de la Averiguación previa y para los

fines de ésta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponde, en el caso de la consignación o libertad del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el detenido o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas, y

V. En todo caso, se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención.

Desde el momento en que se determine la detención, el Ministerio Público hará saber al detenido la imputación que se le hace y el derecho que tiene para designar persona que lo defienda, dejando constancia de esta notificación en las actuaciones. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor --- oportunamente aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponde, en el acto de consignación o de liberación del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el pleno desahogo de pruebas de la defensa, se reservarán los derechos de ésta para ofrecerlas ante autoridad judicial, y el Ministerio Público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para el ejercicio de la acción."

Conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las garantías fundamentales que protegen al indiciado, están contenidas en los artículos 5º, 8º, 13, 14, 16, 17, 18, 20 --- fracciones II, V, IX y X y 21, y están referidas a trabajo no obligatorio; petición y contestación de escritos; autoridades competen

tes; delitos del orden militar; leyes especiales no aplicables; -- procedimiento legal obligatorio; sujeción a formalidades; leyes -- nuevas si aplicables; leyes aplicables a las resoluciones; deten-- ciones procedentes; detención en delito flagrante y casos urgen-- tes; libertad inmediata en casos de simple acusación; requisitos - para practicar catcos; consignación; no prisión por deudas civi-- les; lugares de detención, menores de edad; abstención de malos -- tratos, conocimiento del delito; prohibición de incomunicación; su ministro de datos para la defensa; nombramiento del defensor, ofe^u cimiento de pruebas; abstención de obligar al indiciado a declarar en su contra; no detención pro falta de pago de honorarios a defen-- sores, responsabilidad civil y otro concepto análogo; y autorida-- des competentes.

Garantías al indiciado en el periodo de averiguación previa, - tales preceptos se refieren a: libertad del indiciado y no ejer-- cicio de la acción penal en su contra, cuando exista una causa ex-- cluyente de responsabilidad, previo acuerdo del Procurador; publi-- cidad de las declaraciones del detenido; entrega de vehículos en-- depósito a sus propietarios, poseedores o representantes legales; atención médica a detenidos, lesionados o enfermos; detención en-- lugares carentes de rejas, abstención de incomunicación durante la averiguación previa, instalación en los lugares de detención de te-- léfonos para uso de los detenidos y nombramientos de defensor des-- de el momento de su detención; requisitos para la práctica de ca-- tcos; designación de intérpretes, declaraciones en el idioma del-- indiciado, formulación de interrogatorios y declaraciones por es--

crito a los sordos y mudos que sepan leer y escribir; examen de -- testigos por separado; no detención de personas cuando el delito-- sea perseguible por querrela y Esta no se haya presentado ante el Ministerio Público; privación de la libertad sólo en casos de fla-- grante delito o casos urgentes; constancia de la hora en que es de-- tenido el sujeto; libertad caucional, arraigo domiciliario y su ex-- tensión al centro de trabajo; presentación directa ante el Juez y no internamiento en reclusorios preventivos cuando se trate de de-- litos imprudenciales cuya pena privativa de libertad no exceda de cinco años; investigación de los hechos por el Ministerio Público y la Policía Judicial.

Y además aunque el artículo 128 del Código Federal de Procedi-- mientos Penales no lo menciona puede solicitar su libertad bajo -- caución, si bien en ciertos casos y bajo ciertas condiciones y re-- quisitos, a no ser incomunicado, a ser careado con los testigos de cargo; estos derechos están garantizados y otorgados por la Consti-- tución Política de los Estados Unidos Mexicanos artículo 20 frac-- ciones I, II, IV.

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

Sin embargo, hoy en día no podemos ocultar la realidad; se presentan cotidianamente denuncias en contra de los abusos y la distancia entre lo que dicen las leyes y la realidad que se presenta, sigue siendo inaceptable.

La modernización nacional no persigue sólo cambios temporales, sino principalmente transformaciones constantes en el quehacer de la sociedad que hagan posible la justicia y la igualdad, para preservar lo mejor de sus valores: la libertad, la unidad solidaria y la paz pública.

El Ejecutivo Federal refrenda en todo momento su colaboración con los poderes Judicial y Legislativo para que sus trascendentes labores alcancen su más eficaz dimensión, con equilibrio y fortaleza para asegurar que la actuación de toda autoridad legal sea -- más justa, sea más transparente y sea plenamente responsable.

Las garantías que se establecieron en la Constitución como en el Código Federal de Procedimientos Penales participaron de la necesidad de reconocer al acusado, de manera expresa e indubitable, su igualdad frente a la ley, de tal forma que en el curso del procedimiento penal se logre mantener el equilibrio entre las partes, así como para evitar en gran medida la práctica que se hacía de llevar a cabo las diligencias judiciales frente a un individuo que carecía del recurso más elemental de asistencia jurídica y casi siempre víctima de total aislamiento.

Una de las garantías que le otorga el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales es que puede nombrar a persona de su confianza que lo defienda, concierne únicamente y exclusivamente a éste; de la cual hablaremos en el siguiente punto.

2. ANALISIS DEL ARTICULO 128 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

"Artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales. -- Cuando el inculcado fuere aprehendido o detenido o se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente forma:

I. Se hará constar por escrito el día, hora y lugar de su detención, en su caso, así como el nombre y cargo de quienes la practicaron;

II. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y en su caso, el nombre del denunciante, así como los siguientes derechos:

- a) El de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente;
- b) El de designar sin demora persona de su confianza para que lo defienda o auxilie, quien tendrá derecho a conocer la naturaleza y causa de la acusación, y
- c) El de no declarar en su contra y de no declarar si así lo-

desea.

Para los efectos de los incisos a) y b) se le permitirá utilizar el teléfono o cualquier otro medio de comunicación.

III. Cuando el detenido fuere un indígena que no hable castellano, se le designará un traductor quien le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratase de algún extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda;

IV. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomaran en cuenta como legalmente correspondan, en el caso de la consignación o de libertad del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el detenido o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas, y

V. En todo caso, se mantendrán separados a los hombres y a -- mujeres en los lugares de detención.

Desde el momento en que se determine la detención, el Ministerio Público hará saber al detenido la imputación que se le hace y el derecho que tiene para designar persona que lo defienda, dejando constancia de esta notificación en las actuaciones. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor ---

oportunamente aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de Esta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponda, en el acta de consignación o liberación del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el pleno desahogo de pruebas de la defensa, se reservarán los derechos de Esta para ofrecerlas ante autoridad judicial, y el Ministerio Público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para el ejercicio de la acción."

Una vez establecido al pie de la letra el artículo que analizaremos, procederemos a estudiar éste.

En la primera parte de este artículo se establece que el inculpado tiene una serie de derechos o garantías durante la fase de -- averiguación previa, y se desprende que la violación de cualquiera de los derechos aquí establecidos será motivo para la interposi---ción del Amparo.

Ahora bien este precepto tiene como contrapartida el artículo-118 que reglamenta los derechos y obligaciones del denunciante o - querellante al presentar su acusación.

En este artículo, se establecen los derechos del inculpado dentro de la fase de preparación del ejercicio de la acción penal --- (averiguación previa) y reglamenta congruentemente lo dispuesto -- por el artículo 20 fracción II y V Constitucional en cuanto a que desde su detención el inculpado deberá conocer los cargos y el nombre de su acusador. Tiene derecho a designar persona que lo de---

fienda siendo este un lego o abogado y podrá aportar las pruebas - que estime pertinentes para demostrar su inocencia o inculpabilidad.

Se establece obligación para el Ministerio Público que al resolver en definitiva el ejercicio de la acción penal lo haga fundada y motivadamente, o sea, con estricto apego a los artículos 14 y 16 Constitucionales, así como sustantivos y adjetivos aplicables - al caso otorgándose así pleno respeto a las garantías de legalidad y seguridad jurídica del inculpado.

A continuación me referiré a las interesantes aportaciones de la reforma de 1990 a propósito del defensor, por una parte y del asistente del inculpado, al que se le denomina "persona de confianza de Este", por la otra.

Como otras reformas anteriores, de las que también es continuadora, la de 1990 fortalece la defensa. Esto, es de diversa e indispensable proyección: la que implica una serie de facultades y actos del imputado que lo protegen contra la injusticia y el atropello, y la que apareja prerrogativas del defensor, que sostiene el derecho en cuanto favorece a su defenso.

La Constitución establece la libre defensa del imputado como garantía que el acusado tendrá en todos los juicios del orden penal. Dice en efecto, la fracción IX del artículo 20 que se le oirá al acusado "en defensa por sí o por persona de su confianza, o

por ambos según su voluntad."

Se desprende del texto transcrito, interpretado literalmente, - es que el defensor no ha de ser, por fuerza licenciado en derecho.

Para Sergio García Ramírez dice a este respecto que "resulta - conveniente que lo sea -y además especializado en el derecho pe-- nal-, para la mejor defensa del sujeto, pero la voluntad de este- puede encomendar esa función a un lego."⁵⁷

En sentido distinto, Díaz de León Marco Antonio, en su comenta- rio al artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales-- señala: "si bien es cierto que la Constitución indica que al acusa- do se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, --- ello implica que la persona de su confianza, sepa defender y esto- sólo puede hacer quien tenga los conocimientos jurídicos probados- ante la autoridad competente, que por ello expide la correspondien- te cédula profesional. Es este el correcto sentido de interpreta- ción respecto de la poco feliz expresión "ser defendido por perso- na de su confianza que necesariamente implica que ésta sepa defen- der en juicio."⁵⁸

Calamandrei: "reclama la asistencia por abogado, quien se con

57 Curso de Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa, Quinta edición. México 1989 p. 307

58 Código Federal de Procedimientos Penales comentado, Ed. Porrúa, Segunda edición. México 1989. p. 147

vierte, en rigor, en un integrador de la personalidad: de su cliente. Añade "el abogado constituye en el juicio la expresión más importante del respeto de la persona, ya que en donde no exista abogado la personalidad del justiciable queda disminuida, corriendo-- cada instante el peligro de ser arrollado en el juicio civil por -- la mala fe del adversario y las trampas del procedimiento, en el -- proceso penal, por la aplastante superioridad del acusador ofi-- cial."⁵⁹

Este tema ha sido ampliamente discutido. El artículo 26 de la Ley Reglamentaria del artículo 5° Constitucional, conocida como -- Ley de Profesiones exige la posesión del Título de Licenciatura en Derecho a quien intervenga como patrono o asesor técnico en asun-- tos de los que conozcan las autoridades judiciales o de lo conten-- ciosos administrativo, establece, sin embargo algunas excepciones: gestorla en materia obrera, agraria y cooperativa, y en actos de-- amparo penal.

Pero como no puede ser menos, la libertad de designación con-- forme a las estipulaciones constitucionales, pero para mejorar la-- defensa del inculcado se resuelve que cuando no recaiga el ejerci-- cio de ésta en quien tenga cédula de licenciado en derecho o auto-- rización de pasante, conforme a la ley de la materia, "el tribunal

59 Proceso y Democracia (trad. Héctor Fix-Zamudio) Buenos Aires, Argentina. Ed. Ejea 1960. p. 183

dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de ofi-
cio que orienta a aquél y directamente al propio inculpado en todo
lo que concierne a su adecuada defensa."

La garantía constitucional de defensa de oficio se aplica al -
procesado, pues, a partir del acto de declaración preparatoria. --
Cualquier disposición que anticipe esa designación -por parte del-
juez o de otra autoridad- será una ampliación de la garantía.

Así lo consideró explícitamente, con razón, la Exposición de -
Motivos de la Iniciativa del Ejecutivo, de 1983, para reformar el-
artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales. Señalo:
"Las garantías penales que la Constitución expresamente establece,
implican sólo el mínimo de derechos que la autoridad debe recono-
cer al gobernado. En consecuencia, la ley secundaria puede am-
pliar ese mínimo de derechos y otorgar al individuo nuevos y mayo-
res derechos frente al poder público, cuando ello resulte conve-
niente y no se vulneren los intereses de la sociedad. En esta vir-
tud se propone la reforma del artículo 128, extendiendo garantías-
constitucionales y favoreciendo la defensa del inculpado."⁶⁰ En -
la Reunión Nacional de Procuradores Generales de Justicia (México,
1986), se recomendó consagrar el derecho de defensa en la averigua-
ción previa considerando la legislación jalisciense, Julio Acero -

60 Madrid, Miguel de la, El Marco Legislativo para el cambio [5 septiembre-di-
ciembre 1983], México, Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presi-
dencia de la República, 1984. p. 227

manifiesta "que es obligatorio para el indiciado, no sólo potestativo, contar con defensor desde el momento en que rinde declaración 'indagatoria' ante el Ministerio Público, en averiguación pre via."61

La reforma hace alusión a la nueva figura persona de su confianza utilizándose las mismas palabras que en la fracción IX del artículo 20 Constitucional, para facultar la libre defensa del sujeto, pero no se da a esas expresiones el sentido que la Constitución les asigna. Se trata, sin duda, de un personaje diferente del defensor y nuevo en nuestro procedimiento: no un asistente jurídico, sino un asistente moral, un acompañante calificado, cuya presencia habrá de constituir un nuevo derecho del inculcado. Empero, conduce a equívocos.

Seguramente los reformadores tuvieron presente la delicada y a veces angustiosa situación en que se halla quien queda detenido por la autoridad penal y se enfrenta al requerimiento de declaración, que se busca desemboque en confesión del inculcado. Para apoyar moralmente en esta circunstancia es valiosa esa "persona de la confianza", además del defensor (que también ha de ser o puede ser individuo "de la confianza" del inculcado, por la doble razón de que así lo previene la Constitución y de que lo supone o

61 Procedimiento Penal. Ed. Cajica. Sexta edición. Puebla 1986. p. 105

exige la naturaleza de las funciones que desempeña.

Queda de manifiesto la preocupación del reformador: medidas en orden a la confesión y a la defensa, para evitar el maltrato del ser humano. No se trata sólo, pues, de brindar al inculcado adecuada asistencia técnica, sino de salvaguardar su vida y su integridad.

Enseguida me referiré a las reformas a partir de 1990:

1) El defensor y la persona de la confianza del inculcado firmarán las actas de las diligencias en que tomaron parte [artículo 22 del Código Federal de Procedimientos Penales].

2) El detenido puede comunicarse con quien estime conveniente, y para ello tiene derecho a utilizar el teléfono o cualquier otro medio de comunicación [artículo 128, fracción II, inciso a), del Código Federal de Procedimientos Penales].

3) El detenido puede designar "sin demora persona de su confianza para que lo defienda o auxilie" [artículo 128, fracción II, inciso b, del Código Federal de Procedimientos Penales].

Ahora bien, se debió distinguir aquí, como lo exige la lógica de las reformas, entre el defensor y la persona de la confianza -- del inculcado, pero no son equivalentes ni fungibles. Puede resultar que la persona de la confianza no sea idónea para el desempeño

de actividades de defensa necesarias para el inculpado. En cambio, es acertado que la facultad de comunicación de éste se regiera a-- "quien estime conveniente" (artículo 128, fracción II, inciso a,-- del Código Federal de Procedimientos Penales).

4) El defensor puede ofrecer pruebas en el periodo de averi-- guación previa, cuando el inculpado está detenido (artículo 128,-- fracción IV, del Código Federal de Procedimientos Penales.

5) El que rinde declaración en la averiguación previa tiene-- derecho a ser asistido por un abogado que él designe, quien puede-- impugnar las preguntas que se formulen a su asistido "si éstas son-- inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido".

Ante el Ministerio Público Federal, el defensor podrá estar,-- físicamente, presenciando el interrogatorio a su representado. Pue-- de, asimismo, aceptar y potestar el cargo; pero no puede aconsejar a su defenso, ni tampoco interrogarlo. El acceso al expediente de averiguación previa no le está permitido, sin embargo, sí tendrá-- derecho a que se le haga saber la imputación que se le formuló a-- su defenso y desde luego, podrá ofrecer las pruebas que a su dere-- cho convenga.

6) En la audiencia de declaración preparatoria comparecerá el inculpado asistido del defensor y de la persona de su confianza, - en su caso. Aquí, correctamente, se prevé la asistencia de ambas-

figuras del procedimiento, reconociendo que son distintas y que -- cada una requiere soluciones explícitas.

7) Los limitantes al derecho de defensa. El inculcado o el defensor podrán hacer uso de la ampliación de sus garantías para mejorar la defensa pero nunca podrán alterar la verdad histórica.

La intervención del defensor-persona de su confianza en la -- averiguación previa fortalece los principios de libertad y seguridad jurídica.

8) Tratándose de personas que no hablen o entienda suficiente mente el idioma castellano, el juez puede nombrar el defensor o el traductor que mejoren la comunicación establecida en la averiguación previa. El primer párrafo de ambos preceptos, aplicable a la averiguación previa, sólo se refiere a traductor, no así a defensor. La confesión debe ser hecha "ante el defensor o persona de su confianza".

Así pues este artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales consagra el derecho de defensa a partir de la Averiguación Previa como ya antes se señaló con la reforma de 1990 se consagra la figura de persona de su confianza la cual en mi opinión-- debe de tener conocimientos jurídicos para que le sea útil al inculcado logre su libertad ya sea bajo caución o por haber demostrado su inocencia, cosa que si esta persona de su confianza no tiene dichos conocimientos no será más que una ayuda o apoyo moral; sino

lo que necesita el inculcado es ayuda legal para lograr su objetivo -su libertad.

Es por esa razón que esta figura debe de ser un conocedor de la materia penal pues ayudaría tanto al inculcado como el Ministerio Público en la solución del problema legal y también contribuiría a la economía procesal ya que hay delitos que en averiguación previa se solucionan y no es necesario consignar ante el Juez y - hasta ese momento pedir la fianza correspondiente y al mismo tiempo por ayudarlo a no seguir saturando los reclusorios.

Y en sentido contrario cuando la persona de confianza no tenga los conocimientos legales no estará en posibilidades de saber cuales son las preguntas inconducentes o contra derecho cuando -- con respecto a las pruebas esta persona no sabra valorizar o clasificar o presentar las pruebas convenientes y que sean de ayuda para deslindar la responsabilidad del inculcado ante el Ministerio Público y cuales son los delitos por los cuales puede solicitarle al Ministerio Público su libertad bajo caución el inculcado.

3. PARTICIPACION DE LA DEFENSA EN LA FASE DE AVERTIGUACION PREVIA

La averiguación previa penal, se inicia generalmente con la - noticia del hecho criminal haciendole saber al Agente del Ministerio Público, por medio de su forma, que puede ser tanto denuncia o querela.

La Denuncia es una transmisión de conocimiento sobre la probable existencia de los delitos perseguibles de oficio, la querrela es la expresión de la voluntad para que se proceda en el caso de los delitos que solo es posible perseguir a instancia de parte legítima para formularla. Uno y otro son requisitos de procedibilidad, toda vez que nuestro derecho ha excluido la incoación de oficio en la pesquisa general o especial.

El Ministerio Público posee muy amplias facultades para el desempeño de su tarea de averiguación previa penal, las diligencias que ante él se practiquen, ajustadas a la Ley procesal, tienen valor probatorio pleno, lo cual ha sido cuestionado por varios tratadistas. En este periodo, la actividad del Ministerio Público puede desembocar en el ejercicio de la acción penal, bajo el acto denominado de consignación, o el ejercicio del mismo, mediante el denominado Archivo de la averiguación previa penal, acerca de cuyos efectos provisionales o definitivos no existen prácticas uniformes ni coincidencia doctrinal. Una solución intermedia es la de reserva, que constituye solamente la detención de las diligencias averiguatorias hasta que nuevos elementos permitan darle continuidad.

Anterior a las reformas de enero de 1990 la averiguación previa, en sí, tenía todas las características de procedimiento inquisitorio, pues es escrito, secreto, unilateral, contradictorio, sin derecho real a la defensa, ni de intervención del defensor, y en muchas de las ocasiones con el "ANIMUS ABUTENDI AB INITIO", dicho

de otra forma, con la intención plena de perjudicar desde el inicio al inculpado o de tergiversar la idea propia del legislador - que dejó establecida en el párrafo tercero del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales en vigor (esto ya quedó de manifiesto en la introducción de esta tesis), por parte de la Institución denominada Ministerio Público Federal en las diligencias que practique, además, con la incomunicación del detenido o indiciado hacia el exterior, por si fuera poco, aún emplea aquellos métodos de investigación que siguen siendo pretéritos, ya que las ciencias de la llamada Criminología no ha podido descubrir --- otros nuevos.

Ante estas afirmaciones, otros dirán que no existe otro camino a seguir u otros medios que emplear, porque después de tantos siglos que tiene la humanidad y varios de ellos aplicándose el derecho penal, la citada ciencia de la Criminología no han descubierto otros nuevos para llegar a la obtención de la verdad de los hechos delictivos, porque aún en nuestros días esos "Métodos siguen cumpliendo con el fin del que fueron creados, buscar cabezas en las que caigan las penas.

Sobre el inicio de la averiguación previa contienen nuestras leyes sendas prevenciones que tienden a asegurar, en la mayor medida posible, el respeto de los derechos del individuo y la debida prosecución de los delitos.

de otra forma, con la intención plena de perjudicar desde el inicio al inculpaado o de tergiversar la idea propia del legislador - que dejó establecida en el párrafo tercero del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales en vigor (esto ya quedó de manifiesto en la introducción de esta tesis), por parte de la Institución denominada Ministerio Público Federal en las diligencias que practique, además, con la incomunicación del detenido o indiciado hacia el exterior, por si fuera poco, aún emplea aquellos métodos de investigación que siguen siendo preterritos, ya que las ciencias de la llamada Criminología no ha podido descubrir -- otros nuevos.

Ante estas afirmaciones, otros dirán que no existe otro camino a seguir u otros medios que emplear, porque después de tantos siglos que tiene la humanidad y varios de ellos aplicándose el derecho penal, la citada ciencia de la Criminología no han descubierto otros nuevos para llegar a la obtención de la verdad de los hechos delictivos, porque aún en nuestros días esos "Métodos siguen cumpliendo con el fin del que fueron creados, buscar cabezas en las que caigan las penas.

Sobre el inicio de la averiguación previa contienen nuestras leyes sendas prevenciones que tienden a asegurar, en la mayor medida posible, el respeto de los derechos del individuo y la debida prosecución de los delitos.

La defensa es sin lugar a dudas toda actividad realizada por las partes encaminadas a hacer valer sus derechos o intereses dentro del procedimiento penal, de ahí que la defensa es una Institución reconocida y legalmente garantizada en todos los Estados civilizados; la cual debe otorgarse desde el momento en que el inculpado conoce o se le hace saber las imputaciones que existen en su -- contra -- artículo 20 Constitucional fracción IX- y no desde el inicio del proceso, en el que el juez le comunica que puede nombrar a persona de su confianza o abogado para que lo asesore y defienda, y sino lo tiene le nombre uno de oficio.

Pérez Palma conceptúa La Defensa Material como "La que no corresponde a nadie, sino al mismo acusado, quien tendrá que confesar su participación en el delito, o negarla; explicar las circunstancias en que haya participado, justificar su actividad, exponiendo las razones o los motivos que lo hayan inducido a delinquir, o expresado el lugar diverso en que se hubiere encontrado. Todo -- ello cae dentro del dominio del sentido común y excepción hecha de los imbeciles, de los idiotas o quienes padezcan debilidades mentales, todos, cualquiera que sea su grado de cultura, sin necesidad de los consejos de un técnico, que no servirá sino para distorsionar la verdad que a todos interesa, sea porque se deformen los -- acontecimientos, se oculten circunstancias importantes o porque se inventen otras."⁶²

62 Guía de Derecho Procesal Penal. Ed. Cárdenas. Editor y Distribuidor México 1975. pp. 259, 260

El hecho de que se le niegue al inculcado la asistencia del defensor o el hecho de que a éste se le pongan trabas, o no se le den las facilidades necesarias para cumplir su misión, se estima como un atentado a la libertad del hombre y como una denegación absoluta de justicia. En estas circunstancias antiguamente se encontraba el inculcado durante la etapa preparatoria al ejercicio de la acción penal, dejándolo durante ese tiempo sin posibilidades de reunir las pruebas pertinentes para probar su dicho, ya -- que se hacía mención en su declaración que se reservaba el derecho de nombrar persona de su confianza o abogado para ser ejercido ese derecho con posterioridad, es decir hasta su declaración preparatoria.

Con las recientes reformas de enero de 1990 a las leyes adjetivas penales, el inculcado goza del derecho de nombrar persona de su confianza o abogado teniendo éste la misión de estar presente en todas las diligencias que marque la ley de presentar pruebas con las cuales probar su inocencia, impugnar las preguntas -- realizadas por la autoridad correspondiente tendiente a que el inculcado confiese, a observar que a su defensor le sean respetadas sus garantías individuales de seguridad jurídica, y a promover en tre otras el amparo cuando las garantías sean violadas.

Estos derechos son y forman parte de un adelanto muy grande -- en la vida legislativa de nuestro país, haciéndolo más civilizado y llegando a tener una legislación de acuerdo con la época en la cual estamos viviendo.

La función del defensor es muy delicada, pues comprende la -- asistencia técnica que el inculcado o presunto responsable requiere, la representación de Este en el proceso, en los recursos, incluyendo el juicio de amparo, su intervención viene a ser el equilibrio en la contienda jurisdiccional.

La Defensa Técnica es otra cosa. "El acusado, por regla general, tiene un conocimiento completo y preciso de los hechos que motivan el proceso, pero tiene también un desconocimiento total, de la situación legal que lo rodea, puesto que no está, en principio, capacitado para entender la naturaleza de la acusación, ni para apreciar el derecho aplicable a su beneficio ni el procedimiento a seguir para conseguir su absolucíon o la disminucíon de la pena. Suplir esas deficiencias en el acusado, es precisamente el objeto y la justificacíon de la defensa técnica."⁶³

Sigue diciendo: "En el procedimiento penal, a diferencia de lo que ocurre en el civil, no hay excepciones, ni perentorias, ni dilatorias, pero sí una infinidad de circunstancias que pueden y deben ser aprovechadas en beneficio de los inculcados, como lo son: Insatisfacción de algún requisito de procedibilidad; Falta de algún elemento configurativo del delito; Accíon penal defectuosa o ilegalmente ejercitada; Comprobacíon insuficiente del cuerpo del -

63 Ibidem. pp. 281, 282

delito; Concurrencia de circunstancias excluyentes de responsabilidad o simplemente atenuantes; defectos u omisiones en el auto de formal prisión; combatir las conclusiones del ministerio público e interponer recursos, incidentes o competencias."64

"Usar de estos medios de defensa legal, que están fuera de -- los alcances de los inculpados, es la función real de hecho y derecho del defensor en favor de su defenso."65

Es muy importante la defensa dentro de la fase de averiguación previa ya que esta es la etapa preparatoria al proceso, en la cual se comprueba la responsabilidad o no del presunto, al proporcionar las pruebas suficientes ante el Ministerio Público y Es te a su vez las desahoga, estamos realizando una economía procesal, al igual que cuando se solicita la libertad caucional del -- presunto ante el Ministerio Público. Esta economía procesal a la que se hace referencia es en cuanto a tiempo ya que en esta se -- pueden parar las cosas y ya no tenemos que esperar hasta que llegue la averiguación ante el órgano jurisdiccional y hacerle las -- peticiones ya antes mencionadas, o cuando la fijación de la caución correspondiente cuando el delito lo amerite y asimismo ya no se contribuye a saturar a los reclusorios de personas que en un momento dado hayan realizado un ilícito menor.

64 Ibidem. p. 283

65 Ibidem. p. 284

4. NATURALEZA JURIDICA DEL DEFENSOR

Primeramente estableceremos algunos conceptos de la palabra - defensor, y de esta manera tenemos que:

Defensor judicial. "De modo genérico, todo el que asume la - representación de una parte en juicio; y más en especial si es la del demandado en lo civil o la de un procesado en lo penal, en es te último caso para su exculpación, justificación o atenuación de la conducta. // Específicamente, la persona investiga con la repre sentación procesal de los rebeldes o de los menores de edad sometidos a la patria potestad, en aquellos juicios donde resultan in compatibles los intereses paternos y filiales."⁶⁶

Defensor de oficio. "El nombrado por el juez cuando el decla rado pobre no presente abogado elegido por él..."⁶⁷

Defensor. "Abogado patrocinante, designación genérica dada - al que ampara o protege."⁶⁸

Defensor de oficio. Abogado designado por el juez para repre sentar y defender en juicio a quien habiendo sido citado por edic tos o exhortos, no comparece dejando en desamparo su derecho."⁶⁹

66 Cabanellas, Alcalá-Zamora. Ob. cit. p. 512

67 Idem.

68 Couture, Eduardo J. Ob. cit. p. 207

69 Idem.

La posición del defensor en el proceso penal ha sido objeto de constantes especulaciones. Siempre sujeto del procedimiento y nunca objeto de éste como advierte Goldschmidt, "para algunos autores el abogado ha de ser sujeto imparcial, para otros reviste carácter parcial, otros más le hacen auxiliar de la administración de la justicia, y no falta quienes le postulen como defensor del Derecho en cuanto éste puede verse vulnerado en la persona de su cliente o defenso".⁷⁰

Guarneri establece a este respecto que "el defensor en lo penal es algo mucho más importante que un simple asistente o representante del acusado, en cuanto está llamado a integrar la personalidad procesal y a colaborar con el juez en la conducción del proceso. Considera que acusado y defensor son una compleja parte defensiva; y son dos las características que distinguen su actividad procesal: la unidad finalista de ambas y la independencia de los respectivos sujetos, que más que tales son órganos de la parte compleja".⁷¹

Estima Franco Sodi que el defensor "tiene propia personalidad, no es un simple representante, ni un simple consejero del proceso, sino que obra por cuenta propia y siempre en interés de su defenso".⁷²

70 Cit. por García Ramírez, Sergio. Ob. cit. p. 306

71 Cit. Acero Julio. Ob. cit. p. 209

72 Cit. Rivera Silva, Manuel. Ob. cit. p. 89

González Bustamante recuerda "que al amparo de los Códigos de 1880 y 1894 la relación entre el inculcado y defensor era de auténtico mandato; hoy día dice, posee el defensor una situación -- su generis; su voluntad ha de prevalecer, en beneficio del inculcado, inclusive sobre la de éste mismo. No es mandatario, ni asesor jurídico, ni órgano imparcial de los Tribunales, ni auxiliar de la administración de la justicia si fuese lo último, señala el mismo autor estaría obligado a romper el secreto profesional y a comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiese recibido el inculcado".⁷³

Colln Sánchez "enumera algunas ideas, según las cuales ciertos estudiosos lo consideran un mandatario civil, idea que rechaza pues el defensor goza de libertad para ejercer su función, sin que sea necesaria la consulta previa para realizarla, ni permiso para impugnar; otros la consideran asesor, pero el citado autor no lo acepta porque la actividad del defensor no se reduce a la consulta técnica; otros más lo consideran auxiliar de la justicia, - idea que asimismo rechaza, porque argumenta que de ser así, esto lo llevaría a romper el secreto profesional, por último, el propio autor afirma que es un colaborador en sentido amplio, pero no explica su connotación.

De todo lo anterior podemos concluir que la defensa es un su-

73 Ob. cit. pp. 91, 92

feto procesal ya que éste puede realizar actos sin el consentimiento del inculpado, y porque si en el proceso no se encuentra la defensa no hay proceso.

5. MOMENTO EN QUE SE NOMBRA EL DEFENSOR

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

"El párrafo inicial del artículo 20 Constitucional afirma que las garantías concedidas en su texto pertenecen al acusado en todo juicio del orden criminal. No obstante, partiría de una falsa ruta quien pretendiera concluir, de los términos acusado y juicio, que el artículo a estudio reserva sus disposiciones tan sólo a la etapa jurisdiccional de los procedimientos penales. Por cuanto - al término acusado, está bien claro que el artículo 20 Constitucional lo emplea en forma amplísima, para designar a todo aquel - que es sujeto de procedimientos penales, sin hacer distinciones - entre las diversas etapas de dichos procedimientos, y no en el -- restringido sentido técnica que designa a aquella persona contra la cual el Ministerio Público ha formulado conclusiones acusato-

ria."74

La observancia de este precepto en la forma indicada, contra ria grevemente el espíritu del Constituyente de 1917 porque, para no colocar al sujeto en estado de indefensión, el nombramiento de defensor debe hacerse antes de que rinda su declaración, y no después.

Se advierte un criterio estrictamente ajustado a la letra y - espíritu de la fracción IX, del artículo 20 de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, vigente; no obstante, la ortodoxia que en ese orden se observó durante mucho tiempo, en reciente adición el Código Federal de Procedimientos Penales, el -- tercer párrafo del artículo 128, dice a la letra:

"Desde el momento en que se determine la detención, el Ministerio Público hará saber al detenido la imputación que se hace y el derecho que tiene para designar persona que lo defienda, dejando constancia de esta notificación en las actuaciones. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor oportunamente aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de Esta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponda, en el acto de consignación o de liberación del detenido, -

74 Zamora Pierce, Jesús. Ob. cit. p. 257

en su caso. Cuando no sea posible el pleno desahogo de pruebas - de la defensa, se reservarán los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial, y el Ministerio Público hará la consi- nación si están satisfechos los requisitos para el ejercicio de - la acción".

No se opone, de ninguna manera el derecho previsto por el --- 3er. párrafo del artículo 128 del Código Federal de Procedimien- tos Penales, a la garantía establecida por la Constitución Políti- ca de los Estados Unidos Mexicanos, en el precepto correspondien- te. Además ya era tiempo que la vaciedad imperante respecto a la designación de defensor en la averiguación previa fuera resuelta en la forma amplia en que está redactada. Guillermo Colín Sánchez establece a este respecto "Lo único que a nuestro juicio, propi- cia franco margen para hacer negatoria la actuación, tanto del in- diciado como de su defensor, es la facultad otorgada al Ministe- rio Público para decidir que, "cuando no sea posible el pleno de- sahogo de las pruebas de la defensa, se reservan los derechos de- ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial", porque atendien- do a nuestra realidad, mucho tememos que eso se convierta en un - estribillo que, tal vez se invoque con una frecuencia tan marcada que, por eso se convierta en costumbre, mala aunque sí invetera- da."⁷⁵

75 Ob. cit. p. 185

Olga Islas y Elpidio Ramírez, Arilla Bas, encuentran tan claro el texto constitucional, que, al enumerar las garantías de las - que goza el procesado penal, se limita a transcribirlo diciendo -- "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que es -- aprehendido".⁷⁶

García Ramírez Sergio, a este respecto establece: "En cuanto al momento para el nombramiento de defensor, la misma fracción IX del artículo 20 Constitucional es explícita desde el momento en - que sea aprehendido. Ahora bien, esta voz puede interpretarse, - favor rei, como sinónimo de detención, o bien, en término más ri- guroso, como aprehensión en sentido escrito, esto es, como ejecu- ción de un mandamiento de autoridad. En todo caso, no establece- la Constitución, ni lo hacía la ley secundaria, cuáles son las -- funciones del defensor en la fase de averiguación previa, y es -- claro que los actos que en ésta se llevan a cabo no son, un modo- alguno, actos del juicio, que por imperativo constitucional puede precisar el defensor. Todo ello apoyó la práctica del Ministerio Público en el sentido de no permitir el acceso del defensor a las actuaciones, sino hasta que ha declarado el inculcado, o inclusi- ve negarlo en absoluto."⁷⁷

De gran trascendencia fue la reforma al artículo 128 del Códic

76 El Sistema Procesal Penal en la Constitución. Ed. Porrúa México 1979 p. 22 y El Procedimiento Penal en México. Ed. Editores Mexicanos Unidos, Tercera edición. México 1983. p. 44, 45

77 Ob. cit. pp. 308, 309

go Federal de Procedimientos Penales; con un sentido claramente tutelar del inculcado y, por esta vía, favorecedor de la justicia, - ese mandamiento ordena al Ministerio Público informar al detenido, desde el momento en que se determine la detención, cuál es la imputación que se le hace, así como el derecho que tiene para designar persona que lo defienda. Esta notificación ha de constar en actuaciones.

El artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales - contiene una razonable caracterización del papel del defensor en la averiguación previa con detenido. Puede y debe aportar prue- bas así como el propio inculcado; que el Ministerio Público ha de tomar en cuenta, según legalmente le corresponda, para los fines - de la consignación del defensor resulta ser en gran medida seme- jante a la que cumple ante el juzgador. Es natural que así sea, - pues la tarea del Ministerio Público es, en esencia, un juicio, - un juicio, lógicamente, para llegar a cierta detención fundada.

Cabe que los plazos para la averiguación previa concluyan sin que el indiciado y su defensor hayan aportado todos los elementos probatorios que quieren presentar, o bien que el Ministerio Públi- co no considere relevantes o persuasivas las pruebas de descargo. Entonces se reservarán los derechos la defensa para que los haga- valer en el proceso. Es importante, en este orden de cosas, lo - que dispone el artículo 18 de la Ley de la Defensoría de Oficio - en el Distrito Federal.

Por su parte, el doctrinista Pérez Palma dice: "La defensa-- tiene dos aspectos; el material y el técnico, de ellos hablaremos más adelante.

Sigue diciendo: "El único que está capacitado para proponer- la defensa material en los hechos que se imputen, es el acusado - ya que él y nadie más que él corresponderá confesar o negar su -- participación en los hechos o explicar las circunstancias en que delinquirá o justificarse. La intervención de un defensor en ese- momento no servirá sino para aconsejarle la alteración de la ver- dad, o la deformación de los hechos, para entorpecer la investiga- ción o el ocultamiento de circunstancias que deban ser conocidas, y se pregunta, ¿Entonces para que será necesaria la presencia del defensor?, si hubiere presiones, coacciones o quizá violencias, - posteriormente, ante su juez podrá denunciarlas".⁷⁸

Agrega: "Somos pues de opinión en el sentido de que durante- la averiguación previa, el derecho de los detenidos para ser asis- tidos de un defensor, no debe ser reconocido ni por la Constitu- ción ni por los Códigos, porque la defensa material no correspon- de sino al detenido, porque la intervención del defensor no servi- ría sino para alterar o distorsionar la verdad histórica que a to- dos interesa y porque la intervención del defensor sería contra--

78 Ob. cit. p. 263

ría a la labor de los cuerpos de policía, pero hacer saber al detenido, en los momentos en que tiene para nombrar un defensor, es inútil y ocioso y más, cuando ante el juez la defensa no es solo un derecho, sino una obligación".⁷⁹

"Suponemos que el legislador se vió en la necesidad de mencionar el derecho al nombramiento de defensor, simplemente para cumplir con el mandato constitucional".⁸⁰

El mismo Pérez Palma admite en este último párrafo que la propia Constitución otorga el derecho de defensa en la etapa de la averiguación previa, por lo que, en concepto propio, existe una contradicción al decir en otras palabras que está ahí simplemente por cumplir con un capricho de los Constituyentes, dicho de otra forma: No se puede pero si se debe.

A mi juicio, comulgo firmemente con la doctrina de Hidalgo -- Riestra, en lo que ordena la fracción IX del Artículo 20 de nuestra Carta Magna, al expresar, "el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que se halle en todos los actos del juicio".

La intervención del abogado defensor en la etapa averiguatoria, precisamente en el interrogatorio practicado ante el ministro público, aún cuando deba éste adoptar una postura pasiva, su-

79 Ibidem. p. 264

80 Idem.

mera presencia no sólo impedirá el empleo de medios de coacción o violencia, sino que además tenderá a que las declaraciones se - - transcriban en la forma más literal y exacta posible, por lo que la presencia del defensor debe de considerarse deseable.

Para reforzar la constitución del artículo 20 de la Carta Fundamental que nos rige, podemos transcribir, para el claro entendimiento, lo que dice el artículo primero 1° de esta Ley Suprema, - que a la letra reza: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las - cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos - y con las condiciones que ella misma establece".

Lo anterior significa que el conjunto de prerrogativas, que - la propia Constitución establece, en el que se encuentra consagra do el derecho a la defensa desde la etapa de la averiguación pre- via en su artículo 20, fracción IX, tienen que ser respetadas por toda la sociedad y especialmente por las Autoridades para no obstaculizar el desarrollo del bien común, así como la exacta apli- cación de sus disposiciones, por lo que tendrán que cuidar que to das sus actuaciones cumplan con estos derechos.

Es pues así, la indudable y además clara la Constitucionali- - dad de la fracción IX del artículo 20 de nuestra Carta Magna, por lo que significa un deber inobjetable para el Ministerio Público - su aplicación en favor del inculcado o indiciado en averiguación - criminal, por los conceptos que he vertido en párrafos anteriores,

respaldándome así, como ya lo expresé antes, en el pensamiento de Carlos Hidalgo Riestra.

El derecho del indiciado a asistirse de un defensor durante la averiguación previa y a partir del momento de su detención, -- consagrado por la Constitución, reconociendo por la doctrina, reiterado por la ley procesal penal y admitido por la jurisprudencia de la Suprema Corte, responde a las necesidades técnicas, lógicas y jurídicas inderogables.

"Defensa, garantía de la obligación impuesta a la autoridad de instancia por la fracción IX del artículo 20 constitucional, -- surte efectos a partir de que el indiciado es puesto a disposición de la autoridad judicial y ésta al recibir la declaración preparatoria del presunto responsable tiene la obligación ineludible de designarle defensor si es que aquél no lo ha hecho; más la facultad de asistente de defensor a partir de la detención del acusado concierne única y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido, esta omisión no es imputable al propio acusado y no al juez instructor".

Una vez hecha la denominación del defensor, lo más lógico y natural es que el funcionario debe hacer saber tal designación a la persona nominada, a fin de que acepte o rechace el cargo confiado. Para que los actos de defensa principien a tener vigencia, es indispensable que el defensor acepte el nombramiento, de tal manera que deberá hacerlo ante el órgano o autoridad correspon--

diente, como ya se aceptó, tan pronto como se le da a conocer su designación, y para que surta efectos legales, constará en el expediente respectivo.

A partir de ese momento está obligado el defensor a cumplir con las obligaciones inherentes a su función.

Lo afirmado nos lleva a pensar que, los actos de defensa están condicionados al nombramiento de defensor y también a la aceptación del cargo, empero, de acuerdo con la constitución se establece que el acusado puede defenderse por sí mismo, el nombramiento de defensor no excluye el derecho de defenderse por sí mismos.

A la aceptación del cargo, en la práctica le sigue la propuesta o juramento de que el defensor habrá de cumplir su cometido -- con toda su ciencia. En el viejo derecho romano al iniciarse una causa profesional prestaba juramento el juramentum columniae. Así, para cada asunto se juraba su cumplimiento. En Francia Felipe III dispuso que ese juramento debería hacerse al inicio de la profesión, no en cada causa, aunque renovarse anualmente. En México, este juramento general sólo se da por los licenciados en derecho al recibir el título en la Universidad, pero no existe en el caso de los legos, a los que nuestra ley les permite ejercer la defensa.

Aunque la actividad de la defensa no debe cesar en nuestro sistema, sí puede ocurrir que se sustituya al defensor designado

y termine para éste el cargo.

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

Cuando el defensor no cumple el cargo que se le ha conferido, incurre en la comisión de un delito, según se desprende de lo establecido por el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del Fuero Federal y cuyo texto es el siguiente: "Se impondrá suspensión de un mes a dos años y multa de cincuenta a quinientos pesos, a los abogados o a los patronos o litigantes que no sean ostensiblemente patrocinados por abogados cuando cometan alguno de los delitos siguientes:

...Al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que sólo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad cautiva que menciona la fracción I del artículo 20 Constitucional, sin promover más pruebas ni dirigirlo en su defensa..." (artículo 232, fracción III).

En cuanto a los defensores de oficio, el Código mencionado indica: cuando éstos "sin fundamento no promuevan las pruebas conducentes en defensa de los reos que los designan, serán destituidos de su empleo..." (artículo 233).

En conclusión podemos establecer que el momento para nombrar defensor es desde la detención del inculcado siendo para éste una potestad, aunque opinamos que debería de ser una obligación tanto para el inculcado como para el Ministerio Público; la defensa en averiguación previa esta restringida ya que en esta etapa se da la base para establecer la probable responsabilidad o no del inculcado, es el periodo de investigación y lo que tiene relevancia aquí es la verdad histórica por esta razón no se encuentra muy bien reglamentada la defensa en la averiguación previa ya que dicha verdad es nítida sin transformaciones y es la que cuenta en la investigación de los hechos en que se basa la indagatoria correspondiente.

Cabe hacer mención que en la Constitución en el artículo 20 - en su fracción IX se establece que se podrá designar como defensor "el que a los que le convenga", lo cual significa que pueden ser uno o varios defensores. No existe límite en el número máximo, pero como mínimo debe ser uno.

Nuestra Ley establece, además, que "si el inculcado designare a varios defensores, éstos deberán nombrar en el mismo acto un representante común, el cual debe fungir además como verdadero procurador en el proceso, en tanto que los demás defensores, normalmente como abogados.

La defensoría de oficio federal está regida por Ley de 14 de enero de 1922, desenvuelta en el Reglamento de 25 de septiembre -

del mismo año. En éstos, la defensa de oficio se confía, bajo dependencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a un jefe de Defensores y el número de tales profesionistas que, según las circunstancias, determine la misma Corte (artículos 1º, 2º y 5º - de la Ley).

6. OBLIGACIONES Y DEBERES DE LOS DEFENSORES

En la importante misión de la defensa, con el transcurso del tiempo el defensor ha ido adquiriendo o perdiendo algunas prerrogativas, las que responden a la realidad imperante de un país y -- época determinados. En algunos lugares adquiere mayor importancia que en otros.

El conocimiento del juez postulandi nos situa, de lleno, en el terreno de la abogacía, profesión de indiscutible abolengo, nacida una vez que se supero el primitivo estadio durante el cual el inculcado habla de defenderse por sí mismo.

Se dice que en Grecia nació la profesión del abogado. Se permitía que el orador asistiese al litigantes ante el Areópago. El logógrafo, primero, elaboraba el informe. Después fue costumbre hacerse representar por terceros. Además podía el acusado presentar dictamen de peritos jurídicos especiales.

En Roma hubo patronus o causidicus, oradores defensores asesorados por un jurisperito, el advocatus que constituía una profesión

del mismo año. En estos, la defensa de oficio se confiaba, bajo dependencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a un jefe de Defensores y el número de tales profesionistas que, según las circunstancias, determine la misma Corte (artículos 1º, 2º y 5º - de la Ley).

6. OBLIGACIONES Y DEBERES DE LOS DEFENSORES

En la importante misión de la defensa, con el transcurso del tiempo el defensor ha ido adquiriendo o perdiendo algunas prerrogativas, las que responden a la realidad imperante de un país y -- época determinados. En algunos lugares adquiere mayor importancia que en otros.

El conocimiento del juz postulandi nos situa, de lleno, en el terreno de la abogacía, profesión de indiscutible abolengo, nacida una vez que se supero el primitivo estadio durante el cual el inculgado había de defenderse por sí mismo.

Se dice que en Grecia nació la profesión del abogado. Se permitía que el orador asistiese al litigantes ante el Arceópago. El logógrafo, primero, elaboraba el informe. Después fue costumbre hacerse representar por terceros. Además podía el acusado presentar dictamen de peritos jurídicos especiales.

En Roma hubo patronus o causidicus, oradores defensores asesorados por un jurisperito, el advocatus que constituía una profesión

especial. En el curso del tiempo los patronus y los advocati se unificaron en una sola figura.

En el derecho Germano de carácter fuertemente formulista, la representación recaía en el intersesor, que gradualmente se transformó en un defensor cuya intervención fue autorizada por la Constitución Criminalis Carolina.

En el Fuero Juzgo se habló de defensores y mandadores, actuando los últimos a nombre de príncipes y obispos para que no desfalleara la verdad por medio del poderlo. Tanto en el Fuero Real como en las Partidas, se fijó el régimen de voceros o personeros, abogados y procuradores, respectivamente.

La Revolución Francesa trajo consigo la supresión de la abogacía, en 1790. En 1791, las partes pudieron apoyarse en defensores oficiosos. Napoleón restableció la abogacía. El Código de 1808 admitió la defensa y la hizo obligatoria tratándose de crímenes sancionados con pena aflictiva, después mise en acusación.

En otros países también han ocurrido vicisitudes en la profesión liberal del abogado. En 1781 fue erradicada en Prusia, suprimiéndose por algún tiempo también en Rusia.

Los profesionales del derecho, y dentro de este territorio -- quienes ejercen la abogacía, han de meditar sobre el presente y el destino de su profesión forense. De aquí resultarán los requer

rimientos formativos del abogado contemporáneo, y, desde luego su papel de un mundo en constante transformación.

García Ramírez dice al respecto: "Es imposible hoy en días - sostener la vigencia de antiguos conceptos y de viejos ejercicios que la realidad desplaza cada vez más. Esto es particularmente - verdadero en el ámbito del enjuiciamiento criminal al que han llegado nuevas profesiones con las que deben juzgar sus esfuerzos -- los juristas, aquí, como hemos dicho, es menester la concertación entre las profesiones de "bata blanca" y las de "toga negra". Las reclamaciones sobre el conocimiento de la génesis del delito, de la dinámica del comportamiento, de la personalidad del infractor, del sentido general y concreto de la pena y de la medida de seguridad, han atraído el cuidado de médicos criminólogos, psicólogos, penólogos, criminalistas. No deben éstos, con todo desplazar al abogado. Por su parte, más allá de cualquier pretensión imperialista, el abogado debe recibir las aportaciones de otras disciplinas y pactar con ellas una tarea común, a la altura de los tiempos."⁸¹

Ciertamente tiene por cometido primordial el abogado la lucha por el derecho. Bien decía Ihering que "no es el derecho un concepto lógico sino una idea enérgica y activa; por tal razón la --

81 Ob. cit. p. 304

justicia, mientras con una mano sostiene la balanza con que pesa el Derecho, con la otra mano empuña la espada indispensable para afianzarlo"; y seguía escribiendo: "El derecho es trabajo jamás - interrumpido, y no un trabajo que sólo interese al poder del Estádo sino también a todo el pueblo en general."⁸²

Hay que observar la resistencia que presentan los profesionistas a la transformación, así como en el descrédito en que hemos - caído, a menudo. Por ello se reitera que es uno de los quehaceres suicida.

"Debieramos dotar al Derecho de una nueva vocación revolucionaria, que le confiere habilidad estructural, constituyente, no - sólo aptitud superestructural y resonadora. Quisieramos dotar al jurista de una dimensión de vanguardia en la completa tarea del - desenvolvimiento... No debe la historia sorprender al jurista, como tantas veces ha ocurrido, en la retaguardia, manteniendo al pasado, sino hallarlo en la vanguardia, haciendo posible la renovación."⁸³

Las prerrogativas otorgadas al defensor responden a la vez a la cercanía o lejanía de los principios inquisitivo o acusatorio.

82 Ibidem. pp. 304, 305

83 Silva Silva, Jorge Alberto. Ob. cit. p. 115

En México, encontramos como prerrogativas que el defensor no es mero vocero o intermediario, pues en la mayoría de las ocasiones es un procurador. Siendo de esta manera, el que promueve, -- oye, alega; tiene la posibilidad de interrogar directamente al imputado y testigos (artículos 156 y 249 del Código Federal de Procedimientos Penales); puede objetar la redacción del interrogatorio al jurado (artículo 335 del Código Federal de Procedimientos Penales); comunicarse con el imputado en cualquier diligencia (artículo 89 del Código Federal de Procedimientos Penales).

Pese a que atañe más a la defensa que al defensor, nuestra -- ley establece que además de tener que estar presente en cualquier acto procesal (presencia obligatoria), el defensor puede ser sancionado en el caso de ausencia, con medida disciplinaria (artículo 87 del Código Federal de Procedimientos Penales), llegando hasta la nulidad del acto al que el defensor no asista (artículo 388 fracción II del Código Federal de Procedimientos Penales). Si el defensor no asiste a una audiencia, el funcionario debe diferir-- la fecha (artículo 88 Código Federal de Procedimientos Penales).

El defensor, sea particular o de oficio, tiene las siguientes obligaciones:

--El primero de ellos es que al momento de la notificación -- del nombramiento, lo acepte o renuncie, en caso de aceptarlo lo -- debe protestar, quedando asentado en actuaciones.

—A partir del momento de protesta su cargo tendrá la obligación de estar presente en todos los actos donde deba intervenir— el inculcado, como por ejemplo, su declaración en la fase de averiguación previa, su declaración preparatoria en los careos. etc.

—Solicitar, cuando proceda, inmediatamente la libertad bajo caución del inculcado al Ministerio Público Federal.

—Presentar las pruebas que estime pertinentes y que ayuden a deslindar responsabilidades al inculcado en el periodo de averiguación previa para que sean desahogadas por el funcionario.

—Impugnar las preguntas que se formulen a su asistido si Estas son inconducentes o contra derecho.

—Dentro de la fase de averiguación previa no puede el defensor aconsejar a su defenso, ni tampoco interrogarlo, sólo estar presente mientras la rinde, para que dé legalidad a dicha declaración, y no se puedan violar las garantías que le han sido otorgadas.

—Al defensor le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que éstos constan en el proceso, pudiendo hacer anotaciones.

—Promover todas las diligencias que sean necesarias en favor de su defenso durante el término Constitucional de 72 horas y es-

tar presente durante el desahogo de las mismas.

—Interponer los recursos procedentes al notificarse la resolu
ción pronunciados por el órgano jurisdiccional, al vencerse el -
término mencionado.

—Asistir a las diligencias en las que la ley lo considera --
obligatorio, pudiendo interrogar al procesado, a los peritos, a -
los testigos y a los intérpretes, a interponer los recursos que pa
ra cada caso señale la ley, esto es ya en la fase de instrucción
y juicio.

—Promover la acumulación de procesos cuando la situación así
lo demande.

—Desahogar las vistas de las que se le corra traslado.

—Formular sus conclusiones dentro del término de ley.

—Formular los amparos respectivos cuando las garantías indi-
viduales de su representada se estimen violadas.

—Un deber, no sólo jurídico, sino también de carácter moral-
es el de guardar el secreto profesional.

El defensor, al depositar su confianza en el defensor, lo hace
con la absoluta convicción de que éste no lo defraudará en todo -

aquello que le ha confiado, porque en otras condiciones no solicitaría sus servicios.

Fernández Serrano manifiesta que el abogado se le confían "los secretos de honor, de lo que depende, a veces, la tranquilidad de las familias...; aquellas confidencias en las que juegan, no sólo los intereses, sino la honra y la libertad e inclusive la vida...; conocerá así, el abogado, los errores, y a veces, los horrores de los hombres, sus pasiones íntimas, los motivos tentadores, las -- flaquezas del alma, los egoísmos, las concupiscencias, la codicia humana y también los callados sacrificios, los dolores que amenazan el alma, los efectos sinceros, y, en fin, cuanto hay de abyecto y de sublime en el alma de sus confidentes".⁸⁴

Dicho autor prosigue diciendo: "El abogado, salvando las diferencias teológicas, es como el confesor: si éste es confidente e intermediario ante el Tribunal de la justicia divina, aquéllo es ante la justicia de los hombres. Por eso, tradicionalmente, - en todos los pueblos y en todas las épocas, desde que fue reconocido el derecho de defensa, que arranca del derecho natural, el se creto profesional del abogado le fue impuesto como uno de sus más sagrados deberes, y se respeta siempre en la ley, considerándolo inviolable..."⁸⁵

84 El Secreto Profesional de los Abogados. Ed. Gráficas Alpinas, Madrid, España 1953. pp. 8 y 9

85 Ibidem. p. 10

El deber que contrae el defensor en relación con quien le ha confiado un secreto no debe ser defraudado nunca, porque si así fuere, resultaría afectado no sólo el derecho de defensa del procesado sino también del interés de la sociedad.

Si bien es cierto que la obtención de la verdad es un aspecto principal al que debe atenderse durante el proceso, el órgano jurisdiccional está obligado a guardar un respeto para todo aquello que constituye un acto de defensa, y sobre todo, nunca tratar de contraer al defensor, para que falte a un deber moral y legal de tanta trascendencia. La revelación del secreto profesional, constituye un delito en que la tutela penal tienen por objeto, la protección de la libertad individual y la integridad social.

En el primer aspecto se afectaría la vida privada del sujeto y en segundo, el normal desenvolvimiento de la sociedad en esferas tan importantes como lo son: La moral y las buenas costumbres.

La revelación del secreto profesional en principio es inviolable, y como ya lo hice notar es un deber jurídico y moral, sin embargo en algunos casos excepcionales, en los que existen bienes de mayor valor en relación con el que tutela la revelación de secretos, el defensor debe de darlos a conocer; como cuando se trata de la patria o cuando con el silencio se pudiera lesionar la situación de un inocente.

Desde el punto de vista general, si la asistencia jurídica del defensor consiste en la aportación de pruebas y en la interposición de los recursos procedentes, ello nos conduce a calificarlo como un auxiliar de la administración de justicia.

La situación del defensor, como ya lo hice notar, en un sentido amplio colabora con la administración de justicia; en un sentido estricto sus actos no se contriñen únicamente al consejo técnico o al simple asesoramiento del procesado, como con todo acierto señala Carlos Franco Sodi, que: "Obra por cuenta propia y siempre en interés de su defensa", de tal manera que es un sujeto integrante de la relación procesal que está deduciendo derechos.

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

Durante el proceso penal adquiere un carácter obligatorio debido a que, si bien no podría imponersele como una carga al procesado, la Constitución General de la República la consagra, más -- que como un derecho, es una garantía que arroja como consecuencia una obligación para el juez y un deber para el defensor.

ANEXO I

JURISPRUDENCIAS

Para darle mayor firmeza y apoyo al contenido de Esta tesis, hemos resuelto que sería conveniente transcribir algunas tesis y jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativas a la defensa en materia penal.

Defensa del procesado, privación de la. La indefensión en materia penal, se produce cuando no se oye al procesado, por sí o por medio de defensor, en relación a determinado acto que dentro del proceso pudiera perjudicarlo.

1a. Sala.- Sexta Epoca, Volumen CXV, Segunda Parte, pág. 34.

Defensa, garantía de, Averiguación Previa. Si bien es cierto que la última parte de la fracción IX del artículo 20 Constitucional establece que: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio, pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces sea necesario". También lo es, que independientemente de que el acusado no haga uso de ese derecho cuando es detenido por los agentes aprehensores, el que no se le haga saber que puede designar defensor no es acto atribuible a las autoridades de instancia que pueda ser reparado en el amparo, en virtud de que lo establecido en la parte final -

de dicha disposición se refiere a las diligencias de averiguación previa, y no cuando el acusado ya ha sido consignado ante el Juez, en donde el propio artículo establece otras reglas.

Véase: Séptima Epoca, Volumen 39, Segunda Parte, pág. 31; volumen 43, Segunda Parte, pág. 33; Volumen 48, Segunda Parte, pág. 33; volumen 63, Segunda Parte, pág. 23.- Seminario Judicial de la Federación.

Defensa, garantía de. Si de las constancias procesales se desprende que el abogado, defensor propuesto por el inculcado en segunda instancia, es distinto al que se tuvo por designado, lo que lleva a la conclusión de que no tuvo defensor en la segunda instancia, máxime que ni siquiera formuló agrado el de oficio, de donde resulta evidente la violación del artículo 20 Constitucional, en consecuencia, debe dejarse insubsistente la sentencia impugnada y reponerse el procedimiento.

Véase: Séptima Epoca, Volumen 72, Segunda Parte, pág. 27.- Seminario Judicial de la Federación, Séptima Epoca, Volumen 84, Segunda Parte, diciembre 1975, Primera Sala, pág. 51.

Defensor, facultad del acusado de asistirse de, a partir de la detención. La obligación señalada por la fracción IX del artículo 20 Constitucional, en el sentido del nombramiento de defensor para el acusado, se refiere a cuando éste ha sido ya declarado sujeto a proceso, momento en el cual es ineludible la obliga-

ción del juez de nombrarle defensor, en caso de que aquél no lo-haya hecho, más la facultad de asistirse de defensor, a partir de la detención del inculcado, concierne única y exclusivamente a Éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido, esa omisión es imputable al propio acusado y no al juez instructor.

Séptima Epoca, Segunda Parte:

Amparo directo 4942/71. Elia Payán Alcalá. 5 votos, vol. 29 pág. 51.

Amparo directo 4517/73. Miguel Ángel Ortiz Mondragón. 5 votos, vol. 63, pág. 23.

Amparo directo 3438/74. Manuel Luis Maizumi. Unanimidad de 4 votos, vol. 70, pág. 17.

Amparo directo 1258/75. Manuel Murillo Colón, 5 votos, vol. 82, pág. 21.

Amparo directo 1261/75. Marco Antonio Hidalgo Argote. 5 votos vol. 84, pág. 51.

Tesis de Jurisprudencia Definida número 88, Apéndice 1917-1985 Segunda Parte, Primera Sala, pág. 199.

Defensa del procesado, privación de la. La indefesión, en materia penal, se produce cuando no se oye el procesado, por así o por medio de defensor, en relación a determinado acto que dentro del proceso pudiera perjudicarlo.

Amparo directo 8736/65. Rafael Herrera González y Coags.- Enero 11 de 1967. Unanimidad 4 votos, Ponente: Maestro Agustín Mercado Alarcón.- 1a. Sala. Sexta Epoca, Volumen CXV, Segunda Parte, pág. 34.

Defensor de oficio, inactividad del. El hecho de que el defensor de oficio no formule conclusiones ni agravios no da materia al juicio de garantías, sino en todo caso a que se le exija la responsabilidad correspondiente.

Amparo directo 5099/71. Raymundo Aguirre Briseño. 21 de febrero de 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mario G. Rebollo F.

Procedente: Séptima Epoca: Volumen 37, Segunda Parte, pág. 21 Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca Volumen 38, Segunda Parte, Febrero 1972. Primera Sala, pág. 19.

Defensor, falta de. No puede imputársele a la autoridad -- cuando su designación depende del acusado. La circunstancia de que en la averiguación previa el acusado no haya tenido defensor, atento lo dispuesto en el último párrafo de la fracción IX del artículo 20 Constitucional, si no fue ejercitado por su titular no-

puede imputársele a la autoridad, esto es, al Ministerio Público, en el que debe presumirse la buena fe.

Séptima Epoca, Segunda Parte: vol. 53, pág. 23. A. D. 4517/73
Miguel Angel Ortiz Mondragón. 5 votos.

Defensa, garantía de, momento en que opera. La garantía consagrada en la fracción IX del artículo 20 Constitucional se refiere a todo juicio del orden criminal, es decir, el procedimiento judicial, y no a la preparación del ejercicio de la acción penal (averiguaciones previas). Por otra parte, aún cuando el acusado no haya tenido defensor al rendir sus declaraciones ministeriales tal omisión es imputable a él, si no existe constancia que demuestre que desde el momento de su detención se le coartara su derecho a designarlo; por tanto, la violación que en este sentido se reclame, no puede atribuirse a la autoridad jurisdiccional, si se acató lo dispuesto por el invocado artículo 20, fracción IX del -- Pacto Federal, dándosele a conocer al acusado, en la diligencia en que rindiera su declaración preparatoria, la garantía, de advertirse que expresamente designo defensor.

Séptima Epoca, Segunda Parte: Vol. 72, pág. 27. A. D. 3743/74
José Luis Rivera Velázquez. Unanimidad de 4 votos.

Defensa, representante común de la. Es el facultado para -- ofrecer pruebas y expresar agravios. Si el inculcado nombra varios defensores, sólo está facultado para ofrecer pruebas y expre

sar agravios a nombre de su defendido, el designado como representante común de la defensa, de acuerdo con el artículo 86 del Código Federal de Procedimientos Penales, debiendo desestimarse las pruebas ofrecidas en segunda instancia por cualquier otro de los defensores de dicho inculgado.

Amparo directo 383/75. Alberto Ramírez Bautista. 7 de agosto de 1975. 5 votos. Ponente: Abel Huitrón y A. —Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen 76. Segunda Parte. Abril de 1975. Primera Sala, pág. 33.

CONCLUSIONES

1a. La Defensa es un derecho consagrado en la Constitución - como una garantía que tiene toda persona sujeta a un litigio, para presentar ante la autoridad correspondiente judicial pruebas, derechos y recursos que las leyes le otorguen; para acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad.

2a. Por lo que hace a su origen no se sabe con precisión - - cual fue este dado que en tiempos muy remotos cuando el hombre -- fue sedentario y aún no siéndolo no existía la defensa, sino lo - que imperaba era la ley del talión ojo por ojo y diente por diente. Más tarde en las antiguas civilizaciones se empezó a establecer el derecho a la defensa pero no en todas en el mismo grado.

3a. Por lo que hace al desarrollo histórico de la defensa en la legislación Positiva Mexicana puede concluir que en el derecho prehispánico este no fue uniforme ya que se unían en diferentes - grupos y gobernados por sistemas distintos y aunque había cierta semejanza, las normas jurídicas eran distintas, estas eran de carácter consuetudinario, no se tienen noticias de que hayan existido abogados cada parte hacia lo que le correspondía, acusador demandaba y el acusado se defendía. Ya en la época colonial tienen vigor diferentes cuerpos de leyes como la Recopilación de las Leyes de las Indias, las Siete Partidas de Don Alfonso El Sabio, la Novísima Recopilación entre otras, que en realidad no estaban or-

ganizadas constitucionalmente ya, que existía una confusión de carácter eclesidística, profana y real.

4a. Antes de consumarse la Independencia, el proceso penal se encontraba regido por el sistema de enjuiciamiento inquisitorio caracterizado por una falta de garantía para el acusado. A mediados del siglo XIX se fueron restringiendo las formas procesales que caracterizan al sistema inquisitorio y se reconocieron algunos derechos para el inculcado aunque de manera limitada es en esta época cuando se establece la libre defensa tal garantía plasmada con la Constitución la cual realizaba el propio inculcado o un personero (defensor); en el año de 1917 al promulgarse la nueva Carta fundamental de la República y triunfar la Revolución, se modificó substancial el procedimiento penal mexicano.

5a. Concepto de Garantía Individual. La palabra garantía como ya se estableció en el presente trabajo proviene del término anglosajón "Warranty" o "warentie", que significa la acción de -- asegurar, proteger, defender o salvaguardar. Es la relación jurídica de supra o subordinación prevista y regulada por nuestra --- Constitución que se establece entre el gobernado y el Estado y sus autoridades, siendo esta de derecho público subjetivo emanando ésta en favor del gobernado, existiendo una obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo.

El desarrollo histórico de las garantías individuales se dice que estas aparecieron en Inglaterra mediante la proclamación de - la Carta Magna expedida el 15 de junio de 1215 otros dicen que en España con la creación de los fueros, cronológicamente en Estados Unidos con la Independencia de las 13 Colonias en este mismo orden le sigue Francia con su Revolución y consigo la declaración - de los derechos del hombre la cual tuvo mayor resonancia, que las anteriores influyendo en la historia Constituciones de varios países tanto europeos como Latinoamericanos.

6a. El procedimiento penal esta constituido por una unidad dividida en 3 etapas que son: La Averiguación Previa, la Instrucción y la del Juicio, antes de las reformas a los Códigos de Procedimientos Penales tanto del Distrito Federal, como el Federal, era una falsedad de suponer que las diez garantías establecidas - en el artículo 20 Constitucional y de las que todo acusado debe gozar durante el juicio operaban solamente en el Órgano jurisdiccional.

Y pensamos que si la averiguación previa forma parte del juicio, no hay razón para que las garantías establecidas en el artículo 20 Constitucional a que tiene derecho todo acusado, no operaban dentro de la citada averiguación previa.

7a. La Averiguación Previa es la etapa procedimental durante la cual el Órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la-

probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o bastención de la acción penal. En esta etapa existen algunas garantías que tiene el inculcado las cuales están enumeradas en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, además de solicitar su libertad bajo caución, si bien en ciertos casos y bajo ciertas condiciones y requisitos, a no ser incómodo, a ser careado con los testigos de cargo; estos derechos están garantizados y otorgados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20 fracciones I, II, IV.

8a. La participación de la defensa en la etapa de averiguación previa es muy importante ya que desde ese momento el acusado tiene derecho a esa defensa su misión es estar presente durante la declaración del inculcado frente al Ministerio Público Federal enterarse de la imputación que obra en contra de su defensor, presentar las pruebas necesarias para que sean desahogadas la libertad bajo caución cuando así se amerite promover el recurso de amparo cuando no le sean respetadas las garantías a que tiene derecho el inculcado. Estos derechos son un adelanto muy importante en la vida legislativa de nuestro país.

9a. El defensor es todo aquel que asume la representación de una parte en juicio, amparando o protegiendo. La posición del defensor en el proceso penal ha sido objeto de constantes especulaciones, para algunos autores es un auxiliar de la administración de la justicia, un asistente, representante. Lo considero sujeto procesal ya que éste puede realizar actos sin el consentimiento -

del inculpado y porque sin él en el proceso no existe este último.

10a. El momento para nombrar defensor es desde la detención del inculpado siendo para este una potestad, aunque opinamos que debería de ser una obligación tanto para el inculpado como para el Ministerio Público; la defensa en averiguación previa esta restringida ya que en esta etapa se da la base para establecer la probable responsabilidad o no del inculpado, es el periodo de investigación por esta razón no se encuentra muy bien reglamentada la defensa en la averiguación previa ya que dicha verdad es ntilida sin transformaciones y es la que cuenta con la investigación de los hechos en que se basa la indagatoria correspondiente.

BIBLIOGRAFIA

- Acero, Julio. "PROCEDIMIENTO PENAL", Ed. Cajica. Sexta edición, México 1986
- Arilla Bas, Fernando. EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO, Ed. Kratos, Tercera edición, México 1983.
- Briseño Sierra, Humberto. EL ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO, Ed. Trillas, Segunda edición, México 1985
- Burgoa, Ignacio. EL JUICIO DE AMPARO, Ed. Porrúa, Vigésimo séptima edición, México 1990.
- Cabanellas Alcalá-Zamora. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL. Tomo II, Ed. Heliasta S.R.L. Decimo segunda edición, Buenos Aires Argentina 1987
- Castro, Juventino V. GARANTIAS Y AMPARO, Ed. Porrúa, Quinta edición, México 1986
- Colln Sánchez, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Ed. Porrúa, Decimosegunda edición, México 1988
- Couture, Eduardo J. VOCABULARIO JURIDICO, Ed. Depalma, Tercera reimpresión, Buenos Aires Argentina 1990
- De Pina, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO, Ed. Porrúa, Decimoprimer edición, México 1983
- Díaz de León, Marco Antonio. CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES COMENTADO. Ed. Porrúa, Segunda edición, México 1989

- *Dorán Gómez, Ignacio. CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES ANOTADO. Ed. Cárdenas, Primera edición, México 1986*
- *Fenech, Miguel. DERECHO PROCESAL PENAL. V. I. Ed. Bosch Barcelona España 1945*
- *Fernandez Serrano. EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS. Ed. Gráficas, Madrid España 1953*
- *Fix Zamudio, Héctor. JUICIO DE AMPARO, Ed. Porrúa México 1964*
- *García Ramírez, Sergio. CURSO DERECHO PROCESAL PENAL, Ed. Porrúa, Quinta edición, México 1989*
- *Y adato de Ibarra, Victoria, PRONTUARIO DEL PROCESO PENAL MEXICANO, Ed. Porrúa, Cuarta edición, México 1985.*
- *Garrone José Alberto. DICCIONARIO JURIDICO. Ed. Abeledo-Perrot, T. III Buenos Aires Argentina 1987*
- *González Blanco, Alberto. EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO Ed. Porrúa, Primera edición, México 1975*
- *Gómez Lara, Cipriano. TEORIA GENERAL DEL PROCESO, Ed. UNAM, Séptima edición, México 1987*
- *González Bustamante, Juan José. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO, Ed. Porrúa, Octava edición, México 1985*
- *Hidalgo Riestra, Carlos. DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO Ed. Gráfica Nueva, Primera edición, México 1986*
- *Islas Olga y Elpidio Ramírez, EL SISTEMA PROCESAL PENAL EN LA CONSTITUCION, Ed. Porrúa, México 1979*

- Kelsen, Hans *TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO*
Tr. Eduardo García Harnes, Ed. UNAM, México 1979
- Madrid, Miguel de la. *EL MARCO LEGISLATIVO PARA EL CAMBIO*
[15 SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 1985], México Dirección General
de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República
1984
- Mendicta y Nuñez, Lucio. *EL DERECHO RECOLONIAL*, Ed.
Porrúa, Quinta edición, México 1985
- Montiel y Duarte, Isidro. *ESTUDIO SOBRE GARANTIAS IN*
DIVIDUALES, Ed. Porrúa, Tercera edición, México 1979
- Noriega Cantú, Alfonso. *LA NATURALEZA DE LAS GARANTIAS*
INDIVIDUALES EN LA CONSTITUCION DE 1917, Ed. UNAM
México 1967
- Osorio y Nieto, César A. *LA AVERIGUACION PREVIA*, Ed.
Porrúa, Quinta edición, México 1990.
- Pallares, Eduardo. *PRONTUARIO DE PROCEDIMIENTOS PENA*
LES, Ed. Porrúa, Primera edición, México 1989
- Rivera Silva, Manuel. *EL PROCEDIMIENTO PENAL*, Ed. Po-
rrúa, Decimoséptima edición, México 1988
- Pérez Palma, Rafael. *GUIA DE DERECHO PROCESAL PENAL*,
Cádenas Editor y Distribuidor, Primera edición, Mé-
xico 1975
- Rubianes, Carlos J. *DERECHO PROCESAL PENAL*, Ed. Depa^l
ma, Tercera reimpresión, Tomo II, Buenos Aires Argen-
tina 1983
- Silva Silva, Jorge Alberto. *DERECHO PROCESAL PENAL*,
Ed. Harla, Primera edición, México 1990

- Tena Ramírez, Felipe, "LEYES FUNDAMENTALES DE MEXICO" Ed. Porrúa, Decimo quinta edición, México 1989
- Xifra Heras, Jorge. EL PROCESO LEGISLATIVA, Ed. Reus Madrid España 1961
- Zamora-Pierre, Jesús. GARANTÍAS Y PROCESO PENAL, Ed. Porrúa, Segunda edición, Mexicana 1987
- Zarco Francisco. HISTORIA DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1857, Ed. Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México 1987

LEGISLACION CONSULTADA

- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA, Ed. UNAM, Primera edición, México 1985
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ed. Porrúa, 86a. edición, México 1990
- CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES; Ed. Porrúa, 39a. edición, México 1990
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION del 8 de Enero de 1991
- LEY DE PROFESIONES. Ed. Porrúa, México 1990