

3/17



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

CAMPUS ARAGÓN

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA DEFENSA COMO GARANTÍA
CONSTITUCIONAL, DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y
SU REPERCUSIÓN EN EL PROCESO PENAL ANTE JUECES
PENALES EN EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LEYDI MARISOL SALAZAR GARCÍA

287315

ASESOR:
DR. JUAN JOSE VIEYRA SALGADO

SAN JUAN DE ARAGÓN, ESTADO DE MÉXICO, 2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



DECALOGO DEL ABOGADO

ESTUDIA: El derecho se transforma constantemente, si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado.

PIENSA: El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.

LUCHA: Tu deber es luchar por el derecho; pero el día en que encuentres en conflicto el derecho en la justicia, lucha por la justicia.

TRABAJA: La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.

SÉ LEAL: Leal para con tu cliente al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti, leal para con el adversario, aún cuando el sea desleal contigo. Leal para el juez que ignora los hechos y debe confiar en lo que tu dices; y que en cuento al derecho alguna que otra vez debe confiar en el que tu invocas.

TOLERA: Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieras que sea tolerada la tuya.

TEN PACIENCIA: En el derecho, el tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.

TEN FE: Ten en el derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustituto bondadoso de la justicia y sobre todo ten fe en la libertad, sin lo cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.

OLVIDA: La abogacía es una lucha de pasiones; si en cada batalla vas cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.

AMA TU PROFESIÓN: Trata de considerar la abogacía de tal manera, que el día en que tu hijo te pida consejos sobre su destino, consideres un honor proponerle que se haga abogado.

**A DIOS GRACIAS POR PERMITIRME VIVIR RODEADA DE AMOR .
POR LO QUE SOY Y LO QUE TENGO.
GRACIAS SEÑOR.**

A MIS PADRES:

**ARTURO SALAZAR ROSADO Y FRANCISCA GARCIA PATIÑO
ESTE TRABAJO ES SUYO, SÓLO LAMENTO LA TARDANZA.
GRACIAS POR SU AMOR Y POR MI EDUCACIÓN.
LOS AMO Y ADMIRO**

A MIS HERMANOS:

**MOHAMED, MARITZA, BUDA, MAO LUCIO, ARTURO, NANCY Y CLAUDIA.
POR COMPARTIR SUS ACIERTOS Y FRACASOS CONMIGO.
LOS QUIERO MUCHO.**

A LA FAMILIA PEREZ SALAZAR:

**MARTIN, CLAUDIA, MARTINCITO Y NANCYTA.
POR COMPARTIR SU FAMILIA CONMIGO y SU CARIÑO, POR SU APOYO
INCONDICIONAL Y SOBRE TODO POR LA CONFIANZA QUE DEPOSITARON EN MI Y
EN ESTE TRABAJO.**

A TI

**QUE SIEMPRE ESTAS EN MI CORAZON.
ESTES DONDE ESTES, ESTE TRABAJO EN TU MEMORIA.**

A MI ASESOR DR. JUAN JOSE VIEYRA SALGADO, AL LIC. JORGE PRUDENCIO GONZALEZ TENORIO, AL LIC. ROLANDO RESENDIZ Y ESPECIALMENTE A MARIBEL HERNÁNDEZ Y CLAUDIA SALAZAR, QUE CONTRIBUYERON DE MANERA VALIOSA EN LA ELABORACIÓN Y CONCLUSIÓN DE MI TESIS PROFESIONAL.

**A LA UNAM, ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"
A QUIEN LE DEBO MI FORMACION PROFESIONAL**

**A MIS MAESTROS Y A TODOS LOS ABOGADOS QUE NO SIENDO MIS PROFESORES,
FORJARON MI CAMINO ACADEMICO Y PROFESIONAL.**

**A MIS AMIGOS, COMPAÑEROS Y ENEMIGOS,
POR LOS MOMENTOS BUENOS Y MALOS QUE ME AYUDARON A CRECER. GRACIAS.**

**A TODAS LAS PERSONAS,
QUE CON SU CARIÑO O APRECIO,
HAN SIDO LA MOTIVACIÓN PARA LA CULMINACIÓN DE ESTE TRABAJO.**

**DE ANTEMANO AL SINODO CORRESPONDIENTE,
CON RESPETO, ADMIRACION Y AGRADECIMIENTO.**

INDICE

Pag.

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS DE LA DEFENSA PENAL

1. DEFENSA JURIDICA.....	4
1.3. DEFENSA CONSTITUCIONAL.....	7
1.2. DEFENSA CIVIL.....	9
1.1. DEFENSA PENAL.....	10
2. DERECHO ROMANO.....	14
3. DERECHO EN MEXICO.....	23
3.1. EPOCA PREHISPANICA.....	23
3.2. EPOCA COLONIAL.....	26
3.3. EPOCA INDEPENDIENTE.....	35

CAPITULO SEGUNDO

GENERALIDADES DE LA DEFENSA JURIDICA PENAL.

1. NATURALEZA JURIDICA DE LA DEFENSA.....	46
2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA DEFENSA.....	53
3. FUNCIONES DE LA DEFENSA.....	59
4. DESIGNACION DEL DEFENSOR.....	64
5. DEFENSOR Y EL INCULPADO.....	67
6. MINISTERIO PUBLICO.....	73
7. ORGANO JURISDICCIONAL.....	75
8. CLASES DE DEFENSOR.....	78
9. RESPONSABILIDAD DE LA DEFENSA JURIDICA.....	81

CAPITULO TERCERO

MARCO JURIDICO DE LA DEFENSA JURIDICA PENAL.

1. EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTICULO 5°.....	85
2. EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL.....	100
3. EN LA LEY DE LA DEFENSORIA DE OFICIO DEL DISTRITO FEDERAL.....	103
4. JURISPRUDENCIA.....	108

CAPITULO CUARTO
INTERVENCION DEL DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

1. LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.....	115
2. EN LA AVERIGUACION PREVIA.....	118
3. PREPARACION DEL PROCESO.....	132
4. PROCESO.....	138
5. ETAPA PRECONCLUSIVA: CONCLUSIONES DE LAS PARTES DEL PROCESO.....	142
6. SENTENCIA	144

CONCLUSIONES .

BIBLIOGRAFIA GENERAL.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se ha realizado con la intención, de mostrar la situación jurídica en la cual se encuentra el individuo sujeto a un procedimiento penal, y no específicamente a un proceso, ya que el procedimiento inicia a partir de que se inicia la Averiguación Previa y no a partir de que se le dicta al inculcado un Auto de Formal Prisión o de Sujeción Proceso.

La Defensa es una figura jurídica muy importante en el transcurso del procedimiento penal, tan es así, que si el individuo sujeto a un procedimiento penal, no se encuentra asistido por su defensor, tanto en las declaraciones realizadas ante el Ministerio Público como ante el Organo Jurisdiccional, se puede proceder a la nulidad de actuaciones, es decir, no tienen validez las actuaciones realizadas por dichos órganos, si el inculcado no se encuentra asistido por un defensor, el cual puede ser un abogado o una persona de confianza.

El análisis que se hace en cada capítulo, se trata de ver en que consiste la función del defensor, primeramente en los antecedentes, vemos su trascendencia y desarrollo a través del tiempo y el espacio, como en un inicio no se conocía dicha figura y con el paso de los años, se le va dando mayor intervención en los procesos que se le instruían al acusado, y además se reglamenta sus actividades en las leyes respectivas a cada estado.

Posteriormente, se aborda algunos conceptos que se consideran importantes, porque nos van a permitir entender con mayor facilidad el tema en concreto, así como los capítulos siguientes, todos estos conceptos relacionados desde luego con la garantía de defensa. Ya que como bien se sabe todo inculcado de un delito, tiene la facultad de designar a un defensor, el cual puede recaer en una persona de confianza o en un abogado letrado, ya sea particular o de oficio, siendo que en caso de que recaiga en una persona de confianza y este no sea abogado, la misma se deberá ver asesorada por un defensor titulado, ya que de lo contrario resultaría gravemente afectado el inculcado, debido al desconocimiento técnico de la materia por de la persona de confianza; además de que se violaría el principio de igualdad de las partes, toda vez que un profesionista en derecho titulado representa al Ministerio Público.

También se consideró importante comentar lo que refieren y estipulan nuestras leyes en relación a la Defensa Jurídica, pero enfocado al procedimiento penal nuestra Constitución nos habla de una defensa adecuada, que aunque no se estipula en dicho ordenamiento, lo que tal noción indica, consideramos que se refiere a que ésta sea realizada por un defensor letrado, es decir, un abogado, que cuente con los conocimientos jurídicos necesarios para ejercer su función.

La Defensa Jurídica, es aquella ejercida por una persona que cuenta con los conocimientos jurídicos suficientes, y su función es la de defender al inculpado, prácticamente ante Organo Jurisdiccional, de las acusaciones que le hacen por conducto del Ministerio Público, por lo que se dedica a obtener y presentar ante la autoridad competente las pruebas, que desvirtuen aquellas con las cuales el Ministerio Público acredita el cuerpo del delito correspondiente y la probable responsabilidad del mismo. Ya que durante la etapa de Averiguación Previa la garantía de defensa no se logra identificar, toda vez que no se le reciben al indiciado las probanzas con las que pueda comprobar su dicho, siendo importante para el caso en que sea inocente o bien exista la presencia de algún excluyente de responsabilidad.

Durante todo el procedimiento penal el defensor debe intervenir para la defensa de inculpado, ya que los resultados obtenidos al final de este camino, dependerán de la buena o mala actuación del mismo durante esta larga jornada de su actividad en favor de su defenso, y a sus conocimientos jurídicos aplicados al caso en concreto. Esto no significa que si lo condenan siendo culpable, es por que fue mala la actuación del defensor, en cambio si lo condenan y era inocente, y el defensor no supo o no pudo probarlo, claro que habrá sido deficiente su intervención en el procedimiento penal.

Como profesionales, debemos estar abiertos al cambio, capaces de percibir las modificaciones que se producen en las estructuras sociales y jurídicas, para poder contar con la sensibilidad de adecuar el Derecho a las nuevas realidades.

En mérito de lo anterior, y a la luz de la problemática que en el presente trabajo se describe, propongo reformas a nuestra Constitución en su artículo 20 fracciones V y IX, así como al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en sus artículos respectivos, con el fin de que se obligue al Ministerio

Público la observación de que el indiciado sea asistido jurídicamente por un defensor letrado, así como le sean recibidas las probanzas que aporte el mismo o su defensor durante la etapa procedimental de la Averiguación Previa.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS

DE LA DEFENSA PENAL

Hablar del derecho es hablar del hombre mismo, ya que los seres humanos desde la antigüedad tendían de una u otra forma a vivir conforme a derecho.

Sus primeras manifestaciones las vemos cuando nuestros antepasados hicieron valer sus derechos; unas veces a partir de la reciprocidad en sociedades regidas por el parentesco, otras por mandato de los ancianos de la tribu o clan y otras más por imperativo divino.

Pero en todas las épocas, dos rasgos han caracterizado al derecho que conocemos:

- a) La aceptación de parte de la colectividad de la necesidad de adecuar la conducta de sus miembros a un conjunto de prescripciones que obligan a todos,
- b) Y el surgimiento de un poder sancionador que dispone de la facultad de coerción sobre aquellos que las transgreden.

Desde épocas muy remotas existió el derecho, primeramente como un derecho natural, entendiéndose éste como un conjunto de principios universales e inmutables que sería la expresión de una justicia trascendente, divina o humana que gobernaría a imagen del mundo físico el Universo de la moral y la sociedad.

Al respecto Eduardo García Maynez, señala que “ve en el derecho natural la regulación justa de cualquier situación concreta, presente o venidera, y admite, por ende, la variedad de contenidos del mismo derecho, en relación con las condiciones y exigencias, siempre nuevas, de cada situación especial; sin que lo dicho implique la negación de una serie de principios supremos, universales y eternos, que valen por sí mismos y deben servir de inspiración o pauta para la solución de los casos singulares y la formulación de las normas a éstos aplicables.”¹

Paralelamente encontramos al derecho positivo, “como el conjunto de disposiciones jurídicas o no, y de conducta observadas, aunque no se les otorgue validez jurídica formal.” Los postulantes de esta tesis incuyen dentro del derecho positivo a la costumbre. Al respecto García Maynez ha expresado que “la positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente. La costumbre no aceptada por la autoridad política es derecho positivo, pero carece de validez formal.”²

Ante dicha sociedad en constante cambio, el derecho esta en perpétua evolución, ya que es la expresión de una relación de fuerza de un momento dado. Entre las fuerzas creadoras de éste tenemos a los intereses materiales y económicos, los principios religiosos y morales, las distintas ideologías, la tradición, los hábitos, las influencias exteriores e incluso los sentimientos (odio, miedo, venganza, fraternidad, etc.) Al ser el derecho un mecanismo que sirve para imponer y, al mismo tiempo garantizar un orden social, es necesario que sea un poder humano el que haga cumplir las determinadas normas de conducta. Por lo que más adelante, se ve representado este poder por el Estado, quien no sólo crea el derecho sino que lo

¹ GARCIA MAYNEZ, Eduardo Introducción al estudio del Derecho. 41ª ed. Ed. Porrúa México, 1990. p.49.

² Instituto de Investigaciones Jurídicas Diccionario Jurídico Mexicano. 1º ed UNAM Tomo III(D).México, 1983, p.38.

aplica y lo impone por la fuerza si ello fuese necesario, ya que se encuentra investido de un poder sancionador.

De ahí que se entienda por derecho el conjunto de leyes, preceptos y reglas a que están sometidos los hombres en su vida social.

En sentido etimológico la palabra derecho proviene del latín *directum* (directo, derecho), y a su vez del latín *dirigere* (dirigir, enderezar, ordenar, guiar). En consecuencia, en sentido lato, quiere decir recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado, mientras que en sentido restringido es tanto como ius.³

García Maynez, concibe al derecho objetivo, como “el conjunto de normas imperoatributivas, es decir de reglas que, además de imponer conceden facultades. Y al derecho subjetivo como una función del objetivo. Ya que este es la norma que permite o prohíbe; y aquél el permiso derivado de la norma (autorización concedida por el precepto al pretensor). El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer (o de omitir) lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud. Los dos conceptos se implican recíprocamente; no hay derecho objetivo que no conceda facultades; ni derecho subjetivo que no dependa de una norma.”⁴

Toda norma jurídica atributiva de derechos o facultades, para tener eficacia, debe contener también disposiciones que procuren su vigencia y contribuyan a su

³ OSSORJO, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas políticas y social. 22ª ed Ed Helasta Buenos Aires 1995. p. 308.

⁴ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Op cit. p.p 36 y 37

defensa, con lo que conseguirá mantener el respeto y obediencia debidos a la misma, base de la estabilidad y seguridad del orden jurídico.

Es por ello que cuando en aras de una mejoría social un individuo transgrede los derechos de terceros, surge la DEFENSA como figura jurídica.

1.- DEFENSA JURIDICA.

La palabra DEFENSA, en términos generales, se entiende como la acción o efecto de defender o defenderse. Amparo. Protección. Librar. Salvar.

Por lo que al hablar de Defensa Jurídica, diversos autores coinciden al definirla como un derecho reconocido constitucionalmente de peticionar ante un órgano de justicia, reclamando una resolución o una decisión justa en el litigio.

Entendiéndola Ossorio, como “el derecho a recurrir a los tribunales para la solución de un litigio u oponerse a cualquier pretensión aducida en juicio por la contraria. En los sistemas democráticos, este derecho está consagrado en las normas constitucionales, sea en forma expresa o implícita como el más amplio derecho de petición y completado con el principio de igualdad ante la ley.”⁵

Cabanellas la define como “la facultad otorgada a cuantos, por cualquier concepto, intervienen en las actuaciones judiciales para ejercitar, dentro de las mismas, las acciones y excepciones que respectivamente puedan corresponderles como actores o demandados, ya sea en el orden civil como en el criminal,

⁵ OSSORIO, Manuel. Op cit. p. 283.

administrativo, laboral, etc. Tanto en asuntos civiles como criminales, integra un derecho de las partes o del reo, que pueden elegir con toda libertad la asistencia profesional o de letrado que deseen, derecho del cual nadie puede ser privado.”⁶

Ante dichas definiciones se puede entender a la defensa jurídica como uno de los aspectos del derecho de peticionar ante las autoridades, el cual se encuentra consagrado en el ámbito constitucional.

La evolución institucional del derecho de defensa en juicio puede remontarse al periodo de la autodefensa plena, cuando la venganza privada constituía el desideratum de los conflictos sociales, entre los individuos que integran una comunidad. Pero nos interesa el periodo civilizado donde existía una comunidad jurídica con órganos jurisdiccionales.

Actualmente, el Derecho contemporáneo prohíbe la autodefensa, dado el principio y la creación de la autoridad pública, ya que se puede observar claramente la ubicación de la defensa en juicio. Creada la justicia pública, debe existir como consecuencia la igualdad ante la ley y la garantía de seguridad jurídica, para el actor y el demandado, ya que al desaparecer la justicia por mano propia, se debe recurrir al órgano específico del derecho, para ser oído y para proponer las defensas necesarias y no la defensa primitiva sin garantizar la imparcialidad, en la decisión final del litigio.

En nuestro derecho todo habitante tiene el amparo de estos postulados constitucionales de la defensa en juicio, como son la igualdad ante la ley, un juicio

⁶ CABANELLAS Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. 11ª ed. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1977, p.597

previamente estipulado en la ley, etc.; encontrándose desarrollados en las leyes procesales, y que nos dan la posibilidad concreta de actuar y proceder legalmente en defensa de su persona o de sus derechos, sea que se trate de un proceso judicial o de un procedimiento administrativo.

Se considera cumplida, la garantía de la defensa en juicio, cuando el individuo cuenta con las siguientes oportunidades:⁷

a) La posibilidad efectiva de ocurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia,

b) El derecho de ser oído y de tener oportunidad de hacer valer sus medios de defensa en la forma y con las solemnidades prescritas por las leyes correspondientes,

c) De realizar ante dicho órgano jurisdiccional los actos conducentes y razonables (reglamentados) a una verdadera defensa de las personas y de sus derechos.

El derecho de ser oído por el órgano jurisdiccional consistió en el derecho de requerir al juez para que dicte una providencia, una resolución o una sentencia, en una forma adecuada al derecho del peticionante. Así como el derecho de hacer afirmaciones sobre derechos o hechos en litigio, para fundamentar toda petición. En síntesis, significa el pedir y dar el fundamento de la petición. Y respecto al tercer punto, el de realizar actos de prueba y actividades conducentes a la misma, tiene como finalidad convencer al juzgador de la veracidad de las afirmaciones fundamentales, en relación a los hechos aducidos.

⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba . Tomo VI 1a ed. Ed. Driskill S.A., Argentina, 1997. p.p.24 y 25.

Por lo que, dentro de las posibilidades y las limitaciones que imponen las reglas del procedimiento, debe darse a ambas partes las oportunidades para que opongan sus defensas. Así en la etapa del desarrollo del procedimiento, debe existir iguales posibilidades de ser oídos y de presentar las pruebas pertinentes.

Se entiende, como Igualdad procesal “el principio esencial en la tramitación de los juicios, cualquiera que sea su índole, según el cual los litigantes tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercitar sus respectivos derechos.”⁸

Siendo un principio desarrollado por las instituciones del derecho procesal que garantiza la intervención y la audiencia de las partes en un juicio, ya que sin la posibilidad del ejercicio de la garantía de defensa, la seguridad jurídica y la seguridad social, no existirían, por cuanto se quitarían al acusado o al demandado las oportunidades de alegar en su favor.

Es por ello que a la defensa jurídica se le conoce desde un punto de vista político, como una garantía de seguridad jurídica que se ofrece a todo ciudadano que le ha sido violado un derecho.

1.1. DEFENSA CONSTITUCIONAL.

En México se ha mantenido desde el siglo pasado la competencia del medio de control constitucional a favor de la Suprema Corte, dicha misión que ha compartido con otros órganos judiciales federales de conformidad con el devenir

⁸ DE SANTO, Víctor Diccionario de Derecho Procesal. 1º ed. Ed Universidad, Buenos Aires, 1991, p. 184.

histórico dado en nuestro país, quedando erradicada la idea de otorgar esta función a un organismo político.

Destacan en este sector por su importancia práctica el Juicio de Amparo cuyos lineamientos esenciales están contenidos en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y reglamentados por la Ley de Amparo.

En el año de 1840, aparece el “proyecto de Constitución Yucateca de fecha 23 de diciembre, y que propusiera Don Manuel Crescencio Rejón, donde se implantó por primera vez al juicio de Amparo, el que era un verdadero y auténtico sistema de control constitucional por órgano judicial, reuniendo todas y cada una de las características que a ésta clase de medios de defensa constitucional refiere el maestro Burgoa Orihuela, quien señala cuatro características, que corresponden como medio de defensa de la Constitución, consistentes en:⁹

1. - La protección constitucional se confiere a un Organismo Judicial con facultades expresas para impartirla o se ejerce por las autoridades judiciales en observancia del principio de supremacía de la Ley Fundamental;
2. - La petición de inconstitucionalidad incumbe al cualquier gobernado que mediante una ley o actos de autoridad stricto sensu sufre un agravio en su esfera jurídica;
3. - Ante el Organismo Judicial el control se sustancia en un procedimiento contencioso (juicio o proceso) entre el sujeto específico agraviado y el órgano de actividad de quien proviene el acto (lato sensu) que se impugna, o bien dentro de los procedimientos judiciales comunes, la autoridad ante la que se ventilan, prescinde de

⁹ Citado por: CASTILLO DEL VALLE , Alberto del. La Defensa Jurídica de la Constitución de México 1ª ed

la aplicación u observancia de la ley o acto, stricto sensu que se haya atacado de inconstitucionalidad por el agraviado;

4. - Las decisiones que uno u otro caso de los apuntados anteriormente emite el órgano de control, sólo tienen efecto en relación con el sujeto peticionario en particular, sin extenderse fuera del caso concreto en relación con el cual se haya suscitado la cuestión de la inconstitucionalidad .

Dichas características son reconocidas por la mayoría de los amparistas mexicanos, como propias de esta clase de defensa del principio de supremacía de la Constitución.

1.2. DEFENSA CIVIL.

La defensa civil para casos de emergencia consiste en los actos que realiza la población, en el interior de un país ya sea individualmente o en grupos organizados con el fin de proteger la vida de sus miembros que pertenecen a la colectividad, sus intereses vitales, sus actividades de toda especie, ello contra daños inminentes o bien ya causados por el enemigo en caso de guerra o de invasión.

De la misma forma se habla de defensa o protección civil con referencia a los actos de esa especie realizados colectiva o individualmente en casos de emergencia debido a siniestros imprevisibles causados por agentes naturales, como son los sismos y las inundaciones.

En cuanto a la defensa civil organizada, no se considera antigua, ya que

inicia con el desarrollo de la aviación militar y de los armamentos aéreos de la fabricación de bombardeo de gran poder destructivo y de la moderna estrategia de bombardeo y sobre objetivos militares.

Nuestro país no se ha visto en situación de afrontar combates de la aviación militar en casos de guerra, más, en cambio ha tenido que sufrir los efectos de siniestros causados por agentes naturales, por inundaciones y temblores de tierra en distintas regiones.

También contamos con la defensa jurídica, dentro de un proceso civil instruído ante autoridades de la misma rama, de la cual puede decirse que es aquella defensa realizada por abogado o persona de confianza (no titulada, si así lo permite el régimen jurídico), o bien por el propio interesado, encaminado a la tutela, protección o amparo de los intereses, o derechos legítimos, los cuales se encuentran en controversia dentro de un proceso civil.

1.3. DEFENSA PENAL.

Si buscamos en la historia legislativa moderna o contemporánea, encontramos que la forma de defender a un procesado, ha cambiado.

Tal como se puede observar en las siguientes descripciones que manejan los diversos derechos extranjeros:

Por ejemplo, la Declaración de derechos de Virginia de 1776, en su sección VIII, señala que “En toda acusación criminal el hombre tiene derecho a conocer la

causa y la naturaleza de la acusación; a ser careado con los acusadores y testigos; a producir pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un tribunal imparcial de doce vecinos sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable.”

Dentro del Derecho Norteamericano, la defensa en el procedimiento penal comprende:

- 1.- El derecho de ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación,
- 2.- El derecho de ser careado con los testigos que declaren en su contra,
- 3.- Derecho a pedir procedimientos compulsivos para la comparecencia de testigos;
- 4.- Derecho a ser juzgado imparcialmente.

De acuerdo a la Suprema Corte de los Estados Unidos, la garantía del *due process of law* se concreta en el derecho a ser oído o la razonable posibilidad de ser escuchado por un tribunal. Se considera cumplida dicha garantía, al momento en que es asegurado su día ante el tribunal al demandado, lo que significa:

- a).- Que se le dé y haya tenido la noticia legal de la iniciación de los procedimientos en su contra;
- b).- Que se le haya dado una oportunidad razonable para que comparezca y exponga sus defensas, como el derecho de declarar por si mismo, ofrecer testigos, introducir documentos, y otras pruebas necesarias;
- c).- Que el tribunal ante el cual concurra y sus derechos sean discutidos, esté constituido con garantías de imparcialidad y honestidad;
- d) Y que el mismo sea de jurisdicción adecuada, es decir, sea un tribunal competente.

Se ha establecido que en materia criminal la garantía de hacerse oír y presentar sus defensas en juicio debe referirse a cada etapa del proceso de que se trate; y que el legislador tiene en cuenta en la reglamentación procesal, la naturaleza de los asuntos y su gravedad.

La garantía de defensa, consiste en abogar o alegar en interés de un inculcado, es decir a ser asistido jurídicamente durante todo el procedimiento penal por una persona que cuente con los conocimientos jurídicos necesarios, y que haga valer los derechos que le otorga las leyes al acusado, así como confirmar que el juicio se lleve conforme a derecho.

En este sentido, la defensa jurídica, se concibe como un derecho inherente al hombre el cual debe ser asegurado y respetado. Con tal antecedente el Poder Constituyente Permanente, se ve en la necesidad de garantizar el ejercicio de la defensa jurídica en favor de un inculcado, en el artículo 20 fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esto es para que el probable autor del delito pueda estar en la oportunidad de ofrecer por sí al Estado, los elementos idóneos para obtener la verdad de su conducta y la que se le imputa, acudiendo a los medios instituidos en la ley, procurando evitar todo acto arbitrario de los demás que intervienen en el procedimiento, reafirmando así su individualidad y las garantías instituidas para un proceso penal justo.

Todo cuanto alegue el inculcado para sostener su derecho o su inocencia rechazando la acción o acusación entablada contra él, constituye una defensa. Es

máxima general establecida por las leyes de todos los pueblos, que nadie puede ser condenado sin que se le oigan sus defensas. La infracción de esta disposición haría nula la sentencia y responsable al juez de los daños y perjuicios que se siguieren al inculpado, además de la pena que mereciere por su culpa o dolo.

El mismo, es impuesto por el Estado al probable autor del delito, para que designe un defensor y si éste no lo hace, deberá serle designado un defensor de oficio por el Juez competente al caso concreto, para que vigile que se respeten las garantías del inculpado otorgadas por la Constitución, así como para que lo asista jurídicamente en el desarrollo del procedimiento judicial que se instruya en su contra y debiendo allegarse de las pruebas necesarias que acrediten la inocencia del mismo, o la presencia de algún excluyente de responsabilidad o del delito, o en caso que sea responsable, solicitar se le imponga la pena mínima.

En materia reglamentaria, se ha especificado concretamente la exigencia de firma de letrado, es decir, que esta actividad sea realizada por un Licenciado en Derecho, que cuente con cédula profesional que ampare sus conocimientos jurídicos, con la finalidad de otorgarle una defensa adecuada, como bien lo señala la Constitución; y primordialmente colocarlo en un plano de igualdad ante su contraparte que lo acusa de un hecho delictivo.

La intervención de letrados en juicios penales no afecta la garantía del artículo 20 constitucional fracción IX, sino que se impone en beneficio del acusado para asegurar su defensa; tomando en cuenta esto, el Juez debe nombrar de oficio a un defensor para velar por el buen orden y la regularidad del procedimiento

cuando el procesado no manifieste su voluntad al respecto. Dicha designación del defensor de oficio cesa cuando el acusado propone un defensor por su propio derecho, ya que si dicho patrocinio de oficio es impuesto, sin que se le de oportunidad al acusado de elegir defensa letrada, se incurre en una violación a la garantía constitucional.

La defensa procesal está encaminada a la protección y amparo de los intereses legítimos del inculpado implicados en un proceso penal, misma que es realizada por un abogado, o por persona de confianza o bien por el propio interesado, aunque en la práctica no se da este caso debido a que no le es posible realizar su propia defensa al inculpado estando dentro de un Reclusorio, ya que no le es posible allegarse con la misma facilidad de los medios de prueba propios para probar su inocencia ó conducta, como lo haría alguien que se encuentra fuera de ese lugar; o bien, por no contar con los conocimientos jurídicos necesarios para realizar una defensa adecuada, como lo establece la Constitución.

2. DERECHO ROMANO.

Es el conjunto de los principios de derecho que han regido a la sociedad romana en las distintas épocas de su existencia, desde sus orígenes hasta la muerte del emperador Justiniano. Lo anterior es importante porque el Derecho Romano es el antecedente histórico tanto de nuestro Derecho como de todos los países que se precian de vivir en un estado de derecho.

En los pueblos primitivos la reacción frente a la violación de un derecho, era la de procurarse satisfacción por uno mismo, recurriendo hasta la violencia; es lo que

se llama Autotutela o Autoayuda. En el campo penal la víctima de la agresión es secundada en su sed de reparación por su tribu o gens, venganza privada no sujeta a límite alguno aunque posteriormente limitada por la *Ley del Tali6n*, y en un estadio más avanzado se renuncia a ésta por la composición voluntaria, hasta que finalmente la autoridad pública es la que imparte la justicia fijando la reparación para la víctima y la pena al victimario. Este es el origen de la organización judicial, que es la encargada de dirimir las controversias, pero para que la autoridad no obre sin control y arbitrariamente, se determinaron las formas según las cuales los distintos procesos serían ajustados, seguidos y juzgados, esas formas son las que constituyen el procedimiento.

En un principio el rey era quien en su mano concentraba todos los poderes administrativos, judiciales, políticos y religiosos. A la caída de la Monarquía estos poderes pasan a distintas manos; por lo que respecta al poder judicial a los c6nsules y posteriormente a los pretores, quienes eran los más altos magistrados. El poder de los magistrados judiciales se llamaba *potestas o imperium*, por este imperium el magistrado ejercía la *iurisdictio*, por la cual organiza la instancia y posteriormente envía a las partes ante un juez, que es la persona particular que conoce del asunto que se le ha encomendado y cuyas atribuciones terminan cuando ha dictado la sentencia. Además de los jueces particulares, hay otros que componen los tribunales permanentes y cuyas atribuciones varían.

El origen de las instituciones judiciales asciende a la más remota antigüedad hallándose estrechamente vinculada con la constitución de la familia, por lo que en las sociedades primitivas la defensa del derecho fue una función privativa del jefe de familia en la que el empleo de la fuerza era el factor preponderante, ya que se

carecía de una organización jurisdicente que tutelase el derecho de los particulares de una manera adecuada. Pero cuando los pueblos fueron organizándose como Estado, la facultad jurisdicente de los individuos que integraban el núcleo familiar fue absorbida por aquél, como consecuencia de que la norma se consideraba insuficiente para que por sí misma protegiera los derechos subjetivos, y se necesitó respaldarla con la sanción de un poder superior. De esta manera dicha actividad se tornó esencialmente pública.

El derecho por el que se regía primeramente la población romana era consuetudinario y dentro de las leyes que se llegaron a conocer fueron las *Leyes Regias* y el *Ius Civile Papirianum*, leyes que se respetaban por la costumbre ya que no era un derecho escrito, sin embargo, no presentaban la fijeza y seguridad de la ley escrita, hasta el año 451 a. C. que se sanciona por primera vez un cuerpo legal que tuvo por finalidad recopilar el derecho vigente, la llamada *Ley de las XII Tablas*. Lo que produce una transformación del derecho no escrito en derecho escrito, al mismo tiempo que se ven aparecer nuevas fuentes del derecho acorde con las costumbres y necesidades del pueblo nacidos como consecuencia del rápido crecimiento y grandeza del Derecho Romano.

“Las tres primeras tablas contienen las normas del procedimiento judicial, es decir el sistema por medio del cual los ciudadanos podían hacer valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales del Estado”¹⁰

Comienza con lo referente a la comparecencia de las partes ante el magistrado (etapa procesal rodeada de formalidades especiales para darle absoluta

¹⁰ PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. Derecho Romano. 2º de Ed. TEA. Buenos Aires 1996. p.171.

certeza). Al mismo tiempo suministra los medios necesarios para obligar al demandado a concurrir al proceso, contemplándose hasta el caso de que pudiera presentarse algún impedimento que excusara al demandado de su comparecencia .

A continuación establece disposiciones a cerca de la presentación de los testigos, de las garantías que debían ofrecerse cuando las partes no hubieran llegado a una transacción y de los demás principios generales relativos a la instancia judicial.

Se siguen normas sobre la ejecución de la sentencia en los que se pone en evidencia la brutal severidad con que la justicia acompañaba sus sanciones vemos así, que vencido el plazo que se acordaba al confeso o al legitimamente condenado para cumplir la sentencia, se entraba en un inhumano sistema de represión que se hacia efectivo en la persona física del deudoPE, a menos que hubiera ofrecido un *vindex*. En este sentido la ley daba derecho a los acreedores a reducir a prisión al deudor, a encadenarlo, a matarle , y hasta dividir su cadáver, con la sola atenuación de suministrar alimentos y de no recargar en demasía el peso de las cadenas.

“La sanción de la Ley de las XII Tablas no tuvo la virtud de hacer desaparecer el monopolio patricio sobre los medios indispensables que los particulares debían ejercitar para hacer valer el derecho ya que los pontífices retuvieron el secreto de las formas de las acciones de la ley y el conocimiento de los días fastos y nefastos . Es así como apesar del progreso que significo el código decenviral al contener por escrito las esparcidas normas tradicionales, no llegó a emancipar la interpretación del derecho de la influencia del patriciado que siguió conservando sus privilegios y una lógica preponderancia sobre la clase plebeya al

mantener su exclusivo contralor.”¹¹

En relación, a las partes litigantes en un procedimiento eran por lo menos dos, una asume el papel de demandante o actor y la otra el de demandado. Al respecto, Peña Guzmán dice: “que para poder actuar en justicia en Roma era indispensable que el titular del derecho gozara tanto de la capacidad de derecho, como la de hecho.”¹²

Las partes solían procurarse la asistencia de jurisconsultos que los asesoraban en el transcurso del litigio, y de oradores que peroraran (hablaran en su favor) por ellos en los debates. Los *Advocati* eran peritos en cuestiones jurídicas de gran prestigio personal, que asesoraban y aconsejaban a las partes en el proceso, en un principio su ayuda era gratuita, posteriormente sus servicios fueron compensados con una remuneración llamada *honorarium*.

No obstante , con el tiempo se puso en evidencia en el avance que tuvo la legislación romana, la necesidad que existía de permitir que en un proceso intervengan personas versadas en derecho, poniendo en práctica su habilidad y conocimientos aún cuando éstos no fueran los titulares de la relación con el fin de aclarar los hechos y ajustar el derecho, facilitando de alguna manera la misión del juez.

En las acciones de la ley, en general, no estaba permitida la representación procesal ya que se consideraba que las partes debían de comparecer personalmente, ante cualquier citación judicial, aunque existieron algunas excepciones en las que era

¹¹ Ibid p.176

lícito litigar por otro, ya sea en interés del pueblo, en la *manumisión per vindictam*, en la *tutela* y también por la *Ley Hostilia*.

La representación *pro populo* tenía lugar cuando se accionaba en interés de la comunidad oficialmente en nombre del Estado o bien individualmente en el de un interés común a toda una población o parte de ella.

En la *manumisión per vindictam* tenía lugar la representación *pro libertate* cuando el adestor *libertatis* accionaba a nombre del esclavo por su libertad porque éste, dado su condición de cosa, todavía no podía actuar en justicia.

Había representación *pro tutela* en todos los casos de que en virtud de la representación necesaria creada por la ley, el tutor accionaba judicialmente por vía ordinaria o extraordinaria en nombre de su pupilo.

Por la representación *ex lege Hostilia* estaba permitido que cualquier ciudadano romano representara a otro que hubiera sido víctima de un hurto, mientras éste se encontrara prisionero del enemigo o ausente por causa de la República, para intentar la *actio furti* contra el delincuente. Esta facultad se hizo extensiva para actuar judicialmente en favor del pupilo sometido a la tutela del prisionero o del ausente.¹³

En el procedimiento formulario subsistieron los casos de representación aceptados por el sistema de las acciones de ley, pero con el tiempo se fueron agregando otros supuestos en que también se permitía que alguien litigara por otro,

¹² *Ibid.* p.449.

los que fueron apareciendo como consecuencia del incremento del tráfico jurídico. Ellos fueron el *cognitor* y el *procurator*, a los que pueden agregarse otros asesores especializados en el conocimiento del derecho que acompañaban y aconsejaban a las partes en cualquier instancia, los oradores y los *advocatus*.

Peña Guzmán define al *Cognitor*, como el agente o representante judicial de algunas de las partes que podía actuar en nombre de ellas en determinados asuntos, es decir, suplantaba a la parte que lo hubiera designado y ocupaba su lugar. Por lo tanto la sentencia se pronunciaba a favor o en contra del mismo.

Y por *Procurator* entiende a aquel a quien se le otorga un mandato, sea por un solo asunto, sea para la administración de todos los bienes del constituyente. Como a la persona que podía representar a otra en forma común y ordinaria en cualquier pleito, sin necesidad de que su designación se efectuara mediante formalidad alguna, sino con los requisitos simples para la constitución del mandato.¹⁴

Ante la participación de los anteriores mandatarios, se permitió en el procedimiento formulario que otras personas intervinieran en los juicios con el objeto de ayudar o defender a algunas de las partes, sin que tuvieran el carácter de representantes de las mismas.

Primeramente se conoce al *Orator o Patronus* (Orador), quienes tenían la misión de perorar la causa a favor de la parte a quien asistía, acompañando al litigante o a su representante en el pleito con el fin de exponer sus razones y

¹³ Ibid p p. 452 y 453.

convencer de ellos al juez mediante la elocuencia.

El Patrono, quien se encuentra ligado con un lazo sagrado a su cliente, tenía el deber impuesto por la ley de brindarle su protección a su cliente y especialmente asegurar su defensa en juicio. En un principio por su influencia social y por su completo conocimiento de las leyes desempeñó sin dificultad alguna el papel del abogado perfecto, pero por la complejidad del derecho en plena evolución, divide sus funciones, dejándose aconsejar por jurisconsultos o por un abogado consejero para aclarar cuestiones netamente jurídicas. Más adelante cede su derecho de defensa (por lo menos parcialmente) a un abogado orador y se conforma con la participación silenciosa de su influencia social, para asegurar su condición de defensor. Aún viendo limitada su actividad en la defensa, no se logra eliminar su condición de defensor.

Los Oradores, quienes al principio se dedicaron casi exclusivamente a tratar asuntos privados, y sólo cuando ya adquirieron fama y reputación alguna, y apoyados por la opinión pública, prestaron más atención a los asuntos públicos y políticos, especialmente a éstos últimos, que les sirvieron como puentes naturales para poder llegar hasta los más altos cargos de la República. Los Oradores eran patrocinantes de causas, como los Patronos, respondiendo con el conocimiento de un jurisconsulto y defendiendo los intereses ajenos con la diligencia de un buen abogado.

Posteriormente surge la figura del *Advocati*, quien dotado de amplios conocimientos jurídicos concurría al tribunal, con el objeto de asesorar y aconsejar a

¹⁴ Ibid. p. 454

uno de los litigantes, o a su representante, ante el juez o magistrado, se vale de su habilidad y conocimientos en derecho, pero sin participar directamente en el debate.

Eran quienes en un litigio con su preparación jurídica asistía al Patrono o al Orador en su oficio de defensa, llamados abogados por la circunstancia y modo de presentación en el litigio. Configuraba dos funciones la de orador y la de jurisconsulto.

En fin, el abogado con diversas denominaciones a través del tiempo, siempre fueron guiados por un único fin: acusar justamente, para poder defender honestamente.

En un principio la actividad realizada tanto por el orador como el *advocati*, era esencialmente gratuita, pero con el andar del tiempo se admitió que sus servicios fueran ordinariamente retribuidos.

Los defensores en Roma han pasado por grados sucesivos hasta su relativamente definitiva formación. Los abogados romanos se reconocieron en su época como los más ilustres representantes del noble oficio, de poder levantar infinidad de multitudes, allanar con discursos movimientos populares, el ayudar a los humildes; a través del arte y poder de la palabra.

Bien dice Cicerón “no hay facultad más poderosa que el decir y no hay nada más excelente que el poder gobernar a través de las palabras las sociedades, y lograr atraer sus entendimientos y moviendo voluntades.”¹⁵

¹⁵ CORNEL ZOLTAN, Mehesz. Los defensores en el litigio romano. República de Argentina. 1992. p.1

En la época de Justiniano, los abogados se hallaban organizados en Colegios profesionales, conocidos con el nombre de *collegia*, quienes a través de la disciplina, alcanzaron importancia y prestigio gozando, de múltiples prestaciones.

Como se pudo observar, su evolución ha sido en cierto modo compleja, ya que su desarrollo se fue dando poco a poco, hasta adquirir la experiencia y los conocimientos jurídicos con los que cuentan en la actualidad el abogado defensor.

3. DERECHO EN MEXICO.

En un principio las civilizaciones asentadas en el territorio mexicano, se podían considerar libres, independientemente de sus costumbres, pero llega el momento en que son conquistadas por pueblos extranjeras, que de manera obligatoria imponen sus costumbres e ideas, por lo que en aras de un sueño de libertad, nuestro país lucha por su independencia y por salir adelante, y una vez logrado su mayor sueño y apesar de las divergencias que se le presentaron, logra poco a poco conseguir su vida propia como Estado y su soberanía, y con el tiempo como Estado de Derecho.

3.1. EPOCA PREHISPANICA.

Los primeros momentos del hombre primitivo se caracterizó por la influencia de la religión, aparición de jefes y jerarquías, la fundación de ciudades, etc.

“En Centroamérica los conquistadores encontraron como derechos vivos

todo el derecho azteca, el maya, el tarasco y el chichimeca".¹⁶

La cultura olmeca parece ser la más antigua (desde el siglo IX a.C.) pero poco se sabe a cerca de su administración de justicia. Sólo se ha oído de la influencia teocrática que había en sus decisiones.

Los mayas florecieron en nuestra era (325-925) y su sociedad también tenía una marcada influencia religiosa y aristócrata. Su derecho penal, sin embargo fue más conocido, que su enjuiciamiento, no obstante se podía afirmar que había cierta disponibilidad de la acción por parte del ofendido. El procedimiento era uniuinstancial, ya que no existía la apelación. El tribunal cuyo juez era el Patab, decidía ejecutoriamente, en tanto que los tupiles (policías-verdugos) ejecutaban.

En el caso de los aztecas, se sabe que existieron jueces de elección popular (teuctli), que eran competentes para asuntos menores y duraban un año en el desempeño de sus funciones; y jueces vitalicios, encargados de asuntos más importantes, que eran nombrados por el Cihuacóatl.

Los pueblos de estas latitudes tenían leyes y costumbres, algunas loables, mediante las cuales se regían y gobernaban, aunque no todas fuesen tan rectas y tan niveladas que diesen a cada uno lo suyo, según lo quiere y demanda la verdadera justicia. Con sus leyes, conservaban el orden y castigaban a los delincuentes.

Tres señoríos principales había en esta tierra, a los cuales estaban sujetas todas las principales provincias, que eran Tenochtitlán- México, Tezcoco y Tlacopan, en los que había más orden de justicia que en otras partes, ya que en cada

¹⁶ MARGADANT Guillermo. Panorama de la Historia Universal del Derecho. 2ªed Ed.Porrúa México. 1983. p.336

una de estas ciudades había jueces, que llevaban audiencias; aunque México era la cabeza principal de todas.

Poca diferencia tenían estos pueblos en las leyes y manera de juzgar, donde quienes ejercían la función de juzgar eran los alcaldes. Los altos jueces se desagraviaban en caso de existir causas justas, y por el contrario, si no las había, confirmaban lo determinado y sentenciado por los alcaldes.

En la Sala de Consejo, se encontraban cuatro oidores, que se reconocían como hombres sabios, mientras que los pleiteantes se hallaban en la parte de abajo del lugar, quienes apelaban las sentencias de los alcaldes ante dichos altos jueces. En cada sala estaban con los jueces un escribano o pintor diestro, quien en cada pleito se encargaba de asentar las demandas y ponía por memoria lo que se concluía y sentenciaba en dichos pleitos, en los cuales ni el señor, ni los jueces permitían hubiese dilatación. Dicha persona era el tlacuilo, quien tenía por profesión pintar los jeroglíficos en que consistía la escritura indígena. En las salas se observaban primeramente al juez, sentado sobre una silla de esteras y en su mano izquierda sosteniendo una pintura relativa al desarrollo procesal del juicio; en tanto el justiciable se mostraba humilde y en cuclillas, siendo que atrás de él y de pie se hallaba su abogado defensor, alegando por su cliente.

Por cuanto, al intercesor o abogado prehispánico, figura importante en la práctica forense, se le conocía con el nombre de tepantlaco, de tepan : sobre alguno (s), y tlatoa: hablar; tlatoa tepanni: abogar o rogar por otro.

Al buen procurador se le conoce como aquella persona solícita; osado, diligente, constante y perseverante en los negocios, en los cuales no se deja vencer, sino que alega en su derecho: apela, tacha los testigos y no se cansa hasta vencer a la parte contraria y triunfar en ella; teniendo poder y llevando salario para ello.

Procurador significa “ el que en virtud de poder o facultad de otro ejecuta en su nombre una cosa y el que con la necesaria habilitación legal, ejerce ante los tribunales la representación de cada interesado en su juicio”.¹⁷

3.2. EPOCA COLONIAL.

En México, durante la época colonial, se contaban como principales ordenamientos legales: el Fuero Juzgo, la Nueva y Novísima recopilación, las Siete Partidas y la Real Ordenanza de intendentes, así como las Leyes Indias que tendían a subsanar las naturales omisiones y deficiencias que se apreciaban en la aplicación en la Colonia, de las leyes netamente españolas.

En el Fuero Juzgo y en la Nueva Recopilación se señaló que el procesado debería de estar asistido por un defensor; por ello se facultaba a los jueces para apremiar a los profesores de Derecho y abogados del foro, con el fin de que destinasen parte de sus horas de trabajo diario, en defensa de los pobres y desvalidos.

¹⁷ SCHROEDER CORDERO, Francisco Arturo. El Abogado Mexicano, Historia e Imagen. 1ª ed UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. Gob Estado de Guerrero., México, 1993. p.43.

Sin embargo, 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 constituían una mezcla heterogénea de preceptos de carácter sustantivo y de orden formal, lo que originaba en la práctica continuas complicaciones.

“No obstante, la ley de las siete partidas estructuraba el proceso penal en el sistema de enjuiciamiento de tipo inquisitorio, por lo que antes de consumarse la independencia, México se encontraba regido por este sistema.”¹⁸

En el cual la ley investía al juez de un poder omnímoto que aún no queriéndolo, no podía eludir y el procedimiento penal se caracterizaba por una absoluta falta de garantías para el acusado; las prisiones indefinidas, las incomunicaciones rigurosas que se prolongaban para arrancar la confesión al acusado, las marcas, los azotes, el tormento y cuanto medio es imaginable para degradar la condición humana del mismo; los interrogatorios capciosos y pérfidos y los medios de coerción más abominables unidos a la confesión con cargos, eran de uso frecuente es ésta época en que se juzgaba el delito en abstracto y se hacía caso omiso del conocimiento de la personalidad del delincuente.

El Gran Inquisidor, era delegado especial de la Santa Sede en materia eclesiástica y de los reyes españoles en lo civil, para entenderse respecto a los delitos contra la fe y conexos con ellos, su potestad era suprema e inapelable, ya que

¹⁸ GONZALEZ BUSTAMANTE Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. 10ª ed. Ed. Porrúa México. 1991. p.p.17 y 18.

el inquisidor general no tenía ningún superior jerárquico que revocara sus decisiones, excepto las causas de los obispos.

En los tribunales inquisitoriales, el medio clásico de convicción era el tormento; al inculpado 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.

Como características relevantes de este procedimiento que se contraponen a la actual justicia liberal, encontramos:

- a) El procedimiento inquisitorial era secreto, y también de oficio,
- b) Se iniciaba comúnmente por denuncia que podía ser anónima y también de oficio,
- c) No se hacía saber al acusado el nombre de su acusador, ni el delito por el cual se le acusaba,
- d) Se le ocultaban los nombres de los testigos que deponían en su contra y se hacía todo lo posible para que no pudiera averiguar quienes eran,
- e) El fiscal formaba parte del tribunal de la inquisición,
- f) El acusado tenía derecho de nombrar defensor, pero éste era elegido entre los que figuraban como tales en el mismo tribunal,
- g) Se libraba orden de aprehensión en contra del acusado, previa información testimonial que suministrara indicios o pruebas concluyentes de su responsabilidad.
- h) La prisión preventiva aún por delitos que no merecían pena corporal, de tal manera que el reo podía permanecer en las cárceles de la inquisición durante mucho tiempo, para después ser sentenciado a penas leves,

i) La prisión preventiva se prolongaba indefinidamente, aún por años sin que fuera necesario justificarla con un Auto de formal prisión,

j) En un mismo proceso se ventilaban delitos diversos, aún aquellos que no caían dentro de la justicia del Santo Oficio,

k) Las instrucciones prohibían que se diera a los acusados malos tratos, pero la prueba del tormento echaba por tierra esas prescripciones humanitarias,

l) Se usaban toda clase de medios, incluso la tortura y el hambre, para forzarlos a declarar en su contra y lo que es peor, para obtener de ellos declaraciones relativas a delitos cometidos por terceros,

m) Tenían derecho a rendir pruebas para demostrar su inocencia, pero no se recibían toda clase de testigos,

n) Era juzgado en audiencia secreta y no se le facilitaba la causa para poder tomar de ella elementos de defensa. Se le daba traslado de la acusación del fiscal y de las declaraciones de testigos, pero en forma que no pudiese averiguar quienes eran éstos,

o) Los juicios duraban indefinidamente y hasta años enteros aunque hay en las instrucciones recomendación de no tardarlos. En todo caso, el reo no tenía derecho de abreviar los trámites por que el tribunal gozaba de facultades soberanas en la ordenación del procedimiento,

p) Estaban autorizadas las penas de infamia, azotes, tormento, confiscación, destierro, y otras de carácter trascendental,

q) Los inquisidores podían delegar su jurisdicción, y eran nombrados especialmente para conocer determinadas causas,

r) El tribunal de la inquisición era el tribunal de conciencia, no imperaba en el principio de la exacta aplicación de la ley.

Al acusado se le presumía culpable (lejos de presumirse inocente), partiendo de este principio, el inquisidor trataba por cuantos medios estaban a su alcance de obtener de él una confesión. Siendo que los menores también eran enjuiciados, fijándose la edad de 14 años para los hombres y 12 años para las mujeres.

Como medios empleados para que de inicio el procedimiento inquisitorial tenemos la acusación, la delación y la pesquisa. En la acusación se obligaba al delator a probar lo que afirmaba, quedando sujeto a la pena del Talión en caso de aportar pruebas, y era al Procurador del Santo Oficio o Promotor Fiscal a quien correspondía formular la acusación. La pesquisa era el medio más frecuentemente empleado. Se clasificaba en dos: general y especial. La primera se empleaba para el descubrimiento de herejes y periódicamente se mandaba hacer por los inquisidores en un obispado o en una provincia. La segunda se practicaba, si por fama pública llegaba al conocimiento del inquisidor que determinada persona ejecutaba actos o tenía expresiones contrarias a la fe.

“Acreditada la mala fama del acusado por medio de declaraciones de testigos, se procedía en su contra. Al acusado se le recibían sucesivamente 3 declaraciones ordinarias desde su ingreso a la prisión, y en todas ellas se le exhortaba a que dijera la verdad advirtiéndole que cuanto mejor es la confesión, tanto más suave es la penitencia. En seguida, el fiscal formulaba su acusación en términos concretos y el acusado debía responder, verbalmente, a cada uno de los capítulos acusatorios después de haberse enterado de los cargos existentes. El Promotor Fiscal podía formular nuevas preguntas para que las contestara el inculcado; se recibían las pruebas sin que el inculcado supiese los nombres de las personas que habían declarado en su contra, pues sólo se le permitía el conocimiento

de los cargos y se le vedaba saber su procedencia. Sólo se le autorizaba para carearse con los testigos por medio de una celosía, y antes del pronunciamiento de la sentencia podía el Tribunal emplear el tormento dictado el fallo, se enviaba al Consejo Supremo de la Inquisición para que lo confirmara o modificara.”¹⁹

La testimonial como medio probatorio, en la actualidad no resulta la más eficaz, ya que se considera sujeta a errores, fraudes y corrupción, sin embargo el Santo Oficio hacía descansar la vida, libertad, seguridad y propiedades de los inculcados, así como el de sus descendiente, sobre ésta; sin dar la oportunidad al acusado de conocer a los testigos y de confundirlos de falsedad de tal manera que las sentencias podían fundarse en declaraciones de testigos indignos, descalificados e infames. El sistema de la inquisición no podía tener verdadera eficacia sino era con el procedimiento del secreto de los testigos.

El secreto era una de las características del procedimiento inquisitorial, ya que las averiguaciones se iniciaban sin que supiera nada el inculcado, las declaraciones hechas por los testigos se llevaban a cabo con el mayor secreto y bajo juramento hecho por las personas que estaban presentes en la diligencia de no revelar el resultado de ésta.

Analizando lo que en la actualidad se conoce como “en caso de duda se resolverá a favor del reo”, en la época de la inquisición se aplicaba todo lo contrario, esto es que si hay duda sobre la culpabilidad del reo debía sentenciarse como si ésta existiera.

¹⁹ Ibid p 13

El reo era atormentado, así como cuestionado sin la asistencia de su defensor. Se podía decir que la defensa del acusado era casi nula. Aún cuando se reconocían dos medios importantes que constituían la defensa de los reos de la inquisición: la ayuda del abogado o letrado o a veces de dos de ellos, y la presentación de testigos de abono; respecto al primero, en los orígenes de la inquisición medieval no se creyó conveniente dar abogado a los reos de herejía, ya que se suponía que en este género debía proceder con toda sencillez y derechura, pues lo que se buscaba era la humilde confesión del reo. Por eso, al mandar a la hoguera a una persona, dejarla en la miseria a ella y a sus descendientes, sujetarla a prisión por toda la vida, aplicarle el tormento, etc., se creía obrar con sencillez y derechura, privando al reo de un abogado que lo defendiese.²⁰

El tribunal desempeñaba en el mismo proceso las tres funciones, es decir tenía a su cargo la acusación, la defensa y la decisión. En efecto, en el tribunal del Santo Oficio figuraba el Fiscal (lo que conocemos como el Ministerio Público), así como existía el defensor, pero ambos formaban parte integrante del tribunal y no eran independientes.²¹

Aún cuando, la inquisición española dio gran importancia al nombramiento de uno o dos abogados que defendieran al acusado, se comprende perfectamente que siendo este un abogado de oficio, es lógico que pertenezca al cuerpo de la inquisición, se rigiera en su conducta por los mismos principios que regían el Santo Oficio, aún representando al acusado y haciendo valer todo lo que podía favorecerle. Así, desde el momento en que constara con toda evidencia la culpa del reo, cesaba el abogado en su trabajo, pues al fin y al cabo su objeto, como el de todos los

²⁰ PALLARES, Eduardo. El procedimiento inquisitorial. 1º ed. Ed. Imprenta Universitaria, México, 1951, pag. 15

inquisidores, era perseguir la herejía. Además, uno de los primeros consejos del defensor al acusado era que confesara lisa y llanamente la verdad, que dijera con toda sencillez, si había cometido la herejía de que era acusado, de lo que resultaba que el acusado se expusiera a sufrir graves delitos tales como: confiscación de bienes, inhabilitación perpetua para cargos y empleos, llevar delante de todo el mundo durante el resto de su vida, o bien durante algunos años, el degradante sambenito, y finalmente la cárcel perpetua.

Resulta evidente entonces que en el procedimiento inquisitorial los defensores eran nombrados por la inquisición, que tenían el mismo espíritu que ella, y se asociaban en la persecución del crimen de herejía. Ya que lo primero que le aconsejaban al reo era que confesare su falta, y obtenida ésta, era abandonado al rigor del severo tribunal, a sabiendas de que eran terribles las consecuencias que resultaban de la confesión.

Con base en lo anterior, suena ilógico e incoherente que exista alguien que pueda llamar a esto una verdadera defensa, cuando en realidad nos encontrábamos frente a una defensa simulada; en la que se coloca al acusado en un total estado de indefensión.

Otras de las consecuencias producidas por la falta de garantías era el tiempo, a veces increíblemente largo, que duraban los procesos, mientras el infeliz acusado sufría en la cárcel severas incomunicaciones o moría en ella.

El sistema procesal inquisitorial se reconoce por la falta de garantías a la que

²¹ GONZALEZ BUSTAMANTE. Juan José Op cit. p.12.

se exponía el acusado, porque su procedimiento se seguía por reglas casi diametralmente opuestas a los principios que señala actualmente nuestra Constitución Política.

Las leyes penales que nos ocupan autorizaban el tormento en el proceso penal, el cual consistía en interrogar al reo mientras se le sometía a una dolorosa y a veces sangrienta tortura, que le produce heridas en la piel o suspenderlo por una cuerda, cargándole los hombros o los pies con grandes pesas, y un sin fin de atrocidades que causan la vergüenza del género humano.

“Así, el tormento para obtener la prueba, legislado en el Fuero Juzgo y las Partidas se aplicó a través de las leyes indias, aunque afortunadamente no muy frecuente”²².

En los principales ordenamientos legales que regían en España como lo son el Fuero Juzgo, la Nueva y Novísima recopilación, la Recopilación de las Leyes Indias, etc. Podemos observar que si bien es cierto que se le proporcionaba a la persona que se encontraba acusada de algún delito, ciertas facilidades para que se pudiera defenderse de las imputaciones que existían en su contra, también es cierto que en ninguno de estos ordenamientos legales se le proporcionaba al acusado los servicios de una persona que se encargara de defenderlo en juicio.

Por lo que 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

²² OSSORIO. Manuel. Op cit. p. 277 y 279.

origen en la Asamblea Constituyente en Francia , el expedirse las leyes que regulan el Procedimiento Penal, el 29 de septiembre de 1791.

3.3. EPOCA INDEPENDIENTE.

Después de consagrada la Independencia se dictaron algunas disposiciones, ya que el pueblo mexicano se veía en la necesidad de regirse por leyes propias.

Siendo hasta la Constitución de 1857 cuando se habló por primera vez del derecho de defensa, otorgado a toda persona que se le acuse de haber cometido algún delito; pero aún así no fue sino hasta la Constitución de 1917 donde se le dio verdadera importancia jurídica a dicho derecho.

a) CONSTITUCIÓN DE 1824.

El 4 de septiembre de 1824 se expide en la República de México la primera ley para mejorar la administración de justicia y los procedimientos judiciales. Esta Constitución nos señala que el poder supremo de la federación se dividió para su ejercicio: en legislativo, ejecutivo y judicial, no pudiendo reunirse dos o más de éstos en una sola corporación o persona, ni depositarse el legislativo en un individuo.

En su artículo 18 y 19, menciona que todo individuo que habite en el territorio de la federación; tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia, depositando el Poder Judicial en una Corte Suprema de Justicia y en los tribunales que se establezcan en cada Estado. Siendo juzgado por

leyes dadas y tribunales establecidos antes del acto por el cual se le juzgue; quedando prohibido todo juicio por comisión especial y toda ley retroactiva.

Dicha Constitución se compuso de 35 artículos, que determinar el tipo de gobierno que debería ejercerse en nuestro país, que se encontraría dividido en tres poderes, cada uno con sus respectivas funciones. El Poder Judicial se estructuró y organizó con la finalidad de obtener una mejoría en la administración de justicia. Así también se intentó proteger la vigencia y legalidad de nuestra Constitución política.

En la presente ley en sus respectivos artículos, todavía no se regulaban garantías para el inculpado, que se encuentra sujeto a un juicio de carácter penal.

b) BASES ORGÁNICAS DE 1836.

Posteriormente el presidente interino de esta época decreto las “Bases Constitucionales” expedidas por el congreso constituyente el 15 de diciembre de 1835. Así también fueron decretadas “Leyes Constitucionales” que en su primera parte señala derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República.

Señalando en su artículo 2, como derechos de los mexicanos los siguientes:

a) Que no podrá ser preso por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido, sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según la ley, excepto en caso de delito in fraganti , que podrá ser aprehendido por cualquier persona y deberá presentarlo ante el juez u otra autoridad pública,

b) No podrá ser detenido más de tres días, por ninguna autoridad política, sin que sea entregado, con los datos para su detención, a una autoridad judicial. Y por ésta por más de diez días, sin proveer auto motivando la prisión,

c) No podrá ser privado de su propiedad, ni del libre uso y aprovechamiento de ella en todo, ni en parte, sólo en el caso que señalen éstas leyes,

d) No podrá catearse sus casas y sus papeles (más que en los casos y en los requisitos que se previenen en las leyes),

e) No podrá ser juzgado, ni sentenciado por comisión, ni por otros tribunales que los establecidos en virtud de la Constitución, tampoco por leyes dictadas con anterioridad al hecho que se juzga.

Respecto a la prisión nos señala de acuerdo a su artículo 43, que sólo procedía en los siguientes casos:

a) Cuando existía información sumaria, de la cual resulte haber sucedido un hecho que merezca ser castigado con pena corporal, según las leyes,

b) Y que resulte algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.

Bastando entonces, para proceder a la simple detención, alguna presunción legal o sospecha fundada, que incline al juez contra personas y por delito determinado.

En caso en que en el progreso de la causa, y por constancias particulares; apareciere que el reo no debe ser castigado con pena corporal, debía ser puesto en libertad, en términos y circunstancias que determinaran las leyes respectivas.

c) BASES ORGANICAS DE 1843.

Las Bases de Organización Política de la República Mexicana fueron sancionadas por Santa Ana el 12 de junio de 1843 y publicadas el 14 del mismo mes y año.

Como derechos de los habitantes de la República, estipula entre otros los siguientes:

a) Sólo podrán ser detenidos los individuos por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado; y cuando obre contra dicho sujeto indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboran legalmente, podrá decretarse la prisión.

b) No podrán ser detenidos por más de tres días por autoridad política, sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco días sin declararlo bien preso.

c) No podrá ser juzgado, ni sentenciado en sus causas civiles y criminales sino por jueces de su propio fuero, y por las leyes dadas y tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trate.

d) Será puesto en libertad al reo, dando fianza, cuando aparezca en cualquier estado de la causa, que al reo no se le puede imponer pena corporal.

e) Tampoco podrá ser forzado a la confesión del hecho porque se le juzga.

Dentro de estos derechos ya se empiezan a considerar algunos a favor del individuo sujeto a un procedimiento penal, aunque no con este rubro, y aún no se hablaba sobre el derecho a la defensa a favor del inculpado, y a su vez nombrar a un defensor que lo asista en juicio.

Durante poco más de tres años las Bases Orgánicas presidieron con nominal vigencia el período más turbulento de la historia de México, ya que posteriormente fueron modificadas y sustituidos algunos artículos, reformándose y adicionándose otros. Pero el triunfo del movimiento de la ciudadela puso fin a la administración de Paredes y a la Constitución de las Bases Orgánicas.

d) CONSTITUCION DE 1857.

Posteriormente el 11 de marzo de 1857, se promulgo la Constitución en la que por primera vez se agrega un artículo exclusivo (20 Constitucional) que nos habla de las garantías a que tiene derecho el acusado en todo proceso criminal, siendo estas:

I.- Que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere.

II.- Que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición de su juez.

III.- Que se le caree con los testigos que depongan en su contra .

IV.- Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos.

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

En esta Constitución ya se reglamenta respecto a la defensa en juicio a que tiene derecho todo acusado en un procedimiento penal, la cual podrá ser particular o

bien de oficio.

Asimismo en 1869, se expide la primera ley de jurados, la que por primera vez en la vida independiente de nuestro país, menciona a la institución del Ministerio Público.

“Aunque a mediados del siglo XX, se fueron restringiendo las formas procesales que caracterizan al sistema inquisitorio y se reconocieron algunos derechos para el inculcado, eran tan limitados, que podemos afirmar que en el procedimiento mexicano, en la época que nos ocupa, seguía imperando el sistema inquisitorio.”²³

Ya que la instrucción de los procesos *sumarios* era tardía y duraba muchos años, traduciéndose en molestias incalculables para quienes quedaban sujetos a la prisión preventiva y al final del proceso, con la absolución de la instancia el inculcado quedaba en una situación incierta, con la amenaza de ser nuevamente detenido. En la fase del sumario, el inculcado carecía absolutamente de medios para defenderse, a tal extremo que al abrirse el período de juicio o plenario, resultaba impotente para destruir las pruebas adversas que iba acumulando el juez y los principios de publicidad y oralidad en éste período eran nominales. Por otra parte el empleo frecuente de la confesión con cargos y las rigurosas incomunicaciones que se imponían al inculcado desde el momento de su detención, hacía más rígido el sistema procesal imperante.

²³ GONZALEZ BUSTAMANTE Juan José. Op cit. p 20.

La falta de codificación originaba que los jueces dirigiesen el proceso a su modo invocando preceptos varios; y es común encontrar en las sentencias pronunciadas en los juicios criminales a fines del siglo pasado, disposiciones contenidas en las leyes de Partidas.

Sin embargo, la expedición del Código Penal del 7 de diciembre de 1871, que constituye el primer intento de codificación seria, hizo imperiosa la necesidad de completar la reforma legislativa con una buena ley de enjuiciamiento criminal. Siendo en 1880 cuando se logró al fin contar con una ley de enjuiciamiento criminal, que establece las reglas a que debía sujetarse el desarrollo de los procesos.

El Código de Procedimientos Penales de 1880, adopta la teoría francesa al disponer que los jueces son los funcionarios de más alta jerarquía de la Policía Judicial. Sin suprimir del todo los procedimientos empleados en el sistema inquisitorial se reconocen los derechos del acusado en lo que corresponde a su defensa. Pero entre las modificaciones que se realizan en la nueva ley procesal de 1894 refiere: que el defensor de un reo esta facultado para promover todas las diligencias e intentar los recursos legales que juzgue convenientes, excepto en los casos de que aparezca de autos de voluntad expresa del procesado.²⁴

En el curso del presente siglo se ha expedido en materia federal el Código Federal de Procedimientos Penales de fecha 18 de diciembre de 1908, que sigue los lineamientos del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal de 1894.

²⁴ Ibid p.22.

e) CONSTITUCION DE 1917.

Al promulgarse la nueva Carta Fundamental de la República el 5 de febrero de 1917 al triunfo de la revolución constitucionalista, se modificó substancialmente el procedimiento penal mexicano, al abandonarse la teoría francesa que estructuró nuevos códigos y al quitar a los jueces el carácter de miembros de la policía judicial.²⁵

Instalado en la ciudad de Querétaro, el congreso constituyente inicio las juntas preparatorias el 21 de noviembre de 1916. La obra original y propia de la asamblea de Querétaro, consistió en la trascendentales novedades que introdujo en las materias obreras y agrarias, bastantes por sí solas para convertir el proyecto de reformar del Primer Jefe en una nueva Constitución, el cual había sido aceptado, aunque con algunas modificaciones y adiciones de estos aspectos que se mencionaron. La Constitución fue promulgada el 5 de febrero de 1917, entrando en vigor el 1° de mayo del mismo año.

Dentro de su artículo 20 menciona las garantías que en todo juicio criminal, tendrá el acusado; que en lo sustancial señala:

1.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fije el juez...

2.- No podrá ser compelido a declarar en su contra, quedando prohibido toda incomunicación.

²⁵ Ibid. p.25.

3.- Se le dará a conocer en audiencia pública y dentro de 48 horas siguientes a su consignación, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

4.- Será careado con los testigos que depongan en su contra, si es su deseo.

5.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca.

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

7.- Tratándose de delitos cuya pena máxima no exceda de 2 años de prisión, será juzgado antes de 4 meses, y tratándose de delitos cuya pena exceda de este tiempo será juzgado antes de un año.

8.- “ Se le oír en defensa por sí o por persona de confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convenga. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. 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”.²⁶

Así es como de manera expresa la ley señala que en caso de que el inculcado no designe a un defensor, el juez le designará uno de oficio, que podrá actuar desde el momento en que sea aprehendido, así como estar presente en todos los actos del juicio.

²⁶ TENA RAMIREZ, Felipe Leyes Fundamentales de México 1808-1998 21ªed. Ed. Porrúa México. 1998. p.824.

No podrá prolongarse por ningún motivo la prisión o detención, por falta del pago de honorarios al defensor o alguna otra prestación de dinero o causa de responsabilidad civil o análoga. Así como tampoco la prisión preventiva, del tiempo que fije la ley como máximo respecto al delito que motivase el proceso. Y se tomará en cuenta el tiempo de su detención, en toda pena de prisión que imponga una sentencia.

En el año de 1929, se integró una comisión que tuvo como finalidad reformar la legislación penal y procesal penal ya que resultaba anticuada y en pugna con las disposiciones contenidas en la Carta Fundamental de la República por lo que el 15 de diciembre del mismo año se expide el Código de Organización, Competencia y Procedimiento en materia penal para el Distrito Federal y los territorios; legislación que tuvo una vida fugaz y la cual fue abrogada por el Código de Procedimientos Penales expedido el 27 de agosto de 1931, y siendo en materia federal el Código Federal de Procedimientos Penales promulgado el 23 de agosto de 1934.

Cabe señalar que fueron diversas las reformas que se realizaron a dichos códigos, haciendo pleno reconocimiento de la teoría de las funciones procesales y de los principios de oralidad, publicidad, inmediatividad, libertad absoluta en la defensa, contradicción y concentración procesal, además reviste singular importancia en lo referente al sistema de pruebas, hechando por tierra el hermetismo de la prueba tasada, consagrada desde tiempos remotos.

Nuestra Constitución ha sido tocada numerosas veces, en vía de reforma o de adición; tal es el caso, en relación al tema que nos interesa que en el Diario Oficial de fecha 3 de septiembre de 1993, encontrándose como presidente el Lic.

Carlos Salinas de Gortari, se decretó que la Comisión Permanente del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, declara reformados los artículos 16, 19, 20 y 119 y se derogó la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Quedando el artículo 20 en su fracción IX, hasta la actualidad, de la siguiente manera:

“Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”.²⁷

²⁷ Ibid. p.1100.

CAPITULO SEGUNDO

GENERALIDADES DE LA DEFENSA JURÍDICA PENAL

1.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA DEFENSA.

Para determinar su naturaleza jurídica, es necesario analizar las diversas teorías que existen al respecto, ya que ha sido objeto de constantes especulaciones entre diversos autores, quienes la conciben de diferentes maneras como son:

- a) Representante del procesado ó forma parte del proceso,
- b) Auxiliar de la justicia,
- c) Asesor técnico,
- d) Órgano imparcial de la justicia.

a) REPRESENTANTE DEL PROCESADO O FORMA PARTE DEL PROCESO.

Gómez Lara, afirma que el defensor si es parte en el proceso, “ya que su posición en el proceso, no es la de un mero mandatario, pues puede llegar a tener atribuciones autónomas e independientes de la voluntad del procesado, a grado tal que la voluntad del procesado puede ser totalmente irrelevante para los fines procesales”²⁸

Al respecto Colín Sánchez considera que desde un punto de vista de representación no es posible situarlo dentro de la institución del mandato civil, porque aunque ejerce sus funciones por disposición de la ley y por voluntad del

²⁸ Citado por: SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. 1^oed Ed Harla. México, 1990. p 199.

“mandante” (procesado no reúne los elementos característicos del mandato). La designación de defensor y los actos procesales, que en todos sus aspectos, están regulados por la ley y no por el arbitrio de las partes. Es evidente que la actividad del defensor no se rige totalmente por la voluntad del procesado, goza de libertad para el ejercicio de sus funciones sin que sea indispensable la consulta previa con su defensor; tal es el caso que se presenta cuando se trata de impugnar alguna resolución judicial, para lo cual la ley le concede plenas facultades.²⁹

En sentido opuesto Alcalá Zamora al examinar el precepto del Código Michoacano, que afirma que el defensor es parte expresa que aún en el caso de que él pueda realizar actos sin el consentimiento del inculcado, esto sólo es una “consecuencia directa de la función que como representante procesal y patrocinador le incumbe en el proceso”. Parte es sólo el destinatario de la pretensión punitiva. Y él no es ese destinatario. El defensor es órgano patrocinador de la parte.³⁰

En su parecer Silva Silva, opina que lo anterior es correcto, ya que reafirma la teoría de que en el proceso penal solo hay dos partes (acusadora y acusada) aún cuando existan varios enjuiciados, sólo habrá pluralidad de sujetos demandados (litisconsorcio pasivo), pero no pluralidad de partes. El penalmente enjuiciado o los penalmente enjuiciados, sólo son parte. El defensor únicamente lo es en función de la existencia del imputado. No puede existir por sí y con independencia del acusado, él sólo lo representa.³¹

²⁹ COLIN SANCHEZ Guillermo Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 2ª ed. Ed Porrúa, México. 1990, p.178 y 179

³⁰ Citado por SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op cit p.200.

³¹ Ibid

Cabe señalar que las leyes procesales como el Código de Procedimientos Penales de 1880 que disponía que “los defensores pueden promover, sin necesidad de la presencia de sus defendidos, las diligencias que sean convenientes; pero en el ejercicio de su encargo no deberán contradecir las instrucciones que de aquellas hubieren recibido” y el Código de Procedimientos de 1894 que establecía “que los defensores pueden promover todas las diligencias o intentar todos los recursos legales que creyeran convenientes, excepto en el caso de que de autos conste la voluntad del procesado de que no se practiquen las primeras o de que no se intenten los segundos, teniendo por voluntad la conformidad expresa con las sentencias o autos, contra los que pudieran intentarse el recurso; que así mismo puede libremente desistirse de las diligencias que hubieren solicitado o de los recursos que hayan intentado, excepto en el caso en que el procesado personalmente haya hecho la promoción o intentado el recurso, pues entonces el desistimiento del defensor no surtirá efecto”³², consideran al defensor como simple mandatario; porque todas sus promociones quedaban sujetas a la voluntad del mandante.

González Bustamante refiere “que si el defensor fuese un mandatario tendría que regirse por las reglas del mandato y ajustar sus actos a la voluntad expresa del mandante, ya que el mandato es un contrato por virtud del cual una persona llamada mandante da a otra, llamada mandatario, el poder de ejecutar en su nombre uno o muchos actos jurídicos. En la interposición de los recursos o de otros medios de defensa que consagra la ley para impugnar las resoluciones judiciales, necesitaría contar con el expreso consentimiento del mandante, que es el acusado y que en cualquier momento podría contrariar las peticiones del mandatario.”³³

³² Artículo 165 del Código de Procedimientos Penales de 1880 Artículo 112 del Código de Procedimientos Penales de 1894.

³³ GONZALEZ BUSTAMANTE Juan José. Op cit. p.91

Finalmente, la ley afirma que el defensor si es parte; al indicar el legislador que puede actuar directamente en el proceso.

Después de haber planteado dos conceptos diferentes, en relación a esta postura, considero que es necesario que el defensor intervenga en un proceso, no como mandatario ya que comparto las ideas de los procesalistas al respecto; pero si como parte del proceso, aunque aclaro que no es esa su naturaleza jurídica, pero si es indispensable su presencia, ya que sin su participación en el procedimiento penal, simple y sencillamente este no puede continuar.

b) AUXILIAR DE LA JUSTICIA.

Tampoco se le puede concebir como mero auxiliar de la administración, porque como sostiene González Bustamante “si el defensor tuviera el carácter de un mero auxiliar de la administración de justicia, estaría obligado a romper con el secreto profesional y a comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiese recibido del inculcado.”³⁴

No obstante, esta idea fue imperante en algunos países de tipo totalitario como Italia y Alemania. En Italia por ejemplo se considera como mero auxiliar de la administración de justicia, y por lo tanto, no debería asumir la defensa de individuos evidentemente culpables de delitos repugnantes o gravemente peligrosos para el orden social o político del Estado. En cambio Alemania, concibe al abogado

³⁴ Ibid.

defensor, en primer término como mandatario de la comunidad y sólo en segundo lugar como mandatario de su cliente.

En su opinión Colín Sánchez dice, que desde un punto de vista general si la asistencia jurídica del defensor consiste en la aportación de pruebas y en la interposición de los recursos procedentes, si se le puede considerar como tal; debido a que el defensor, en sentido amplio, colabora con la administración de justicia, y en un sentido estricto, sus actos no se constriñen únicamente al consejo técnico o al simple asesoramiento del procesado. Ya que antes de ser un servidor del interés particular del acusado, a quien aconseja, asesora y otorga asistencia jurídica; es un colaborador de la justicia, sin que esto signifique que sea su naturaleza jurídica, ni mucho menos que sacrifique el cargo que aceptó de defender al acusado, velando por sus intereses; así como vigilar que respete las garantías individuales que le otorga la Constitución a su defensor y sobre todo que no sea vulnerada la legalidad del procedimiento.³⁵

Ya que como señala Manzini “ el defensor no es un patrocinador de la delincuencia; sino del derecho y la justicia en cuanto pueden estar lesionados. El defensor que no profesa esta santa máxima es un despreciable y peligroso intrigante. Es un encubridor del delincuente y no un defensor del imputado.”³⁶

c) ASESOR TÉCNICO.

En cuanto a que el defensor sea considerado un simple asesor técnico, por sus conocimientos en la ciencia jurídica teniendo como misión dirigir al inculcado en el ejercicio de sus derechos procesales y prestar asistencia técnica a su defensor, así

³⁵ COLIN SANCHEZ. Guillermo. Op cit. p 179.

como aconsejarlo en aquellos puntos en que la ley reclame su intervención; no estoy de acuerdo, ya que si bien es cierto presta asistencia jurídica al acusado, no es esa su naturaleza, porque no es su única o principal función.

Colín Sánchez, manifiesta “que la naturaleza propia de la institución de la defensa se encarga de demostrar que sus actividades no se circunscriben a la simple consulta técnica del procesado, sino a la realización de un conjunto de actividades que no sólo se refieren a aquél, sino también al Juez y el Ministerio Público.”³⁷

Y González Bustamante refiere que el considerarlo un simple asesor, “tan estrecho concepto le quita vigor a sus gestiones, convirtiéndolo en un órgano de consulta, en lugar de que sea un celoso vigilante en el cuidado de los intereses que tiene en sus manos.”³⁸

Por lo que a pesar de los deberes y derechos que tiene el defensor y que debe hacer cumplir dentro del proceso, considero que otorgarle un carácter de mero asesor desvirtuaría su esencia.

d) ÓRGANO IMPARCIAL DE LA JUSTICIA.

“Menos posible es reclamarle imparcialidad al defensor, ya que significaría una restricción en el ejercicio de sus funciones, por lo que se refiere a los intereses que se le encomiendan al verificar actos de obtención, peticiones y proposiciones de pruebas, además de que rompería con el principio de la contradicción procesal que se reconoce en el desarrollo del proceso penal moderno.”³⁹

³⁶ SILVA SILVA, José Alberto. Op cit. p. 201.

³⁷ COLIN SANCHEZ. Guillermo. Op cit. p.179.

³⁸ GONZALEZ BUSTAMANTE. Juan José Op cit. p. 93.

³⁹ Ibid.

Como resultado de este análisis, cubierto de diversas especulaciones, por autores reconocidos, se ha llegado a la conclusión de que la posición de defensor es *SUI GENERIS*.

Que no es ni un mandatario, ni mucho menos un órgano imparcial de los tribunales. Que sí cuenta con la función de asesorar técnicamente a su defenso como parte que es éste del procedimiento penal y a la vez colabora de manera general a la administración de justicia, aclarando estrictamente que ninguno de estos tres constituyen su naturaleza jurídica. Como dije anteriormente su naturaleza jurídica es indudablemente *SUI GENERIS*.

Al respecto González Bustamante dice: “creemos que la posición del defensor es *SUI GENERIS*; que no es ni un mandatario, ni un asesor técnico, ni un órgano imparcial de los tribunales y mucho menos un órgano auxiliar de la administración de justicia. El procedimiento penal mexicano consagra la suplencia de agravios en el recurso de apelación, cuando por torpeza el defensor no hubiesen sido correctamente expresados, de manera que los tribunales de segunda instancia los haga valer de oficio, con abundancia de razones, debe decirse, tratándose de casos de positiva indefensión, en que ha de prevalecer la voluntad del defensor penal sobre la que en contrario sostenga su cliente, porque es racional pensar que el defensor este mejor capacitado por sus conocimientos técnicos para resolver lo que mejor conviene a su defenso, en el curso del proceso y para poder aprovechar todos los medios legales que tenga a su alcance.”⁴⁰

⁴⁰ Ibid.

Ya que el defensor debe velar por su cliente y a la vez no quebrantar con esto la ética profesional, es decir, en ningún momento y bajo ninguna circunstancia aconsejar a su defenso que se burle de la justicia.

2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA DEFENSA.

Son aquellos que orientan las actuaciones del defensor para lograr que el mismo pueda desarrollarse adecuadamente de acuerdo a su naturaleza jurídica y conforme a lo que señalan las leyes al respecto, dentro de un juicio o procedimiento penal.

a) DE LEGALIDAD:

Los preceptos constitucionales que delinear las características de nuestro sistema de derecho, son los artículos 14 y 16, mismos que consagran el principio de legalidad, que se encuentra garantizado a través del juicio de Amparo (artículo 103 y 107 Constitucionales) así pues dichos artículos proporcionan la protección del orden jurídico total del Estado Mexicano, por lo que el principio de legalidad en ellos contenido, representa una de las instituciones más relevantes y amplias de todo régimen de derecho. Ya que esta garantía individual ordena que en la República Mexicana las atribuciones de los órganos del Estado sólo tendrán validez si se encuentran establecidos en la ley.

El principio de legalidad establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor, esto es, el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades

estatales debe tener su apoyo escrito en una norma legal (en sentido material), la que a su vez debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución. En este sentido, el principio de legalidad constituye la primordial exigencia de todo *Estado de Derecho* en sentido técnico.⁴¹

El artículo 14 párrafo segundo de la Constitución, ordena como regla general que la esfera jurídica de los gobernados sólo podrá verse afectada por la actividad judicial y mediante juicio, con base a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, al mismo tiempo en su párrafo primero consagra el principio de irretroactividad, que significa que los efectos jurídicos de la norma se darán en el tiempo posterior al inicio de su vigencia, y sólo podrán incidir en el pasado cuando no cause perjuicios a los derechos adquiridos por los ciudadanos de la República.

Asimismo, el artículo 16 Constitucional en su primera parte establece las características, condiciones y requisitos que deben tener los actos de autoridad al seguir los procedimientos encaminados a la imposición de aquellos, los cuales siempre deben estar previstos, proporcionando así la protección al orden jurídico total.

Se infiere que nuestro sistema de derecho es legalista, pues los preceptos en comento ordenan que para que se afecte la esfera jurídica de los gobernados debe existir la ley, la que a su vez debe estar en vigencia con anterioridad a la conducta para poder encuadrar materialmente el contenido de la norma jurídica ya que la ley es el único instrumento que consagra las facultades de los Órganos del Estado.

⁴¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo III. 1ª ed UNAM México, 1983. p.216.

Confirmando los alcances del principio de legalidad, cabe señalar que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite.⁴²

Esto es, que al ser creada la ley por el Poder Legislativo que tiene la atribución de emitirla y siendo esta promulgada por el representante Ejecutivo; es obligatoria desde el momento en que inicia su vigencia, y por tanto se presume que es conocido su contenido por los gobernados, que encuadran dentro de los supuestos de la norma jurídica.

En conclusión, la ley formal y materialmente válida cuyo conocimiento se presume, obliga a los gobernados insertos en los supuestos normativos que reglamenta. Y tratándose de los órganos del Estado, la ley es el instrumento que consagra las atribuciones de los poderes públicos y los órganos que los integran, sin que se pueda ir más allá de su contenido, al dar satisfacción a las necesidades públicas para las que fueron creadas como institución. Ahora bien, a la luz del principio de legalidad, sólo la ley constituye fuente de derecho, pues es el único medio que consagra las obligaciones y derechos de los gobernados, adquiridos en la esfera sociojurídica.⁴³

Aplicando el principio de legalidad, como fundamento o razón del derecho de defensa, la persona que asista jurídicamente al inculpado, es decir, el que actúe con la personalidad de defensor deberá en todo momento y en cada uno de sus actos regirse por lo que señala tanto nuestra Constitución, así como las normas adjetivas y sustantivas que refieren al respecto.

⁴² MANCILLA OVANDO José Alberto. Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal 3ª ed. Ed. Porrúa. México, 1990. p. 20.

⁴³ Ibid. p.p. 23 y 24

Es por ello que las actuaciones que efectúe el defensor, en beneficio o a favor del acusado, deberán seguir los lineamientos que señalan al respecto las leyes procesales, sin que ello signifique perjudicar en algún aspecto al acusado así como contravenir lo establecido tanto por nuestra Ley Suprema, como las leyes procesales que refieren la actuación del defensor en juicio. Por lo tanto, sus actos deberán estar apegados a la ley y no en contra de la moral y las buenas costumbres; sin que esto afecte la defensa del inculpaado. Velando el defensor por que las autoridades tanto del Ministerio Público, como las judiciales actúen conforme a derecho.

Ya que bien dice Luis Ribó Durán, que el principio de legalidad es el más característico de los que configuran el Estado de Derecho, ya que establece la sujeción a las normas jurídicas (desde las constitucionales a las de inferior rango de ordenamiento) de todos los ciudadanos, y de los poderes públicos, incluso cuando éstos actúan con facultades legislativas delegadas. De igual forma considera que existen principios que desarrollan el principio de legalidad como son:⁴⁴

a) Principio de publicidad de las normas, que garantiza la posibilidad de su conocimiento;

b) Principio de irretroactividad, que impide la aplicación de normas sancionadoras menos favorables o restrictivas de derechos individuales a situaciones o hechos producidos antes de su promulgación;

c) Principio de Seguridad Jurídica, que garantiza la promoción, en el orden jurídico, de la justicia y la igualdad en libertad, sin congelar el ordenamiento y procurando que éste responda a la realidad social de cada momento.

⁴⁴ RIBÓ DURÁN, Luis. Diccionario de Derecho. 2ª ed Bosch. Barcelona. 1995 p 686

En materia penal, la calidad de la ley como fuente única de derecho es innegable, pues, además del principio de legalidad que se consagra como valuarte de seguridad jurídica de los gobernados, el Poder Legislativo Constituyente establece prohibiciones expresas que impide integrar la ley con la actividad judicial, por analogía o por mayoría de razón.⁴⁵

b) DE CONTRADICCIÓN:

Hay que tener en cuenta, que las partes en el proceso penal (específicamente Agente del Ministerio Público y defensor) por tener funciones opuestas emplean por lo general medios opuestos, con la finalidad de llegar a la meta que se proponen, y substancialmente en esto estriba el éxito de lo que con la contradicción procesal se persigue para el triunfo de la justicia.

Ya que es imposible negar que el principio de la contradicción procesal en el campo del derecho penal ha traído como consecuencia una mejor función de la justicia. Resultando por lo tanto, que de la discusión nazca la luz, teniendo por objetivo la averiguación de la verdad, a través de la lucha de opiniones contrarias, procurando ante todo que triunfe la verdad y la justicia.

Aclarando que la postura del inculpado y su defensor dentro del terreno contradictorio del procedimiento penal es el de la parte denunciada, por lo que el Ministerio Público viene a representar al querellante o denunciante. Entendiendo de tal situación, que el interés de la sociedad se traduce en dos vertientes, una parte el interés en que el culpable sea castigado por sus actos delictuosos, y la otra en que a ese inculpado se le auxilie para que exponga en su defensa las causas que lo

⁴⁵ MANCILLA OVANDO, José Alberto. Op cit. p 26.

impulsaron a delinquir, siendo necesario la intervención del defensor. Así pues queda como primordial interés de la sociedad, la necesidad de que caiga una pena sobre el culpable, pero no sobre cualquier persona, sólo sobre el verdadero, advirtiendo en este caso la función primordial que funge el defensor en el procedimiento penal.

Ante tales situaciones, se desprende la necesidad de la participación de las dos partes en el proceso penal; una acumulando cargos, la otra, tratando de desvirtuarlos, persiguiendo un fin común, aunque por diferentes caminos que es el descubrimiento de la verdad.

c) DE CONGRUENCIA, COHERENCIA Y EXHAUSTIVIDAD:

Se entiende por congruencia y coherencia la conexión de actos, ideas, palabras y todas aquellas actividades realizadas por el abogado defensor.

Es decir, que aquel que se encuentre defendiendo una causa que se instruya en contra de un inculcado, deberá supervisar que sus actuaciones cuenten con una conexión o relación entre sí desde el inicio en que ejerza dicha función. En caso de que en dicho asunto, acepte la defensa del inculcado, ya iniciado el proceso deberá analizar las actuaciones realizadas por el profesional anterior, con la finalidad de determinar el sentido que llevaba su antecesor.

De lo contrario sería difícil obtener resultados positivos para su cliente, porque no tendrían un seguimiento sus actos y por lo tanto no llegaría a una meta o fin, ya que es necesario que todos sus actos se encuentren relacionados y conectados hacia un fin en común; con la finalidad de favorecer a su defendido y obtener el

esclarecimiento de los hechos motivo del procedimiento penal que se le instruye a su defensor.

De acuerdo al principio de exhaustividad, el defensor deberá de agotar por completo todos y cada uno de los medios de prueba que puedan favorecer en el proceso a su cliente, y que de alguna forma auxilien en el esclarecimiento de los hechos. Así como todas aquellas actuaciones que puedan favorecer a la defensa del inculcado, siempre y cuando beneficie a éste, e interponer todos los recursos que se encuentren a su alcance y que puedan proporcionar resultados favorables al procesado.

3. FUNCIONES DE LA DEFENSA.

Aceptada la defensa o la tarea de asesoramiento, corresponde al abogado emprender el estudio del caso y planificar el curso de su actividad procesal. Para ello contará con los elementos de juicio que le transmita su cliente y, en la eventualidad de que el mismo se encontrase incomunicado, de los allegados que han concurrido al lugar. De la misma forma, procurará de inmediato tomar detallado conocimiento de las actuaciones y, conforme a todos esos datos, ubicar la situación fáctica dentro de la estructura legal correspondiente.

Son diversas las funciones de un abogado que actúa como defensor dentro del procedimiento penal instruido a un individuo que se le presume responsable de un delito; ya que si bien el Ministerio Público representa el poder y facultad de acción, luego entonces el defensor ejerce en nombre del inculcado el derecho de defensa, con las facultades, derechos y deberes inherentes al fiel cumplimiento del mismo.

La principal función del defensor se traduce en la asistencia jurídica a favor del inculcado, por lo tanto será necesario que exista una absoluta comunicación y confianza entre ellos, así como escuchar y tomar en cuenta a todos aquellos que puedan ofrecer elementos de importancia en relación al hecho ilícito.

Asimismo, deberá asesorar y planificar cursos de acción dentro del proceso en que asume la defensa así como conocer las particularidades del caso, evaluar las constancias que inculpan a su cliente y estudiar los diferentes elementos configuradores del proceso.

Al respecto Clara Olmedo estima que el defensor debe “asistirlo material y técnicamente, aconsejándolo, integrando sus deficiencias en la apreciación de los hechos, patrocinándolo jurídicamente en lo sustancial y en lo formal controlando la actividad de los otros sujetos y personas intervinientes en el proceso, representándolo en algunos actos o actuando al lado o en interés del inculcado...”⁴⁶, se entiende por defensa material la que ejerce el mismo inculcado, como sujeto de derechos y estar éstos establecidos en las normas fundamentales, por ejemplo el derecho a ser oído, a no declarar en su contra y a ser juzgado por tribunales y leyes previamente establecidos al hecho ilícito; y por defensa formal o técnica la que está a cargo de un letrado, es decir, todos aquellos actos que realiza el defensor con el fin de esclarecer los hechos y encontrar la verdad jurídica respecto a ellos.

⁴⁶ Citado por: VAZQUEZ ROSSI. Jorge. El proceso penal. Teoría y práctica. 1º ed Ed Universidad. Buenos Aires. 1986. p 86

El defensor, dentro de la Averiguación Previa cuenta con ciertas funciones, que no siempre se le permite llevarlas a cabo; como son:⁴⁷

1.- Estar presente en el momento en que su defendido rinda su declaración ante la autoridad correspondiente;

2.- Entrevistarse con el indiciado o infractor para conocer de viva voz la versión personal de los hechos y los argumentos que puedan ofrecer a su favor, para hacerlos valer ante la autoridad del conocimiento;

3.- Asesorar y auxiliar a su defenso en cualquier otra diligencia que sea requerido por autoridad correspondiente;

4.- Señalar en actuaciones los lineamientos legales adecuados y conducentes para exculpar, justificar o atenuar la conducta de su representado;

5.- Solicitar al Ministerio Público del conocimiento, el no ejercicio de la acción penal para su defenso, cuando no existan datos suficientes para su consignación;

6.- Vigilar que se respeten las garantías individuales de su representado;

7.- Solicitar cuando proceda la libertad caucional, así como también promover las diligencias y aportar las pruebas conducentes a los intereses que representa;

8.- Establecer el nexo necesario con el defensor de oficio adscrito al juzgado, cuando su defenso haya sido consignado a efecto que exista uniformidad en el criterio de defensa;

9.- Las demás que coadyuven a realizar una defensa conforme a derecho, que proporcione la impartición de justicia pronta y expedita.

Por eso es muy importante la relación que se brinde entre el defensor y su cliente, por que al no ser cordial y de confianza, existirían muchas complicaciones

⁴⁷ Ibid.

en el desarrollo del procedimiento penal. Por eso mismo el inculpado tiene libertad de acudir y elegir al abogado que considere competente, guiándose por su conocimiento en la materia, su prestigio y la seriedad profesional con que responda. Al igual el abogado determinando el mismo si toma o no el caso que quiere confiársele (siempre y cuando no se trate de un defensor de oficio), y se considera al respecto las características del asunto, sus conocimientos en la materia, su disponibilidad de tiempo y las particularidades de la contratación.

Una vez considerado estos dos lados del caso, respecto a su relación de trabajo y digo de trabajo porque los dos deberán de colaborar en la elaboración de la defensa, uno facilitando cuanta información tenga del hecho ilícito y el otro buscando por todos los medios legales y permitidos, la información necesaria para que en conjunto logren la meta deseada, teniendo como primer acto el defensor escuchar atentamente al individuo que le confía su caso y el a la vez deberá responderle con el más estricto secreto profesional sobre todo lo escuchado de los labios de su cliente.

Del mismo modo contará, el defensor con funciones esenciales dentro del proceso penal entre los cuales tenemos:⁴⁸

1.- Estar presente en el acto en que el procesado rinda su declaración preparatoria;

2.- Solicitar , cuando proceda, inmediateamente la libertad caucional o bajo fianza y hacer los trámites necesarios hasta lograr la excarcelación;

⁴⁸ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op cit p. 187

3.- Promover todas las diligencias que sean necesarias en favor de su defenso, durante el término constitucional de 72 horas y estar presente durante el desahogo de las mismas;

4.- Interponer los recursos procedentes al notificarse de la resolución pronunciada por el Órgano Jurisdiccional, al vencerse el término mencionado;

5.- Promover todas las diligencias y pruebas que sean necesarias, durante la instrucción, y en segunda instancia, en los casos permitidos por la ley;

6.- 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 interpretes e interponer los recursos que para cada caso señale la ley;

7.- Promover la acumulación de procesos cuando la situación así lo demande,

8.- Desahogar las vistas de las que se le corra traslado;

9.- Formular sus conclusiones dentro del término de ley.

Para que estas funciones se realicen con eficiencia y eficacia será necesario que el defensor exija de su defendido la verdad de todo lo acontecido, ya que sería absurdo que su cliente en las circunstancias en las que se encuentra le ocultare o mintiera sobre aspectos que podrían ser esenciales en los hechos. Además el profesional no puede ni debe engañarlo sobre los riesgos que se corren en el proceso, de los límites de las actuaciones y de las alternativas probables en orden a la solución de las cuestiones incidentales y de fondo planteadas; es decir, dar la información sobre cualquier alternativa del proceso. Por lo que será necesario una estrecha colaboración entre el defensor y el inculcado, ya que el éxito o fracaso de la intervención letrada estará ligada no con la motividad, sino con la sagacidad y el uso adecuado que haga el defensor de la información obtenida de los hechos ilícitos

y los conocimientos jurídicos que tenga respecto a la materia y que utilice a favor de su defendido.

“Un deber no sólo jurídico, sino de carácter moral y ético, es el de guardar el secreto profesional. El defenso 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, ya que de otra manera no solicitaría sus servicios.”⁴⁹

4. DESIGNACIÓN DEL DEFENSOR.

Fue instituido por el constituyente de 1917, la obligatoriedad de la defensa durante el proceso estableciendo con ello la garantía de seguridad jurídica.

Dicha designación podrá hacerla el inculpado desde el momento preciso en que es detenido, se presentare voluntariamente ante la autoridad correspondiente a responder sobre alguna acusación criminal que se haya formulado en su contra. Aunque no existe un momento preciso o preestablecido por alguna ley para que el inculpado nombre defensor, sólo señalan nuestras leyes que puede hacerse valer este derecho desde el instante en que se estime necesario, por lo que se desprende que el momento oportuno para que éste sea designado, es en la diligencia en que se va a tomar la declaración preparatoria, haciendo tal designación antes de que se realice la misma, con el fin de no dejar en estado de indefensión al inculpado, ya que es el momento en que el Ministerio Público o el Juez le va a dar a conocer el hecho punible que se le atribuye para que pueda contestar los cargos, vigilando el defensor

⁴⁹ BARRAGAN SALVATIERRA. Carlos Derecho Procesal Penal 1º ed Mc Graw Hill México, 1999 p 241.

que este acto se realice bajo el principio de legalidad y que no le sean violados las garantías que protegen a su cliente preestablecidas en nuestra Constitución.

Independiente del derecho y garantía constitucional que tiene el detenido para designar defensor o persona de su confianza que lo asesore, auxilie o interceda en su favor, conforme a lo dispuesto por la ley, también obligatoriamente esta circunstancia recae en el Ministerio Público y el Juez. El nombramiento de defensor podrá hacerlo el inculcado al estar detenido o bien podrá hacerlo su familia debiendo ratificar el inculcado la designación al momento que se le comunique. Una vez que el defensor es designado con tal carácter por la persona detenida, de inmediato entrará al ejercicio de sus funciones y desempeño de sus obligaciones, aceptando el cargo que le fue conferido y protestando su leal y fiel desarrollo.

Para que tengan vigencia los actos de defensa, es indispensable que el defensor acepte el nombramiento, debiendo hacerlo ante el Órgano o Autoridad correspondiente, tan pronto como se le de a conocer su designación y para que surta los efectos legales deberá constar en el expediente. En dicha diligencia proporcionará sus datos generales, número de Cédula Profesional, domicilio particular o profesional; acto continuo se le hará saber las obligaciones que ha contraído y en el mismo acto se le discerne del cargo.

Discernir del cargo, no consiste solamente en que el Juez o Magistrado tenga por bien hecha su comparecencia, al momento de proporcionar sus generales, manifestar la aceptación del cargo, su protesta de leal y su fiel desempeño, y el acto por el cual el Juez o Magistrado lo tiene como tal, confiriéndole el encargo de actuar

como defensor con todas sus obligaciones y derechos inherentes; sino que también el encargo que el Juez o Magistrado le otorga para actuar con tal carácter.

A pesar de que el defensor haya aceptado el cargo y protestado su leal y fiel desempeño, si el Juez o Magistrado no lo discerne del cargo, se encuentra impedido para actuar hasta en tanto no se haya tal declaratoria sea en la misma diligencia de comparecencia para aceptar el cargo o en un auto por separado, el cual deberá notificarse al defensor designado y al inculcado.

La Constitución no exige condición profesional al defensor, pues basta que sea de la confianza del acusado, sin embargo ante la ley reglamentaria del ejercicio profesional determina que en materia penal el inculcado podrá ser oído en defensa por sí, o por medio de la persona de su confianza o por ambos según sea su voluntad; pero en el caso en que dicha o dichas personas designadas como defensores por el acusado no sean abogados, se le invitará al inculcado (s), para que designen un defensor con título profesional que respalde sus conocimientos jurídicos, y sólo en el caso que no hiciere uso de este derecho se le nombrará por la autoridad correspondiente un defensor de oficio.

Ahora bien, la ley procesal no nos señala en el caso en que el defensor renuncie al cargo o se presente alguna causa que lo obligue a cesar del mismo, pero aún cuando no lo declara expresamente en todas las prácticas de las diligencias del procesado debe estar asistido por un defensor y si el inculcado se haya en este caso y éste no ha designado persona de su confianza que lo sustituya el Juez se verá en la obligación de presentarle la lista de defensores para que escoja a alguien que realice

su defensa; y solamente en el caso que no lo haga lo designará la autoridad correspondiente.

En el caso en que el acusado nombre varios defensores para que procedan a su defensa, se le requerirá para que en el acto de la designación señale alguno de ellos como representante común. Esto se aplicará tanto en el caso de defensores de oficio así como particulares, pues en otras condiciones habría desigualdad.

Desde el momento de la aceptación del cargo del representante común de la defensa, éste actuará de común acuerdo con los demás colaboradores, los representará en todas las gestiones ante el tribunal donde se ventile la causa penal e inclusive, al recurrir al juicio de Amparo.

El hecho de que la ley procesal exija se designe un representante común de la defensa, es con el objeto de que no se actúe con diversidad de criterios, es decir, que cada uno de los defensores designados promueva independientemente y conforme al conocimiento y parecer individual, lo que causaría confusión y entorpecería las funciones del Órgano Jurisdiccional.

5. DEFENSOR Y EL INCULPADO.

La institución de la defensa se encuentra integrada por dos sujetos: el autor del delito (se presume) y su asesor jurídico (defensor), quienes constituyen en el procedimiento penal un binomio indispensable; debido a que el defensor complementa la personalidad jurídica del sujeto activo del delito tomando a su cargo la asistencia técnica del acusado e integrando así la relación procesal.

Al sujeto pasivo del proceso penal, contra el cual se dirige la pretensión del acusador (Ministerio Público), se le conoce de diversas maneras como indiciado, acusado, sospechoso, inculpado, procesado, arrestado, imputado, detenido, querellado, enjuiciado, reo, criminal, sujeto activo del delito, probable responsable, etc. No tratándose exactamente de sinónimos, ya que cada vocablo tiene una connotación propia.

Las palabras imputado, inculpado y acusado parecieran ser las más genéricas, abarcando las distintas situaciones procesales a que se ve sometido el penalmente perseguido.

Se entiende por imputado “ al supuesto autor de un hecho con apariencia delictuosa, desde el inicio de la investigación provocada por la noticia criminis hasta la definición de la situación procesal. Aquel que es detenido o indicado como partícipe de un hecho delictuoso. Asumiendo la calidad de imputado desde el primer momento de la investigación, en virtud de cualquier acto que implique persecución penal en contra de una persona.”⁵⁰

Por inculpado, “ la persona física imputable, en contra de quien se dirige la pretensión punitiva del Estado, hecha valer por el Ministerio Público a través del ejercicio de la acción penal.”⁵¹

⁵⁰ VAZQUEZ ROSSI, Jorge. La Defensa Penal. 2ª ed Ed. Rubinzal- Culzoni Editores. Argentina, 1996.p 148

⁵¹ HERNANDEZ PLIEGO, Julio Antonio. El programa de derecho procesal penal 1ª ed Ed. Porrúa, México, 1996 p.71

Y por Acusado, “a la persona que es objeto de acusación (acción con que se pide al juez que castigue el delito cometido por una o más personas). Aquel contra el cual se dirige la acusación por parte del Ministerio Público.”⁵² También se le conoce como acusado a aquellos contra los que el Ministerio Público presentan conclusiones acusatorias.

Estos términos son utilizados de manera general y en un sentido amplio para referirse al sujeto pasivo del proceso. Sin embargo nuestra Constitución se refiere a este sujeto con la denominación de inculpado. Pudiendo configurarse este sujeto en cualquier persona, sin distinción de raza, religión, sexo, nacionalidad o ideología.

Acerca de si las personas morales o jurídicas pueden ser inculpados por un delito, se descarta dicha posibilidad siendo requisito para que pueda enjuiciarse a alguien el mínimo de condiciones de salud y desarrollo mental al cometer el hecho delictivo, que le permitan ser sujeto del reproche penal, cuestión que sería imposible investigar tratándose de una persona moral, ya que no cuenta con estos factores por lo que se concluye que solo puede concebirse en una persona física la imputabilidad. A manera del artículo 15 fracción VII Código Penal, entendemos la imputabilidad como la capacidad del individuo, al cometer el delito de comprender el carácter ilícito de éste o de conducirse de acuerdo con esta comprensión.

Por lo anterior, se puede ubicar al sujeto activo del delito, como aquel que participó de algún modo, en la comisión del hecho delictivo. Refiriendo el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 13, como personas responsables de

⁵² GOLDSTEIN, Raúl. diccionario de Derecho penal y Criminología. 3ª ed. Ed Astrea. Buenos Aires. 1993, p. 41

algún delito, a la persona física que como autor, partícipe o encubridor intervino en la comisión del mismo.

En cambio el inculcado por el delito podría ser una persona que de ninguna manera haya participado en la realización del hecho delictivo, un inocente, una víctima del error o la calumnia que no necesariamente deba ser culpable o delincuente; por lo que no se podrá hablar de sujeto activo del delito hasta en tanto no se dicte la sentencia ejecutoria que así lo declare. Asimismo no deberá confundirse el sujeto pasivo del proceso con el inculcado.

Aunque también existe el caso en que los sujetos activos no llegan a ser nunca acusados o procesados por los hechos punibles ejecutados; pero eso se debe a que no son denunciados, o que no se logra integrar los requisitos indispensables para que se ejecute la acción penal o bien la investigación se desvía hacia otras personas.

Por eso, el inculcado debe hablar siempre con su defensor con la verdad, así como también durante el proceso, aunque éste deber no ha de ser forzado procesalmente.

Otras denominaciones para referirse a esta persona, tomando en cuenta la etapa procesal por la que vaya transitando son: “indiciado, durante la averiguación previa, por existir apenas indicios de responsabilidad a su cargo; procesado, una vez que se encuentra a disposición del juez, porque es ahí cuando empieza el procesamiento; acusado, desde el momento en que el Ministerio Público formula

conclusiones acusatorias en el proceso. Inculcado, encausado, incriminado o imputado, es una denominación común.”⁵³

A su lado encontramos la institución de la defensa, figura relevante en el enjuiciamiento de manera independiente a la acusación y al órgano de juzgamiento. Así como al Ministerio Público representa el poder de acción, el defensor ejerce el poder de defensa en favor del inculcado.

Como garantía individual, la establece nuestra Constitución en su fracción IX del artículo 20, pudiendo hacer uso el inculcado de éste derecho no solamente en el proceso, sino a partir de la Averiguación Previa. Porque como sujeto indispensable de la relación procesal, sin su presencia los actos del juicio resultarían nulos, así como algunos actos de la averiguación previa.

Haciendo referencia al artículo 20 Constitucional en su fracción IX, se advierten cuatro formas en que puede asumirse la defensa de un inculcado: por sí, por persona de confianza, por abogado particular y/o por defensor de oficio.

Aunque por lo general se ve defendido por un defensor particular o de oficio, ya que como Licenciado en Derecho, cuenta con los conocimientos jurídicos y técnicos necesarios ya que advierte la necesidad de que exista una igualdad procesal entre acusación y defensa, debido a que el Ministerio Público se encuentra representado por un Licenciado en Derecho titulado. El principio de igualdad deriva del equilibrio que se intenta otorgar en el proceso judicial con respecto a las oportunidades que deben tener las partes al hacer valer sus derechos y garantías.

⁵³ ACERO, Julio. Procedimiento Penal 7ª ed. Ed. Cajica, S.A, México, 1976.p.71.

El hecho de que nombre defensor implica que éste lo asesore sobre la naturaleza y consecuencias jurídicas de los hechos que se le imputan, que este presente en las audiencias y en aquellas diligencias que se practiquen con intervención del inculpado, que ofrezca y aporte las pruebas necesarias para la defensa; que formule las alegaciones que sean favorables y que interpongan y no abandone los recursos que sean conducentes, que se le designe un traductor en caso necesario, así como también que se le conceda inmediatamente que lo solicite la libertad provisional que proceda en términos del art. 20 Fracción I Constitucional; entre otros.

Al encontrarse con la posibilidad de enfrentar una defensa penal será necesario que el abogado encargado para dicha actividad, pueda enfrentar, con la mayor precisión, los elementos que debe tomar en cuenta, por una parte, los hechos ocurridos que se le imputan a su cliente; y por la otra estar en condiciones de emplear las herramientas que le propiciarán excelente actuación, es decir, la intensa sabiduría de la ley, la cambiante jurisprudencia y la elección de la doctrina más acertadas; todo ello con el fin de descartar o aliviar la culpabilidad de su cliente, sopesando que eximentes o exculpaciones podrán ser citadas en su beneficio, o la inteligente apertura técnica que le sea aceptada, más allá de su asimilación conceptual.⁵⁴

Siendo una de las finalidades del proceso la obtención de la verdad real y que la actividad investigativa sea alcanzar una reconstrucción histórica del objeto procesal.

⁵⁴ ELBIO DAYENOFF Como preparar una defensa penal 1ª ed. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999 p 99.

6. MINISTERIO PÚBLICO.

Es aquella institución de carácter administrativo que pertenece al Poder Ejecutivo y representa al Estado y a la sociedad en sus intereses públicos. Tiene como funciones esenciales la investigación de la comisión de los delitos de orden común cometidos en el Distrito Federal y la persecución de los delincuentes, en cuya actividad se verá auxiliado por la policía que esté bajo su autoridad y mando inmediato.

De lo expuesto nuestra Constitución en su artículo 21 establece que el Ministerio público incumbe la atribución de perseguir los delitos primeramente a través de la actividad investigadora que constituye la Averiguación Previa, en la cual realiza aquellas diligencias para esclarecer los hechos que se presumen delictuosos y en su caso comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal. Dando inicio dicha investigación a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo ya sea por una denuncia o querrela. Pero será necesario aclarar que dicho hecho debe razonablemente presumirse delictivo, ya que de lo contrario podría traer graves consecuencias en el ámbito de la garantía individual jurídicamente tuteladas por la ley, al sustentarse la Averiguación Previa en bases débiles y frágiles.

Una vez integrada la Averiguación Previa se decidirá sobre el ejercicio o abstención de la acción penal, como otra función esencial y única por parte del

Ministerio Público, la cual realizará ante los tribunales competentes así como también deberá solicitar la reparación del daño, cuando éste proceda.

Entre otras funciones, interviene en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales de ausentes, menores e incapacitados y finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales.

En cuantos a los principios que rigen su actuación, Marco Antonio Díaz de León razona de la siguiente manera:⁵⁵

- a) Principio de unidad.
- b) Principio de indivisibilidad.

Toda vez que se le considera como un todo y una sola parte, es decir, que todas las personas que integran esta institución se consideran miembros de una sola institución u organismo público, regido bajo una sola dirección.

En este sentido, se consideran como funciones principales de esta institución, las siguientes:

a) Función investigadora, que es aquella que realiza al momento de que con la ayuda de la policía a su cargo, se dedican a investigar los hechos que se presumen constitutivos de un delito o delitos.

b) Función acusatoria, se refiere al instante en que se evoca dicha autoridad a la persecución de los delincuentes, pero esto ya al momento de haber realizado una investigación y a través de ella tienen elementos suficientes para considerar la existencia de un hecho delictivo, así como la probable responsabilidad.

⁵⁵ Citado por DE LA CRUZ AGUERO, Leopoldo Procedimiento Penal Mexicano. 2ªed.Ed.Porrúa.Méx, 1996. p.53

c) Función procesal, la cual realiza ante un órgano jurisdiccional competente y lo hace como parte del proceso.

El Ministerio Público en el Distrito Federal estará a cargo de un Procurador General (titular de la institución) que residirá en la ciudad de México y del número de agentes que determine la ley.

Cuando el Ministerio Público desempeña la investigación de la comisión de los delitos y persecución de los delincuentes, su actuación es en carácter de Autoridad; actividad que realiza con la colaboración de la policía a su cargo y que concluye con el ejercicio o no de la acción penal ante los tribunales judiciales competentes.

En cambio adquiere el carácter de parte en un procedimiento penal, en el acto en que ejercita la acción en contra de un presunto responsable y el juez admite la consignación, radica la causa y se inicia la secuela procedimental o instrucción en el procedimiento; donde el Ministerio Público tiene una personalidad similar a la del inculcado y su defensor, por lo que el juzgador debe otorgarle y reconocerles a ambas partes los derechos y obligaciones que la ley procesal señale.

7. ÓRGANO JURISDICCIONAL.

El Poder Judicial del Distrito Federal en el área penal se ejerce por:

- a) El Tribunal Superior de Justicia.
- b) Los juzgados penales.

- c) Los juzgados de paz.
- d) El jurado popular.

El Tribunal Superior de Justicia es el órgano colegiado formado por magistrados designados por el Presidente de la República, con aprobación de la Asamblea de Representantes. Funciona en pleno o en Salas. En pleno tiene competencia para hacer las designaciones de los jueces penales.

Pero la autoridad que en este caso nos interesa es la de los juzgados penales, ya que como órgano unipersonal, auxiliado por dos secretarios, en el ejercicio de sus funciones, le compete conocer de los asuntos penales que le sean planteados para su resolución, que en este caso serían los que se resuelven en primera instancia.

El Estado es el único que puede ejercer la función jurisdiccional, la cual realiza a través de los tribunales, ya que los juzgadores como terceros imparciales del conflicto se permite conocer, dirimir y decidirlo en la medida en que la propia ley les otorga a ellos la representación del órgano jurisdiccional.

El término jurisdicción, Díaz de León lo entiende “como el poder del Estado que sirve para resolver y dirigir los conflictos de intereses o litigios, que someten a su decisión las personas físicas o jurídicas, y que resuelven mediante sentencias que admiten la calidad de cosa juzgada.”⁵⁶

Como ya se dijo la función del órgano jurisdiccional, en este caso esta representada por una persona física denominada juez, en quien el estado delega el

⁵⁶ Ibid. p. 60.

ejercicio de la potestad jurisdiccional de aplicar la ley mediante un procedimiento judicial administrativo, siendo su encargo principal el de administrar justicia y aplicarla de una manera justa, honesta e imparcial.

Para que un juez pueda intervenir en un conflicto, deberá primeramente ser competente, entendiéndose por ello: “la facultad potestativa que la ley otorga a un órgano juzgador judicial o administrativo determinado, para ejercerla coercitivamente, cuando el caso lo requiera, sobre un territorio previamente señalado, cuyos límites son fijados por la Ley Orgánica respectiva, para resolver los asuntos litigiosos o voluntaria que a su conocimiento y arbitrio se sometan”⁵⁷

Del mismo modo se puede decir que todo juzgador penal se encuentra comprometido para aplicar la ley general a un caso específico que le presente. Aunque puede ocurrir en alguna ocasión que cause daño al efectuarse el acto procesal que dicte y ordene su ejecución; siendo éste funcionario responsable, ya que responde frente al Estado, mismo que representa y frente a los particulares, especialmente frente al sujeto pasivo del proceso y terceros intervinientes.

Además de una responsabilidad civil, el juzgador ha de responder penalmente por las irregularidades cometidas en el ejercicio de sus funciones. Nuestro Código Penal y aún la ley de responsabilidades tipifican diversas conductas en que puede incurrir el juzgador penal.

Como funciones que corresponden a los jueces como integrantes o parte del órgano jurisdiccional, encontramos la de interpretar el espíritu y sentido de las leyes,

⁵⁷ Ibid. p 63.

aplicándolas de manera humanitaria y justa, así como también deberá de obtener un informe sobre la personalidad del inculcado a través de los estudios que se le realizan como son el económico- psicosocial, y vigilar, en el cumplimiento de la pena aplicada, la evolución de su adaptación al medio social del cual fue sustraído, haciendo uso de todas las ramas que se relaciones con la conducta del delincuente.

8. CLASES DE DEFENSOR.

Siendo la defensa técnica una de las garantías que otorga la Constitución al inculcado en un procedimiento penal, se advierte de su artículo 20 en su fracción IX que tal función la puede efectuar por sí mismo, por persona de confianza o por abogado particular o de oficio, según sea el caso.

En consecuencia resulta de tal precepto que el defensor puede ser:

- 1.- Defensor lego;
- 2.- Defensor letrado
 - a) Defensor particular
 - b) Defensor de oficio

Por Defensor lego se entiende aquella persona a quien la Constitución le permite defender a un individuo que se encuentra acusado de un hecho ilícito, pero que como defensor no cuenta con los conocimientos jurídicos necesarios y avalados por un documento que así lo certifique, para defender a dicha persona. En tal caso actuaría como persona de confianza en el proceso que se instruya en contra del inculcado.

En la actualidad el individuo que funge como persona de confianza, no puede actuar solo en el procedimiento penal que se le instruya al inculcado, ya que la ley

determina que en estos caso deberá asesorarse por perito en la materia jurídica para realizar la defensa de quien la necesita.

En relación al defensor letrado vendría a ser todo lo contrario al personaje anterior, es decir, aquella persona que cuenta con el documento, así como con los conocimientos jurídicos necesarios y suficientes para realizar una defensa en favor de aquel que la necesita.

Hablando de este profesionista, conocido como Licenciado en Derecho o Abogado, podemos señalar a dos figuras como son: El Defensor Particular y el Defensor de Oficio.

Se debe entender por defensor particular, como aquel profesionista que contando con título legalmente expedido de Licenciado en Derecho, pone a disposición de un presunto responsable o tercero perjudicado de una causa penal sus conocimientos técnicos y científicos sobre la materia, ya sea mediante contrato de servicios verbal o escrito, oneroso o gratuito; para defender los intereses del cliente o contratante, durante las diversas etapas o instancias que comprende el proceso, y que actúa bajo determinados principios éticos y morales, coadyuvando de esa manera con el órgano jurisdiccional al esclarecimiento de la verdad, hasta obtener un resultado positivo en favor del cliente o contratante, conduciéndose durante su encargo, con rectitud, honestidad y sobre todo con la verdad para el cliente, anteponiendo el interés del inculpado o perjudicado, al personal o lucro no merecido.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

El defensor particular, tanto en el procedimiento penal como en el juicio de amparo que pueda derivarse contra actos que se susciten contra la secuela procedimental; es quien disfruta de la mayor libertad para ejercer su función, ya que si bien es cierto existe una ley reglamentaria de tal profesión, tan bien lo es que por cuanto hace a su desempeño como abogado en una causa criminal, las obligaciones que para tal efecto se le imponen derivan del contrato celebrado entre él y su cliente, en caso que exista, además de observar lo que refiere la ley penal en relación a delitos de abogados.

Debe considerarse, que dentro de una causa penal que se le instruye a una persona sea culpable o no, están en juego sus derechos humanos más importantes, como lo es su libertad, el que se le garantice un juicio justo, equitativo, asistido de un abogado capacitado, etc.; sin embargo cabe señalar que en ocasiones por la negligencia del abogado defensor y también a que no existe una ley que castigue severamente la ineptitud, el abandono del procesado, el incumplimiento de sus funciones, el no desahogar o evacuar los actos y prevenciones procesales; es por lo que en la práctica los procedimientos penales se prolongan indefinidamente, en detrimento del inculcado, de la justicia y de la sociedad.

Respecto al defensor de oficio se puede decir que es aquel profesionista que depende del Poder Judicial o Estatal y su única función y obligación es actuar en defensa de los detenidos y procesados que carecen de persona de confianza que los asesore, auxilie o defienda; ó económicos para sufragar los gastos u honorarios que un Licenciado en Derecho capacitado cobra por su intervención.

Esto no significa que un Defensor de Oficio no este capacitado jurídicamente para defender a un presunto responsable de una acusación penal, sino que por depender del mismo Gobierno que los sujeta a un salario fijo muchas veces se desconfía de su fidelidad y es el motivo por el que se les hace menos, se les relega y solamente se les solicita cuando las causas penales se encuentran en estado deplorable y deben hacer milagros para enderezar el procedimiento y poder garantizar al inculpado una justicia equitativa y conforme a derecho.

El servicio que presta la Defensoría de Oficio no sólo se considera gratuito sino que además es obligatorio y se traduce en asesoría, patrocinio o defensa en materia penal, civil y familiar y del arrendamiento inmobiliario. Dicha asistencia jurídica debe ser letrada, es decir, proporcionada por un especialista en derecho (por lo menos Licenciado en derecho), obligatoria por ser imprescindible y gratuita por estar exenta de costos por el beneficiario.

Las atribuciones y funcionamiento de los defensores de Oficio se regulan en el Distrito Federal, por la Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común y su Reglamento.

9. RESPONSABILIDAD DE LA DEFENSA JURÍDICA.

El abogado defensor como cualquier otro profesional ha de responder por sus acciones u omisiones, cuando ocasione perjuicios por causa de un mal desempeño de su tarea.

Haciendo hincapié en que la relación abogado- inculpado se asienta en una confianza de éste hacia aquel, ya que deposita en el que ejerce su defensa muchos de sus derechos que se encuentran en juego al ser acusado de haber cometido un hecho ilícito, lo cual obliga al profesionista que desempeña dicha función, a una tarea en extremo diligente en la que no caben descuidos ni flaquezas.

Se ha dicho que el profesionista tiene un deber de medios y no de resultados, correspondiendo agregar que tan es así que el abogado esta prohibido para asegurar el sentido de la resolución de la litis o prometer el éxito del pleito.⁵⁸

Obligándose únicamente a responder ante graves omisiones de lo debido, a negligencias injustificadas, a errores que impliquen ineptitud y, en general a la producción de consecuencias dañosas reprochables directamente a la actuación profesional.

Sin dejar de mencionar que tales omisiones provocan un debilitamiento de la posición de la parte dentro del procedimiento, y eventualmente, la pérdida del derecho objeto de la litis.

Por lo que el proceder del abogado da lugar a sanciones de índole procesal, como civiles y penales. Siendo tipificados como delitos el hecho de no promover pruebas, el abandono de la defensa (232 Código Penal) e inclusive si se trata de un defensor de Oficio, puede ser destituido (233 Código Penal).

⁵⁸ VAZQUEZ ROSSI, Jorge. El Proceso Penal Op cit p.78

Nuestro Código Penal en su Título Décimo Segundo hace referencia a la Responsabilidad Penal, a lo que se aclara que dicha responsabilidad no pasa de la persona y bienes de aquellos que delinquen, con la excepción de los casos que la misma ley especifica expresamente.

Se entiende entonces, conforme al artículo 228, y de acuerdo a la posición que guarda el defensor, que los profesionistas, así como sus auxiliares serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, sin perjuicio de las prevenciones contenidas en otras normas sobre el ejercicio profesional. Tan es así que además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados (ya sea dolosos o culposos), se le aplicará la suspensión en el ejercicio de su profesión, ya sea temporal o definitivamente en caso de reincidencia. Asimismo estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando estos hayan obrado por instrucción de ellos.

Enfocándonos un poco más en lo que refiere a Abogados, Patronos y Litigantes, nuestro Código en su artículo 231, señala la sanción consistente de dos a seis años de prisión, de cien a trescientos días multa y suspensión e inhabilitación temporal para ejercer su profesión en los siguientes casos:

- 1.- Alegar a sabiendas hechos falsos, o leyes inexistentes o derogadas, y
- 2.- Pedir términos para probar lo que notoriamente no puede probarse o no ha de aprovechar su parte; promover artículos o incidentes que motiven la suspensión del juicio o recurso manifiestamente improcedentes, o de cualquier otra manera procurar dilaciones que sean notoriamente ilegales;

3.- A sabiendas y fundándose en documentos falsos o sin valor o en testigos falsos ejercite acción u oponga excepciones en contra de otro, ante las autoridades judiciales o administrativas, y

4.- Simule un acto jurídico o un acto o escrito judicial, o altere elementos de prueba y los presentes en juicio, con el fin de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

De igual forma en su artículo 232, especifica que además de estas penas, se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión en caso de :

1.- Patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos, en un mismo negocio o en negocios conexos, o cuando se acepte el patrocinio de alguno y se admita después el de la parte contraria;

2.- Abandonar la defensa de un cliente o negocio sin motivo justificado y causando daño, y

3.- Al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que sólo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad caucional, sin promover más pruebas ni dirigirlo en su defensa.

Respecto a los defensores de oficio, el artículo 233 refiere, que serán destituidos de su empleo, en caso de que no promuevan las pruebas conducentes en defensa de los reos que les designen.

CAPITULO TERCERO

MARCO JURÍDICO DE LA DEFENSA JURÍDICA PENAL

De acuerdo al artículo 133 de nuestra Constitución Federal y considerando a ésta como la Ley Suprema del Estado, ya que con fundamento al artículo antes mencionado, toda ley que emane del poder Legislativo deberá arreglarse conforme a las disposiciones que señale nuestra Constitución Federal, no debiendo manifestarse disposiciones en contrario que puedan provocar conflictos en la interpretación de leyes. Dejando claro, que nuestra Constitución Federal es reconocida como Ley Suprema en toda la República Mexicana, me enfocaré en realizar un breve análisis de la fracción IX de su artículo 20, donde el legislador determina la garantía de defensa en juicio al inculpado, dentro de un proceso penal. Posteriormente analizaré algunas leyes penales que refieren al derecho defensa a que tiene derecho todo inculpado, haciéndolo de una manera breve, ya que en nuestro capítulo posterior, se hará un análisis más explícito sobre este tema tan controvertido.

1. EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTICULO 5°.

El derecho a defenderse, lo tiene todo individuo sujeto a un proceso penal, consistente en oponerse a la acusación que fue hecha en su contra, ya sea por sí, por un abogado o por persona de confianza.

“ El concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción, son los tres pilares sobre los que descansa la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la

libertad individual y las exigencias de la correcta y válida administración de justicia dentro del Estado de Derecho. Ante la pretensión penal, como tesis que sostiene en forma monopólica el Ministerio Público, la defensa sostiene la antítesis; quedando reservado al poder jurisdiccional el efectuar la síntesis.”⁵⁹

La acción, se define como la facultad de pedir a los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, ya sea con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el de declarar la existencia de una obligación y, en caso necesario, hacerla efectiva. Ahora, según Dos Reís, define la actividad jurisdiccional como la adaptación de una regla general de derecho a un caso singular; adaptación que obliga a los particulares y puede hacerse efectiva por medio de la coacción.⁶⁰

Entendiéndose, entonces, a la actividad jurisdiccional, como la aplicación del derecho objetivo a casos concretos; esto es que un tribunal examine si una determinada situación, sometida a su conocimiento, puede o no ser considerada como realizadora del supuesto jurídico de una norma. Y ya que dicha función se orienta hacia la protección de derechos subjetivos de los particulares, se ha sentado el principio de que el aparato jurisdiccional solo puede moverse a instancia de parte.

Retornando, al derecho de defensa, éste se encuentra comprendido por derechos que se encuentran garantizados por nuestra Constitución en su artículo 20, como son:

A) El derecho a ser informado de la acusación;

⁵⁹ ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y proceso penal. 7ª de. Ed. Porrúa México, 1994. p. 255.

⁶⁰ GARCIA MAYNEZ Eduardo. Op cit. p.p. 228 y 229.

- B) El derecho a rendir declaración,
- C) El derecho a ofrecer pruebas;
- D) El derecho a ser careado,
- E) El derecho a tener defensor.

Como podremos observar cada uno de estos derechos representa una conquista sobre los principios aplicables en el procedimiento inquisitorial; ya que éste se dio a conocer en la historia porque era secreto, coaccionada 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.

A) EL DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN.

El primer derecho del inculpado consiste en conocer la acusación, ya que de lo contrario, se le imposibilita la defensa al no tener conocimiento de su contenido. Por lo cual, le serán facilitados todos los datos que consten en el proceso y sean solicitados para su defensa. En caso de que no se le suministren estos datos que le son necesarios, se considerará violadas las leyes del procedimiento penal, de acuerdo a lo que establece la ley de Amparo. (art. 160 Fracc. VIII).

Por ésta razón, ninguna actuación podrá mantenerse secreta para el acusado. Tanto él como su defensor, tienen el acceso a todas y cada una de las constancias de la causa. De hecho todo abogado debe iniciar su labor de defensor haciéndose de copias del expediente para conocer la acusación y preparar su defensa.

El conocimiento de la acusación deberá otorgarse al inculcado dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el cual consiste en informar el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación; así como los testigos que declaren en su contra. Entendiéndose por naturaleza de la acusación el delito por el cual se le consignó ante la autoridad judicial; ya que intencionalmente el constituyente evito el empleo de la palabra delito, siendo ésta un término, que pudiera escapar del entendimiento del procesado.

En base a la información otorgada por la autoridad correspondiente el inculcado deberá rendir su declaración, el cual podrá negarse a hacerlo, o bien hacerlo selectivamente, manifestando lo que a su derecho convenga y negándose si es su deseo a responder las preguntas que le realice el Ministerio Público, ya que el inculcado no puede ser compelido a declarar en su contra. Entendiendo por compeler “obligar a uno, con fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere”⁶¹

De esta manera, el inculcado se encontrará en la libertad de declararlo que a su derecho convenga, sí así lo desea o bien reservarse su derecho a declarar en relación a los hechos que se investigan. Siendo lo más apropiado emplear términos sencillos y apropiados al dar conocimiento al inculcado del hecho punible que se le atribuye para facilitarle su comprensión. Entendiéndose por causa de acusación a aquellas pruebas y razones que se encuentran en la Averiguación Previa y que sirven de fundamento para presumir la responsabilidad del imputado.

⁶¹ MANCILLA OVANDO José Alberto. Op cit p. 211.

B) EL DERECHO A RENDIR DECLARACIÓN:

Conforme al texto constitucional a estudio, el juez deberá informar al indiciado el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo mediante su declaración preparatoria. De donde resulta que la declaración es uno de los medios de defensa que garantiza la Constitución al acusado. Así como también en el caso de declarar, contestar o no las preguntas que le formule el Ministerio Público, y en su caso su defensa.

Para que el acusado pueda contestar adecuadamente el cargo en su declaración preparatoria, ésta deberá rendirse en audiencia pública, después de que se le haya proporcionado la información adecuada para que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y después de haber nombrado defensor que lo asista en la diligencia.

En consecuencia la conculcación de esta garantía constitucional, dentro del juicio penal produce la falta de validez de la declaración, como elemento de prueba de tal forma que ésta no podrá brindar valor probatorio y menos elevarse a la calidad de declaración confidencial.⁶²

C) EL DERECHO A OFRECER PRUEBAS.

De acuerdo al artículo 14 constitucional, el inculpado tiene la garantía de audiencia, lo cual comprende a su vez varios derechos, siendo uno de estos el de ofrecer pruebas, que constituye una de las formalidades esenciales del

⁶² Ibid. p 212

procedimiento, es decir, a que se le reciban todas las pruebas que ofrezca a partir del momento en que la causa quede radicada ante el juez.

Ya que como bien dice el Dr. Ignacio Burgoa “toda resolución jurisdiccional debe decir el derecho en un conflicto jurídico apegándose a la verdad o realidad, y no bastando para ello la sola formación de la controversia (litis en sentido judicial) mediante la formulación de la oposición del presunto afectado, es menester que a éste se le conceda una segunda oportunidad dentro del procedimiento en que tal función se desenvuelve, es decir, la oportunidad de probar los hechos en los que finque sus pretensiones opositorias (oportunidad probatoria). Por ende, toda ley procesal debe instituir dicha oportunidad en beneficio de las partes del conflicto jurídico, y sobre todo, en favor de la persona que va a resentir en su esfera de derecho un acto de privación”.⁶³

Sin embargo, la fracción V del art. 20 Constitucional, nos establece ciertas características propias de este derecho en el proceso penal; al afirmar “se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso”.

Con esto la Constitución nos lleva a la obligada conclusión de que le serán recibidas al acusado o defensor de éste, “todas las pruebas que ofrezca”, esto significa que tiene garantizado el sistema de “prueba libre”, quedando en absoluta libertad para escoger los medios con que pretende obtener la convicción del juez

⁶³ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op cit. p 261.

respecto de los hechos del proceso; en oposición al sistema de prueba legal que limita las admisibles a aquellas taxativamente enumeradas en la ley.

Pero es necesario aclarar que estos dictados constitucionales no tienen aplicación en la averiguación previa, ya que: “en la etapa investigadora, los actos de autoridad tienden a allegarse pruebas que demuestren la validez de la pretensión jurídica de la acción penal; son atribuciones exclusivas de la representación social el determinar que pruebas le permitirán acreditar que la conducta es delito en términos de la ley y quién es el supuesto responsable; de tal manera que por no existir acusación (pues aún no se ejercita el derecho de acción) no existe la necesidad de la defensa y, por tanto, que se actualice la existencia de las atribuciones probatorias del indiciado.”⁶⁴

Es por ello, que mientras no se hace la consignación a la autoridad judicial, el presunto responsable no tiene, en rigor, la situación de consignado; y en consecuencia, queda sujeto para la recepción de pruebas, a las que el órgano investigador estime convenientes conforme a su criterio. Por consiguiente la garantía constitucional de ofrecer pruebas rige dentro del proceso, debiéndose ofrecer éstas en los términos y plazos que establece la legislación procesal penal; ya que en el Artículo 20 Constitucional no determina de manera alguna, que la prueba deba recibirse en todo tiempo y a voluntad absoluta del quejoso, sino que en el tiempo que la ley respectiva conceda para tal efecto. Y para su admisión deberán ser de tal naturaleza que no resultaren contrarias a la ley o a la moral. Es decir, no tendrán calidad de pruebas aquellas que prohíbe en forma expresa la ley, así como

⁶⁴ MANCILLA OVANDO, José Alberto Op cit. p 207

aquellas que atenten contra la dignidad del proceso o de las personas que sean instrumentos probatorios en el juicio.

Las presentes pruebas que puedan ofrecerse en juicio deben ser con el objeto de demostrar la inocencia del acusado, y esclarecer la verdad de los hechos que se le imputan a éste.

No obstante en el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal dispone que serán admitidas como pruebas todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y que no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal; y cuando lo estime necesario la autoridad judicial, podrá por algún otro medio de prueba establecer su autenticidad.

Sin embargo, el derecho a ofrecer pruebas concedido al procesado penal se distingue del genérico derecho probatorio contenido en el artículo 14 Constitucional porque incluye, a nivel constitucional, la obligación impuesta a las autoridades judiciales de auxiliarlo (con los medios de apremio) para obtener la comparecencia de sus testigos.

Ahora bien, de acuerdo a las facultades que posee el juzgador para admitir las pruebas que se ofrezcan en el proceso, en términos constitucionales, es necesario mencionar que en todo proceso contencioso constituye una carga del oferente de la prueba al señalar los elementos que permitirán el desahogo cuando su naturaleza lo requiera y que la probanza tiende a acreditar la veracidad de los hechos materia del litigio. En cambio en materia penal, tales exigencias no rigen. El Poder Constituyente consagra el derecho probatorio como una formalidad esencial del

procedimiento, estableciendo la obligación del juzgador de brindar procesadamente el auxilio que se requiera para obtener el desahogo de las pruebas ofrecidas.⁶⁵

Esta disposición, confirma una vez más la voluntad del Estado de brindar seguridad a los gobernados sujetos a un proceso penal; ya que su cumplimiento implica una necesidad social, de tal forma que la omisión produce la presunción legal de indefensión del reo, por viciar su garantía de audiencia y la abstención del juez, se considera como un exceso de poder que destruye el acto de autoridad de la recepción de las pruebas y las determinaciones procesales posteriores que se sigan en el juicio.

Ya que de acuerdo a ejecutoria; independientemente de que el juzgador considere que debe o no examinar las pruebas ofrecidas, porque no tengan relación con el negocio, no puede rechazarlas, ya que analizando la fracción V del artículo 20 Constitucional, es claro en cuanto a la recepción de pruebas, pues la única condición que señala es que los testigos se encuentren en el lugar del proceso.⁶⁶

Con base en esto se puede confirmar por exclusión, la validez de los argumentos vertidos; sólo cuando no se pida el desahogo de la prueba testimonial vía exhorto o requisitoria (por encontrarse el testigo fuera del lugar donde territorialmente se ubica el juzgado y a la luz del Código de Procedimientos Penales) el juzgador de la causa podría negarse a admitir y a desahogar las pruebas que ofrezca el acusado.

⁶⁵ Ibid. p. 209

⁶⁶ Ejecutoria visible en el volumen 62, pag 24 PRUEBAS, EL JUEZ NO PUEDE RECHAZARLAS ADUCIENDO QUE NO TIENEN RELACIÓN CON EL NEGOCIO Séptima Época, segunda parte, bajo el rubro: Amparo directo 4466/73, Francisco Villarreal Figueroa

Los beneficios que brinda esta garantía constitucional son dables para quien formalmente este sujeto a proceso; es por ello que si el acusado se encuentra prófugo, por el hecho de haberse sustraído de la acción de la justicia le excluye de la hipótesis constitucional y le hace negatorio su derecho de las pruebas.⁶⁷

Esto conforme a la interpretación del artículo 20 fracción V, cuando dice “siempre que se encuentre en el lugar del proceso”, ya que de lo contrario, al sustraerse de la acción de la justicia, debiendo quedar sujeto a un procedimiento penal, no puede gozar de esta garantía de pruebas, ya que el efecto jurídico que se produce es la suspensión del procedimiento hasta en tanto no sea reaprehendido, por tales causas no se puede admitir y desahogar las pruebas que ofrezca, sin que ello viole garantías individuales.

D) EL DERECHO A SER CAREADO.

Respecto a los careos en el proceso penal como garantía que respalda el art. 20 en su fracción IV señala “ siempre que lo solicite será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra”, entendiéndose en un concepto genérico que incluye al denunciante o querellante; y que en todo caso el inculpado deberá solicitarlo para que el juez se lo conceda o también en su caso renunciar al mismo. Los careos constitucionales se establecen como formalidad esencial en el proceso penal; constituyen una obligación procesal que el juez debe satisfacer, para que no se viole la garantía de audiencia del acusado, y dejarlo en un estado de indefensión, que lo prive de defensa.

⁶⁷ MANCILLA OVANDO, José Alberto Op cit. p 210

A un lado de los careos constitucionales, los códigos procesales establecen careos supletorios (artículo 228 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal), que deberán practicarse cuando exista contradicción en las declaraciones de dos personas.

El careo en su aspecto de garantía constitucional, tiene por objeto que el procesado vea y conozca las personas que declaran en su contra para que no se pueda forjar artificialmente testimonios en su perjuicio, y darle ocasión de hacerles preguntas que estime pertinentes a su defensa, en tanto que desde el punto de vista procesal se persigue como fin aclarar los puntos de contradicción que hay en las declaraciones respectivas.

Teniendo como única condición que se encuentren en el lugar del juicio quienes hayan de carearse, sin exigir que dichas declaraciones sean contradictorias como sucede en el careo supletorio. El hecho de no carear al procesado con los testigos de cargo, constituye una violación al procedimiento (artículo 160 fracción III Ley de Amparo).

Sin embargo cuando entre los dichos del acusado y testigos no exista contradicción alguna, cuando ocurre en el caso en que el acusado haya confesado los hechos imputados, puede darse el caso de que se omita el careo, sin que ello constituya una violación de garantía .

“Los careos tienen por objeto brindar elementos psicológicos insuperables al juzgador, al poner frente a frente a quienes han declarado en el proceso y confrontar

la validez de sus testimonios, lo que le permitirá dictar justicia con apego a la verdad.”⁶⁸

E) EL DERECHO A TENER DEFENSOR.

Interpretando el artículo 20 fracción IX, estimamos que el acusado tiene derecho a defenderse por sí, por abogado o por persona de su confianza. Debiendo comparecer en todos los actos del proceso y cuantas veces se le requiera. Y en caso de que no quisiere o no pudiere nombrar defensor, después de haber sido requerido debidamente por el juzgado, el juez le designará un defensor de oficio.

Por lo que refiere a los defensores de oficio, en caso de que el inculpado no designe a defensor particular la ley dice que el juez deberá presentarle una lista de defensores a dicho procesado para que éste elija alguno, sin embargo en la práctica no existe ninguna lista de defensores de oficio que el juez pueda ofrecerle, simplemente se limita a designar al defensor que se encuentre adscrito al juzgado de su competencia.

Como razones de verdadera importancia para que se considere necesaria la intervención del defensor en el Proceso Penal se encuentran:

1.- Cumplir con el derecho de defensa que consagra la Constitución. Con el fin de que cuente con una buena defensa realizada por un Licenciado en Derecho, de que se le respeten sus garantías individuales y que se vigile la legalidad del procedimiento.

2.- Darle el debido cumplimiento al principio de igualdad de las partes ya que el órgano encargado de la persecución de los delitos en México es el Ministerio

⁶⁸ Ibid. p 213.

Público, el cual se encuentra representado por Agentes, quienes según la ley deben ser personas tituladas (Licenciado en Derecho), por lo que al rebatir argumentos con un defensor ; si éste no es un Licenciado en derecho (titulado) no contaríamos con el principio de igualdad entre las partes.

El defensor debe ante todo asesorar a su defendido, aconsejándolo con base a sus conocimientos jurídicos, técnicos y su experiencia, haciéndole saber las normas substanciales y procesales en relación con el hecho y las peculiaridades del caso concreto. Implicando dicha asistencia la vigilancia por parte del abogado que intervenga en los diversos actos, que se verifique el cumplimiento de los términos, el diligenciamiento correcto de las incidencias, y al mismo tiempo observar una atención constante hacia el curso del proceso. Concretándose esta función a través de su presencia en todos aquellos actos que exigen la comparecencia personal del inculcado.

A medida que el proceso penal alcanza mayores niveles técnicos, aumenta la intervención del defensor y disminuye la del procesado, al grado en que apenas se requiere su presencia para algunos actos aislados de carácter personalísimo, tales como la declaración preparatoria o los careos.

Nuestra Constitución al hablar del derecho de defensa refiere que el acusado podrá defenderse “por sí, por abogado, o por persona de confianza ” entendiéndose de tal transcripción, que la intención de los legisladores en este caso, era de alguna manera el dejar en manos del inculcado el derecho a elegir y no permitir a las autoridades que impidieran el libre nombramiento de defensor. No obstante pudiera suceder que el nombramiento recayera en una persona que no tuviera el título de

Asimismo el Ministerio Público cuenta también con funciones específicas como son: El “ejercicio de la acción penal” que tiene por objeto:

- 1.- Pedir la aplicación de las sanciones que correspondan de acuerdo a las leyes penales;
- 2.- Pedir la libertad de los procesados, en los casos en que proceda, aunque al decir verdad será raro ver al Ministerio Público en este supuesto;
- 3.- Pedir la reparación del daño, en los casos en que proceda.

De igual forma en todo proceso penal el sujeto que es acusado de un hecho ilícito tendrá derecho a recibir asesoría jurídica; tan es así que en la diligencia de declaración preparatoria el inculpado, como lo establece el artículo 59, comparecerá asistido de su defensor y en su caso de alguna persona de confianza, sin que esto implique una exigencia procesal. Siendo que en todas las audiencias que se lleven a cabo con motivo de su proceso que se le instruya, el inculpado, de acuerdo al artículo 69, podrá defenderse por sí mismo o por las personas que nombre libremente, sin que el nombramiento de defensor excluya el derecho a defenderse por sí mismo. En el caso de que el inculpado tuviere varios defensores, no se oirá más que a uno en la defensa y al mismo o a otro en la réplica. Y en el supuesto de que el inculpado no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará un defensor de Oficio.

Desde la Averiguación Previa, los indiciados podrán nombrar abogado o persona de confianza que se encargue de su defensa. A falta de uno o de otro el Ministerio Público le nombrará uno de Oficio, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 134.

Igualmente, conforme a lo que expresa el artículo 59, 287 y 290, al tomarse su declaración preparatoria, la cual deberá realizarse dentro de las 48 horas, a partir de que ha quedado a disposición de la autoridad judicial, después de concluir con los datos generales del inculcado, se procederá enseguida a hacerle saber el derecho que tiene a una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez nombrará un defensor de Oficio.

Ante tal situación el inculcado deberá manifestar si cuenta con la asesoría de un defensor particular, debiendo ser un letrado, sin que ello afecte el hecho de contar también, si es su deseo con una persona de confianza. En caso de que no contare con la asesoría jurídica de un defensor particular, se procederá enseguida a nombrarle el juez un defensor de Oficio, ello con la finalidad de que no se le deje en un estado de indefensión y no le sea violado su derecho a una defensa adecuada que garantiza el artículo 20 Constitucional en su fracción IX.

En caso de que el inculcado tuviere varios defensores, estará en la obligación de nombrar a un representante común, y en caso de no hacerlo lo determinará el juez competente.(art. 296)

El defensor que designe el inculcado tendrá la obligación de encontrarse presente en todas y cada una de las actuaciones que se realicen en razón del proceso que se le instruya, así como asistirlo en las audiencias que se celebren a efecto de desahogar las pruebas que previamente fueron ofrecidas, con el objeto de esclarecer los hechos y sobresalga la verdad de los mismos.

Como se podrá ver la función del defensor es importante en cuanto al desarrollo del proceso que se le instruye a todo individuo acusado de un hecho que se reconoce como delito por nuestras leyes penales, debiendo aplicar todos sus conocimientos de la manera al caso concreto y en favor de su defenso, anteponiendo al interés personal, el bienestar de su representado, ya que se encuentra en peligro muchos de sus derechos como son la libertad, la legalidad de un proceso, así como la seguridad jurídica, sólo por mencionar algunos.

Tanto los actos del defensor, sea éste particular o de oficio; así como las actuaciones del Ministerio Público, así como las del Órgano Jurisdiccional, deberán regirse por nuestras leyes penales, así como por nuestra Carta Magna, debiendo conducir sus actos de acuerdo a lo que establece nuestro derecho mexicano.

3.- EN LA LEY DE LA DEFENSORIA DE OFICIO DEL DISTRITO FEDERAL.

Sus disposiciones son de orden público e interés social, y tienen por objeto regular la Institución de la Defensoria de Oficio del fuero común en el Distrito Federal, donde sus servicios de asesoría, patrocinio o defensa en las diversas materias (penal, civil, familiar y de arrendamiento inmobiliario) serán obligatorios y gratuitos.

Esta ley tiene como objeto el regular la prestación del servicio de Defensoria de Oficio en asuntos del fuero común con el fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y

representación jurídica. Dicho servicio será gratuito y obligatorio y se prestará bajo los principios de prioridad, honradez y profesionalismo.

Por lo que refiere al orden penal, será proporcionada la defensa al acusado en los términos del artículo 20 fracción IX de la Constitución. Entendiéndose de acuerdo a esta ley por defensor de oficio al servidor público que posea tal designación, y que tiene a su cargo la asistencia jurídica de aquellas personas que no tienen una defensa legal particular.

Estando obligados a: prestar personalmente el servicio de orientación, asesoría y representación a las personas que lo soliciten; representar y ejercer ante las autoridades competentes los intereses y los derechos jurídicos de los defendidos o asistidos; evitar en todo momento la indefensión de sus representados; vigilar que se respeten las garantías individuales de sus representados, así como formular las demandas de Amparo respectivas; llevar un registro y formar un expediente de control de todos los procedimientos o asuntos en que intervengan, desde que se les turnen hasta que termine sus intervención.

Teniendo el Defensor de Oficio, conforme al artículo 16 de esta ley, como principales obligaciones las siguientes:

- 1.- En asuntos de naturaleza penal, prestar el servicio de defensa a las personas que lo soliciten o cuando sea ordenado por designación judicial;
- 2.- Interponer bajo su más estricta responsabilidad, los recursos que procedan conforme a la leyes penales, para no dejar en estado de indefensión a su defendido;

- 3.- Formular los amparos respectivos cuando las garantías individuales de sus representados estimen violadas por la autoridad correspondiente;
- 4.- Llevar un Libro de Registro en donde se asentarán todos y cada uno de los datos inherentes a los asuntos que se les encomendaron desde su inicio hasta su total resolución, formando expedientes de los asuntos a su cargo;
- 5.- Asistir diariamente a las Agencias del Ministerio Público y Juzgados de su adscripción y a sus propias oficinas, permaneciendo en ellas el tiempo necesario para el fiel desempeño de las defensas que les estén encomendadas;
- 6.- Auxiliar a su defenso en toda diligencia a efecto de lograr la debida prestación del servicio.

De igual manera, el Defensor de Oficio cuenta con determinadas funciones en el área de Averiguaciones Previas, que se estipulan en el artículo 18, como son:

- 1.- Atender las solicitudes de Defensoría de Oficio, que les sean requeridas por el indiciado o infractor, Agente del Ministerio Público o Juez Calificador;
- 2.- Estar presente en el momento en que su defendido rinda su declaración ante la autoridad correspondiente;
- 3.- Entrevistarse con el indiciado o infractor para conocer de viva voz la versión personal de los hechos y los argumentos que pueda ofrecer a su favor, para hacerlos valer ante la autoridad del conocimiento;
- 4.- Asesorar y auxiliar a su defenso en cualquier otra diligencia que sea requerido por la autoridad correspondiente;
- 5.- Señalar en actuaciones los lineamientos legales adecuados y conducentes para exculpar, justificar o atenuar la conducta de su representado;

6.- Solicitar al Ministerio Público del conocimiento, el no ejercicio de la acción penal para su defenso, cuando no existan datos suficientes para su consignación;

7.- Vigilar que se respeten las garantías individuales de su representación,

8.- Establecer el nexo necesario con el Defensor de Oficio adscrito al Juzgado, cuando su defenso haya sido consignado, a efecto de que exista uniformidad en el criterio de defensa, y

9.- Las demás que coadyuven a realizar una defensa conforme a derecho, que propicie la impartición de justicia pronta y expedita.

Y por lo que hace a los Juzgados de Primera Instancia en materia penal, la defensa de oficio deberá ejercer las siguientes funciones:

1.- Atender las solicitudes de Defensoria de Oficio que les sean requeridas por el acusado o el Juez que corresponda, aceptando el cargo y rindiendo la protesta de ley;

2.- Estar presente en la toma de la declaración preparatoria del inculgado, haciéndole saber sus derechos;

3.- Ofrecer las pruebas pertinentes para una defensa conforme a derecho;

4.- Presentarse en las audiencias de ley, para interrogar a las personas que depongan a favor o en contra del procesado, a efecto de obtener una adecuada defensa;

5.- Formular en el momento procedimental oportuno, las conclusiones a que refiere el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal;

6.- Emplear en cualquier etapa del proceso, los medios que den lugar a desvirtuar el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad penal de su representado, a efecto de obtener un resultado favorable para el encausado;

7.- Interponer en tiempo y forma los recursos legales que procedan contra las resoluciones del juez;

8.- Solicitar el otorgamiento de los beneficios a que se refiere el Código Penal, si se reúnen los requisitos señalados por dicho Ordenamiento, y

9.- Las demás que coadyuven a realizar una defensa conforme a derecho, que propicie la impartición de justicia pronta y expedita.

De igual forma, como lo establece el artículo 34, tendrá la obligación de concurrir al Juzgado de su adscripción cuando éste se encuentre en turno, a efecto de cubrir los servicios que presta la Institución; la falta de asistencia a los citados turnos se considera responsabilidad oficial de acuerdo a lo dispuesto por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Y podrá incurrir en responsabilidad *oficial en las causas que especifica el artículo 37, que son:*

1.- Por demorar, sin justificación, las defensas o asuntos que se les encomienden;

2.- Por negarse, sin causa justificada, a patrocinar las defensas o atender los asuntos que les correspondan por su cargo;

3.- Por solicitar o aceptar, dádivas o alguna remuneración de sus defensos o patrocinados, o de las personas que tengan interés en el asunto que gestionen o representen;

4.- Por no promover oportunamente los recursos legales que procedan y por negligencia en la presentación de pruebas que favorezcan a su defenso o patrocinado, y

5.- Por dejar de cumplir con las demás obligaciones que le imponen esta ley y las demás disposiciones jurídicas aplicables.

De acuerdo a su reglamento respectivo, se determinan además de las ya referidas (art. 6), las siguientes obligaciones:

- 1.- Atender con cortesía y prontitud a los solicitantes o usuarios del servicio;
- 2.- Sujetarse a las disposiciones legales vigentes, utilizar los mecanismos de defensa que correspondan e invocar la jurisprudencia y tesis doctrinales aplicables, que coadyuven a una mejor defensa;
- 3.- Abrir un expediente de control de cada uno de los juicios a su cargo, del asunto, así como una síntesis de los acuerdos o resoluciones relevantes;
- 4.- Llevar una relación de fechas de las audiencias de los juicios que tenga encomendados, y remitirla al Jefe de Defensores con una semana de anticipación a su desahogo, a efecto de que en caso necesario se designe un defensor sustituto,
- 5.- Estar presentes e intervenir ofreciendo y desahogando las pruebas pertinentes o formulando alegatos, en el momento en que su defendido rinda su declaración ante el Ministerio Público o el Juez Calificador, y
- 6.- Las demás que le encomienden sus superiores jerárquicos.

Pudiendo apoyarse la Defensoría de Oficio en el ejercicio de sus funciones, de los peritos que se requieran en artes, ciencias, profesiones u oficios.

4. JURISPRUDENCIA.

La palabra *Jurisprudencia* posee dos acepciones distintas. Una de ellas equivale a ciencia del derecho teoría del orden jurídico positivo y en la otra, sirve para designar el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales.⁷⁰

⁷⁰ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho 41 ed. Ed Porrúa, México, 1990 p 68.

La ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o en Salas, constituye jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se trata de jurisprudencia en Pleno, o por cuatro ministros en caso de jurisprudencia de las Salas. (artículo 192 párrafo segundo de la Ley de Amparo).

Las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada Tribunal Colegiado.(artículo 193 segundo párrafo de la Ley de Amparo)

A continuación haré mención de algunas jurisprudencias y tesis que nos hablan respecto a la garantía de Defensa, en un procedimiento penal.

DEFENSOR. CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN AL PROCEDIMIENTO SU ILEGAL DESIGNACIÓN, SI LA MISMA RECAE EN UN PASANTE EN DERECHO, POR LO QUE CON ELLO SE VIOLA LA GARANTÍA INDIVIDUAL DE ADECUADA DEFENSA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO) El artículo 160 de la Ley de Amparo, dispone que en los juicios del orden penal se consideran violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte las defensas del quejoso: “II. Cuando no se le permita nombrar defensor , en la forma que determine la ley...”. En este sentido, la ley adjetiva penal para el Estado de México en el Capítulo II, del Título Quinto, relativo a la “Declaración Preparatoria del inculpado y nombramiento de defensor”, en su artículo 182,

fracción IV, último párrafo, ordena que el Juez tendrá la obligación de hacer saber al detenido en ese acto: "...fracción IV. El derecho que tiene de defenderse por sí mismo o para nombrar persona de confianza que lo defienda, advirtiéndole que si no lo hiciera, el Juez le nombrará un defensor de oficio ...Si la persona designada defensor no es abogado, con título legalmente registrado, se le requerirá para que designe además, a quien lo sea para que asesore técnicamente al defensor no abogado. Si no lo hace el Juez le designará al de oficio para tal efecto, quien siempre debe tener título". Luego entonces, el quejoso al rendir su declaración preparatoria ante el Juez natural manifestó que nombraba como su defensor a un pasante de derecho, quien encontrándose presente en ese acto dijo que aceptaba el cargo conferido, y el citado Juez del proceso lo tuvo por nombrado en tales términos sin dar cumplimiento al último párrafo del mencionado precepto, es evidente que el aludido juzgador violó las normas procesales establecidas en ese artículo 182, fracción IV, último párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, vulnerando con ello en perjuicio del procesado la garantía de la adecuada defensa contenida en la fracción IX del artículo 20 Constitucional, lo que obliga a conceder el amparo y protección de la Justicia Federal, para el efecto de que la Sala responsable ordene se reponga el procedimiento a partir de la diligencia de declaración preparatoria del quejoso y el procesado designe un defensor que tenga el carácter de Licenciado en Derecho, o en su caso le designe al defensor de oficio, para que asesore al pasante en derecho que nombró como defensor.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo Directo 388/97. Daniel Olín Miranda. 3 de julio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Antonia Herlinda Velasco Villavicencio. Secretario: Rafael Zamudio Arias.

Amparo Directo 34/98. Tomás Colín de Jesús. 4 de febrero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Antonia Herlinda Velasco Villavicencio. Secretaria: Gloria Angélica Juárez García.

Amparo Directo: 344/98. Raúl Reza Martínez. 10 de agosto del 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Antonia Herlinda Velasco Villavicencio. Secretaria: Gloria Angélica Juárez García.

Amparo Directo 380/98. Faustino González Serrano. 27 de agosto de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Melgoza Figueroa. Secretaria: Yolanda Leticia Escandón Carrillo.

Amparo Directo 456/98. María Gabriela Pérez Rodríguez. 24 de septiembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Herlinda Velasco Villavicencio. Secretario: Rafael Zamudio Arias.

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

Si bien es cierto que conforme al artículo 387 del Código de Procedimientos Penales, el Tribunal de Apelación puede ordenar la reposición del procedimiento incluso de manera oficiosa, esa posibilidad no es arbitraria o caprichosa sino que tiene un presupuesto o condición indispensable, el cual consiste en la existencia indiscutible de una “violación manifiesta del procedimiento que haya dejado sin defensa al procesado, y que sólo por torpeza o negligencia de su defensor no fue combatida”, de lo que se sigue que la condición para ordenar la reposición en tal hipótesis, no es la actitud del defensor sino la violación manifiesta al procedimiento y por este debe entenderse el conjunto de actos, diligencias y resoluciones relativas a las diversas etapas de la secuencia de un juicio o actividad jurisdiccional, es decir,

las normas o reglas impuestas por la ley para dar forma a la función del Juez y las partes en el ejercicio y aplicación del derecho; por tanto, es evidente que no se produce violación procedimental cuando no se infringe alguna disposición de tal naturaleza, y si la quejosa aduce que la violación consiste en la ineptitud mostrada por un defensor al no haber impugnado determinadas pruebas o por dejar de ofrecer algunas otras y de las constancias se advierte que la causa penal se llevó por todas sus fases y sin contravenir precepto legal alguno, procede declarar infundado el concepto de violación en que se considera necesaria la reposición, puesto que no existió ninguna violación manifiesta al procedimiento que produjera la indefensión del procesado, y no puede estimarse como tal la actuación de quien llevara la defensa, independientemente de la apreciación que de ese quehacer tenga el acusado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 1032/94. Josefina de las Mercedes Gutiérrez Gutiérrez. 2 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretario: José Nieves Luna Castro.

DEFENSOR FALTA DE ACEPTACIÓN Y PROTESTA DEL CARGO ATRIBUIRLE A LA AUTORIDAD. Si el procesado nombra su defensor particular y acordada la petición, la autoridad no notifica a éste la designación, sino que dispone hacer de su conocimiento el aludido nombramiento por conducto del inculpado, se comete una violación substancial al procedimiento que afecta las defensas del quejoso, porque no existe precepto legal que faculte al juez para encomendar a una de las partes la notificación de los acuerdos ni menos para imponer al reo la obligación de comunicar a su defensor que la designación fue aceptada, ya que en

todo caso la notificación de los decretos, autos y sentencias, corresponde al actuario del juzgado; de tal manera que se vulnera lo dispuesto en la fracción IX del artículo 20 Constitucional que da derecho al acusado de ser oído en su defensa por persona de su confianza, porque si se encuentra privado de su libertad, es claro que no tiene posibilidad de comunicar a su defensor el nombramiento.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO.

Amparo directo 157/91. Diego Fuentes Loreto. 7 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Pérez Herrera. Secretaria: Mercedes Montealegre López.

DEFENSOR, CONSTITUYE VIOLACIÓN DE PROCEDIMIENTO CUANDO EL ACUSADO REVOCA EL DESIGNADO Y NO SE PROVEE SOBRE EL SUBSTITUTO. Es manifiesta la violación de procedimiento por implicar un estado de indefensión, con infracción de lo dispuesto en la fracción IX del artículo 20 Constitucional, cuando en el proceso no se provee la manifestación de voluntad del procesado, en el sentido de ser defendido por un profesionista y al mismo tiempo, revoca el nombramiento anterior recaído en diversa persona, siendo así que las subsecuentes notificaciones se siguen entendiendo con este último una vez que ya no tiene el carácter de defensor y, por tanto, no pueden surtir efecto legal alguno. En ese caso debe concederse la protección federal solicitada para el efecto de que se reponga el procedimiento.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 451/88. Jorge Galicia Juárez. 17 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Oscar Vázquez Marín. Secretaria: Myriam del P. S. Rodríguez Jara.

En cuanto a la etapa de Averiguación Previa, la tesis escrita a continuación, refiere en relación a la garantía de defensa, lo siguiente:

DEFENSA, GARANTIA DE. AVERIGUACION PREVIA. Es durante la instrucción cuando la autoridad judicial tiene la obligación de nombrar defensor al encausado, pero durante la averiguación previa es a cargo de éste último el designar defensor; y de no aparecer dato alguno de que el acusado hubiere ofrecido defensor y de que la representación social se lo rechazara, legal es sostener que al respecto ninguna violación existe.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 46/91. Fernando Narvárez Yáñez. 19 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

CAPITULO CUARTO

INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Los períodos o fases del procedimiento penal en primera instancia ante el Ministerio Público como autoridad y posteriormente ante los jueces penales son:

- Averiguación Previa,
- Preproceso,
- Proceso,
- Conclusiones, y
- Sentencia.

“En el proceso penal, o más ampliamente , en el procedimiento, se busca la verdad material o histórica , no simplemente la verdad formal que resulta de las aseveraciones de las partes. De ahí entonces, que posea tan elevada importancia la actividad probatoria. En diversa medida, esta se despliega lo mismo en el curso de la averiguación previa que al través del proceso en primera instancia...”⁷¹

1. LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Después de analizar la Constitución así como las leyes que hacen referencia a la fracción IX del artículo 20 Constitucional, cabe señalar que aún cuando no existe norma alguna que nos precise en que consiste el carácter de “adecuada” que señala nuestra Carta Magna, creemos al respecto que lo que quiere decir es que el defensor realice todo aquellas aquellas actuaciones destinadas a defender los

⁷¹ GARCIA RAMÍREZ Sergio y otro Prontuario del Proceso Penal Mexicano. 9º ed. Ed. Porrúa. México. 1999, p.13

intereses del inculgado que se encuentran en juego, en la forma exigible a una persona preparada en el área jurídica para el debido cumplimiento de su función, y aunque no lo especifica nuestra Constitución, la ley reglamentaria de su artículo 5º, refiere que dicha defensa debe realizarse por un defensor con título, es decir, un abogado, ya que es de suponerse, es el sujeto idóneo para realizar dicha actividad, por sus conocimientos teóricos y prácticos en la materia.

González Bustamante señala que la defensa “es la función encaminada a destruir las pruebas de cargo existentes, de manera que la resolución jurídica que se pronuncie, se traduzca en una exculpación o, al menos en una mejoría de la situación jurídico-procesal que guarda el inculgado.”⁷²

Para que el defensor sea particular o de oficio, realice su función en el procedimiento penal, es necesario que se auxilie de diversos métodos de investigación. Entendiéndose por Método, el conjunto de procedimientos para llegar a un resultado determinado; es decir, el camino que deberá seguir el abogado defensor que lo conducirá al conocimiento, para llegar a un resultado, en su actividad jurídica. El cual le permitirá tener una mayor noción de los hechos en concreto, desentrañar las dudas que tenga en relación a los mismos y al mismo tiempo obtener el esclarecimiento de la verdad de los acontecimientos, tomando en consideración las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho acontecido, así como la participación de su defendido en el ilícito, (en caso de que haya intervenido), para analizarla y determinar de que manera se le puede favorecer.

⁷² Citado por: BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos. Op cit p. 366

El método que utilice, será la vía lógica a través del cual el pensamiento adquiere dinamismo con sentido de orientación para llegar a un destino, por medio del cual la mente humana valora o deja de valorar circunstancias que a través de los tiempos y del ámbito universal afloran como aciertos o equivocaciones. Nos permite conocer la verdad, a través de la operatividad del pensamiento, el valor jurídico y las reflexiones resultantes.

Los métodos más usuales, para que el defensor se auxilie en su tarea de la defensa del inculgado, son:

El método deductivo, que constituye un movimiento del pensar que va de lo general a la idea de mayor particularidad; por contener una premisa mayor, premisa menor y conclusión; y comprender de esta manera un objeto de estudio o reflexión.

El método inductivo, que se basa en el razonamiento, mediante el cual se pasa del conocimiento de un determinado grado de generalización a un nuevo conocimiento de mayor grado de generalización, o bien es el proceso de investigación que parte de lo particular para llegar a lo general.

El método dialéctico, es la característica distintiva del pensamiento especulativo, que es el pensamiento que muestra la estructura de su materia, a través de la construcción de categorías sintéticas, que resuelven la oposición de contrarios entre las categorías en conflicto (tesis y antítesis) de la misma materia

El método exegético jurídico, es la interpretación que se ha practicado con el devenir del tiempo por los estudiosos del derecho, al momento de estudiar minuciosamente cada una de las leyes, códigos y reglamentos que rigen nuestro país y dándole una interpretación propia del alcance literal y normativo del deber ser de los mismos, apegarse a su aplicación al caso concreto. Por tanto quienes ejercen el derecho, observan en la ley algo incuestionable y misterioso, por lo que se enfocan a

entender el espíritu de la ley a la luz que les proporciona la letra legislada y plasmada en leyes, códigos y reglamentos.

A través de su actividad, el abogado defensor, y con la ayuda de los métodos antes señalados, tendrá como único y principal objetivo, el acreditar la inocencia de inculpado, el encontrar alguna causa que excluya la responsabilidad o el delito del que se le acusa; o en su caso, solicitar la penalidad mínima aplicable al caso concreto; fundando y motivando desde luego, cualquiera que sea su petición.

Se entiende por fundamentar, el invocar con toda precisión y exactitud el derecho aplicable al caso concreto; y el motivar, consiste en exponer con claridad los argumentos lógicos que permitan adecuar la conducta o hecho a las normas jurídicas invocadas; debiendo señalar los hechos, las pruebas que los demuestren, el enlace lógico que adecuó aquellos a las normas abstractas y la conclusión, con los razonamientos necesarios, que impliquen la mencionada adecuación.

2. EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

La Averiguación Previa, es el procedimiento, en el cual el Ministerio Público integra una investigación en relación a hechos constitutivos de delito o delitos, actuando como autoridad y que culmina con la determinación de consignación o de no ejercicio de la acción penal.

Se inicia con la noticia del hecho criminal (aparentemente delictuoso) que se aporta a la autoridad correspondiente siendo en este caso el Ministerio público, por medio de la denuncia o de la querrela, como únicos requisitos de procedibilidad que

autoriza nuestra Constitución; siendo auxiliada dicho órgano por la policía que se encuentra bajo su autoridad y mando. La denuncia es una transmisión de conocimiento sobre la probable existencia del delito perseguible de oficio y por querrela, a esta participación del conocimiento, la expresión de voluntad para que se proceda penalmente, cuando se trata de delitos perseguibles a instancia de un particular legitimado para formular la querrela.

Puede definirse a la Averiguación Previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas las diligencias necesarias para comprobar, en su caso los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.

Las actas que integran dicha averiguación “deben contener todas y cada una de las actividades desarrolladas por el Ministerio público y sus auxiliares, siguiendo una estructura sistemática y coherente, atendiendo una secuencia cronológica, precisa y ordenada, observando en cada caso concreto las disposiciones legales correspondientes.”⁷³

Las leyes procesales no establecen una reglamentación acerca de los actos concretos que habrá de realizar el Ministerio Público en el manejo de la Averiguación Previa, por lo que poseen amplias facultades para el desempeño de sus tareas, teniendo valor pleno las diligencias que ante él se practiquen y se ajusten a la ley procesal. Tampoco hay una regulación en cuanto a la duración de éste procedimiento penal cuando no existe detenido, porque si bien es cierto, en la

⁷³ OSORIO y NIETO. Cesar Augusto. La Averiguación Previa 7ª ed Ed Porrúa México, 1994. p 16

situación de flagrancia y caso urgente, el Ministerio Público cuenta con un término de 48 horas para que integre dicha averiguación.

Inclinándose el Órgano Investigador a recabar todas y cada una de las probanzas que le puedan servir para acreditar los dos elementos esenciales para consignar, sin realizar como es debido una verdadera investigación, queriendo decir con ello, que se integre la averiguación con todas y cada una de las pruebas que existan al respecto de los hechos, tanto de cargo como a favor del indiciado; se entiende que la función principal del Ministerio Público es la de investigar los delitos, de manera general y total y no de manera parcial, es decir, de allegarse de todo aquello que le sirva para acreditar los requisitos que establecen las leyes respectivas para consignar, que son el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

Se puede observar en la práctica que al individuo, que se le realiza una averiguación previa en su contra, a lo más que tiene derecho, es a declarar en relación a los hechos que se investigan y se consideran constitutivos de delito; que si bien, lo puede hacer con la asistencia de un abogado o persona de confianza, con el único objeto de que no sea coaccionado al momento de rendir su declaración ante el Ministerio Público, ya sea a través de la violencia física o moral, por parte del mismo o de sus auxiliares.

El Ministerio Público al integrar una Averiguación Previa debe observar y respetar íntegramente en todos los actos que realice, las Garantías Constitucionales establecidas para todos los individuos de manera que la averiguación se realice con

absoluto apego a derecho y no vulnere la seguridad y tranquilidad de los individuos.

Dichas garantías fundamentales que establece nuestra Constitución para proteger al inculcado se encuentran contenidas en los artículos: 5, 8, 13, 14, 16, 17, 18, 20 y 21, y están referidas a trabajo no obligatorio; petición y contestación de escritos; ser juzgado por autoridades competentes; que exista fundamentación y motivación en las resoluciones dictadas por las autoridades respectivas; delitos del orden militar; leyes especiales no aplicables; procedimiento legal obligatorio; sujeción a formalidades; leyes nuevas sí aplicables, en cuanto beneficien al indiciado; detenciones procedentes: en delito flagrante y casos urgentes; no ser detenido por el Ministerio público durante la Averiguación Previa por más de 48 horas; ser puesto en libertad o a disposición de autoridad judicial dentro del plazo de 48 horas; requisitos para practicar cateos; en caso de consignación; lugares de detención; menores de edad; abstención de malos tratos; conocimiento del delito que se le imputa y la persona o personas que lo acusan; prohibición de incomunicación; intimidación o tortura; nombramiento del defensor; suministro de datos a la defensa y ofrecimiento de pruebas por ésta o por el inculcado; abstención de obligar al indiciado a declarar; solicitar la libertad bajo caución en caso que proceda, no detención por falta de pago de honorarios a defensores, responsabilidad civil u otro concepto análogo, etc.

En cuanto al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal los artículos 3° bis, 126, 134 bis, 135, 136, 152, 165 bis, 183, 184, 187, 188, 262, 266, 267, 268, 269, 271, 273, 285 bis del, otorgan las siguientes garantías al inculcado durante la averiguación previa, tales como: libertad del indiciado y no ejercicio de la acción penal en su contra, cuando exista una causa excluyente de responsabilidad,

previo acuerdo del procurador no ejercitar la acción penal; condiciones de validez de la confesión; abstención de incomunicación, intimidación o tortura durante la averiguación previa; instalación en los lugares de detención de teléfonos para uso de los detenidos; nombramiento de defensor desde el momento de la detención; requisitos para la práctica de cateos, estudios de personalidad y características culturales de los indiciados que pertenezcan a grupos étnicos; designación de interpretes, declaraciones en el idioma del indiciado; formulación de interrogatorios y declaraciones por escrito a los sordos y mudos que sepan leer y escribir; atención médica a detenidos, lesionados o enfermos; detenciones únicamente por el Ministerio Público; 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 los casos de flagrante delito o casos urgentes; constancia del día hora y lugar de su detención y nombre y cargo de quienes la practicaron; conocimiento de la imputación en su contra y en su caso, nombre del denunciante; información relativa a los derechos que tiene de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente, designe sin demora persona de su confianza o abogado para que lo defienda o lo asista; no declarar si es su deseo; si el indiciado es indígena designarle traductor que además le informe de sus derechos; en caso de ser extranjero, que se llame a su representación consular o diplomática; cuando el indiciado no hable o no entienda suficientemente el castellano se le nombrará traductor, desde el primer día de su detención, quien deberá asistirle en todos los actos procedimentales y en la correcta comunicación con su defensor; que se informe su detención al servicio público de localización de personas; conocimiento respecto a su libertad caucional, en caso de que proceda; arraigo domiciliario y su extensión al centro de trabajo; presentación directa ante el juez competente; investigación de los hechos por el Ministerio Público y la Policía

que se encuentra bajo su autoridad y mando, y sujeción de ambos a las leyes códigos y reglamentos correspondientes.

Son diversos los derechos que consagra nuestra Constitución, así como las leyes procesales penales que nos competen, a favor de los inculcados, o mejor conocido como inculcado, por dichas leyes.

Pero ante estos postulados, nos enfrentamos con la realidad respecto a la verdadera intervención del familiar, persona de confianza o abogado, con el carácter de defensor, durante la averiguación previa, o mejor dicho, al momento en que el inculcado rinde su declaración ministerial, ya que se puede observar que es la única participación que realiza generalmente el defensor, durante este procedimiento penal.

En este sentido, auxiliaría en gran parte el que se aplicara al pie de la letra el artículo 269, mismo que señala:

Cuando el inculcado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

1.- Se hará constar hora, fecha y lugar de la detención; así como, en su caso el nombre y cargo de quien la haya ordenado y ejecutado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad diversa al Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, la información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o recibido al detenido;

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

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

Dichos derechos son:

- a) No declarar si así lo desea;
- b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;
- c) Ser asistido por su defensor cuando declara;
- d) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;
- e) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de Averiguación Previa,
- f) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca, las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediendo el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público

Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado o su defensor, el juzgador resolverá en su oportunidad sobre la admisión y práctica de las mismas; y

g) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal y en los términos del artículo 556 de éste Código.

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

4.- Cuando el indiciado fuere un indígena o extranjero que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere éste artículo. Si se tratare de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la Representación Diplomática o Consular que corresponda.

De la información al indiciado sobre los derechos antes mencionados se dejará constancia en el acta de averiguación previa.

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

En cuanto al inciso d), se puede decir que la única intervención que tiene por lo general el defensor o persona de su confianza, es al momento de rendir su declaración el indiciado, y ello con la finalidad de que no sea presionado física ni moralmente a declarar, o que se le obligue a declarar en su contra ó algo en que no esté de acuerdo, es decir, vigilar que su declaración sea libre y espontánea.

Además, en el caso del inciso f), cuando existen testigos de los hechos, durante esta etapa, que es indispensable su declaración para el indiciado, ya que con estos testimonios puede comprobar la inocencia que alega, no le son recibidos (aún cuando la Constitución hace referencia a las probanzas en su artículo 20 fracción V), lo que trae como consecuencia una inseguridad jurídica que le causa agravios al indiciado. Ya que el Órgano Investigador se concreta a integrar su Averiguación Previa con pruebas que le permitan consignar y mientras más pronto sea mejor para

el agente; sin que en diversas ocasiones examine y verifique de fondo el caso concreto que se le encomienda. Sin darle a la declaración del indiciado su debida valor, toda vez que no se onda en la investigación respecto a su dicho, por que si tomara en cuenta ambas declaraciones y llevara a cabo las diligencias que estime pertinentes sobre las dos declaraciones, finalmente si llegaría a lo más cercano a una verdad histórica de los hechos que se investigan.

Es cierto, generalmente las personas sujetas a una averiguación son responsables del delito, sobre todo hablando de delito flagrante, pero también hay casos en que son inocentes, y con el simple hecho de que exista una denuncia o querella en su contra, ya creemos que son delincuentes, cosa que considero injusta, toda vez que no nos constan los hechos, y por lo tanto se les debe otorgar de igual forma a las dos partes, tanto al denunciante como al indiciado, las facilidades para aportar las pruebas suficientes para acreditar su dicho cada uno.

Con esto, no es mi intención justificar a las personas que cometen los hechos ilícitos, sino simplemente, solicitar que exista un plano de igualdad, en relación con el denunciante, ya que él tiene el asesoramiento del Ministerio Público, así como la oportunidad de presentar y que sean desahogadas cuanta prueba considere pertinente.

En cambio al indiciado, sólo se le permite declarar en relación a los hechos, declaración que en esta etapa, sirve para nada, ya que se dedica el órgano investigador a fundar y motivar su consignación, con las actuaciones que sirven de cargo para el indiciado.

Es lamentable confirmar que no existe una adecuada función por la defensa durante la Averiguación Previa, ya que si bien es cierto el Ministerio Público es una autoridad durante esta etapa, la cual tiene como obligación investigar a fondo el hecho que se presume delictivo, también lo es el que su actividad la realiza de manera parcial y no general, ya que se aboca a recabar elementos que le permitan acreditar los requisitos esenciales para consignar, y ante esto, se observa la violación a la garantía del artículo 20 fracción V Constitucional, toda vez que no le son recibidos durante esta etapa procedimental elementos probatorios de su dicho al indiciado.

Conforme al artículo 20 Constitucional y 269 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, el defensor podrá intervenir durante esta etapa, por lo que deberá tener acceso al expediente en el que consten las diligencias realizadas por dicha autoridad en relación a los hechos que se le imputan a su defenso, y con base a dicha información pueda dirigir su actividad y aportar los elementos probatorios que tenga a su alcance en ese momento que favorezcan a la defensa que ejerce.

Una vez realizadas todas las diligencias que considere necesarias, el Ministerio Público deberá valorarlas, así como los elementos que llegare aportar a dicha investigación el indiciado o su defensa; con el fin de llegar a la verdad histórica de los hechos y en caso de que se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, consignar ante el Órgano Jurisdiccional.

Pero prácticamente esto no se efectúa, porque en pocas ocasiones la persona que funge como defensor llega a tener acceso al expediente, y mucho menos le son

recibidas sus pruebas al indiciado durante esta etapa, tratándose de delitos flagrantes en los que se cuenta con 48 horas para que el Órgano Investigador resuelva. Y aún más si llegaren a constar pruebas que beneficien al indiciado, existe el caso de que el Ministerio Público llega a realizar una indebida e incorrecta valoración de dichas pruebas, ya que con el afán de consignar, motiva su resolución valorando en su mayoría sino es que totalmente las probanzas de cargo, por que son las que le aportan los elementos para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Tan es así, que al momento en que se consigna ante el juez correspondiente, y no son debidamente valoradas todas y cada una de las probanzas que obran en la averiguación por el Ministerio Público al momento de resolver, el Órgano Jurisdiccional termina negando la orden de aprehensión solicitada o bien, dictando un auto de libertad por falta de elementos.

Se puede observar frente a estas circunstancias que el indiciado se encuentra en un estado de indefensión, ya que la única oportunidad que le brindan para defenderse y por sí mismo, porque su defensor no puede intervenir, es a través de su declaración ministerial, misma que no siempre se realiza con la asistencia de un abogado, toda vez que no lo exige nuestra Constitución, y tampoco lo estipula la ley procesal penal. Su declaración ministerial aún cuando venga negando los hechos que se le imputan, no es suficiente para demostrar su inocencia, o en su caso algún excluyente de los que refiere el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

En este sentido se considera necesario e indispensable, que se exija a través de nuestras leyes la asistencia jurídica, durante la averiguación previa, por un

defensor letrado, toda vez que el denunciante se encuentra asesorado a partir de rendir su primera declaración (denuncia o querrela), por el Ministerio Público, de igual forma debe alguien asesorar debidamente al indiciado, a partir de que se encuentre enterado de que existe una imputación en su contra, ello con el fin, de que en el caso, de que efectivamente sea inocente, no llegue a ser consignado, o bien en caso de ser consignado, solicite ante el Órgano jurisdiccional la ampliación del término constitucional, que le permita ofrecer y sean desahogadas en el término de 144 horas, las probanzas que acrediten su inocencia, o en su caso el excluyente de responsabilidad o del delito.

El hecho de que el indiciado sea asistido en esta etapa por un abogado titulado, no quiere decir que sea adiestrado o inducido a declarar en la manera que considere el defensor, ya que dicha declaración debe ser libre y espontánea, sin ninguna instrucción que permita desvirtuar los hechos acontecidos.

Es importante debido a que se les da mucho si no es que pleno valor a las primeras actuaciones; las realizadas por el Ministerio Público, y al dedicarse este órgano investigador a recabar las probanzas de cargo; es necesario que se le reciban al indiciado durante dicha averiguación las pruebas que le permitan acreditar su inocencia o en su caso algún excluyente de los que refiere el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal. Ello en consideración de la siguiente jurisprudencia:

RETRACTACION. INMEDIATEZ.

Las primeras declaraciones son las que merecen mayor crédito, pues por su cercanía con los hechos son generalmente las veraces, por no haber existido tiempo suficientes para que quienes las producen reflexionen sobre la conveniencia de

alterar los hechos. Este criterio jurídico, que da preferencia a las deposiciones iniciales, tiene su apoyo en el principio lógico de contradicción y cabe aplicarlo no sólo en tratándose de retractaciones hechas por el acusado, o por los testigos, sino también por la ofendida.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 31/89. Trinidad del Carmen Aguilar. 29 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario : Humberto Schettino Reyna.

Amparo directo 178/95. José Luis Chino Zamora. 17 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo directo 453/95. Antonio León Cano. 4 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo directo 135/96. Ignacio Hernández López. 10 de abril de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

Amparo directo 239/96. Rubén Uribe Castañeda. 26 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretaria: Hilda Tame Flores.

Es comprensible que la exigencia de una asesoría por parte de un defensor letrado al indiciado, cree muchas especulaciones, ya que en la mayoría de las situaciones, no cuenta con los recursos económicos para ser asistido por dicho profesionista, ante esta situación, considero indispensable que la Defensoría de Oficio, extienda su personal que permita que las agencias investigadoras cuenten con

el defensor de oficio para que represente y asesore al individuo que es acusado de un hecho ilícito.

Una vez integrada la investigación correspondiente y agota la indagatoria el Ministerio Público, de manera que existan los suficientes elementos y probanzas que sitúen a dicha autoridad en aptitud de acreditar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, con fundamento en los artículos 16 y 21 Constitucional; deberá dictar una resolución, la cual puede ser de consignación o ejercicio de acción penal, o bien, el de no ejercicio de la acción penal o archivo; o reserva o archivo provisional, según sea el caso. Si se ejercita la acción penal por el Ministerio Público, dicho órgano investigador deberá poner a disposición del Juez competente todo lo actuado en la averiguación, así como las personas y cosas relacionadas con la misma, debiendo contener los siguientes datos:⁷⁴

- 1.- Expresión de ser con o sin detenido;
- 2.- Número de la consignación;
- 3.- Número del acta;
- 4.- Delito o delitos por los que se consigna o que se imputan;
- 5.- Agencia o mesa que formula la consignación,
- 6.- Número de fojas,
- 7.- Juez al que se dirige;
- 8.- Mención de que procede el ejercicio de la acción penal;
- 9.- Nombre del o de los probables responsables;
- 10.- Artículos del Código Penal del Distrito Federal que establezcan y sancionen el ilícito o ilícitos de que se trate;

⁷⁴ OSORIO y NIETO. Cesar Augusto Op cit. p 27 y 28

- 11.- Síntesis de los hechos materia de la averiguación;
- 12.- Artículos del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal aplicables para la comprobación de los elementos del tipo penal, así como las pruebas utilizadas específicamente al caso concreto;
- 13.- Forma de demostrar la probable responsabilidad;
- 14.- Mención expresa de que se ejercita la acción penal;
- 16.- Si la consignación se efectúa con detenido, se debe precisar el lugar donde queda éste a disposición del juez;
- 17.- Si la consignación se lleva a cabo sin detenido, se solicitará orden de aprehensión o de comparecencia, según el caso;
- 18.- Firma del responsable de la consignación.

Se solicitará la orden de aprehensión cuando el delito o delitos que se atribuyen sean sancionados con pena privativa de libertad, y se solicitará orden de comparecencia cuando la sanción aplicable al delito (s) por los que se consigna tengan establecida pena no privativa de libertad o alternativa.

Indudablemente en busca de una mayor efectividad de la administración de justicia, se debe exigir tanto por parte del Ministerio Público, como de la Defensa, una calidad profesional y técnica en sus actividades, que podrá visualizarse a partir de que exista en éste personal una preparación constante en el área jurídica.

3. PREPARACIÓN DEL PROCESO.

Los principales actos procesales que integran este procedimiento penal, y de los cuales hacen referencia los artículos 268 bis, 272, 287, 288, 290, 291, 292, 293,

295, 296 bis, 297, 298, 300, 301, 302, 303, 304, 304 bis, 304 bis-A del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, son:

El Auto de Radicación,

La Orden de Aprehensión o de Comparecencia, en su caso,

La Declaración Preparatoria,

Y la Resolución del Término Constitucional, que puede ser: Auto de Formal Prisión, el de Sujeción a Proceso, o bien el Auto de Libertad por Falta de Elementos para procesar.

El Auto de Radicación o de inicio, es la primera resolución que dicta el juez ya dentro del procedimiento penal de preinstrucción y después de que el Ministerio Público ejercita ante su potestad la acción penal; inmediatamente después de recibida la consignación. A partir de este momento todos los actos incluyendo dicho auto de inicio, serán presididos por la autoridad jurisdiccional.

Los efectos del auto de radicación entre otros son: desde luego inicia el procedimiento penal de preinstrucción; fija la jurisdicción del juez, que se traduce en el poder deber, de que ante el se siga el proceso; vincula también a las partes con el juez para que de manera obligatoria realicen ante el los actos característicos de acusación y defensa y a partir de dicho auto, el Ministerio Público perderá su carácter de autoridad para convertirse sólo en una parte procesal.

En la consignación con detenido, el juez tendrá que dictar de inmediato auto de radicación y el inculpado quedará a su disposición, para todos los efectos constitucionales y legales, debiendo el juez ratificar dicha detención que ordenó el Ministerio Público, en caso de que esta haya sido realizada en flagrancia o caso

urgente, conforme a la ley (art. 267 y 268 del Cód. Proced. Penales del D.F.); en caso contrario deberá decretar la libertad del detenido, con las reservas de ley. Asimismo hará el señalamiento, de los datos que puedan ser considerados para los efectos de la libertad provisional del inculcado, siempre y cuando no se trate de delito grave (art. 268 C.P.P. del D.F.), así como para la fijación del monto de la caución.

En caso de que la acción penal se haya ejercitado sin detenido, el juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo solicitado por el Ministerio Público, dentro de los cinco días contados a partir de la fecha de radicación. Sin embargo, si se consignó por delito grave o delincuencia organizada, así calificado por la ley, resolverá sobre el pedimento de la aprehensión, dentro de las 24 horas contadas también a partir de la radicación (art. 286 bis C.P. P. del D.F.), cumpliendo desde luego con los requisitos establecidos en el art. 16 Constitucional.

Una vez que el inculcado es puesto a disposición del juez competente, bien sea porque el Ministerio Público hizo la consignación con detenido, o bien por que habiendo consignado sin detenido, fue librada oportunamente la orden de aprehensión; empieza a computarse el término constitucional de 72 horas (o 144 horas en caso de que el inculcado o su defensor haya solicitado la duplicidad del término, con la finalidad de aportar o desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica), en las que el juez tendrá que realizar una serie de actos procesales.

Comenzando por la declaración preparatoria, en la cual después de tomarle sus generales al inculpado, se le hará saber entre otras cosas el derecho que tiene a una defensa adecuada, por sí, por abogado o por persona de confianza; a que éste comparezca en todos y cada uno de los actos del proceso, contando éste al mismo tiempo con la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera. Si no quiere o no pudiere nombrar defensor después de haber sido requerido, el juez le designará un defensor de oficio. Enseguida se le dará a conocer en caso de que proceda y no disfrute de él, del derecho que tiene de solicitar y obtener su libertad provisional bajo caución, asimismo se le hará saber el nombre de su acusador y de quienes declaren en su contra, de igual forma se le pondrá en conocimiento del contenido de la denuncia o querrela, así como del delito que se le atribuye, lo que equivale a hacerlo sabedor de la naturaleza y causa de la acusación, facilitándole todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el expediente. Hecho lo anterior, se le hará saber las garantías que le otorga el artículo 20 de nuestra Carta Magna, y posteriormente se le interrogará acerca de si es su deseo declarar o no en relación a los hechos, quedando constancia en autos de su dicho.

Durante éste término de 72 horas, el cual puede ampliarse, en caso de que se solicite por el inculpado o por su defensor, hasta por 144 horas, el juzgador deberá de resolver la situación jurídica del sujeto que fue consignado y puesto a su disposición. Dicha ampliación de término será con la finalidad de que se aporten las pruebas suficientes que permitan esclarecer los hechos aducidos, e igualmente acreditar algún elemento que pueda favorecer al inculpado, y con ello otorgarle al juzgador la motivación necesaria para dictar el Auto que pueda beneficiar al mismo y otorgarle su libertad, en caso de que sea inocente o se acredite algún excluyente de los ya referidos.

El procedimiento penal de preinstrucción que ahora analizamos, puede concluir con el dictado, dentro del término constitucional, de cualquiera de estas tres resoluciones:

- 1.- Auto de libertad por falta de elementos para procesar, (arts. 302, 303 y 304 del C.P.P. del D.F.)
- 2.- Auto de Formal Prisión, (arts. 297, 298, 299, 300 y 304 bis-A)
- 3.- O Auto de Sujeción a Proceso. (arts.298, 299, 300,304 bis y 304 bis-A)

El auto de libertad por falta de elementos para procesar, procede ante la indemostración de datos suficientes que acrediten los elementos del cuerpo del delito que se impute al detenido, así como los que hagan probable la responsabilidad de éste, o bien, cuando sea demostrada alguna de las causas excluyentes del delito, o en su caso, cuando haya prueba de la existencia de alguna circunstancia extintiva de la acción penal (prescripción, caducidad, perdón del ofendido, etc.). En estos casos, la libertad que se otorguen al inculgado, tendrán efectos de sentencia absolutoria.

Cuando la ausencia de pruebas de los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, se haya debido a omisiones en que incurrió el Ministerio Público o la policía, deberá mencionarlo en su resolución el juez. Dicho auto será dictado sin perjuicio de que por pruebas posteriores se actúe nuevamente en su contra.

En cuanto a los autos de formal procesamiento, serán dictados cuando el juez competente encuentre satisfechos los requisitos que establece nuestra

Constitución en su artículo 19, pudiendo revestir la forma de Auto de Formal Prisión o bien de Sujeción a Proceso.

El juez competente, al momento de dictar el Auto correspondiente, no sólo deberá tener como base lo actuado en la Averiguación Previa, sino todo lo actuado, incluido por supuesto, las actuaciones realizadas en el procedimiento penal de preinstrucción (en caso de la duplicidad del término constitucional)

Para el dictado de un Auto de Formal Prisión o de Sujeción a Proceso, como otras de las resoluciones con las que se puede concluir la preinstrucción; es necesario que se acrediten los elementos del cuerpo del delito correspondiente y que se le imputa al inculpado, así la probable responsabilidad de éste. Consistiendo la diferencia entre estos autos, en la pena que corresponda al delito atribuido, si es privativa de libertad, procederá la formal prisión; si es alternativa o distinta a la prisión, procederá el auto de sujeción a proceso.

El Cuerpo del delito, en cuanto lo que establece el Código de Procedimiento Penal del Distrito Federal (art. 122), se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito. En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito. De igual forma, se tendrá por acreditada la probable responsabilidad del inculpado, cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.

Al respecto Guillermo Borja Osorno, asegura que responsable es aquel que siendo imputable, que teniendo capacidad para responder ante el poder social, debe responder ante él, así es que la responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad de un hecho ejecutado, de modo que cuando existen hechos o circunstancias accesorias al delito que permitan suponer fundadamente que la persona de que se trata ha tomado participación en él, en cualquiera de las formas establecidas por la ley penal (pudiendo ser responsables de un delito ya sea como autores o partícipes los señalados por el art. 13 del Código Penal para el Distrito Federal), podrá hablarse de su probable responsabilidad en su comisión.⁷⁵

El Auto de Formal Prisión o de Sujeción a Proceso, entre otros, produce los efectos de terminar la preinstrucción, dando inicio a la instrucción; señala el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso; ordena la identificación dactiloantropométrica (ficha), así como la realización de sus estudios de anteriores ingresos como de personalidad; y lo principal establece el tipo de procesamiento que habrá de seguirse (ordinario o sumario) al inculcado.

4. PROCESO.

El proceso iniciará al haber la certeza de la comisión de un delito y datos que permitan hacer probable la responsabilidad de alguien, es decir, con el Auto de Formal Prisión, o bien el de Sujeción a Proceso.

⁷⁵ Citado por: HERNANDEZ PLIEGO, Julio Antonio Op. cit p.164

La instrucción es el procedimiento penal que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales, con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiaridades del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste.

Es el momento procesal indicado para que las partes e inclusive el juez, aporten todas las pruebas que estimen conducentes, para dar contestación a las interrogantes que surgen del conflicto de intereses que busca solución en la sentencia. Estas pruebas deberán de despejar las incógnitas que pueden resumirse en el qué, quién, cómo, cuándo, dónde y porqué. De acuerdo, a nuestra ley procesal penal (art. 135-245), se reconocen como medios probatorios:

- 1.- La confesión;
- 2.- Los documentos públicos y privados;
- 3.- Los dictámenes de peritos;
- 4.- La inspección ministerial y judicial;
- 5.- Las declaraciones de testigos;
- 6.- Las presunciones,

Asimismo todo aquello que se ofrezca como tal , incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

Debiéndose primeramente, ofrecerse ante el órgano jurisdiccional, y posteriormente ésta autoridad determinará el día y la hora de la audiencia o audiencias en que se celebre el desahogo de las mismas, pudiendo realizarse en un tiempo breve o en uno mayor según se tramite el juicio de manera sumaria u ordinaria.

En Averiguación Previa, ya se vio que no existe una defensa en términos generales, por eso el defensor en esta etapa deberá ponerse al corriente en todas y cada uno de los detalles en relación con los hechos que se investigan, está obligado a ofrecer las pruebas que con acuerdo del procesado hayan resuelto presentar para su defensa.

Aunque con la falta de actuación del defensor en la Averiguación Previa, se encuentra al procesado en un plano de desigualdad frente a la persona que le imputa los hechos constitutivos de delito, ante esta circunstancia el defensor deberá poner a su alcance todo aquello que le pueda auxiliar y permitir demostrar y reafirmar el dicho de su defendido.

Comparando las declaraciones por parte de denunciante, con el simple dicho del inculpado, en muchas ocasiones se da por hecho el delito y la responsabilidad de éste, y aún más cuando es señalado por la persona que lo acusa; cuando no es correcto, ya que con ello cabe suponer que cualquier persona puede decir que alguien cometió un delito en su contra, dirigirse en el momento a unos policías, solicitar que lo detengan a determinada persona como responsable, aún cuando a los policías no les constan los hechos. tomados por el órgano investigador como suficientes elementos para que consigne.

Por lo que el defensor deberá de encontrar los medios idóneos de prueba, que le permitan desvirtuar o al menos restarles el valor que le pueda otorgar el juzgador al momento de analizarlas, a las probanzas presentadas por el Ministerio Público, ya que tomando en cuenta su función, éstas se entienden de cargo, puesto que fueron las que utilizó para fundamentar y motivar su respectiva consignación o

ejercicio de la acción penal, a través de las cuales acredita el cuerpo del delito correspondiente a los hechos aducidos, así como la probable responsabilidad del inculpado.

Sin embargo, se puede observar en la práctica que durante el proceso las partes ya no ofrecen pruebas, sobre todo hablando del Ministerio Público; sólo se limitan a ampliar las probanzas ya existentes y en relación a la Defensa, también existe el caso en que toma la misma actitud del Órgano Investigador, limitando la defensa del procesado, y poder ver reflejada su actividad en el proceso, al momento de dictarse sentencia que corresponda.

Ante los jueces penales pueden seguirse dos tipos de procesos: el sumario o el ordinario, según corresponda.

Se seguirá el procedimiento sumario (305-312) cuando se trate de delito flagrante, exista confesión rendida ante el Ministerio Público o la autoridad judicial, o se trate de delito no grave. Dicho proceso, el cual se caracteriza por sus plazos breves, se regirá por los artículos 305 al 312, donde se señalaran formalidades que deberán cumplirse, a partir del auto de formal procesamiento hasta el momento en que se dicta la sentencia correspondiente al caso concreto.

En cambio, en el juicio ordinario (313-331), los términos se vuelven más amplios, partiendo de la necesidad surgida de la propia complejidad y gravedad de los asuntos sometidos a ese trámite, con la finalidad de practicar las diligencias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos, y en su caso, para el dictado y aplicación una justa y humana sentencia.

Una vez, siendo desahogadas por la autoridad judicial todas y cada una de las pruebas ofrecidas por las partes, las de cargo por parte del Ministerio Público y las de descargo por la Defensa, y en su caso, las ordenadas por él mismo, en relación con el delito, sus circunstancias de comisión y las características del inculpado, así como su responsabilidad o irresponsabilidad penal; no habiendo quedado ninguna pendiente por desahogar, y realizando todas las diligencias necesarias para la resolución de la cuestión sometida a su conocimiento, el juez dictará un auto a través del cual declarará cerrada la instrucción. Teniendo como efectos dicho auto los siguientes: se pone fin al procedimiento penal instructorio, así como los autos a la vista de las partes, como son el Ministerio Público y la Defensa, para que formulen sus conclusiones ya sean verbales o por escrito.

5. ETAPA PRECONCLUSIVA: CONCLUSIONES DE LAS PARTES DEL PROCESO.

Las conclusiones constituyen un acto procesal por virtud del cual las partes, con vista de todo el material probatorio existente en la causa, precisan frente al juez, su propia posición y pretensiones en el proceso.⁷⁶

Constituyen las opiniones que sustentan cada una de las partes, como son el Ministerio Público (conclusiones acusatorias) y la defensa (conclusiones de inculpabilidad), acerca de los hechos, del derecho y de las pruebas que constan en el proceso; asimismo la interpretación que realizan cada una de ellas desde su particular posición, respecto del material de prueba allegado y en relación con el

⁷⁶ HERNANDEZ PLIEGO, Julio Antonio Op cit. p.238

derecho aplicable, tendiente a orientar y persuadir al juez al momento de tomar la decisión que pondrá fin al juicio. Respecto de las conclusiones de la defensa (art. 318 del C.P. P. del D.F.) la ley procesal penal no señala ninguna formalidad en la cual deba ceñirse, sin embargo, por lo que se refiere a las del Ministerio Público estas deberán seguir las formalidades que se establecen en los artículos 316 y 317 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

Debiendo la defensa analizar todas y cada una de las constancias que obran en autos, es decir, valorar las probanzas que obran en el expediente, y tomar del mismo lo que favorezca al inculpado; con la finalidad de fundamentar y motivar sus respectivas conclusiones de inculpabilidad, y debiendo en el mismo, solicitar lo que proceda en el caso concreto, ya sea la inmediata y absoluta libertad, en caso de que sea inocente o exista elementos que acrediten algún excluyente de responsabilidad o del delito; o bien la pena mínima de acuerdo a las circunstancias particulares de los hechos delictivos.

Una vez formuladas las conclusiones respectivas por ambas partes, se citará a la audiencia de vista en caso de proceso ordinario (325 C.P.P. del D.F.), debiendo concurrir obligatoriamente el juez, el Ministerio Público, el defensor y el acusado (326 C.P.P. del D.F.). Antes de cerrarse la misma, el funcionario deberá preguntar al inculpado si quiere hacer uso de la palabra, concediéndosela en caso afirmativo. Después de ser oídos los alegatos de las partes concluirá la diligencia, declarándose visto el proceso para posteriormente dictarse la sentencia correspondiente.

6. SENTENCIA

Se reconoce como la resolución a través de la cual el órgano jurisdiccional de primera instancia concluye el procedimiento penal. La doctrina la considera como “un silogismo lógico en el que la premisa mayor es la ley, la menor esta representada por el hecho a juzgar y la conclusión, es el fallo, esto es, la aplicación de la ley al hecho en concreto.”⁷⁷

González Bustamante, afirma al respecto que la Sentencia se encuentra integrada por un elemento volitivo representado por la voluntad soberana del Estado y por un elemento lógico que constituye el fundamento del fallo y que se resuelve en los razonamientos en que se sustenta para apreciar jurídicamente los hechos.⁷⁸

En dicha Sentencia habrá de resolverse acerca de si el delito por el que el Ministerio Público ejercitó la acción penal, esta demostrado legalmente, y si en su caso el procesado (s) es penalmente responsable de su comisión. Siendo así, se le impondrá las penas y medidas de seguridad que señalen las leyes penales, establecidas con anterioridad a los hechos comisivos. La presente resolución, tendrá como efecto poner fin a la instancia, dirimiendo a través de la aplicación de la ley, el conflicto de intereses sometido al conocimiento del órgano jurisdiccional, para así preservar el orden social.

Se entiende entonces, que la sentencia es el documento en el que se plasma la resolución judicial que finalizan la instancia ante el juez penal, decidiéndose el

⁷⁷ Ibid p.253

⁷⁸ Citado por Ibid p. 253

fondo de las cuestiones planteadas en el litigio. Las sentencias pueden clasificarse en:

a) Condenatoria: procede cuando se comprueban los elementos del cuerpo del delito y la responsabilidad del sentenciado, imponiéndose por consecuencia, una pena o medida de seguridad, según el caso en concreto.

b) Absolutoria: se dicta de acuerdo a la doctrina en cualquiera de estos casos: Cuando existen insuficiencia de pruebas respecto de los elementos que integran el cuerpo del delito; cuando esta indemostrada la responsabilidad penal plena del acusado; cuando se haya acreditado alguna causa que excluya el delito conforme al artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal; ante la probada existencia de alguna circunstancia extintiva de la acción penal; y finalmente en caso de duda.

En el derecho mexicano incumbe a los órganos jurisdiccionales llevar a cabo la valoración de las pruebas, la cual la puede realizar en diversos momentos, tales como: al otorgar la orden de aprehensión, al dictar el auto de termino constitucional, y principalmente al momento de dictar la sentencia, con la cual resuelve definitivamente la situación jurídica del procesado.

Dicha valoración conduce a los siguientes resultados:

“Puede ser de certeza, debido a que permite al juez definir la pretensión punitiva estatal y hacer factibles los aspectos positivos del delito o bien los negativos, de manera que frente a los primeros se aplica la pena y en los segundos la absolución correspondiente.

El resultado de la duda en el juzgador es un verdadero problema, ya que de la legalidad del procedimiento penal se desprende que el órgano jurisdiccional esta

obligado a resolver todo asunto sometido a su conocimiento, no se justificaría lo contrario aún en el supuesto de oscuridad en la ley, prueba insuficiente o defectuosa o el efecto dudoso de la misma. Cuando el tribunal procede a la valoración de la prueba frente a la problemática de la duda, se aplica el principio exegético *in dubio pro reo*, de manera que si a través de la apreciación del material probatorio se llega a la incertidumbre, a un estado dubitativo, esto no significa al juzgador para dejar de resolver el asunto y en estas circunstancias debe absolver, independientemente de que el sujeto a quien se exculpe, tal vez en otras circunstancias procesales hubiera sido condenado.⁷⁹

Frente a esta situación, nos podemos percatar, que en diversas ocasiones existe duda respecto a la conducta y su adecuación al cuerpo del delito preestablecido, existiendo solamente en autos elementos que permiten presumir una responsabilidad, pero nunca nos aportan una certeza de los hechos acontecidos, por lo que en teoría opera el beneficio *in dubio pro reo*, ya que la duda puede afectar no sólo la tipicidad, sino también la culpabilidad, pero sin embargo y de manera arbitraria, se puede observar todo lo contrario, en caso de duda respecto a la inocencia, se prefiere condenar, posiblemente por el compromiso que el Estado siente con la sociedad, de ser recriminado de solapador y encubridor de delincuentes. Pero no es así, ya que si desde un principio, a partir de la Averiguación Previa, se le permitiera al presunto responsable aportar las pruebas con las que cuente en ese momento para demostrar su inocencia (claro en caso de que lo sea), con fundamento en la jurisprudencia respecto al principio de inmediatez, en relación a las declaraciones, sería más factible que el juzgador al momento de otorgarles su valor probatorio a dichas probanzas, éste sea mayor cuando se ofrezcan en

⁷⁹ BARRAGAN SALVATIERRA. Carlos Op cit. p 366

Averiguación Previa, que en caso de que las presente hasta que se lleve a cabo el proceso que le corresponda ante el juez competente.

Cipriano Gómez Lara, señala como requisitos del fallo los siguientes: Preámbulo, los resultados, los considerandos, y los puntos resolutivos.⁸⁰ Debiendo el órgano jurisdiccional al momento de aplicar la penalidad, además de fundar y motivar su resolución, individualizar la pena aplicable al condenado, tomando en consideración los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, al realizar una debida y exacta valoración de las probanzas que obren en el expediente, y con base a ello determinar dentro del mínimo y el máximo de la pena establecida por la norma, la que corresponda individualmente al sentenciado, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, lugar modo y ocasión de los hechos, así como la participación o autoría de sentenciado.

⁸⁰ Citado por: HERNANDEZ PLIEGO, Julio Antonio Op cit. p. 257

CONCLUSIONES

Una vez concluido éste análisis, en relación a la intervención del defensor durante el procedimiento penal, se puede concluir:

PRIMERO: Antiguamente la ley se regía por la ley del talión, tu asesinas, bueno pues mereces morir; tu robas, bueno mereces que te roben, es decir, ojo por ojo y diente por diente. Durante la Colonia, se observa el sistema procesal inquisitorial, a través del cual se instruye un proceso en contra del que se presume responsable de algún delito, que lejos de tener garantías, era atormentado y obligado a declarar en su contra, donde si bien tenía defensor, el mismo se dedicaba a aconsejarle que confesara los hechos, aún cuando el mismo no fuese culpable.

SEGUNDO: A partir de la Constitución de 1957 se menciona por primera vez a la Defensa jurídica, como garantía del inculpado en todo proceso penal. Y posteriormente en la Constitución de 1917 se le da mayor importancia y relevancia a dicho derecho. Señalando que podrá defenderse todo inculpado, por si, por abogado o por persona de confianza, y en caso de no designarlo, se procederá a nombrar al defensor de oficio, para que lo asista durante el mismo. Posteriormente se agrega en la Constitución en su artículo 20 fracción IX, la palabra adecuada, relacionándola con la defensa; y de igual forma en la ley reglamentaria del artículo 5º Constitucional, se exige, que la defensa sea ejercida por un defensor letrado, durante el proceso penal instruido ante el órgano jurisdiccional, al presunto responsable de un delito. Se puede entender, que la defensa adecuada a la que se refiere nuestra Constitución, consiste primeramente a que esta sea ejercida por un abogado, pero en caso de que el inculpado designe a una persona de confianza, ésta deberá ser asesorada por un

defensor de oficio, todo lo anterior con la finalidad de que el inculcado se encuentre en un plano de igualdad ante el Ministerio Público, como su contrincante.

CUARTO: Además de la presencia del defensor letrado durante el proceso penal, es importante y necesario, que durante la averiguación previa el indiciado se vea asesorado jurídicamente por una defensa adecuada, es decir, que se encuentre asistido por un defensor letrado, que en caso de no contar con los recursos económicos, se le designe un defensor de oficio. A fin de que sean aportados elementos que permitan acreditar la inocencia del indiciado, o algún excluyente de responsabilidad; y que el Ministerio Público tenga la obligación de recibirlos para su integración al caso concreto.

QUINTO: Teniendo el Ministerio Público, la obligación de valorar todas y cada una de las pruebas que consten en la averiguación, incluyendo aquellas que pueda aportar la defensa o el indiciado, al momento de resolver respecto al ejercicio de la acción penal, y en el caso de que no realice una debida y correcta valoración de las mismas en su momento lo realizará el órgano jurisdiccional, al dictar el auto de término constitucional o en su caso la sentencia correspondiente.

SEXTO: Todo lo anterior debido a que en diversas ocasiones, cuando el inculcado es inocente; por no ofrecerse las pruebas oportunamente durante la averiguación previa ante el Ministerio Público; o bien las suficientes en el momento procesal oportuno ante el órgano jurisdiccional a través de las cuales se desvirtuen o por lo menos le resten valor a las aportadas de cargo, por el Ministerio Público; procede el órgano jurisdiccional dictar un Auto de Formal Prisión, o peor aún, una Sentencia Condenatoria, que perjudica totalmente al

individuo y le viola sus garantías primordiales de legalidad y seguridad jurídica, consagradas en nuestra Constitución.

SEPTIMO: Frente a estas circunstancias, es primordial que los abogados se encuentren profesionalmente preparados para los cambios que se presenten, capaces de percibir las modificaciones que se produzcan en las estructuras sociales y jurídicas, para poder tener la capacidad y sensibilidad de enfrentar y adecuar el Derecho a las nuevas realidades.

OCTAVO: No perder el espíritu de superación, reforzando sus conocimientos y aptitudes día con día en las ramas jurídicas, para que México cuente con más abogados especialistas y de alto nivel en las disciplinas que se requieren para el desarrollo del mismo, y procurar que el pueblo no pierda la confianza de obtener una mejoría en la administración de justicia.

NOVENO: Para lograr todo lo que nos proponemos, es indispensable que como estudiantes del derecho, mantengamos el afán de superación y excelencia, así como el ejercicio de las virtudes morales y éticas profesionales,

Debido a lo anteriormente señalado se propone reformar y adicionar a la Constitución y a el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal respectivamente, quedando sus artículos de la siguiente manera:

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Artículo 20.- En todo procedimiento de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

V. Se le reciban por el Ministerio Público durante la Averiguación Previa los testimonios y demás pruebas que ofrezca, siempre que se encuentren presentes en las oficinas de ésta autoridad y dentro del término que dicha autoridad deba resolver. De igual forma le serán recibidos

aquellos que ofrezca ante el juez que conozca de su causa, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto, así como auxiliarlo para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso;

IX. A ser informado, por el Ministerio Público y posteriormente por el juez que conozca de su causa, de los derechos que la Constitución consigna a su favor, desde que inicia el procedimiento. Y del derecho que tiene a una defensa adecuada, la cual deberá recaer obligatoriamente en un defensor titulado, a partir de la Averiguación Previa, sin la exclusión de poder defenderse por sí mismo y en su caso por persona de su confianza, en caso de que no lo nombre o no pueda hacerlo, después de ser requerido, se le designará un defensor de oficio, por la autoridad que conozca el caso.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL.

Artículo 134 bis. Los indiciados desde la averiguación previa deberán nombrar defensor, para que ejerza su defensa, que deberá recaer en un abogado, de lo contrario la autoridad le nombrará uno de oficio, quien tendrá la obligación de aportar las pruebas existentes en ese momento y dentro del término que tenga el Ministerio Público para integrar la averiguación.

Artículo 269.- Cuando el inculpado.....

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

Dichos derechos son:

b) Que debe tener una defensa adecuada por defensor titulado, sin la exclusión de poder defenderse por sí mismo y en su caso por persona de su confianza; o si no quisiere o no pudiere designar defensor, después de ser requerido, se le designará uno de oficio.

f) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca, las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediéndose el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilatación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren presentes en las oficinas del Ministerio Público.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ACERO, Julio. Procedimiento Penal. 7ª ed Ed. Cajica, S.A, México, 1976

ARILLAS BAS, Fernando El Procedimiento Penal en México. 18ª ed Ed. Porrúa, México, 1987.

BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos Derecho Procesal Penal. 1ºed. Mc Graw Hill. México, 1999.

BARRIOS GONZALEZ, Boris. La Defensa Penal. 1ºed .Ed. Jurídica Bolivariana. Panamá, Rep. de Panamá, 1997.

BRAVO GONZALEZ Agustín y BIALOSTOSKY. Compendio de Derecho Romano 1ºed. Ed. Prax-México, México, 1970.

BRAVO VALDEZ Beatriz y BRAVO GONZALEZ Agustín Primer Curso de Derecho Romano 13ºed Ed. Prax-México, México, 1993.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. 2ª ed. Ed. Trillas, México, 1985.

CASTILLO DEL VALLE , Alberto del. La Defensa Juridica de la Constitución de México. 1ª ed. Orlando Cardenas Editor S.A. de C.V , México, 1990.

COLIN SANCHEZ Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 1990.

DE LA CRUZ AGUERO, Leopoldo Procedimiento Penal Mexicano 2ª ed. Ed. Porrúa. México, 1996.

ELBIO DAYENOFF. Como preparar una defensa penal. 1ºed. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999.

GARCIA MAYNEZ , Eduardo. Introducción al estudio del Derecho 41ª ed. Ed Porrúa, México,1990

GARCIA RAMIREZ, Sergio. Proceso penal y Derechos Humanos. 1ª ed. Ed Porrúa, México, 1992

GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO GREEN Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. 9º ed. Ed. Porrúa, México, 1999

GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano 1º ed. Ed. Porrúa, México, 1991.

HERNANDEZ PLIEGO, Julio Antonio. El programa de Derecho Procesal Penal. 1ºed. Ed Porrúa, México, 1996.

MANCILLA OVANDO, José Alberto. Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal.1ºed. Ed. Porrúa. México, 1990

MARGADANT, Guillermo. Panorama de la Historia Universal del Derecho 2ª ed Ed Miguel Angel Porrúa México, 1983.

MARTINEZ PICHARDO José Lineamientos para la investigación jurídica. 4 ed Ed. Porrúa. México, 1998.

ORONoz SANTANA, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal. 3ª ed Ed. Limusa. México, 1993

OSORIO y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa. 7º ed. Ed. Porrúa, México, 1994.

PALLARES, Eduardo. El procedimiento inquisitorial. 1ºed. Ed. Imprenta Universitaria, México, 1951.

PEÑA GUZMAN Luis Alberto. Derecho Romano. 2ª ed. Ed. TEA, Buenos Aires, 1996.

RIBO DURAN, Luis. Diccionario de Derecho. 2ª ed. Ed. Bosch. Barcelona, 1995.

SCHROEDER CORDERO, Francisco Arturo. El Abogado Mexicano. Historia e Imagen 1ºed. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas Gob Estado de Guerrero., México, 1993.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. 1ºed. Ed. Harla. México, 1990.

VAZQUEZ ROSSI, Jorge. El Proceso Penal. 1º ed. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1981

VAZQUEZ ROSSI, Jorge. La Defensa Penal 2ª ed. Ed. Rubinzal- Culzoni Editores, Argentina, 1996.

TENA RAMIREZ, Felipe. Leyes fundamentales de México 1808-1998. 21ª ed Ed. Porrúa. México, 1998

ZAMORA PIERCE, Jesús Garantías y Proceso Penal 7ºed Ed. Porrúa, México, 1994

OTROS

CORNEL ZOLTAN, Mehesz. Los defensores en el litigio romano. Revista la ley Tomo 106 Abril- Mayo- Junio 1992. Republica de Argentina

DE SANTO, Victor. Diccionario de Derecho Procesal. 1º ed. Ed Universidad, Buenos Aires, 1991.

CABANELLAS Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo V, 11ª ed Ed Heliasta SRL, Buenos Aires, 1977.

Enciclopedia Jurídica Omeba . Tomo VI. 1º ed Driskill S.A. Argentina, 1997.

GOLDSTEIN, Raul. diccionario de Derecho penal y Criminología 3ª ed. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo III. 1ª de. UNAM, México, 1983.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias jurídicas políticas y social 22ª ed. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 1995.

LEYES

- CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- LEY REGLAMENTARIA DEL ART. 5º CONSTITUCIONAL.
- CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL.
- LEY DE LA DEFENSORIA DE OFICIO DEL DISTRITO FEDERAL Y SU REGLAMENTO.
- JURISPRUDENCIA.