



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**

**“ARTICULO 294 DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO
FEDERAL VIOLATORIO DE LA GARANTIA DE
DEFENSA”**

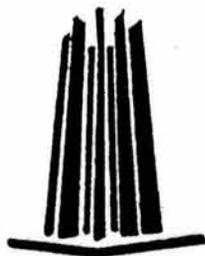
T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

YEDID CRUZ ROCHA

ASESOR: LIC. JOSÉ RICARDO LIMÓN PÉREZ



SAN JUAN DE ARAGON ESTADO DE MÉXICO

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A la Universidad Nacional Autónoma de México,
alma mater que alimenta con su grandeza
a los anhelosos del conocimientos.

A nuestro querido Campus Aragón
que en pie de lucha se logra mantener
entre los mejores.

Al Licenciado José Ricardo Limón Pérez,
quien con su apoyo profesional,
encauzo el presente trabajo,
ayudándome a lograr ésta mi primera gran meta.

A DIOS, por haberme dado la vida,
y en ella todo lo que hoy tengo.

A DARIEL JAIR viva muestra ineludible
de amor, apoyo y comprensión.

A mis Padres pilar central de esta obra.

A CARLOS FERNANDO.

A todos aquellas personas que han contribuido en mi formación
académica, profesores, compañeros, familiares y amigos,
pero sobre todo a los maestros de la ENEP ARAGON.

ÍNDICE

ARTÍCULO 294 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE DEFENSA

ÍNDICE. ----- I

INTRODUCCIÓN. ----- III

CAPITULO I

EL DERECHO A LA DEFENSA Y SUS ORÍGENES

1.1 Derecho Romano. -----	1
1.2 Derecho Antiguo Español. -----	13
1.3 Derecho Mexicano. -----	17
1.3.1 Derecho Precolonial. -----	17
1.3.2 Derecho Colonial. -----	20
1.3.3 Derecho del México Independiente. -----	26

CAPITULO II

MARCO CONCEPTUAL.

2.1 Concepto de Defensa. -----	32
2.2 Concepto de Defensor. -----	35
2.3 Concepto de Indiciado. -----	37
2.4 Concepto de Declaración. -----	39
2.5 Concepto de Garantías Individuales. -----	41
2.6 Concepto de Garantía de Defensa. -----	45

CAPITULO III.

EL DERECHO A LA DEFENSA COMO GARANTÍA INDIVIDUAL.

3.1 Referencia Histórica de las Garantías Individuales. _ _ _ _ _	46
3.2 Las Garantías Individuales y sus diferentes clasificaciones. _ _ _ _ _	54
3.3 Las Garantías de Seguridad Jurídica. _ _ _ _ _	60
3.4 Estudio de la Garantía de Defensa en relación a lo establecido por el apartado A del artículo 20 constitucional. _ _ _ _ _	82

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 294 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE VIOLA LA GARANTÍA DE DEFENSA.

4.1 Naturaleza Jurídica del Defensor. _ _ _ _ _	95
4.2 Requisitos que debe reunir el Defensor. _ _ _ _ _	98
4.3 Deberes y Derechos del Defensor. _ _ _ _ _	102
4.4 Etapa procesal en que según la legislación, debe nombrarse Defensor. _ _ _	107
4.5 Análisis del artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. _ _ _ _ _	113
4.6 Preceptos legales que consagran la Garantía de Defensa. _ _ _ _ _	122

CONCLUSIONES. _ _ _ _ _	132
--------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA. _ _ _ _ _	VI
--------------------------------	----

INTRODUCCIÓN

La edad media fue una época en la que primaron los derechos estamentales, propios no de los hombres sin más, sino de los órdenes, de los estamentos en que se configuraba y estructuraba la sociedad. De los derechos humanos empezó a hablarse en tanto los vínculos estamentales se relajaron, y a medida que se consolidó el Estado moderno. En sus orígenes surgieron frente a periodos de intolerancia grupos minoritarios, como los calvinistas franceses (hugonotes), que fueron perseguidos, reclamaron la tolerancia y la libertad de conciencia al compás de las guerras de religión. Surgieron, en síntesis, de convulsiones colectivas.

Los derechos humanos no implican una tensión entre particulares ni entre el ciudadano y el Estado, tienen un planteamiento inspirador filosófico, así como unas garantías difíciles de aplicar cuando no son ilusorias. Se plasman, más adelante, en declaraciones de derechos, que propician el tránsito de los derechos humanos a los derechos fundamentales, dotados de garantías. Los derechos humanos se establecieron en el Derecho internacional a partir de la II Guerra Mundial y, tras su conclusión, se elaboraron numerosos documentos destinados a enumerarlos, propiciar su protección, declarar su importancia y la necesidad de respetarlos.

Por lo que respecta a México, la esencia de estos derechos quedaron plasmados en la constitución de 1917, producto de la Revolución Mexicana, misma que conservó las garantías individuales establecidas en la Constitución liberal de 1857.

Son muchos los esfuerzos nacionales e internacionales, estatales y privados, colectivos e individuales, que se han hecho para lograr protección de estos derechos, desde codificarlos en las legislaciones internas de los propios Estado, hasta

la creación de instituciones jurídicas encargadas de velar por que estos derechos se respeten, sin embargo, tal parece que estos esfuerzos no son suficientes pues como se puede ver, a lo largo de la historia estos derechos o *Garantías Individuales* han sido quebrantadas, unas veces de forma autócrata por individualismos e intereses particulares, pero otras tantas, por simples errores legislativos, este es el caso del tema que nos ocupa en el presente trabajo de investigación.

De entre las múltiples y esenciales garantías que la Carta Magna otorga por el simple hecho de encontrarnos en territorio nacional, existen las llamadas de *Seguridad Jurídica*, de entre las cuales se encuentra aquella llamada *Garantía de Defensa*, misma que resulta infringida por una ley secundaria como lo es el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En el presente trabajo se trata de analizar en forma esquemática los principales conceptos que rigen la garantía de defensa desde los tiempos más remotos de que se tenga noticia, hasta la época actual en donde probaremos que algunos artículos como lo es el 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, carece de actualidad en el moderno sistema de administración de justicia, pues su aplicación resulta violatorio de la ya mencionada *Garantía de Defensa* consagrada en el Pacto Federal, acarreado esto como consecuencia, una impartición de "justicia" precaria.

Durante el desarrollo de la presente investigación se inquirirá lo que a lo largo de la historia, han sido los antecedentes del derecho a la defensa, para llegar a la comprensión del origen de las causas, los motivos y finalidades que han sido formadoras de la misma ley que actualmente rigen esto es mas específicamente, los ordenamientos positivos penales, así por ejemplo en la antigua Roma y durante el transcurso del primer periodo de su historia, no existen antecedentes respecto de los representantes de aquellos hombres que violaban la norma social y que eran sometidos a juicio en razón de, siendo así, es hasta el desarrollo del segundo periodo de su

historia de la Roma antigua, cuando aparecen las figuras propiamente dichas de representación penal.

Del mismo modo se analizará las impresiones jurídicas fundamentales para comprender el tema a desarrollar, es decir, conceptos que sirven de cimiento a la presente investigación tales como los términos de defensa, defensor, derogar, abroga, declaración e indiciado, mismos que de cierta manera tienen relevancia para lograr dominar los temas que se tratan con posterioridad al aquí mencionado.

Así también, de manera especial, se examina el tema de la defensa como garantía individual, estableciendo el origen de la Garantía de Defensa, cuales son sus bases y que fundamentos poseía el legislador para plasmar en la Ley secundaria tan importante derecho, analizando el artículo 20 de la constitución Federal y plasmando la contrariedad existente con el artículo 294 de la citada Ley Procesal.

Así pues, en la presente investigación se analiza más que la letra de la Ley se estudia su esencia, o sea, lo que quiso decir el legislador al haber dejado olvidado el precepto ya citado, y el cual es materia del presente trabajo de tesis, para así debidamente relacionado con otros preceptos de la misma ley procesal penal, demostrar su contrariedad e inconstitucionalidad para posteriormente solicitar su reforma inmediata, a modo tal que no vulnere más esta garantía de defensa.

CAPITULO I EL DERECHO A LA DEFENSA Y SUS ORÍGENES

1.1 Derecho Romano.

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

Ante la impotencia para controlar los fenómenos que asediaban al mismo hombre, éste recurrió a esos dioses, a través de los sacerdotes y brujos buscando por un lado una explicación a dichos fenómenos y por otro, el tratar de controlar a los mismos. Eran esos sacerdotes con los que más contacto tenían los primeros moradores, los que pretendían solucionar los problemas del ser humano. De esta manera, primero mediaron entre la divinidad y el hombre y luego como jueces, intérpretes de la divinidad o delegados de la misma. Así pues, los sacerdotes fueron quienes inicialmente implantaron mecanismos para dar solución a la conflictiva humana.

De hecho "la interpretación del derecho en la época arcaica estaba a cargo de los pontífices, éstos fueron en un principio los primeros juristas, la razón se debe a que los actos jurídicos estaban íntimamente ligados con el *ius sacrum*, de manera que, cuando alguien deseaba entablar un juicio, recurría a los pontífices para saber cuál era el día propicio para hacerlo, ya que ellos tenían a su cargo la elaboración del calendario; de la misma manera, aconsejaban al litigante para que su actuación

fuese eficaz."¹

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

Los lazos entre tribus y hordas se estrecharon con la finalidad de protegerse de los enemigos, es posible que dos o tres aldeas hayan designado a una misma persona para que dirigiera la defensa de sus asentamientos como jefe militar. Este nombramiento, originalmente fue accidental, pero con el transcurso del tiempo llegó a ser definitivo, debido a la ola de ataques que sufrían constantemente.

De acuerdo a investigaciones realizadas al respecto, el primer líder debió haber sido militar, y al regresar a la aldea a la que pertenecía, según expone Floris Margadant, lo hizo "con incrementado prestigio y fueron a menudo, durante los intervalos de paz, poderosos jueces. En esta combinación de general juez podemos encontrar la figura del rey (desde aproximadamente 300 años a.C.) asistido por la nobleza y los sacerdotes."²

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

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

Es casi seguro que los primeros jefes carecieran de la fuerza propia para

¹ PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo. Derecho Romano I, 2ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México 1998, 1 pág. 25.

² FLORIS MARGADANT, Guillermo. Panorama de la Historia Universal, 3ª. Edición, Editorial Jurídica, México, 1992, Pág. 7.

dirimir controversias, pues era el pueblo (gens, tribu, aldea) quien lo apoyaba a éste, y el que realmente tenía el poder, de ahí que en diversas poblaciones antiquísimas, las reuniones del pueblo eran las encargadas de resolver los conflictos que se suscitaban en la propia comunidad.

El jefe de la aldea, al ocuparse de las funciones que originalmente tenía el pueblo para resolver conflictos, obtuvo gran parte de la función jurisdiccional, pero ésta no apareció de inmediato como la que hoy conocemos, es posible que el jefe, en un primer estadio, mediara para solucionar la conflictiva, toda vez que aún carecía de la fuerza suficiente frente a todo el pueblo, pues aun no había podido consolidarla de manera definitiva, pasando de este modo con posterioridad a conciliar, y luego a funcionar como una especie de árbitro, en tanto que la función del pueblo ya tendría más a la función jurisdiccional.

Por otro lado y según el maestro Colín Sánchez, estas acciones "no podía todavía considerarse como un verdadero procedimiento en el sentido jurídico de la expresión"³, sino que más bien se trataban de solo ideas tendientes a resolver los conflictos de una forma reglamentada. Donde se inicia verdaderamente la idea del procedimiento penal es en Roma, donde también florecen instituciones que sirven de defensa para el sujeto activo del delito, ya que la idea romana no era la de castigar simple y llanamente, sino de castigar al culpable que haya violado verdaderamente la norma social.

Al respecto, las investigaciones con las que actualmente se cuentan, datan a partir del año 1000 a. C., que es cuando diversas tribus comienzan a penetrar en el territorio romano, siendo hacia 900 a. C., cuando aparecen los etruscos y alrededor de 750 a. C., se fundan algunas ciudades. En el sur de Italia, los fenicios de Cartago se extienden hasta Sicilia, Cárdena y Córcega, para esta fecha (aproximadamente 753 a. C.) se funda la ciudad de Roma, a la que confluye el grupo

³ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1992, Pág. 15.

latino.

De este modo, y según lo establece el maestro Gumesindo Padilla, el Derecho Romano "Es el ordenamiento jurídico que rigió al pueblo romano desde la fundación de la ciudad en 753 a. De C., hasta la caída del imperio de Occidente en 476 d. De C. Y en el imperio de Oriente hasta la época del emperador Justiniano, quien reinó de 527 al 565."⁴

La expansión territorial por la cuenca mediterránea obligó a los romanos a elaborar un sistema legal nuevo. Cada territorio conquistado contaba con su propio sistema, por lo que se requería un cuerpo de leyes que fuese aplicable tanto a los ciudadanos romanos como al resto. Más o menos entre el 367 a.C. y el 137 d.C. este nuevo sistema se desarrolló a partir de los edictos del pretor, que definía e interpretaba la ley para los casos particulares. El pretor de los extranjeros administraba justicia en Roma, en todas las controversias donde alguna de las partes no era un ciudadano romano, y el pretor provincial establecía sus edictos en materias de interés comercial tras los edictos del pretor de los extranjeros de Roma.

Por otro lado, las cuestiones penales como hoy se conocen, no siempre fueron consideradas de orden público, de manera que este tipo de conflictos se tramitaban en el orden privado, ello significó que la división entre delitos "públicos" marcara el tipo de enjuiciamiento.

Los romanos distinguieron entre los *crimina* y los *delicta*. Sin embargo, según refiere el maestro Gordillo Montesino, la distinción terminológica entre *delictum* y *crimen* no es muy rigurosa, se trata de términos del lenguaje corriente que los juristas utilizaran en un sentido u otro tan sólo preferentemente.

"Los *crimina* eran aquellos actos ilícitos que ponían en peligro el orden de

⁴ PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo. Op. cit. Pág.. 1.

la República. Se perseguían de oficio por tribunales permanentes especializados (*quaestiones perpetuae*), en juicios públicos y eran sancionados con penas corporales y pecuniarias. *Delicta* (delitos) eran aquellos actos ilícitos que causaban daño a los particulares en su persona o en su patrimonio. Se perseguían a petición de la víctima o a través de acciones populares. Se castigaban con penas (duplo, triple o cuádruplo) del valor del daño causado. El que sufría el daño lucraba con la pena."⁵

De este modo se tiene que para los romanos, los delitos suponían malicia de quienes los cometían (*scientia dolo malo*), por ello se suponía que no delinquirían quienes no eran *capax doli*, como los menores de siete años (infantes, pero sí los *pubertati proximi*), así tampoco aquellos que obraren en legítima defensa o en estado de necesidad. Sin embargo, los delitos culposos aparejaban una sanción determinada, así como la sanción de una conducta sin culpa que suponía una responsabilidad objetiva.

Los delitos eran perseguibles con fundamento en el *ius civile* o en el Edicto del pretor. Dentro del *ius civile* la obligación *ex delicto* nacía de tres delitos típicos: el *furtum*, el *damnum iniuria* y la *iniuria*. El pretor en su edicto aplicó este cuadro de delitos mediante la concesión de *actiones in factum*. Tal es el caso de las acciones *in factum* para la *rapina*, el *dolus* y el *metus*.

En Roma, la organización del procedimiento vario según la época, y así sucesivamente tres sistemas estuvieron en vigor.

1.- Etapa de las *legis actiones*. Correspondiente a la época arcaica.

⁵ GORDILLO MONTESINOS, Héctor. Apuntes Derecho Romano Segundo Curso, UNAM, México 1990
Pág. 19.

2.- Etapa del procedimiento *per formulas*. Se desarrolla durante la época clásica.⁶

3.- Etapa del procedimiento *extra ordinem* o *extraordinaria cognitio*, que desplaza al procedimiento formulario a finales de la época clásica. Este tipo de procedimiento se agota en una sola vía.

El orden privado resulta ser, a la fecha, el más conocido, procedimiento civil que es el mismo que se seguía para los delitos "privados" (*delicta privata*). Por su parte, el tratamiento para los "delitos públicos", es un poco más desconocido en la actualidad, así, en el procedimiento privado "el Estado era una especie de arbitro en donde se escuchaba a las partes y basándose en lo expuesto por éstas resolvía el caso".⁷

Durante la etapa de las *legis actiones*, en la administración de justicia se encuentran aún residuos de la época prehistórica. La influencia religiosa establecía ciertas acciones que habían de realizarse para poder satisfacer la pretensión, especialmente la de los delitos privados. Dichas "acciones" consistían en rituales, movimientos y frases sacramentales que debían pronunciarse para someter la pretensión ajena a la propia, así lo establece el maestro Gumesindo Padilla Sahagún, que dice "Las *legis actiones* sólo podían ser utilizadas por los ciudadanos, en la ciudad de Roma, o en una milla alrededor de la ciudad. Se llevaban a cabo mediante determinados gestos y rigurosas formas orales ante el magistrado, una equivocación en las palabras que debían usarse podía significar la pérdida del juicio."⁸

Tratándose de "Delitos Públicos", el pueblo inicialmente decidía tales cuestiones, sin embargo, más adelante, se delego esta función a órganos

⁶ Esta segunda etapa, conjuntamente con la primera se conocen bajo el nombre de *ordo iudiciorum*. Ambas tienen como característica común, que el proceso se divide en dos fases: la primera se lleva a cabo ante el pretor, y se denomina *in iure*; la segunda se celebra ante el juez y se llama *apud iudicem* o *in iudicio*.

⁷ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. Pág. 16.

⁸ PADILLA SAHÚN, Gumesindo. Op. cit. Pág. 107.

especialmente creados para ello, dando con ello como resultado, el surgimiento a una burocracia encargada de administrar justicia penal, los "comicios por centurias" eran las únicas organizaciones que podían imponer la pena de muerte, el destierro o las multas. Más que realizar función jurisdiccional, estos comicios que representaban al pueblo se encargaron de la represión política.

Sin embargo, el derecho de presentar el asunto relacionados con delitos público ante los comicios por centurias (derecho de acusación) no perteneció a todos los ciudadanos, sino únicamente a los magistrados, los cónsules, los pretores y los tribunos. A los ciudadanos lo único que les permitía fue el derecho a denunciar los delitos antes los tribunos.

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

Los quaestores, sólo conocían del caso que se les planteaba y luego desaparecían (eran juzgadores por comisión); pero después se empezó a dictar una serie de leyes que permitieron a los quaestores profesionalizarse; es decir, tener mayor permanencia en sus puestos, esto se presentó prácticamente en la época de la República.

Las *quaestores perpetuae*, resultaban ser un tipo de leyes especializadas que dieron una permanencia para reglamentar ciertas conductas, pero no para todos los delitos, sino sólo para cada tipo de delito. Aparecieron entonces los *quaestores de clandestinis conjurationibus* (para conjuraciones), *majestate* (para la seguridad nacional), *veneficiis* (de envenenamiento), *homicidiis* (de homicidio), *peculatos* (peculado), *pecuniae respetundae* (exacciones ilegales).

Se tuvo de este modo, un tribunal para cada delito, donde un magistrado (*quaestio*) conocía del asunto, y otro grupo de personas (jurado) resolvía. Para

entonces se permitió a todo ciudadano acusar, y se le exigía tan solo el juramento de no acusar calumniosamente (*juramnetum calumniane*).

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

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

Por su parte, el maestro Becerra Bautista considera que la bipartición del procesión *jure et in iudicio* no es una diferencia fundamental en el periodo de las acciones de la ley ni en el procedimiento formulario "sino que la diferencia consisten en las relaciones de las partes con el magistrado y la forma en que estas partes pueden obrar en juicio, siendo que el primer periodo se debía pronunciar determinadas palabras y en el segundo mediante fórmulas escritas".⁹

Para el Licenciado Colín Sánchez, el proceso privado cayó en un descrédito, por lo cual fue adoptado el proceso penal público, llamado así porque "el estado sólo intervenía en aquellos delitos que amenazaban el orden y la integridad política"¹⁰, estos delitos eran entre otros tantos la traición, falsificación de moneda, el robo a la nación, etcétera.

Ya desde la etapa de las *legis actiones*, el magistrado en casos excepcionales podía resolver (*extraordinem*) haciendo uso también de su extraordinario

⁹ BECERRA BAUTISTA, José. *El Proceso Civil en México*, 14ª edición, Editorial Porrúa, México, 1992, Pág. 240.

¹⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. Pág., 16

imperio, facultad que vino a suceder a la ordinaria fórmula y la *quaestio perpetua*, que exigían dos fases en el enjuiciamiento (*in ure e in iudicio*), para que el mismo sujeto (el magistrado), decidiera también sobre las pretensiones propuestas.

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

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

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

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

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

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

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

El procedimiento formulario es reconocido por la *lex Aebutia*, de la primera mitad del siglo II a. De C., junto a esta ley aparecen dos de Augusto: *Lex Iulia de iudiciis privatis* (17 a. De C.) y *lex Iulia municipalis*, un poco posterior, que abolieron el sistema de las *legis actiones*.

El procedimiento formulario se desarrolla, al igual que el de las *legis actiones*, en dos etapas: una ante el pretor, llamada *in iure*; la otra ante el juez, denominada *apud iudicem* o *in iudicio* y se lleva por escrito, es el procedimiento usado en la época clásica.

La formula es la instrucción por escrito que el magistrado envía al juez para que absolviera o condenara al demandado si se comprueban determinados supuestos.

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

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

Aun cuando los dos podían ser dueños del litigio (*domini litis*), los efectos de la absolución o de la condena afectaban en forma distinta al representado, tratándose del *cognitor*, recaían sobre el representado, tratándose del procurador, sobre el propio representante, la razón era la siguiente, el primero había sido constituido *praescriptis verbis*, el segundo podía actuar sin mandato, es decir como mero gestor.

En otras palabras, el *cognitor* era un representante directo, porque los efectos del proceso recaían en el representado; el procurador en cambio, permanece como representante indirecto, por cuanto los efectos jurídicos de su procuración procesal se producen en cabeza propia hasta el fin, inclusive hasta la ejecución de la sentencia.

Así pues, la representación del sujeto activo del delito, no únicamente estuvo a cargo de los *cognitores* y los *procuradores* en el procedimientos penal, sino que hubo otras instituciones de defensa como lo es el *pater familias* que en el primer periodo fue básico, para la representación de la personas que estaban bajo su cuidado (hijos, esclavos, esposa, clientes).¹¹

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

A partir de los siete años de edad y hasta los catorce, los varones eran propia mente considerados como impúberes, por su parte, con las mujeres sucedía lo mismo pero con la diferencia que ello era hasta que éstas alcanzaban los doce años cumplidos. Quien estaba próximo a la pubertad respondía de algunos actos delictivos debiendo hacer efectivas las responsabilidades de los mismos, se decían púberes o menores de edad desde los catorce o doce respectivamente, varones y mujeres hasta los veinticinco años en la que principiaba la mayoría de edad para las personas, siendo

¹¹ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993, Pág. 155.

por lo tanto plenamente capaces.

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

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

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

Asimismo, no existía la abogacía pagada por el Estado para la defensa de sus ciudadanos, estando muchas veces subordinada al contrato de mandato entre particulares la representación ante el magistrado o juez. El mandato en Roma era un contrato por el cual una persona de encargo a otra persona, acepta realizar gratuitamente un acto determinado o un conjunto de operaciones; siendo el que da el mandato mandante, mandador o dominus, y el que se encarga de cumplir el mandato se le denominaba mandatario o procurador. Este contrato tenía gran utilidad práctica, pues sucede con frecuencia que una persona está impedida, por enfermedad o por ausencia de realizar actos necesarios a la gestión de sus bienes o de su persona y

tiene que recurrir a la buena voluntad de un tercero. El mandato debía reunir ciertos requisitos como lo son:

1) GRATUIDAD, es decir, este debía ser en forma gratuita, de lo contrario este contrato tomaba una forma diferente a la del mandato y se convertía en arrendamiento de servicios. Sin embargo, estaba permitido remunerar ciertos servicios que repugnan por su naturaleza a la idea de tráfico y no pueden ser objeto de un arrendamiento como en el caso de los profesores, filósofos y abogados.

2) EL OBJETO DEBÍA SER LÍCITO, es decir, el objeto material del contrato debería ser lícito y permitido por la ley, de lo contrario, dicho contrato sería nulo, careciendo de todo valor.

1.2 Derecho Antiguo Español.

A veces resulta un tanto complicado el estudiar lo que es el derecho antiguo español, máxime si la forma aceptada por el pueblo y sus gobernantes para solucionar los conflictos se basa en un derecho procesal popular, donde la oralidad imperante prácticamente desconoció a la escritura, tal como lo señala el maestro Silva Silva, cuando manifiesta "La fusión de los derechos Visigodo y Romano, dio lugar a fuero juzgo que destacó algunos derechos humanos, pero al cual la invasión árabe lo hizo caer prácticamente en desuso. Surge en la realidad un derecho procesal popular"¹²

El fuero juzgo fue el ordenamiento normativo que comprendía suposiciones relativas a múltiples materias jurídicas, tanto de derecho público como privado, así en el libro primero de los doce en que se componía, se contienen diversos preceptos concernientes al autor de las leyes y la naturaleza de estas, consagrándose en el título preliminar del mencionado ordenamiento un notable principio que traduce la limitación natural, desde el punto de vista ético-político, que debía tener la autoridad

¹² SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. 3ª edición, Editorial Harla, México, 1990. Pág. 53.

real de la función legislativa y de una justicia así como la legitimidad del monarca.

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

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

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

Es de notarse el esfuerzo que se hizo, a la creación de estas leyes, al tratar de otorgar garantías al individuo, sin embargo, ello no fue suficiente para lograr que el sujeto activo del delito obtuviera un derecho público subjetivo de defensa, pues aun y con la vigencia de dichos preceptos legales, se siguió aplicando en forma general el tormento, excepto a los consejeros del rey y otros personajes importantes de la época.

Los delitos que afectaban a la comunidad, eran por ella perseguidos y castigados. En delitos que sólo afectaba a determinado individuo, a éste tocaba pedir el castigo o castigar él mismo al delincuente con la venganza privada o acordando con el ofensor el pago de una compensación, pero antes de ello se requería que el sujeto activo hubiese sido pronunciado culpable de tal delito, además de declararle la muerte

civil, ello con el fin de que su persona y bienes quedaran a merced del ofendido, sin que el delincuente gozara en este caso del derecho de asilo.

Tratándose de delito flagrante, siendo el reo detenido y conducido a la presencia judicial por el ofendido y presentándose los testigos presenciales de los hechos ante el juez, éste inmediatamente pronunciaba la sentencia sin formas algunas.

Por otro lado, los juicios debían tener las partes substanciales como lo son: emplazamiento, demanda, contestación, pruebas y sentencia, la forma era solemne y lo principal era buscar el arreglo de las partes por medio de una indemnización, a falta de testigos, la prueba consistía en un juramento y el juicio de Dios (decisión por la suerte o duelo en combate).

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

Para Corture, citado por el maestro Silva Silva señala: "que las partidas significaron el tránsito de un derecho popular y hondo a un derecho escrito, académico y romano."¹³

Fue Fernando III el rey que tuvo la idea de formar un cuerpo de leyes generales y para ello nombró un concejo de doce sabios, que empezó a formar un libro llamado septenario, pero no habiéndose concluido esta obra en vida, encargó a su hijo el rey Alfonso X, su continuación.

Las siete partidas, iniciadas en 1256, fueron obra del propio rey, de los doce sabios del concejo, formados por Fernando III, y del maestro Jacobo, de Alfonso

¹³ Ibidem. Pág. 54.

X, Fernando Martínez, Arcediano de Zamora y del maestro Roldán, autor también del ordenamiento de las tafureías (casas de juego).

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

Para el doctor Burgoa las siete partidas "constituyen una de las obras más geniales que el pensamiento humano haya producido en pleno medievo por lo que respecta al derecho positivo, habiéndose no solo codificado en él bajo el sistema normativo unitario múltiples disposiciones contenidas en los cuerpos legales anteriores incluyendo a la de diversos fueros municipales, sino que adoptando también principios fundamentales de la filosofía política y del Derecho Romano que parecía haberse olvidado en las legislaciones precedentes".¹⁴

Así, dentro de esta ley de las siete partidas, la tercera resulta para el presente trabajo, de mayor relevancia, toda vez que ésta, reglamentó aunque en forma primitiva y escueta, el derecho a la defensa, ello dentro de sus capítulos V y VI.

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

¹⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, 28ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996, Pág. 79.

1.3 Derecho Mexicano.

El estudio del derecho mexicano resulta ser sumamente apasionante, aunque a la vez, un tanto complicado, pues como bien se sabe, a la historia de México suele dividirse en tres grandes etapas *Precolonial, Colonial e Independiente*, por ello es importante que al realizar un análisis del derecho mexicano, se ubique el mismo en cada una de estas etapas, pues como es de saber, los acontecimientos sociales de cada una de estas etapas, repercuten en obvias razones en el derecho que se ejerció en determinada etapa como conjunto de normas encaminadas a regular las relaciones en la misma sociedad. En este contexto, y para una mejor comprensión del tema a desarrollar, el mismo se divide en tres subtítulos alanzándose en cada uno de estos, cada una de las etapas de la historia de México en lo que respecta al derecho desarrollado en cada una de estas épocas.

1.3.1 Derecho Precolonial.

Muy pocos datos se tienen sobre el Derecho penal anterior a la llegada de los conquistadores, indudablemente los distintos reinos y señoríos pobladores de los que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre materia penal, pero debido a que no existía una sola nación, sino varias, tampoco había unidad política, entre los pueblos Maya, Tarasco y Azteca, debiéndonos de aplicar solamente al estudio de éste último, por razones de espacio y de superioridad reglamentaria que regía a ese pueblo hasta antes de la llegada de Hernán Cortes.

Algunos autores como el maestro Fernando Castellanos, llama a este periodo pre-cortesiano, sin embargo, el nombre que se le dé, es lo que menos importa, lo importante es que se trata del periodo vivido en México antes a la llegada de los españoles.

En el reino de México, el monarca era la máxima autoridad judicial y

delegaba sus funciones a un magistrado supremo dotado de competencia para conocer de las apelaciones en materia criminal, a su vez, éste nombraba a un magistrado para ejercer iguales atribuciones en las ciudades con un número de habitantes considerable, y este magistrado a su vez, designaba a los jueces encargados de los asuntos civiles y criminales. El maestro Esquivel Obregón citado por Becerra Bautista, establece que "después del rey seguía el Cihuacoalt, gemelo mujer, especie de doble monarca, sus funciones eran, entre otras, administrar justicia y sus sentencias no admitían apelación ni ante el mismo rey. No solo el Tenochtitlan, sino en todas las cabeceras de provincia importantes había un *cihuacoalt*. En cada barrio o *calpulli* había cierto número de *cenectlapiques* que hacían las veces de jueces de paz en los asuntos de mínima importancia".¹⁵ Del mismo modo, el maestro Silva Silva, establece en su obra Derecho Procesal Penal, que en la época a que nos estamos abocando había "jueces de elección popular denominados *Teuctli* que eran competentes para conocer de asuntos menores y que duraban un año en el desempeño de sus funciones que eran los nombrados por el *cihuacóalt*"¹⁶, sin embargo tratándose de la persecución del delito y su correspondiente sanción, esta estaba a cargo única y exclusivamente del soberano y éste a su vez delegaba sus funciones propias de la administración de justicia en sus súbditos, los cuales debían rendirle cuentas cada cierto tiempo, manteniendo con esto el rey un control de los procesos penales.

Tomando en cuenta la clasificación de las infracciones penales en leves o graves, para conocer de las primeras, se designaban jueces cuya jurisdicción comprendía solamente la de barrio determinado de la ciudad. Las infracciones graves se encomendaban a un tribunal colegiado, integrado por tres o cuatro.. jueces, los jueces iniciaban las actuaciones procedentes, efectuaban la aprensión de los delincuentes, instruían el proceso en forma sumaria y el magistrado supremo era quien decidía en definitiva.

Los encargados de tales atribuciones estaban distribuidos en salas, una para lo civil, y otra para lo criminal y una tercera para asuntos militares, en cada sala

¹⁵ BECERRA BAUTISTA, Jose. Op. cit. Pág. 265.

¹⁶ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. cit. Pág. 58.

había cuatro jueces y cada uno tenía a sus ordenes varios escribanos y ejecutores, la apelación se interponía ante el soberano y este sentenciaba en definitiva.

En esta época no se tienen noticias de que hayan existido abogados, pero las partes dentro de los asuntos civiles y penales, hacían su demanda y defensa por sí mismos respectivamente, ello resulta comprensible si se tiene en cuenta la sencillez de la vida jurídica, así como el número de leyes, ello, aunado a la simplicidad del mecanismo judicial.

El procedimiento penal era escrito a diferencia del civil que era oral. De acuerdo con la opinión del maestro Esquivel Obregón, "El Derecho civil de los aztecas era objeto de tradición oral, el penal era escrito, pues los códigos que se han conservado se encuentran claramente expresados, cada uno de los delitos se representaban mediante escenas pintadas, lo mismo las penas."¹⁷

La sociedad Azteca existía para beneficio de la tribu, y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad, de ello se derivaron importantes consecuencias para los miembros de la tribu: quienes violaban el orden social eran colocados en un estatus de inferioridad y se aprovechaba su trabajo en una especie de esclavitud; el pertenecer a la comunidad traía consigo seguridad y subsistencia; el ser expulsado significaba la muerte por las tribus enemigas, por las fieras, o por el propio pueblo.

El Derecho Penal Azteca revela excesiva severidad, principalmente con relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del gobierno o la persona misma del soberano; las penas crueles se aplicaron también en otros tipos de infracciones. Ha quedado perfectamente demostrado que los Aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y delitos culposos, así como las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad,

¹⁷ ESQUIVEL OBREGÓN, T. Apuntes Para la Historia del Derecho Mexicano Tomo I, 2ª edición, Editorial Porrúa, México 1984, Pág. 54.

la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

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

1.3.2 Derecho Colonial.

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

Distintos tribunales, que apoyaban en factores religiosos, económicos, sociales y políticos, pretendieron encabezar la conducta de indios y españoles, para la persecución del delito en sus formas especiales de manifestación y para aplicar las sanciones pertinentes, se implantaron: El Tribunal del Santo Oficio, La Audiencia, El Tribunal de la Acordada, Tribunales Especiales para los Vagos entre otros muchos más.

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

excusado de tiempo y proceso".¹⁸

Para el maestro Silva Silva, señala que "durante esta fase histórica el derecho indiano, por su fuerte color ideológico se conoce más al tribunal del Santo Oficio. Este tribunal funcionaba accidentalmente, pero se convirtió en permanente cuando los reyes católicos pidieron al Papa Sixto IV que implantaran uno en la península esto en 1478".¹⁹

Sin embargo, no fue solamente un factor lo que determinó la creación de los tribunales de la nueva España, sino la suma de todos y cada uno de ellos, y en base precisamente de las necesidades existentes en lo que respecta a procuración y administración de justicia, así tenemos que influyeron el factor desde luego religioso, económico, social, político, racial, entre otros, para la creación de tribunales que muchas veces debido a lo sumarísimo de sus procedimientos, se cometían muchas injusticias.

En realidad fue hasta el 25 de enero del año de 1569, cuando se funda el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición para las Indias Occidentales; y el 16 de agosto de 1570, el virrey Don Martín Enriquez recibe orden de establecerlo en todo el territorio de la Nueva España, designando inquisidores generales a Don Pedro de Moya y Contreras y a Don Juan de Cervantes.

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

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

¹⁸ CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 4ª edición, Editorial, Porrúa, México 1987. Pág. 60.

¹⁹ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. cit. Pág. 61.

civiles.

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

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

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

Del mismo modo, a los "autos de fe, asistía también todo el Tribunal, integrando la formación que para esos acontecimientos se requería en el acto de ejecución.

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

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

El 22 de febrero de 1813, las Cortes de Cádiz suprimieron el Tribunal de la Inquisición en México; se dio a conocer esa determinación el 8 de junio del mismo año,

pero el 21 de enero de 1814, Fernando VII lo estableció nuevamente y no fue sino hasta el 10 de junio de 1820 cuando se suprimió definitivamente.

Otro tribunal de la época fue "La Audiencia", misma que tenía funciones específicas y atribuciones generales para solucionar los problemas policíacos y los asuntos relacionados con la administración de justicia. En la Nueva España se instalaron dos, uno en la ciudad de México y otro en Guadalajara. Se regían en todo por las leyes de Castilla.

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

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

Por otro lado, el alguacil mayor, tenía bajo su responsabilidad la función policíaca. Todos estos funcionarios tenían a un presidente el cual era competente para conocer de los asuntos tanto penales como civiles.

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

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

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

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

Si era decretada la pena de muerte, ahorcaban al sentenciado en el mismo lugar en donde habían ejecutado el delito y dejaban expuesto el cadáver para escarmiento a los cómplices que no habían sido capturados o para aquellos individuos dedicados a cometer hechos de esa índole.

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

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

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

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

En el libro primero, de la santa fe católica, en la segunda de las leyes, se habla de las provisiones, cédulas y ordenanzas reales; en el tercero, del dominio y jurisdicción real de las Indias; en el cuarto de los descubrimientos; en el quinto de los términos, divisiones y agregación de las gobernaciones, también de los alcaldes mayores y ordinarios, de los alguaciles, de los escribanos, de las competencias, de los pleitos y sentencias de las recusaciones, de las apelaciones y suplicaciones; en el sexto de los indios; en el séptimo de los pesquisadores y jueces de comisión; en el octavo de las contadurías y sus ministros; en el noveno de la real audiencia y casa de contratación que residía en Sevilla.

Las leyes expedidas por la corona española, tenían un carácter benefactor para el indígena, pero desafortunadamente, su aplicación estaba viciada de excesos y arbitrariedades, llevando incluso a ser propietarios de las vidas y propiedades de los

nativos. El maestro Fernando Castellanos nos da un claro ejemplo de esa benevolencia hacia el indígena que en algunas grandes poblaciones efectivamente se daba, "para los indios las leyes fueron más benévolas, señalándose como penas los trabajos personales, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir con eventos, ocupaciones o ministerios de la Colonia y siempre que el delito fuera grave, pero si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 13 años podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga."²⁰

1.3.3 Derecho del México Independiente.

La grave crisis producida en todos los órdenes por la guerra de independencia, motivó el pronunciamiento de disposiciones tendientes a remediar, en lo posible, la nueva y difícil situación. Se procuró organizar a la policía y reglamentar la aportación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como cambiar la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto.

A decir del maestro Silva Silva, "Las leyes de los primeros años independientes se caracterizaron por su provisionalidad, es decir, leyes que regían mientras se expedían las definitivas. En gran parte, la legislación habida en estos primeros tiempos se adoptó de las extranjerías, especialmente de las leyes de Partida de la Novísima Recopilación".²¹

En estos primeros tiempos del México independiente, si se llegaron a aplicar en toda la extensión de la palabra, las leyes vigentes que durante la dominación española regían, ya que como señala el maestro Ricardo Abarca, citado por el Licenciado Fernando Castellanos existía una legislación "fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delincuentes que llegaban a construir problemas políticos,

²⁰ CASTELLANOS, Fernando. *Opcit*, Pág. 62.

²¹ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Op. cit.* Pág. 83.

pero ningún intento de formación de un orden jurídico total; hay atisbos de humanitarismo en algunas penas, pero se prodiga de la de muerte con arma de lucha contra enemigos políticos; las diversas Constituciones que se suceden ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la legislación penal y no se puede afirmar que las escasas instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado".²²

Es así como en las instituciones humanitarias en el procedimiento penal no existían datos suficientes para pensar que se hayan realizado en su totalidad en la etapa independiente, pero nadie puede establecer que las leyes provisionales como las denomina el maestro Silva Silva, no hayan servido como base y como sustento de las actuales garantías para la persona de la cual se tenga la sospecha de que haya cometido algún ilícito, es decir que las leyes legisladas en ese periodo sirven de modelo a la actual legislación penal tanto sustantiva como adjetiva.

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

a) Ningún español puede ser preso, sin que proceda información sumaria del hecho y que tenga establecida pena corporal.

b) Ningún español puede ser detenido si no es por orden de un Juez por escrito a excepción si se trata de delito in fraganti, en donde cualquier persona puede arrestar al delincuente y conducirlo ante la presencia del juez.

c) Dentro de las 24 horas siguientes a su detención, se le hará saber la causa de su prisión y el nombre de quien lo acusa.

²² CASTELLANOS, Fernando. Op. cit. Pág. 50

d) Al tomar la declaración del reo, se leerán íntegramente todos los documentos y declaraciones de los testigos, con los nombres de éstos.

e) El proceso de ahí en adelante será público.

f) No se usará el tormento.

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

h) Ninguna pena trascenderá a la familia del delincuente.

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

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

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

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

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

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

Existe un orden sistemático a efecto de que en todo juicio criminal se observen y respeten las siguientes garantías: que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiere; que se la tome su declaración preparatoria dentro de las 48 horas, contadas desde que esté a disposición del juez; que se le caree con los testigos que depongan en su contra; que se le faciliten los datos que necesiten y consten el proceso, para preparar su descargo; que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de defensores de oficio, para que elija el que o los que le convengan.

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

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

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

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

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

Años más tarde, el 6 de junio de 1894, un nuevo Código de Procedimientos Penales derogó al anterior, y aunque no difiere en el fondo de su doctrina, en sus tendencias, trató de equilibrar la situación del Ministerio Público y de la defensa, para que ésta no estuviera colocada en un plano de superioridad frente al Ministerio Público, ello debido a que en el Código de 1880 existían marcadas diferencias entre el Ministerio Público y la defensa, en donde esta última disfrutaba de beneficios que el Ministerio Público no, como por ejemplo, permitía al defensor modificar libremente sus conclusiones ante el jurado, en cambio el Ministerio Público

estaba obligado a presentarlas desde que la instrucción estaba concluida y solo por causas supervenientes podría hacer modificación de las misma, como en el supuesto de existir pruebas o datos en general de los cuales el Ministerio Público no tuviera conocimiento, de tal suerte que en la mayor de las ocasiones el Ministerio Público se presentaba ante el jurado sin saber a qué atenerse.

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

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

CAPITULO II MARCO CONCEPTUAL.

2.1 Concepto de Defensa.

En toda ciencia existen una gran gama de conceptos en sus diferentes indoles y jerarquías, conceptos dentro de los cuales también existen los subordinados a otros o los que dependen de otros.

Hablando de la ciencia procesal, existe de entres sus estudiosos, una gran preocupación en determinar cuales son los conceptos jurídicos fundamentales de la misma; al respecto no hay unanimidad en cuales serían esos conceptos jurídicos, por su parte el maestro Goldschmidt James el cual es citado a su vez por el Licenciado Cipriano Gómez Lara, señala: "La imprecisión en los conceptos quiere encontrar su justificación en la idea de que, la ciencia del proceso, es la rama más moderna de la ciencia del derecho".²³ Debido al caos existente entre doctrinarios para ponerse de acuerdo, en cuales son los conceptos jurídicos fundamentales, resulta entonces pertinente definir los conceptos básicos que sirven de cimientos para la elaboración del presente trabajo como lo es el concepto de Defensa, que a continuación se definen.

Al decir de Guarneri, el concepto de Defensa "es correlativo al de acusación y constituye, en la dialéctica procesal de los contrarios, el momento de la antítesis. Igual que la acusación, representa en el proceso penal una institución del Estado, pues el legislador la considera indispensable para la consecución de la verdad."²⁴

Silverio Graciano considera a la Defensa "Como una institución judicial que comprende al imputado y al defensor llama al primero elemento individual y al

²³ GÓMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso, 8ª edición, Editorial Harla, México, 1990, Pág. 113.

²⁴ Cit. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. Pág. 177.

segundo elemento social, las cuales en la defensa del derecho constituye el instituto. . . el uno presupone al otro y la unidad de la función es una de sus características, aunque pueda cambiarse de defensor, esto es transitorio y no destruye la unidad de la defensa que es la esencia del instituto."²⁵

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

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

a) Como actitud del demandado a oponerse a los hechos (*causa pretendi*) invocados por el actor, actitud consistente en oponer hechos impositivos, modificativo o extintivos.

b) Como cualquier actitud (legal) tendiente a sostener un derecho de libertad alegado.

Para Fench, citado por el maestro Silva Silva, señala que "se entiende por defensa en sentido amplio, toda actividad de las partes encaminada a hacer valer en el proceso penal sus derechos e intereses en orden a la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento en su caso o impedirlos según su posición procesal."²⁶

Para el maestro Rafael de Pina, citado por el tratadista Becerra Bautista, la defensa "es la actitud encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un proceso."²⁷

²⁵ GRACIANO SILVESTRE. El Derecho Penal, 15ª edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1978, Pág. 190.

²⁶ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. cit. Pág. 63.

²⁷ BECERRA BAUTISTA, José. Op. cit. Pág. 120.

Para el licenciado González Bustamante, el cual también es citado por el Doctor Burgoa, la defensa “es la función encaminada a destruir las pruebas de cargo existentes de tal manera que la resolución judicial que se pronuncie se traduzca en una exculpación o al menos en una mejoría de la situación jurídico-procesal que guarda el inculpado.”²⁸

Para Herrera y Lasso el cual es citado por el maestro Colín Sánchez, la defensa “es el derecho de probar contra la prueba el derecho a demostrar que la autoridad probó erróneamente o insuficientemente, aprovechando el desequilibrio que en el proceso se presente, aunque ello se traduzca en una resolución de inculpabilidad del culpable o culpabilidad atenuada del que tuvo mayor”.²⁹

De este modo y en base a lo establecido, la defensa es el conjunto de actos jurídicos tendientes a desvirtuar las imputaciones hechas en contra de una persona, ello, a través de los instrumentos jurídicos que la misma ley otorga al inculpado como lo son alegatos, ofrecimiento de pruebas, interposición de todo tipo de recursos, interrogatorios tanto al denunciante, como a los testigos, así como los medios necesarios para exigir que el procedimiento se lleve conforme a lo establecido por la ley.

Por otro lado, el origen que tiene el principio de proporcionalidad de la pena, este tiene su base en la necesidad pública de que fuese proporcional el castigo que se le impusiera al sujeto activo del delito, en relación al ilícito cometido, pues como lo vimos en el capítulo pasado, en la época antigua muchas veces era exagerado el castigo que se imponía al sujeto activo de algún delito, así pues, en la etapa de la venganza privada, cada particular, cada familia y cada grupo se defendía y se hacía justicia por sí mismo, sirviendo esto como antecedente en donde hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla. En este periodo obviamente la función represiva estaba en manos de los particulares, si pensamos en que todo animal

²⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales, Op. cit. Pág. 200.

²⁹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. Pág. 171

ofendido tiende instintivamente a reaccionar, es fácil comprender como la primera forma y la primera justificación de lo que hoy llamamos justicia penal, debió ser, por la naturaleza misma de las cosas. La venganza resulta ser el precedente de lo que hoy día es la pena actual, resaltando que en los mismos tiempos de la venganza, se contaba además, con el apoyo de la colectividad misma mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole además su derecho a ejercitar la misma venganza. A razón de lo expuesto, la defensa se fue regulando de acuerdo al tiempo que rigió en una determinada época, de tal suerte que ha llegado a ser lo que hoy conocemos por la misma.

Como en ocasiones los vengadores, al ejercitar su reacción se excedían causando males mucho mayores que los recibidos, hubo la necesidad de limitar la venganza y así apareció la fórmula del talión "ojo por ojo, y diente por diente", ello dando como significado que el grupo solo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido, desde luego que esto supone un poder moderador, mismo que regulaba el mismo grupo social.

2.2 Concepto de Defensor.

Para comenzar este apartado, es importante el diferenciar el derecho de defensa, del derecho a tener un defensor.

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

Básicamente, resultan ser dos los sistemas conocidos en torno a los sujetos que realizan la defensa:

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

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

Para el maestro Guillermo Colín Sánchez, "El defensor representa a la institución de la defensa, integrada por dos sujetos fundamentales: el autor del delito y el jurídico, quienes constituyen un binomio indispensable para el proceso, el defensor complementa la personalidad jurídica del sujeto activo del delito, integra la relación procesal y tiene a su cargo la asistencia técnica."³⁰

Por su parte, el maestro Manzini, considera que el defensor "interviene en el proceso penal, para desplegar en él una función de asistencia a favor de los derechos y demás intereses legítimos de un sujeto procesal en la aplicación de una finalidad de interés público y no solamente para el patrocinio del interés particular."³¹ Esta definición, va más allá al considerar en su concepto de defensor un interés no solamente particular, sino social, ya que el grupo social no está interesado en castigar simplemente, sino que se castigue realmente a aquel que se ha atrevido a afectar su interés, de ahí la importancia dada por el Estado al defensor que es un equilibrio entre la pretensión punitiva del Estado para castigar al verdadero delincuente en el proceso penal. De este modo, el Defensor resulta ser una especie de consultor del procesado teniendo derecho a interponer todo tipo de recursos, así como de alegar cuanto se considere en beneficio de la persona acusada.

Sin embargo, no se considera adecuada tal definición en lo concerniente a considerar al defensor una especie de auxiliar a un interés social, pues el defensor debe velar en primer lugar y de forma suprema, por los intereses de su defenso.

³⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. Pág. 177.

³¹ MANZINI FRANCESCO. La Defensa Penal, 4ª edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1984, Pág. 109.

De este modo se define al defensor, como aquella persona cuyos conocimientos técnicos-jurídicos son puestos en práctica, con el objeto de demostrar la inocencia del inculpaado o en su caso, atenuar la penalidad de este, comprometiéndose legal y moralmente a asistir en todo momento a su defenso, haciendo uso de toda arma jurídica que la ley le dota para cumplir con su finalidad.

2.3 Concepto de Indiciado.

En cuanto a la definición de Indiciado, dentro de la doctrina y practica procesal, al supuesto autor del delito se le ha otorgado diversas denominaciones, las que muchas veces no corresponden a la terminología adecuada, es conveniente determinar el nombre que recibe el sujeto activo del delito en cada etapa procedimental.

De este modo, el constituyente de 1917, usó como sinónimos el de acusado, procesado y reo, en la ley secundaria como lo es el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, estableciéndose en la exposición de motivos que estas palabras debían ser consideradas como sinónimos, señalando "al suprimirse las diversas fases del procedimiento que obedecen a razones de carácter didáctico, fue menester señalar una sola denominación para el sujeto primordial del drama penal, sintetizando a las alusiones a un solo denominador "el imputado" habida cuenta que desde el inicio del proceso de la acción penal se ejercita contra un sujeto de imputación que termina de serlo hasta que se precisa con la verdad legal su condición de sentenciado".

Sin embargo, es más adecuado desde el punto de vista técnico, darle al sujeto activo del delito, un nombre de acuerdo a la etapa procedimental en la cual se este actuando. A continuación se dan algunas de las connotaciones que se le han dado al sujeto activo del delito, mismas que varían de acuerdo a la etapa en que se ubique.

- 1.- INDICIADO.- Sujeto contra del cual existe sospecha de que cometió algún

delito, pues se le ha señalado como tal, toda vez que la palabra indicio significa el dedo que indica.

2.- PROBABLE RESPONSABLE.- Es aquel en contra de quien existen datos suficientes para presumir que ha sido autor de los hechos que se le atribuyen, siendo más adecuado nombrarlo así en la averiguación previa.

3.- IMPUTADO.- Es aquel a quien se le atribuye algún delito.

4.- INCULPADO.- Es aquel a quien se le atribuye la comisión o participación de un delito hecho delictuoso. Tradicionalmente este término se tomaba como sinónimo de acusado y se aplicaba a quien cometía algún delito desde que iniciaba el proceso hasta su terminación.

5.- ENCAUSADO.- Es el sometido a una causa o proceso.

6.- PROCESADO.- Es aquel que está sujeto a un proceso, en tal circunstancia la aplicación de tal calificativo dependerá del criterio que se sustente respecto al momento en que se estime se ha iniciado el proceso.

7.- INCRIMINADO.- A este término corresponde la misma significación que se estableció para imputado o inculpado.

8.- ENJUICIADO.- Es aquel que es sometido a juicio.

9.- ACUSADO.- Es aquel en contra de quien se ha formulado una acusación.

10.- CONDENADO.- Es aquel que está sometido a una pena, es decir al que ya se le ha pronunciado una sentencia la cual está cumpliendo.

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

2.4 Concepto de Declaración.

Según el diccionario de la lengua española declaración es "afirmación o negación de una situación jurídica de un hecho."³²

Para el diccionario jurídico declaración es: "la que se efectúa por el acusado para establecer su versión de los hechos y conocer los cargos que se hacen a fin de que pueda preparar su defensa."³³

En opinión del maestro Silva Silva "La declaración del imputado puede consistir en la aceptación de hechos caso en que estamos ante la confesión; en el rechazo de estos, o, en una aclaración o calificación de los mismos. En cuanto al efecto jurídico que puede producir la declaración del imputado puede serle adversa, beneficiarlo o ser natural."³⁴

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

La confesión la establece el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal el cual establece "La Confesión es la

³² GARCÍA PELAYO GROSS, Ramón. Diccionario de la Lengua Española, 19ª edición, Ediciones Larousse, México, 1995, Pág. 5

³³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo I, 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994, Pág. 80.

³⁴ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Op. cit. Pág. 573.

declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el Juez o el Tribunal de la causa sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con la formalidades señaladas por el artículo 20 II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"; de lo anterior se desprende que para que una confesión, sea considerada como tal, debe reunir ciertos requisitos como lo son, en primer lugar que quien la realice sea una persona mayor de edad, con pleno conocimientos de la conducta realizada y, quizás el más importante de los requisitos, que esta sea realizada ante autoridad competente, de tal suerte que si se realiza ante una diversa no debe ser tomada como confesión, así mismo deberá de contener las siguientes formalidades de las cuales las establece la Constitución Federal en su artículo 20 apartado A fracción II, y las cuales son:

1) No podrá ser obligado a declarar. Esta es una de las garantías sacramentales de nuestra Constitución, la cual obliga a la autoridad a un no hacer consistente en no coactivar al acusado, a que éste declare en cualquier sentido, es decir, que si no desea manifestar nada el presunto responsable, se le debe respetar este derecho.

2) Queda prohibida y será sancionada por la ley penal toda incomunicación, intimidación o tortura. De lo anterior se desprende e interpretándolo a contrario sensu, que si existe incomunicación del indiciado por parte de la autoridad concedora de los hechos, se presumirá que la confesión estuvo coaccionada, verbigracia cuando el Ministerio Público investigador mantiene detenido al probable responsable por un término superior el de 48 horas del mismo modo se considera viciado el proceso penal; o cuando se le amenaza al indiciado que de no confesar se le causará un mal grave a él mismo o a su familia; sin embargo, aun de mayor gravedad resulta el hecho de que el inculpado sea torturado con el fin de que acepte un hecho delictivo o declare en determinado sentido; en todos los casos la confesión carecerá de todo valor probatorio.

3) La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor

probatorio; este precepto encierra dos aspectos fundamentales, en primer lugar que la confesión deberá ser rendida ante la autoridad competente en esos momentos para conocer del asunto, de lo contrario, carecerá de todo valor probatorio; y en segundo lugar, aun y cuando sea realizada la confesión ante autoridad competente, carecerá de todo valor probatorio cuando se realice sin la asistencia del defensor.

Sintetizando lo anterior, la declaración es la manifestación realizada sin coacción, de hechos propios, realizados por una persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales.

2.5 Concepto de Garantías Individuales.

Para llegar al concepto en cuestión, en primer lugar se debe establecer, para la mejor comprensión del presente trabajo, el concepto gramatical de la palabra Garantía, la cual y según el diccionario de la lengua española, significa "Acción y efecto de afianzar lo estipulado. Fianza, prenda, cosa que asegura y protege algún riesgo o necesidad."³⁵

Por otro lado, y hablando con un lenguaje jurídico, las Garantías Individuales se entienden como "Derechos fundamentales o libertades individuales que conforman la dignidad de la persona, que se recogen y expresan en la Constitución de un Estado como reconocimiento a los gobernados. Estos derechos fundamentales constituyen el estatus personal de los individuos, por lo que son inalienables y están salvaguardados en las propias constituciones frente al Estado y sus órganos de gobierno"³⁶

Al término *Garantías Individuales*, se le han dado diversas connotaciones como los son Garantías Constitucionales, Derechos Humanos, Derechos

³⁵ GARCÍA PELAYO GROSS. Op. Cit. Pág. 262

³⁶ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Diccionario De Derecho Procesal Penal, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997, tomo II, Pág. 943.

Fundamentales, Defensa Constitucional; sin embargo, cada una de estas acepciones, van encaminadas en el mismo sentido, de modo que estos términos no vienen a ser mas que sinónimos entre ellos, así, para el jurista Jorge Carpizo, las garantías individuales, a las que él denomina Garantías Constitucionales son en estricto sentido técnico Jurídico, "El conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea transgredido por un órgano de autoridad política."³⁷

Del mismo modo y según las ideas de Carl Schmitt, las garantías constitucionales "son aquellos derechos que sin ser estrictamente constitucionales, por no referirse a la estructura fundamental del Estado ni a los derechos humanos, el Constituyente ha considerado conveniente incluir en la ley suprema para darles mayor solidez, para garantizarlos mejor."³⁸

Por su parte, el doctrinario Saúl Lara Espinoza, define las garantías individuales como "El reconocimiento y proclamación de diversos derechos consignados y protegidos bajo ciertas reglas y principio jurídicos a favor del gobernado por la Constitución, leyes y tratados internacionales, que sólo pueden ser restringidos o suprimidos por las autoridades competentes, en aquellos casos y con las condiciones que el orden jurídico establece."³⁹

En conclusión, las Garantías Individuales son el conjunto de derechos fundamentales, inalienables, establecidos por la norma suprema del Estado, para garantizar al gobernado una impartición de justicia de acorde al derecho establecido y protegerlo de aquellas arbitrariedades que pudieran cometerse en su contra por la misma autoridad.

³⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano tomo II, Editorial Porrúa, México, 2000, Pág. 1792.

³⁸ *Ibidem*. Pág. 1793.

³⁹ LARA ESPINOZA, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal, 2ª edición, Editorial Porrúa, México 1999, Pág. 12.

De ese modo, las garantías individuales no solo van dirigidas exclusivamente a proteger a las personas físicas, sino que involucran también a todo gobernado, por lo que también a aquellas personas morales de derecho privado, las entidades de derecho social, las empresas de participación estatal, los organismos descentralizados, etcétera.

Al respecto, la mayoría de los autores coinciden en manifestar que las garantías individuales las podemos encontrar en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y específicamente en su parte axiológica. Parte de la constitución que abarca los primeros veintinueve artículos de la carta magna.

Sin embargo, existen otras corrientes que consideran que las garantías individuales se encuentran plasmadas no solo en su parte axiológica, sino que también se establecen implícitamente otras garantías en diversos numerales del resto de la Constitución, pues aun y que la otra parte de la misma va encaminada a establecer la estructura fundamental del Estado, también es cierto que en esta existe el acogimiento de garantías constitucionales como lo son el derecho a la nacionalidad (artículo 30 y 37), derechos del ciudadano como el del voto, asociación, petición, etcétera (artículo 35), derecho del trabajo que encierra todas las garantías que como trabajador se tiene (artículo 123) etcétera; y por supuesto los artículos 107 en relación con el 103 que establece la garantía que tiene el gobernado de defensa contra los actos de autoridad que violen las garantías individuales. Así lo manifiesta el maestro Carlos Arellano García al señalar que "El juicio de amparo es el instrumento procesal creado por nuestra constitución federal para que los gobernados puedan hacer proteger sus garantías constitucionales de las violaciones que al respecto cometan las autoridades"⁴⁰

Del mismo modo, cabe hacer la aclaración que las garantías que nuestra carta magna consagra, protegen a todo individuo que se encuentre en territorio nacional, esto es, no importando su nacionalidad, sexo, raza, religión, estado civil,

⁴⁰ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Practica Forense del Juicio de Amparo, novena edición, Editorial Porrúa, México, 1995, Pág.4.

condición social, económica, política, ni ninguna otra situación personal. Del mismo modo se establece la excepción a tal regla, esta consiste en que las garantías que otorga la misma Constitución, no podrán suspenderse, ni restringirse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Así pues, "La Constitución está constituida por las normas de mayor valor jerárquico desde el punto de vista del derecho interno de un país. Tal supremacía de este tipo de normas jurídicas está consagrada en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"⁴¹. Dicho precepto señala que el aludido pacto federal, las leyes del congreso de la unión y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren con el presidente de la república, con la aprobación del Senado, serán ley suprema de toda la unión. Esto se traduce en que todas y cada una de las disposiciones que se encuentran en la constitución, las leyes del congreso y pactos federales, tendrán supremacía jerárquica, y estarán por encima de cualquier otra ley, dando de este modo preferencia a la misma frente a cualquier otra contravención.

Así lo manifiesta el maestro Eduardo García Maynes al indicar que "Después de la Constitución Federal, Leyes Federales y Tratados, aparecen las normas locales (leyes, reglamentos, decretos); luego las disposiciones reglamentarias y, en último término, las normas individualizadas."⁴²

Por otro lado, el juicio de amparo o juicio de garantías supone un medio de control de la constitucionalidad confiado a órganos jurisdiccionales. Trata de proteger a los individuos cuando la autoridad ha violado las garantías individuales. La figura del amparo en la vida jurídica es de gran importancia, ya que mediante la misma, los particulares no quedan desamparados a merced de las autoridades, toda vez que el objeto de esta clase de juicio es resolver todas aquellas cuestiones que se susciten por leyes o actos que violen las garantías individuales; por leyes o actos de la autoridad

⁴¹ Ibidem. Pág. 5.

⁴² GARCÍA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 49ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998, Pág. 88.

federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados; y por las leyes o actos de autoridades locales que invaden la esfera de la jurisdicción federal.

2.6 Concepto de Garantía de Defensa.

Las garantías individuales suelen dividirse para su mejor estudio, en cuatro grandes grupos, esto es, los derechos de igualdad, los de libertad, de propiedad y los de seguridad jurídica. Dentro de éste último grupo, se encuentran las garantías que el acusado debe tener en todo proceso criminal, de entre las cuales esta la garantía de defensa.

El Derecho de Defensa comprende, a su vez, una serie de derechos, de los cuales, el artículo 20 consagra, con rango constitucional, los siguientes: El derecho a ser informado de la acusación; El derecho a rendir declaración; El derecho a ofrecer Pruebas; El derecho a ser careado, y, El derecho a la defensa.

El Derecho a la defensa, o la garantía de defensa, es entonces, el instrumento procesal, establecido por la norma fundamental, con objeto de garantizar al gobernado que sea sujeto de un proceso criminal, una impartición de justicia de acorde al derecho establecido y protegerlo de aquellas arbitrariedades que pudieran cometerse en su contra por la misma autoridad, ello a través de proporcionarle el derecho a una defensa, es decir, a ser oído y defendido en todo momento dentro del juicio, así como dentro de la Averiguación Previa, por sí mismo, persona de su confianza o por abogado, brindándole para ello, una serie de instrumentos que pueden utilizar con la finalidad de acreditar su inocencia o en determinado caso, atenuar la pena penalidad.

CAPITULO III. EL DERECHO A LA DEFENSA COMO GARANTÍA INDIVIDUAL.

3.1 Referencia Histórica de las Garantías Individuales.

En los tiempos primitivos no era posible hablar de la existencia de los derechos del hombre considerados éstos como un conjunto de prerrogativas del gobernado de observancia jurídicamente obligatoria e imperativa para los gobernantes, y mucho menos, de potestades o facultades de hecho de que pudiera gozar el individuo dentro de la comunidad a que pertenecía y que constituyese una esfera de acción o actividad propia frente al poder público.

Dentro de las primeras formas de organización de la humanidad, o sea, en los regímenes matriarcales y patriarcales, la autoridad de la madre y del padre respectivamente, era omnimoda, sin que encontrara un dique, ya no jurídico sino fáctico a su desarrollo imperativo. La madre y posteriormente el padre como jefes de la sociedad familiar, cuyo conjunto componía la tribu, disfrutaba de absoluto respeto por parte de sus subalternos, sobre los cuales en muchos casos, tenían derechos de vida o muerte. Además, como fenómeno consubstancial a los regímenes sociales primitivos, se observaba invariablemente la existencia de la esclavitud, la cual presupone, al menos en el orden de la libertad e igualdad humanas, una negación de los derechos del hombre o garantías individuales, denominación con la que los conocemos hoy día. La sanción a la rebeldía justa e injusta contra los mandatos supremos e inapelables de los patriarcas y jefes de tribu, consistían en destierro de la comunidad, sin que el afectado por este acto tuviese ningún derecho que hacer valer frente a tal decisión.

Por su parte, en Grecia, el individuo tampoco gozaba de sus derechos fundamentales como persona reconocida por la polis y mucho menos tenía medios de defensa oponibles a las autoridades, es decir, no tenía derechos públicos individuales.

Su esfera jurídica estaba integrada casi exclusivamente por derechos políticos y civiles, y, aunque intervenía directamente en la constitución y funcionamiento de los organismos del Estado y tenía una situación protegida por el derecho en las relaciones con sus semejantes, no gozaba de ninguna prerrogativa frente al poder público.

Por otro lado en España existía una verdadera desigualdad social, estando de esta manera, dividida la sociedad en tres grandes clases como los eran: en primer lugar y como la clase baja los ilotas o siervos, mismos que se dedicaban a los trabajos agrícolas; como clase media los periecos, quienes desempeñaban la industria y el comercio; y, por último, los espartanos, quienes propiamente constituían la clase aristócrata y privilegiada en España. Ante tal jerarquía social resulta inútil el hablar de la existencia de derechos del hombre o más propiamente dicho, de garantías individuales como conjunto de potestades jurídicas oponibles coercitivamente al poder público, en vista de que no existía la situación igualitaria que presupone todo derecho público individual.

Siendo el Estado en Esparta una estructura superhumana a la cual todo miembro de la comunidad debía una natural sumisión, el gobernado como tal no tenía ningún derecho frente al poder público, frente a las autoridades. Su esfera jurídica se integraba exclusivamente por derechos políticos y civiles, esto es, por potestades que lo hacían participar activa o pasivamente en los destinos sociales como elector o funcionario, y por factores jurídicos en las relaciones de coordinación con sus semejantes.

El individuo como gobernado no era titular de ningún derecho frente al poder público, o sea, en las llamadas relaciones de supra o subordinación o de gobierno propiamente dichas. Su personalidad como hombre se diluía dentro de la polis. Sólo valía o tenía alguna significación en la medida en que, como ciudadano, intervenía en la actividad estatal como miembros de los diferentes órganos de gobierno; tales como las asambleas y tribunales. En Atenas, el pueblo (demos) lo era todo. A él incumbía la celebración de las leyes y la administración de justicia, misma que impartía

constituyéndose en el célebre tribunal de los heliastas. El signo transpersonalista y estadista que caracterizó al régimen jurídico-político de Atenas y en general de las demás ciudades griegas, trajo como consecuencia la minimización de la persona humana como tal, esto es, en su calidad de gobernado, y si el ateniense pudo escalar las más altas cúspides del pensamiento de la expresión artística y cultural, fue debido a la actitud de tolerancia y de respeto extrajurídicos que los gobernantes asumían frente a la sociedad.

En Roma, la situación del individuo y, por ende, de su libertad como derecho exigible y oponible al poder público, era parecida a la que privaba en Grecia. Bien es verdad que el *civilis romanus* tenía como elemento de su personalidad jurídica el estatus *libertaris*, pero esta libertad se refería a sus relaciones civiles y políticas, ya que, repetimos, no se concebía como un derecho intocable y reconocido por el orden jurídico. Así pues, una clara manifestación de la desigualdad humana existente en Roma, es la forma de clasificar a las personas, las que eran en dos; los libres y los esclavos.

El esclavo (*servus*) es considerado como persona y a la vez como cosa (*res*) lo segundo en razón de que el mismo "es susceptible de formar parte del patrimonio de una persona, de ser valuado en dinero, vendido, rentado, donado, etc."⁴³ Por otro lado eran diversas las causas por las que una persona llegaba a tener la condición de esclavos, esto es, por nacimiento, por cautividad (prisionero de guerra), o por condena.

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

La libertad del hombre como tal, conceptuada como un derecho público individual inherente a la personalidad humana, oponible al Estado en sus diversas

⁴³ PADILLA SAHÚN, Gumesindo. Op. cit. Pág. 33.

manifestaciones y derivaciones no existía el Roma, pues se disfrutaba como un hecho, sin consagración jurídica alguna, respetable y respetada sólo en las relaciones de derecho privado y como la facultad de indole política.

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

Asimismo el maestro Cipriano Gómez Lara, da la síntesis de esta etapa, resumiendo de la siguiente manera: "la existencia de dos clases sociales diferente, como eran los patricios y los plebeyos; la esclavitud como institución del Derecho Romano; y la diversidad de sujetos que carecían de la ciudadanía, nos orilla a afirmar que dentro el régimen jurídico político romano, la desigualdad humana y social fue signo característico durante las tres etapas de la historia."⁴⁴

Por su parte, la época feudal se caracterizo por el dominio del poseedor de la tierra, dueño de ella, respecto de aquel que la cultivaba, cuyas relaciones dieron origen a la institución medieval de la servidumbre. La propiedad territorial confería a su titular un poder no sólo de hecho, sino de derecho, sobre los que trabajaban, quienes rendían homenaje y juraban obediencia al terrateniente o señor feudal. El régimen de la servidumbre otorgaba a éste un poder soberano sobre los llamados siervos o vasallos, pudiendo disponer de su persona casi ilimitadamente. En esta virtud, no fue posible

⁴⁴ GÓMEZ LARA, Cipriano. Op. cit. Pág. 56.

concebir siquiera un orden de derecho que garantizara la libertad del hombre como elemento factor inherente a la personalidad humana frente a los actos arbitrarios y muchas veces despóticos del señor feudal, quien no encontraba otro límite a una actividad que su propia conciencia en relación con sus servidores y un vasallaje, nada más simbólico la mayoría de las veces, en cuanto al monarca o emperador.

Cuando las ciudades libres de la edad media fueron desarrollándose, cuando los intereses económicos de las mismas adquirieron importancia, los ciudadanos supieron imponerse a la autoridad del señor feudal, exigiéndole salvoconductos, cartas de seguridad, etcétera, y en general el reconocimiento de ciertos derechos que integraron una legislación especial (derecho cartulario). Se creó en esta forma, durante en tercer periodo medieval, o sea, el municipal, un régimen de legalidad que limitaba y sometía la autoridad del señor feudal en beneficio de los habitantes de las ciudades. El incremento económico y político que fueron paulatinamente adquiriendo las poblaciones medievales, fue la causa de que los gobernantes respetaran los compromisos que habían contraído con sus moradores, más la posibilidad de contravención y las violaciones mismas no tuvieron ninguna sanción jurídica a favor de los afectados. Por este motivo no es posible encontrar en esta época un precedente histórico de las garantías individuales, no obstante de un incipiente régimen de legalidad.

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

comprendía disposiciones relativas a lo jurídico, como el Derecho Público y privado.”⁴⁵

Hasta antes de la constitución de Cádiz, en marzo de 1812, no se consagraron a título de derechos subjetivos públicos, las fundamentales potestades libertarias del gobernado frente al poder público radicado en la persona del rey y emanado de su autoridad; en otras palabras, si el súbdito carecía de un verdadero derecho oponible a la actividad de las autoridades, y si estas, por tanto, no tenían a su cargo obligaciones propiamente jurídicas a favor de los gobernados que les hayan impuesto alguno de los estatutos sucintamente comentados, es lógico inferir que en los diferentes reinos que en el decurso del tiempo formaron el Estado Español, no existen antecedentes históricos de lo que hoy día se conocen como garantías individuales.

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

En México y específicamente en la época prehispánica, existían consejos de ancianos y sacerdotes que aconsejaban al jefe supremo en las cuestiones trascendentales para la vida pública, sin embargo, el jefe supremo no estaba constreñido u obligado coactivamente a acatar las opiniones en que dicha función consultora se manifestaba. Tales circunstancias inducen a creer que en los regímenes políticos y sociales primitivos el gobernado no era titular de ningún derecho frente al gobernante, resultando aventurado tratar de descubrir en ellos algún precedente de las actuales garantías individuales. Esta afirmación, desde luego, no implica que entre los pueblos que vivieron en el territorio nacional antes de la conquista, no haya habido ningún derecho consuetudinario, pues por el contrario, existía entre ellos un conjunto de prácticas que regulaban las relaciones propiamente civiles entre los miembros de la

⁴⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El Juicio de Amparo. 28ª edición, Editorial Porrúa, México 1991, Pág. 52.

comunidad, y fijaban cierta penalidad, para las acciones consideradas como delictuosas, quedando la observancia de tales prácticas, en el terreno contencioso, al criterio o arbitro del jefe supremo.

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

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

Por su parte, ya en el México independiente, en la constitución de Apatzingan se plasmaron los fundamentales principios de la ideología insurgente, de los cuales, algunos de ellos estaban ya establecidos en la Constitución española de 1812.

En la Constitución de Apatzingan, se designó un capítulo especial

dedicado a las garantías individuales. En su artículo 24, que es el precepto que encabezaba el capítulo de referencia, se hace una declaración general acerca de la relación entre los derechos del hombre. Por la forma como está concebido dicho capítulo, se infiere que la constitución de Apatzingan reputaba a los derechos del hombre o garantías individuales como elementos insuperables en el poder público, que siempre debía respetarlos en toda su integridad. Por ende, este documento constitucional, influido por los principios jurídicos y filosóficos de la revolución francesa, estima que los derechos del hombre son superiores a toda organización social, cuyo gobierno, en ejercicio del poder público, debe considerarlos intangibles, pues su protección no es sino la única finalidad del Estado.

En este sentido está concebido el mencionado artículo 24 de la Constitución de Apatzingan, que textualmente dice "La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos, consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas."

Es decir, que en México, se estampa en las leyes, los derechos básicos del hombre más comúnmente conocidos como garantías enunciados por primera vez en la Constitución de Apatzingan, espíritu que dio luz a la constitución de 1917 y a las garantías individuales tal como se conciben hoy día.

Ya a nivel internacional y como primer instrumento de este tipo, se encuentra la declaración Universal de Derechos Humanos, resolución adoptada por unanimidad en diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). El objetivo de esta declaración, compuesta por 30 artículos, es promover y potenciar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Dicha declaración proclama los derechos personales, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del hombre, los cuales sólo se ven limitados por el reconocimiento de los derechos y libertades de los demás, así como por los requisitos de moralidad, orden público y bienestar general. Entre los derechos citados por la

Declaración se encuentran el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad personal; a no ser víctima de una detención arbitraria; a un proceso judicial justo; a la presunción de inocencia hasta que no se demuestre lo contrario; a la no invasión de la vida privada y de la correspondencia personal; a la libertad de movimiento y residencia; al asilo político; a la nacionalidad; a la propiedad; a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, de opinión y de expresión; a asociarse, a formar una asamblea pacífica y a la participación en el gobierno; a la seguridad social, al trabajo, al descanso y a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar; a la educación y la participación en la vida social de su comunidad. La Declaración fue concebida como parte primera de un proyecto de ley internacional sobre los derechos del hombre. La Comisión de los Derechos Humanos de la ONU dirigió sus esfuerzos hacia la incorporación de los principios más fundamentales de la Declaración en varios acuerdos internacionales.

En 1955 la Asamblea General autorizó dos pactos de Derechos Humanos, uno relativo a los derechos civiles y políticos y el otro a los derechos económicos, sociales y culturales. Ambos pactos entraron en vigor en enero de 1966, tras una larga lucha para lograr que fueran ratificados.⁴⁶

3.2 Las Garantías Individuales y Sus Diferentes Clasificaciones.

Al examinar los diversos criterios doctrinales respecto de la clasificación de las garantías individuales, se puede observar que no existe un enfoque uniforme respecto a esta cuestión, pues son diversas las formas que los doctrinarios suelen clasificar a estos derechos fundamentales.

La obligación estatal que surge de la relación jurídica en que se traduce la garantía individual, puede consistir desde el punto de vista formal en un no hacer o

⁴⁶"Declaración Universal de Derechos Humanos." *Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001*. © 1993-2000 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

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

En efecto todo derecho subjetivo tiende a exigir o reclamar algo del sujeto obligado frente a su tutelar. Este "algo" constituye, pues, el contenido de exigencias del derecho subjetivo (verbigracia, la entrega de una cosa, de una suma de dinero, la transmisión del uso de un bien, etcétera).

Así pues, para el jurista Burgoa Orihuela, las garantías individuales suelen clasificarse desde dos puntos de vista a saber, una primera clasificación corresponde desde el punto de su naturaleza formal, y la segunda, desde el punto de vista de del contenido del derecho subjetivo público. A continuación y para una mejor ilustración se presenta el siguiente cuadro de la mencionada clasificación.

<p>1.- Desde el Punto de Vista de la naturaleza formal de las dos especies de obligaciones estatales (negativa positiva).</p>	<p>a) Garantías materiales - Las libertades específicas. (se asumen obligaciones negativas o de no hacer - Igualdad. - Propiedad.</p> <p>b) Garantías formales -De seguridad jurídica. *Audiencia * Legalidad (se asumen obligaciones positivas de hacer).</p>
<p>2.- Desde el punto de vista del contenido del derecho subjetivo público.</p>	<p>a) Igualdad</p> <p>b) Libertad</p> <p>c) Propiedad</p> <p>D) Seguridad Jurídica.*</p>

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

* Esta clasificación corresponde a la que realiza Ignacio Burgoa Orihuela, en su obra Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo, Porrúa, México, 1989.

La clasificación anterior ha sido adoptada por diferentes documentos jurídicos-políticos. En la declaración francesa de 1789 se estableció que los derechos naturales e imprescindibles del hombre "son libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (artículo 2).", y aunque no menciona expresamente dentro de estos tipos a la igualdad, su artículo primero hace alusión a ella como condición humana natural.

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

Por otro lado, existen muchas otras formas de clasificar a las garantías individuales, así, por su parte el jurista Jorge Carpizo, indica que las garantías individuales se dividen en tres grandes partes: los derechos de igualdad, libertad y de seguridad jurídica, las que a la vez se subdividen en otras más, pero para un mejor panorama, a continuación se muestra en el siguiente cuadro sinóptico.

- 1) Derecho de petición.
- 2) Derecho que toda petición la autoridad contestará por escrito.
- 3) Irretroactividad de la ley.
- 4) Privación de derechos sólo mediante juicio seguido con las formalidades del proceso.
- 5) Principio de legalidad.
- 6) Prohibición de aplicación analógica y por mayoría de razón en los juicios penales.

Garantía 7) Principio de autoridad competente.

De 8) Mandamiento judicial escrito, fundado y motivado.

Seguridad 9) Detención sólo con orden judicial.

Jurídica 10) Abolición de prisión por deudas de carácter civil.

11) Prohibición de hacerse justicia por propia mano.

12) Expedites y eficacia en administración de justicia.

13) Prisión preventiva sólo por delitos con pena corporal.

14) Garantías del auto de formal prisión.

15) Garantías del acusado en todo proceso del orden penal.

16) Solo el ministerio público y la policía judicial pueden perseguir los delitos.

17) Prohibición de penas infames y trascendentales.

18) De no ser juzgado dos veces por el mismo delito.

19) Los juicios criminales no tendrán más de tres instancias.

- | | | |
|----------|----------|--|
| | | a) Planeación familiar. |
| | | b) De trabajo. |
| | | c) De no ser privado del producto de su trabajo. |
| | * Física | d) Nulidad de los pactos. |
| | | e) De locomoción interna y externa en país. |
| 1) De la | | f) Abolición de la pena de muerte. |
| Persona | | |
| Humana | | |

- | | | |
|--|----------|-----------------|
| | | a) Pensamiento. |
| | | b) Información. |
| | * De | c) Imprenta. |
| | Espiritu | d) Conciencia. |
| | | e) Cultos. |
| | | f) Intimidad. |

Garantía

- | | | |
|----------|-----------------|---|
| De | 2) De la | * Reuniones con fines políticos. |
| Libertad | Persona | * Manifestación pública para pedir |
| | Persona | * Manifestación pública para pedir |
| | Cívica. | o protestar. |
| | | * Prohibición de extradición de reos políticos. |
| | 3) De la | * Libertad de asociación. |
| | persona social. | * Libertad de reunión. |

- | | |
|-----------------|--|
| | 1) Goce para todo individuo de las garantías. |
| | 2) Prohibición de la esclavitud. |
| Garantía | 3) Igualdad de derechos sin distinción de sexos. |
| De | 4) Prohibición de títulos de nobleza, prerrogativas |
| igualdad | y honores hereditarios. |
| | 5) Prohibición de ser sometido a proceso con apoyo en leyes primitivas y tribunales especiales.” |

Esta última clasificación resulta ser para muchos juristas la más adecuada, pues en la misma se contienen de forma ordenada, las diversas garantías que nuestra constitución consagra.

3.3 Las Garantías de Seguridad Jurídica.

“Por regla general todo acto de autoridad afecta la esfera jurídica de alguna persona física o moral en sus múltiples derechos: vida, propiedad, libertad, etc.”⁴⁷

No obstante lo anterior, en todo Estado democrático el acto debe cumplir con ciertos requisitos, condiciones o elementos, para que pudieran ser válidas, es decir, que esos elementos es lo que constituyen las garantías de seguridad jurídica, tal como lo ilustra el maestro Burgoa en su obra denominada “*Las Garantías Individuales*”, al señalar que las garantías de seguridad implican en consecuencia “El conjunto general de condiciones, requisitos o circunstancias previas a que debe sujetarse cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada al *summum* de derechos subjetivos”.⁴⁸

Esta clasificación la presenta Jorge Carpizo, al abordar el concepto de “Garantías individuales” que aparece en el Diccionario Mexicano T. II, Porrúa-Unam, México, 1994.

⁴⁷ MANZINI FRANCESCO. Op. cit. Pág. 200.

⁴⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Op. cit. Pág. 504.

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

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

En la constitución federal están establecidas las garantías de seguridad jurídica, en los artículos 8, 14, 16 al 23, para el objeto de la presente tesis es conveniente analizar con más detalle, el artículo 20 constitucional, por lo cual, se examinará con detenimiento más adelante, no obstante primeramente se hará un estudio de forma escueta de los artículo restantes.

De este modo el artículo 8 constitucional expresa: "Los funcionarios y empleados públicos respetaran el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se le haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario."

Este precepto encierra la garantía del derecho de petición, es decir que todo individuo podrá de forma pacífica, respetuosa y escrita, realizar peticiones a cualquier autoridad, pero tratándose de asuntos políticos, solo los ciudadanos podrán ejercer tal derecho. Es decir, desde un punto de vista de la garantía de seguridad

jurídica, el individuo sujeto a proceso de cualquier naturaleza, podrá en cualquier momento, realizar petición escrita a cualquier autoridad que éste considere pertinente, y esta autoridad a su vez, tiene la obligación de contestar de forma escrita tal petición, haciéndosela saber al peticionario a la brevedad posible. Visto de forma práctica y más específica, dentro del proceso penal cuando el indiciado realiza alguna petición a la autoridad conocedora de los hechos, petición consistente, por ejemplo, de autorizar a determinadas personas para que puedan tener acceso al expediente o en su caso, a oír y recibir notificaciones en nombre de éste, el nombrar abogado, el solicitar copias del expediente, etcétera; dicha petición deberá ser contestada por la misma autoridad, por escrito y a la brevedad posible, por su parte la ley adjetiva de la materia, señala ya el término que tiene la autoridad para dar contestación a cualquier promoción o petición presentada por el indicado.

La Constitución señala en su artículo 14 lo siguiente "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

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

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

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

Al respecto, el maestro Burgoa señala las garantías que establece, el

artículo anteriormente señalado indicando que "es un precepto complejo, es decir, en él se implican cuatro fundamentales garantías individuales que son: la irretroactividad legal (párrafo primero) la de audiencia, (párrafo segundo), la de legalidad en materia judicial civil (lato sensu), judicial administrativa (párrafo cuarto) y la de legalidad en materia judicial penal(párrafo tercero)."⁴⁹

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

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

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

Por lo que respecta a la autoridad administrativa, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido una obligación directa de proporcionar la oportunidad de defensa a los afectados, aún cuando la ley del acto no establezca ni el procedimiento ni las formalidades esenciales respectivas (Tesis Jurisprudencial 339, página 569, Apéndice 1975, segunda sala).

⁴⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Op. cit. Pág. 506.

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

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

El artículo 16 señala: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento.

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

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

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

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por

la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

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

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

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

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se

trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones de detenido con su defensor.

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

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

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

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

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

- 1.- Garantía de competencia.
- 2.- Garantía de legalidad.
- 3.- Garantía de motivación y fundamentación.
- 4.- Garantía de mandamiento escrito.
- 5.- La garantía de inviolabilidad de la correspondencia.

Sin embargo, y conveniente es para el estudio de la presente investigación, el resaltar los tres requisitos fundamentales que consagra en su primer párrafo, el artículo antes citado y los cuales consisten en:

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

II.- Que la única forma de que cualquier persona pueda ser "vulnerada" en los aspectos establecidos en el párrafo anterior, es mediante la existencia de un mandamiento escrito, pronunciado por la autoridad competente al caso concreto. En este aspecto, la competencia pasa a formar pieza clave para la debida aplicación del precepto en cita, por ello se debe entender a la competencia como la facultad atribuida a un órgano de autoridad para llevar a cabo determinadas funciones o para realizar ciertos actos judiciales establecidos.

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

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

necesarias para sostener actos que puedan convertirse en arbitrarios, por carecer de fundamento legal

Del mismo modo, el más alto tribunal de la República, ha manifestado que el requisito de fundamentación y motivación exigido por el artículo 16 constitucional, adquiere el rango de una garantía individual, traduciéndose esto en la obligación que las autoridades de cualquier categoría o jerarquía, adquieren de actuar siempre con apego a las leyes y a la propia Constitución, de manera que sus actos no sea emitidos arbitrariamente o en contradicción a la ley.

Por otro lado, el segundo párrafo del mismo artículo 16, desea significar el motivo por el cual toda orden de aprehensión que llegare a dictar la autoridad judicial, debe reunir determinados requisitos como los son, por una parte, la existencia de una denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, mismo que debe ser sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, así como la existencia de datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Parte de estos requisitos se ven materializados en lo que conforma la Averiguación Previa, la cual es realizada por el Ministerio Público (autoridad administrativa), órgano constitucionalmente encargado de la investigación y persecución de los delitos, el cual, en un primer plano, se ocupa de investigar los hechos que se pongan en su conocimiento a través de denuncia o querrela, que pueden ser constitutivos de delito y la existencia del mismo, así como de la identidad del probable responsable de la realización de los mismos.

Por otro lado, es de resaltar que la única autoridad competente para librar orden aprehensión es la judicial, no pudiendo realizar tal acto una autoridad administrativa como lo es el Ministerio Público. Pero no basta con que la orden la dicte autoridad judicial, y la existencia de datos que acrediten el cuerpo del delito y la

probable responsabilidad del indiciado; sino que además, el delito por el cual sea acusado el indiciado, deberá ser sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, de lo contrario o de faltar alguno de estos requisitos, la autoridad no podrá librar orden de aprehensión alguna, al menos, no dentro del marco legal.

Así también en el tercer párrafo del artículo en cuestión, se establece otra garantía para el gobernado que se encuentra en algún proceso del orden penal y que sea aprehendido con motivo de ello, esto es al establecer que la autoridad encargada de ejecutar la orden de aprehensión pondrá al aprehendido en inmediata disposición del juez, de lo contrario se incurrirá en responsabilidad y ello será sancionado por las respectivas leyes penales.

Del mismo modo señala el precepto legal en cita, que de existir flagrancia, entendiéndose ésta, según las legislaciones penales, como el hecho de que probable responsable sea sorprendido en el momento mismo de haber cometido el delito, ó, dentro de las siguientes cuarenta y ocho horas de ello, existan datos que hagan presumir fundadamente su participación en el delito, se trate de delito grave, se haya iniciado la respectiva averiguación previa y no se hubiera interrumpido la persecución del delito; el probable responsable podrá ser detenido por cualquier persona debiendo ésta, ponerlo en inmediata disposición de la autoridad inmediata.

Se establece la única excepción para que el Ministerio Público pueda fundada y motivadamente, ordenar la detención del probable responsable, en el supuesto de casos urgentes, tratándose de delito grave, ante la presencia de datos que hagan pensar fundadamente la sustracción del presunto responsable, o que por razones de horarios o distancia que impida a esta autoridad, acudir ante autoridad judicial competente.

En todo caso, al momento en que es puesto el indiciado a disposición del juez, éste, deberá inmediatamente resolver la situación jurídica del mismo, ratificando la

detención, o en su caso, dictando auto de libertad con las reservas de ley.

Se establece el tiempo límite o máximo, en que el Ministerio Público podrá detener al probable responsable, esto es, que el representante social únicamente podrá tener en calidad de detenido al probable responsable de un delito por un tiempo máximo de cuarenta y ocho horas, tiempo en el cual el órgano investigador podrá aportar elementos que hagan probable la responsabilidad del inculpado y acrediten el cuerpo del delito, consignándolo de esta forma ante la autoridad judicial competente, o, en su caso y de no poder el ministerio público reunir los datos suficientes para hacer la consignación, inmediatamente deberá poner en libertad al indiciado, aclarando que ello no significa que el Ministerio Público deje de investigar los hechos delictivos y la presunta responsabilidad del inculpado, pues ello se seguirá pero sin detenido. Sin embargo, cabe hacer la aclaración de que esta regla tiene su excepción en el caso de tratarse de delincuencia organizada, caso en el que el término se duplica.

También se aclara que las ordenes de cateo, únicamente podrán ser emitidas por autoridad judicial, y misma que deberá cubrir determinados requisitos como lo son: el especificar el lugar que ha de ser cateado, detallar los objetos que se buscan y la o las personas que han de aprehenderse.

Al respecto la suprema corte de justicia de la nación se ha pronunciado sobre el particular manifestando que para la procedencia de una orden de aprehensión, no es suficiente que la misma haya sido dictada por la autoridad judicial competente en virtud de la denuncia de un hecho que la ley castiga con pena corporal, sino que es necesario además, que el hecho o hechos denunciados constituyan en realidad un delito que la ley castigue con pena corporal, por lo que el juez deberá hacer un estudio de las circunstancias en que el acto haya sido ejecutado, para dilucidar si la orden de captura puede constituir o no violación de garantía.

Según el artículo 17 Constitucional señala: "Ninguna persona podrá

hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

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

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

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil."

Es decir, que el artículo 17 Constitucional consagra tres garantías:

- 1) Garantía de ser juzgado por tribunales competentes en forma gratuita, pronta y expedita.
- 2) Garantía de ejecución de sus resoluciones.
- 3) Garantía de no ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

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

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

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

Así, el derecho a que se refiere la primera frase del precepto en comento, consiste en que ninguna persona puede ser privada de su libertad, es decir, aprisionada, por el hecho de no poder saldar sus deudas de carácter estrictamente civil, pues por su parte, este tipo de controversias, son resueltas por la vía civil, es decir, que pertenecen ya a una competencia diferente a la materia penal.

En cuanto hace al artículo 18, este establece: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

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

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

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

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren cumpliendo penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán cumplir sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social."

En cuanto al artículo transcrito, el primer párrafo tiene verdadera relevancia en cuanto a la garantía estudiada en este apartado, pues establece la garantía de no ser privado de la libertad, si no se tratare de delito que merezca pena corporal.

Por otro lado, resultaba necesario atender a los caracteres personales del inculcado, para evitar el contagio social entre los llamados reincidentes y los primarios

así como entre los que presentaban diversos grados de peligrosidad, organizando además, el sistema penitenciario de tal manera que las especiales condiciones familiares y sociales que en ella concurren. Con tal motivo se fijaron bases legales para el tratamiento penitenciario en sus diversas modalidades, conforme a las técnicas modernas y estudios en materia penal, ya entonces avanzados, así como en la ejecución de sanciones, evitando al mismo tiempo invadir la soberanía de los estados de la República, prevista con singular acierto por el constituyente anterior. En suma, se buscó abrir el camino constitucional para intentar una reforma penitenciaria a fondo, por padecerse de enormes diferencias tanto en cárceles como en sistemas de tratamiento de personas involucradas en delitos.

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

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

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la

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

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

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

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

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

personas privadas de su libertad.

Así es como se considera que la libertad de una persona, es uno de los derechos más preciados por el hombre, pero a la vez, el más vulnerado, es por ello que la ley, ha tratado de proteger al máximo este derecho, rodeándolo de diversas garantías para evitar sea transgredido este derecho, ello bajo la idea de que *"es mejor un culpable en la calle que un inocente preso"*.

Pese a todo, entre los derechos fundamentales de la persona humana, el que más ha sufrido los embates de la actividad represiva de los órganos del Estado, es el de la libertad personal, cuya privación constituye una de las más graves irrupciones en la esfera de los derechos humanos del individuo, toda vez que la misma, lleva casi irremisiblemente a la privación o conculcación de muchos otros derechos.

"De ahí que la cuestión de la protección jurídica de toda persona sometida a detención por las autoridades estatales, se encuentre íntimamente vinculada con la preocupación por la protección de los derechos humanos. Dicho en otros términos, la manera en que un Estado trata a las personas que han sido privadas de su libertad personal es un criterio muy significativo para poder juzgar la actitud estatal respecto del estado de derecho, principio éste de capital importancia para la realización de los derechos humanos".⁵⁰

Y es que, del hecho mismo de la privación de su libertad, el detenido, se encuentra en una situación de gran inseguridad, cuando se encuentra ante una completa indefensión, frente a la posible comisión, de violaciones particularmente graves contra sus derechos fundamentales, por parte de las autoridades mismas. El amplio repertorio de violaciones de los derechos humanos susceptibles de cometerse a raíz o en el curso de la detención, muestra con toda evidencia, que tales violaciones son cometidas típicamente por el Estado mismo, es decir, por sus autoridades, las

⁵⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Op. cit. Pág. 402.

cuales, en último caso, las ordenan, toleran o ejecutan.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así pues, con la consagración de este precepto dentro de la carta magna, se le da verdadera autonomía al Ministerio Público para la persecución de delitos, evitando con ello que el juzgador sea parte en el proceso como parte acusadora, y juez a la vez. Ello se traduce en una verdadera impartición de justicia totalmente imparcial.

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

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculcado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.

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

Como se observa, este precepto contempla la humanización de las penas, tratos y castigos, torturas bárbaras, crueles y trascendentales, prohibiendo específicamente la mutilación, la infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, así como otras penas inusitadas y trascendentales.

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

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

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

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

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

El artículo 23, por su parte señala: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia."

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

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

En segundo lugar, y con el mismo propósito antes señalado, la frase siguiente de la norma constitucional analizada, prohíbe el que alguna persona puede ser juzgada dos veces por un mismo delito, esto es que no se podrá juzgar a una misma persona por los mismos hechos constitutivos de algún delito. La prohibición, que representa la consagración constitucional del principio *non bis in idem*, sólo opera en el supuesto de que la persona haya sido juzgada y condenada o absuelta mediante sentencia firme o irrevocable, o, dicho de otra manera, por resolución contra la cual no procede ningún otro recurso legal.

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

3.4 Estudio de la Garantía de Defensa en relación a lo establecido por el apartado A del artículo 20 constitucional.

Como se ha indicado en líneas anteriores, las garantías individuales son el

conjunto de derechos fundamentales, inalienables, establecidos por la norma suprema del Estado, para garantizar al gobernado una impartición de justicia de acorde al derecho establecido y protegerlo de aquellas arbitrariedades que pudieran cometerse en su contra por la misma autoridad.

Del mismo modo, las garantías individuales suelen dividirse en diferentes tipos, dentro de las cuales encontramos las garantías de seguridad jurídica, garantía que encierra en sí, otro conjunto de garantías, entre ellas, la garantía de defensa, tema central de la presente investigación.

Siendo el apartado A del artículo 20 de la Carta Magna, el precepto que consagran el conjunto de garantías a las cuales tiene derecho el inculpado en todo proceso del orden penal, y sobre todo, para interés de la presente investigación, la garantía de defensa, en este apartado se analizará el mismo, sin embargo, es menester aclarar que antes de las recientes reformas de 21 de septiembre del año dos mil, el artículo 20 del pacto federal, había sido exclusivo de las garantías que en todo proceso del orden penal tenía el inculpado, siendo hasta esta reforma, cuando el citado artículo se reforma para quedar dividido en dos apartados, el primero A consta de diez fracciones que consagran las garantías que en todo proceso del orden penal tendrá el inculpado; y el segundo apartado, el B, es el que consagra las garantías que en todo proceso penal, tendrá el ofendido y la víctima del delito, constando de seis fracciones. Una vez hecha la aclaración, y toda vez que el presente apartado esta dedicado al estudio de la garantía de defensa en relación a lo establecido por el precepto en comento, para facilitar este análisis, se transcribirá en primer lugar, el precepto en cita, solo en su apartado A, y, posteriormente, lo analizaremos punto por punto.

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

A. Del inculpado:

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

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

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

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

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

le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

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

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

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

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

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

IX Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un

defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

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

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

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

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

En la parte del mandato antes transcrita, se establece un conjunto de garantías para los procesados penalmente. Sus antecedentes se remontan a la aparición del pensamiento humanista en el ámbito del derecho penal cuyo más destacado representante fue el marqués de Beccaria que en el siglo XVIII en su obra de los delitos y de las penas en torno a la preservación de la estimación del individuo y el respeto a su dignidad aún en el caso de tratarse de un criminal.

El alto valor concebido a la libertad exigía que el derecho rodeara de garantías cualquier procedimiento por virtud del cual aquélla pudiera perderse. Este pensamiento está en la raíz de las disposiciones constitucionales que establecen los requisitos procesales en favor de aquel a quien se imputa la comisión de un delito.

Desde la Constitución de Cádiz se señalan al respecto a fin de evitar las detenciones prolongadas, la compulsión para obligar al acusado a declarar en su contra, la creación de impedimentos que colocaran en situación de no poderse defender adecuadamente, el empleo de amenazas o torturas en su contra. Estos principios se recogieron por los diversos documentos constitucionales mexicanos, incluso en las Leyes Constitucionales de 1836 que tuvieron un carácter fuertemente conservador.

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

La fracción primera del apartado A, establece la garantía de poder obtener la libertad provisional bajo caución. Esta institución tiende a armonizar el interés que la sociedad tiene de no privar injustamente de la libertad a los individuos y al mismo tiempo, el de no dejar sin sanción una conducta punible. A fin de no privar de la libertad a una persona acusada y al mismo tiempo asegurar que no pueda sustraerse de la acción penal en caso de ser culpable, esta figura jurídica consiste en conceder el goce de la libertad, cuando se ha sufrido la detención preventiva por haber sido objeto de imputación de un hecho delictuoso, mediante el otorgamiento de una garantía económica.

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

Por ello la Constitución establece en el texto vigente que el juzgador al fijar la caución deberá tomar en cuenta las circunstancias personales del imputado, entre ellas, por supuesto, su situación económica a fin de que la caución resulte

equitativa. Pero además, se considerará la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito imputado, los daños y perjuicios causado por la comisión de éste, y, en su caso, la sanción pecuniaria que el tipo penal establezca en la respectiva ley.

Sin embargo, este beneficio tiene sus excepciones para su aplicación, y ello lo es cuando el delito imputado sea grave, según la propia ley lo establezca así, ó, en su caso, cuando la propia norma prohíba el beneficio a la caución. Pero estas no son las únicas excepciones, pues también podrá negarse este beneficio aún tratándose de delitos no graves, cuando el Ministerio Público solicite se niegue el benéfico, cuando el inculpado haya sido procesado y condenado con anterioridad por delito grave, es decir, de tratarse de reincidencia, cuando el delito anterior según la ley se trate de delito grave. Por otro lado, de igual forma podrá negarse tal beneficio cuando así lo solicite el ministerio público y, además, aporte datos suficientes que hagan suponer fundadamente que la libertad del acusado representa un peligro ya sea para el ofendido, la sociedad o ambos.

Por su parte, la fracción II del artículo 20 constitucional contiene el llamado derecho de "no autoincriminación" que, en relación con la garantía de plenitud de defensa, significa la facultad que tiene todo inculpado de abstenerse de declarar, o de hacerlo en los términos que estime pertinentes, aun cuando con ello se faltare a la verdad.

Es decir, con esta garantía, se pretende otorgar una seguridad jurídica al inculpado, del no maltrato físico, moral, de tortura, o de cualquier otro medio que obligue a éste a declarar en determinado sentido, dentro de lo que es el proceso del orden penal. Por ello, y además de prohibir toda incomunicación, intimidación o tortura hacia el indiciado, también sanciona estas conductas, traducándose esto en el evitar toda acción arbitraria, injusta o excesiva de la autoridad para con el inculpado encaminadas a obligarlo a que se declare culpable. En esta fracción se sustenta la tendencia que, afortunadamente, se abre paso en el derecho procesal penal mexicano de restarle valor probatorio a la confesión. En el ámbito penal debe insistirse en la

aportación de pruebas objetivas que puedan evidenciar la responsabilidad del acusado en lugar de pretender basarse en el reconocimiento que de los hechos delictivos haga el propio imputado.

Por otro lado, el mismo precepto en cita encierra, además, la garantía que tiene el indiciado a no ser incomunicado, ello debe entenderse, durante todo el proceso penal, es decir, desde el mismo momento en que es detenido, y en su caso puesto a disposición del ministerio público o del juez, y hasta después de pronunciada la sentencia definitiva. Sin embargo, en la práctica profesional de algunos abogados defensores de inculpados, en un gran número de ocasiones, les es impedida la comunicación directa con el imputado, antes de que éste rinda su declaración, ello bajo el pretexto que con ello se pudiera viciar la declaración del mismo, sin embargo, con ello se viola la garantía que tiene el indicado a no ser incomunicado y sobre todo, la garantía de defensa, y aunque se cuenta con un recurso legal para evitar o terminar con tal violación, es decir, se cuenta con el juicio de amparo, también es cierto que el mismo al tratarse de una averiguación previa con detenido, muchas veces no servirá el mismo aun y que se resuelva a favor, pues al pronunciar el fallo, lo más probable es que ya se haya transcurrido el plazo de 42 horas que la ley concede al ministerio público para actuar con detenido.

Por otro lado lo más seguro es que en la mayoría de estos casos se niegue el amparo declarando la improcedencia del mismo, ello, en base a lo establecido por el artículo 73 fracción X primer párrafo de la Ley de Amparo, pues el mismo a la letra dice "Artículo 73. El juicio de Amparo es improcedente. Fracción X. Contra actos emanados de un procedimiento judicial o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud de cambio de situación jurídica en el mismo deba considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica."

Por su parte la fracción III establecen un conjunto de garantías tendientes

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

La fracción IV consagra el valiosísimo derecho que el imputado tiene a ser careado con los testigos, denunciantes y/o querellantes que depongan en su contra, ello representa un verdadero beneficio por una lado para el inculpado, pues este tiene la oportunidad de defenderse de acusaciones falsas directamente con los que declaran en contra de éste; y, por otro lado, representa un medio valioso para el que el juez pueda emitir su fallo con más apego a la verdad histórica, pues es aquí donde el juez al encontrar declaraciones incompatibles del acusado y de los testigos respectivamente, puede por medio del careo saber la verdad de los hechos.

En la fracción V se establece el derecho del procesado a ofrecer pruebas y testigos encaminadas a demostrar la inocencia y la obligación de la autoridad instructora a recibirle las mismas, del mismo modo, también se establece que ello será dentro del término que la propia ley establezca para ello. En cuanto a los testigos, se le impone a la autoridad la obligación de auxiliar al procesado para la presentación de los mismos tratándose de testigos que se encuentren en el lugar del proceso. Esta garantía no solo se observará dentro del periodo de instrucción, sino también en la Averiguación Previa.

La ley fundamental en el citado artículo 20, fracción VI, establece como garantía para los procesados el que se les juzgue en audiencia pública buscando con ello, evitar prácticas indebidas que por realizarse a puertas cerradas impidan el conocimiento público y la posible denuncia de irregularidades. Ser juzgado por un Juez o bien por un jurado popular integrado por vecinos residentes en el lugar o en el partido judicial en que se verifiquen los hechos calificados de delictuosos, entendiéndose al requisito de vecindad como exclusivo para quienes forman parte del jurado popular y no

incluyendo este requisito para los jueces penales, dedicados profesionalmente a las tareas de la judicatura, lo que no ocurre con tales jurados populares, cuyos componentes eventualmente realizan tareas de justicia. Por otro lado, la Ley no toma en cuenta a los jurados, los medios por los cuales hayan formado su convicción; ni les fija regla alguna de la cual dependa la prueba plena y suficiente; y sólo les manda interrogarse a sí mismos, y examinar, con la sinceridad de su conciencia, la impresión que sobre ella hayan causado las pruebas rendidas en favor del acusado. Sin embargo, la tradición jurídica mexicana se ha inclinado por el sistema profesional de justicia, siendo el jurado popular una institución de excepción.

La fracción VII, por su parte, procura eliminar las prácticas inquisitoriales, empleadas en el pasado, que imposibilitan la debida defensa al no contar el acusado con datos que le permitieran conocer con precisión los hechos que se le atribuían. En ese mismo sentido se orienta el contenido de dicho precepto, a garantizar que se le proporcionen al acusado todos los datos que se hayan aportado en el proceso en su contra, para que de esta forma, pueda defenderse de los hechos imputados.

En cuanto al tiempo en que deba ser juzgado un procesado, lo establece la fracción VIII del mismo artículo 20 constitucional apartado A señala que de tratarse de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, el juicio será de tipo sumario, es decir que el mismo tendrá una duración máxima de cuatro meses, por otro lado, si se tratare de delito cuya pena máxima excede de dos años el juicio será ordinario y durara menos de un año. Esta regla tiene su excepción, es decir, que la defensa podrá pedir se amplíe este tiempo con la finalidad de obtener una mejor defensa.

Por su parte la fracción IX encierra la garantía que el indiciado tiene a ser informado de todos y cada uno de los derechos que el mismo tenga en su favor y dentro del proceso, esto desde el inicio del mismo. Así también se especifica el derecho que tiene todo procesado a ser defendido, es decir, a tener una defensa adecuada, ya sea por sí mismo, por abogado, o, en su caso, por persona de su confianza. Esto quiere

decir que quien lo defienda no necesariamente tendrá que ser abogado. Por supuesto, pueden intervenir conjuntamente en la defensa tanto el acusado como su defensor. Este derecho lo tiene el procesado desde el inicio del proceso, es decir, desde el momento en que es puesto a disposición del juez instructor, o en su caso, y de tratarse del periodo de la averiguación previa, el probable responsable también tiene este derecho desde el momento mismo de que es puesto a disposición del ministerio público o en el momento que él mismo se presenta de manera voluntaria ante éste.

Sin embargo, si después de hacerle saber este derecho al procesado o en su caso probable responsable, no designa persona alguna que se encargue de su defensa, entonces llámese Juez o Ministerio Público en su caso, tendrá la obligación de nombrarle un defensor de oficio. De esta forma y como lo establece el jurista Jesús Zamora "El defensor no es solamente un derecho del procesado, sino también una figura indispensable del proceso penal, y que deberá ser nombrado incluso en contra de la voluntad del acusado. Luego entonces podemos afirmar que: No hay proceso penal sin defensor."⁵¹

Por otro lado la persona encargada de la defensa del indiciado, tendrá derecho a comparecer en todos los actos del proceso, y, asimismo, tendrá la obligación de hacerlo tantas y cuantas veces le sea requerido, por ello, y aunque la ley suprema no lo establece, después de haber hecho la designación del defensor, al mismo se le tomará protesta del cargo.

La idea de este precepto, es garantizar en todo caso, el derecho del indiciado a tener una defensa, pues si el imputado carece de defensor o se niega a nombrarlo, se garantiza de todas maneras su defensa, en el primer caso permitiéndole que elija entre defensores de oficio que, aunque la Constitución no lo dice expresamente se entiende que sus emolumentos los cubrirá el Estado; o bien, en el segundo caso el propio juez designará al defensor.

⁵¹ ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. 3ª edición, Editorial Porrúa, México 1988, Pág. 253.

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

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

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

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

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

Ya para terminar el presente apartado, y en cuanto a la última fracción del artículo en estudio, la misma se refiere a garantías de libertad, determinando que no podrá extenderse el tiempo de prisión, por causas económicas como la falta de pago de honorarios a los defensores o la cobertura de responsabilidades civiles. Ello no impide que dentro de los límites previstos para la pena, el juez pueda aplicar una sanción más grave cuando no se reparen los daños y perjuicios causados a la víctima. Del mismo modo se establece que el procesado no podrá estar más tiempo privado de su libertad que el límite máximo de la pena que fije la ley por el delito imputado. Este tiempo referido, comenzará a contar desde el mismo instante en que el inculcado es detenido.

CAPITULO IV PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 294 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE VIOLA LA GARANTÍA DE DEFENSA.

4.1 Naturaleza Jurídica del Defensor

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

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

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

Para el maestro González Bustamante, el cual es citado por el Licenciado Colín Sánchez, establece que no se le debe comparar al defensor como auxiliar de la administración de justicia "ya que estaría obligado a romper el secreto profesional y a

comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiere recibido del inculpado."⁵²

"La moderna doctrina procesal reconoce en el defensor penal una naturaleza compleja que le da caracteres de asesor del procesado, de representante y de sustituto procesal de éste."⁵³

Efectivamente, el defensor no es una especie de coadyuvante de los órganos encargados de la impartición de justicia, pues entonces, éste, estaría obligado a actuar imparcialmente y no a favor de su cliente o representado.

El defensor, ya sea particular o de oficio, gozan de completa independencia respecto a la estructura administrativa del poder judicial, pues aun y tratándose de los llamados defensores de oficio, si bien es cierto, y según se establece en el artículo 3 de la Ley de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal, "La defensoría de Oficio y la asesoría jurídica son servicios cuya prestación corresponde a la administración pública del Distrito Federal...", ello no significa que los defensores deban actuar o recibir instrucciones del mismo poder ejecutivo y mucho menos del judicial, pues aunque la remuneración de los Defensores de Oficio está a cargo de la administración pública, esto no obliga jurídica ni moralmente al defensor a comunicar al juzgador la información que obtenga del inculpado.

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

Al respecto el maestro Humberto Briseño Sierra comenta que: "El

⁵² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. Pág. 179.

⁵³ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. Pág. 254.

abogado viene a figurar como auxiliar, patrono, asesor, consultor y en muchos casos como verdadero accionante. Auxilia a la parte, pero considerando que el proceso penal, por ejemplo, se prevé al defensor de oficio, quien está organizado a la manera del Ministerio Público, se puede hablar de un auxiliar procesal del juzgador señalando más adelante que por razón de la independencia, no deben ejercerla los asalariados sujetos a una disciplina de trabajo, deberes reglamentarios o de subordinación. Por razón de igualdad, no son admisibles objetivamente, los privilegios de quienes ocupan puestos jerárquicos en el gobierno, funciones judiciales o fiscales, funciones y empleos en la administración de justicia, y quienes por su influencia o poderío darían lugar a una desigualdad en la defensa, al poder disponer de medios excepcionales que la ley puso en sus manos por la naturaleza de sus misiones."⁵⁴

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

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

Así mismo algunos tratadistas establecen que el defensor debe ser imparcial a la administración de justicia, ya que desde el punto de vista de la lógica jurídica, el defensor tiene la obligación de ayudar a su representado sea culpable o no del delito que se le impute, razón por la cual tendrá como finalidad inmediata, el demostrar la inculpabilidad de su representado y no ser neutral a las imputaciones que

⁵⁴ BRICEÑO SIERRA, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano, 2ª edición, Editorial Trillas, México 1994, Pág. 654.

se le achaquen, ya que se considera que el único que debe ser imparcial, es el juzgador, que sirve como mediador de los diversos intereses, materializados por el Ministerio Público y el defensor.

4.2 Requisitos que debe reunir el Defensor.

Para analizar los requisitos que debe reunir el defensor, primeramente hay que analizar los diferentes tipos y características de cada uno de ellos. Así se tiene que el defensor puede ser: el propio imputado, algún familiar, amigo o conocido que sea persona de confianza, el abogado particular o defensor de oficio.

En referencia a la autodefensa, siempre se ha planteado la interrogante, que si el imputado puede autodefenderse durante el procedimiento penal, algunos autores son reacios a otorgar al imputado la posibilidad de defenderse personalmente, por diversas razones; así se afirma que "desde el punto de vista técnico, el imputado no poseerá los conocimientos técnicos necesarios para que su defensa sea eficaz."⁵⁵

Así, efectivamente en la mayoría de los casos el imputado no cuenta con los suficientes conocimientos técnico-jurídicos, para que el mismo pueda realizar todos los actos tendientes a demostrar su inocencia para atenuar su culpabilidad. Y por otro lado, aun y teniendo los suficientes conocimientos técnico-jurídicos, la autodefensa se complica en la praxis de que quien sufre el efecto de una acusación no tendrá en la mayoría de los casos la suficiente serenidad para afrontar, el penoso drama penal.

Los requisitos que debe de reunirse para autodefenderse, es entre los más importantes ser sujeto de procedimiento penal, obvio es, ser mayor de edad, estar en pleno uso de las facultades mentales, y según algunos autores, tener conocimientos de la materia procesal penal, pues si se carece de estos conocimientos, resulta difícil el llevar a cavo una defensa adecuada, pues se ignoran las formalidades del

⁵⁵ GARCÍA PELAYO, Ramón, Op. cit. Pág. 99.

procedimiento, y con ello los términos de los que se dispone para ofrecer pruebas, los medios con los que se cuenta para comprobar la inocencia, las instancias a que se tiene derecho, etcétera.

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

Por lo que hace al abogado particular, este "debe actuar en favor de los intereses que tiene confiados; de los más nobles que por su importancia, para lograr la paz y el bienestar social."⁵⁶

"Ahora bien, la posibilidad técnica de ser defensor no solamente está abierta a cualquiera, sino que, dado que el proceso penal es un sistema normativo de alto nivel de especialización técnica, sus mecanismos de comprensión a aplicación se encuentran estrictamente reservados a un grupo profesional que lo interpreta, realiza y actúa."⁵⁷

Por su parte, los requisitos que deba reunir cualquier persona para poder ejercer la abogacía como profesión, los establece el propio Estado, que es quien da la respectiva autorización para la práctica de la abogacía. Estos requisitos invariablemente han dependido de la época histórica en la que se ubique, así por ejemplo, en la época colonial para ejercer la abogacía no bastaba con ser egresado de la Universidad, se debía también trabajar cuatro años en un bufete de un abogado reconocido, pasar un examen ante una comisión de oidores nombrados por la autoridad política y posteriormente matricularse en el registro de abogados.

⁵⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. Op. cit. Pág. 13.

⁵⁷ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. Pág. 256.

Hoy día, la autoridad competente para otorgar la autorización debida para ejercer la profesión de licenciado en derecho o Abogado, es la Secretaría de Educación Pública, a través de la Dirección General de Profesiones. Esta autoridad se rige a la vez por los lineamientos establecidos en la Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitucional, misma que en su artículo 25 señala: "Para ejercer en el Distrito Federal cualquiera de las profesiones a que se refieren los Artículos 2o. y 3o., se requiere: I.- Estar en pleno goce y ejercicio de los derechos civiles. II.- Poseer título legalmente expedido y debidamente registrado, y III.- Obtener de la Dirección General de Profesiones patente de ejercicio."

Por otro lado, la misma Ley en comento, hace una aclaración en relación a los defensores en materia penal, estableciendo en su artículo 28 lo siguiente: "En materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de persona de su confianza o por ambos según su voluntad. Cuando la persona o personas de la confianza del acusado, designados como defensores no sean abogados, se le invitará para que designe, además, un defensor con título. En caso de que no hiciere uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio."

Lo anteriormente expuesto lleva a concluir que puede comparecer a juicio en calidad de defensor cualquier persona siempre y cuando haya sido nombrada así por el procesado, aun y que el defensor no sea profesionista en el materia.

Al respecto y, después de haber realizado una búsqueda minuciosa en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no se encontro precepto alguno que señale los requisitos que deba reunir un defensor, sin embargo, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 160, en relación a lo apuntado, señala: "No pueden ser defensores los que se hallan presos ni los que estén procesados. Tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el capítulo II, título Decimosegundo del Libro II del Código Penal, ni los ausentes que, por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo

defensor.

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

Por otro lado el artículo 17 de la Ley de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal, señala los requisitos que deben de reunir aquellas personas que quieran ingresar a la defensoría de oficio, los cuales son: ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos, ser licenciado en derecho con la correspondiente cédula profesional expedida y registrada por la autoridad competente, tener cuando menos un año de ejercicio profesional en actividades relacionadas directamente con la defensa jurídica de las personas y no haber sido condenado por delito doloso considerado grave por la ley.

Además de estos requisitos, y si se interpreta al contrario sensu el artículo 101 constitucional, podemos deducir que el abogado defensor no debe ostentar al momento de que realice la defensa, ni dentro de los dos años próximos anteriores a aceptar el cargo de defensor, ninguno de los siguientes cargos: Ministro de la Suprema Corte de Justicia, Magistrado del Circuito, Juez de Distrito, Magistrados de las Salas Superiores del Tribunal Electoral, Consejero de la Judicatura Federal o Consejeros Judiciales que gocen de licencia.

Otro de los requisitos es ser mayor de edad y, estar además en pleno goce y ejercicio de los derechos civiles. Sin embargo, cabe señalar que la propia Ley suprema, no establece requisito alguno que deba cubrir el defensor, y sólo señala en su

artículo 20, apartado A, fracción IX que el inculpado "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.", de esta forma se que la norma no establece que el defensor deba estar titulado en la rama del derecho, para poder ser defensor en el proceso, pero sin embargo en la praxis así lo exigen algunos juzgados.

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

4.3 Deberes y Derechos del Defensor.

Los derechos del defensor en la etapa de averiguación previa dimanar el derecho de defensa establecido en el apartado A del artículo 20 constitucional, en relación al artículo 269 del Código Adjetivo Penal vigente para el Distrito Federal, constituyendo una forma concreta de ejercer ese derecho no sólo en la Averiguación Previa, sino también en la primera instancia.

Dichas atribuciones, según los artículos antes señalados son:

1) La facultad de estar presente en toda diligencia que se realice sobre el asunto, dentro y aun fuera del juzgado o Agencia.

2) Que le sean proporcionados todos los datos que sean necesarios para la defensa y que consten en el expediente.

3) Que se le reciban los testigos y demás probanzas que ofrezca.

4) El derecho de ser notificado personalmente de las resoluciones que por su naturaleza así lo establezca la ley.

5) El derecho de interrogar al procesado al momento de que éste rinda su declaración preparatoria.

6) La facultad de presenciar y participar en la declaración que se realicen ante el Ministerio Público o en su caso, ante el Juez.

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

Sin embargo, también el artículo 134 bis tercer párrafo de la ley adjetiva de la materia del fuero común señala que: "En los lugares de detención dependientes del ministerio publico no existirán rejas y con las seguridades debidas funcionaran salas de espera.

Las personas que se encuentren en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotropicas, aquellas que su situación mental denote

peligrosidad y quienes a criterio de la autoridad investigadora, pretendan evadirse, serán ubicadas en áreas de seguridad.

El Ministerio Público evitara que el probable responsable sea incomunicado, intimidado o torturado. En los lugares de detención del ministerio publico estará instalado un aparato telefónico para que los detenidos puedan comunicarse con quien lo estimen conveniente.

Los indiciados, desde la averiguación previa podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otro, el ministerio publico le nombrara uno de oficio."

De esta forma, se entiende esta facultad, como el consejo profesional que el defensor proporciona al imputado y que comprende, además de indicar la actitud de asumir ante la inminente declaración en el sentido de declarar o de abstenerse; la explicación de los derechos y garantías que le asisten por su condición de imputado e incluso como lo señala el Maestro Briceño Sierra "la palabra de aliento, muchas veces necesaria cuando se trata de imputados ocasionales, para sobrellevar el traumático trance que significa el proceso penal."⁵⁸

La presencia del defensor en cada una de las diligencias que se realicen a lo largo del procedimientos penal, llámese averiguación previa o juicio, tiene la finalidad de controlar la legalidad del acto, a efecto de que se respeten los derechos y las garantías del imputado, contando la declaración ministerial y la realizada en el juzgado en vía preparatoria con las mismas garantías establecidas en nuestra ley.

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

⁵⁸ BRICEÑO SIERRA, Humberto. Op. cit. Pág. 700.

1) Las de aceptar y protestar el cargo conferido por el imputado por el Ministerio Público o juez, tratándose del defensor de oficio.

2) Hacerle saber sus derechos al acusado, asistirle en todo momento.

3) La de tramitar la libertad provisional del probable responsable.

4) Solicitar al Ministerio Público el no ejercicio de la acción penal, cuando procediera.

5) El de aportar toda clase de pruebas, para acreditar la inocencia o la excluyente de responsabilidad penal del imputado.

6) La de interrogar al ofendido, testigos de hechos, policías remitentes a efecto de que el órgano investigador o el juez, no les de valor probatorio.

7) La de estar presente al momento que declare el imputado e intervenir en la misma.

8) La de participar activamente en todas las diligencias ministeriales y judiciales en favor de su representado.

9) La de interponer los recursos legales que puedan ser procedentes.

10) La de elaborar conclusiones de inculpabilidad, de mínima temeridad o excluyente de responsabilidad penal.

11) La de interponer incidentes que legalmente procedan.

12) Vigilar el respeto a las garantías individuales para su defensa.

13) Notificarse de las resoluciones emitidas por el juez de la materia.

14) Mantener informado a su defensor, del estado en que se encuentre el proceso, así como su situación jurídica.

El maestro Colín Sánchez establece otras obligaciones como la de "entrevistarse con el indiciado o infractor para conocer de viva voz, la versión personal de los hechos y los argumentos que pudiera ofrecer a su favor para hacerlos valer ante la autoridad del conocimiento, asesorar y auxiliar a su defensor en cualquier otra diligencia que sea requerido por la autoridad correspondiente: señalar en actuaciones los lineamientos legales adecuados y conducentes para exculpar, justificar o atenuar la conducta de su representado."⁵⁹

Por su parte, la Ley Reglamentaria del artículo 5 Constitucional, establece en su numeral 33, lo siguiente: " El profesionista está obligado a poner todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos al servicio de su cliente, así como al desempeño del trabajo convenido. En caso de urgencia inaplazable los servicios que se requieran al profesionista, se prestarán en cualquiera hora y en el sitio que sean requeridos, siempre que este último no exceda de veinticinco kilómetros de distancia del domicilio del profesionista. "

Del mismo modo resulta aplicable al caso en concreto lo establecido por el numeral 36 del mismo ordenamiento legal y que a la letra dice: "Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confíen por sus

⁵⁹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. Pág. 183.

clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas."

Tanto los derechos como las obligaciones del defensor del indiciado, no se encuentran en capítulo especial de ley alguna, pues más bien, se localizan diseminadas por los diversos ordenamientos legales aplicables en esta materia, por ello, en el presente apartado, las mismas fueron extractadas y presentadas en forma de incisos para su mayor comprensión. Sin embargo, podemos indicar que la única ley que establece las obligaciones del defensor de oficio, como tales, lo es sin duda la ley de la defensoría de oficio del Distrito Federal, la cual ha quedado rezagada por la indiferencia de la sociedad, cayendo esta noble institución en un pozo sin fondo, en donde imperan toda clase de corruptelas, vicios y mediocridad en perjuicio de los que viven en carne propia el drama penal.

Por su parte la Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitucional, establece una serie de deberes que debe cumplir todo profesionista, y que quedaron plasmados líneas arriba, pues consideramos que estos se aplican de igual forma tratándose del abogado defensor.

4.4 Etapa Procesal en que Según la Legislación, Debe Nombrarse Defensor.

El nombramiento del defensor puede realizarse a petición del inculcado, o, en su defecto, y si éste no quiere o no puede nombrar defensor particular o persona de confianza, será la autoridad conocedora de los hechos, es decir, el Ministerio Público o el juez, quien tenga la obligación de nombrar defensor de oficio, el cual no devengará honorarios por estar retribuido por el gobierno mismo.

Si es el caso de que el presunto responsable se encuentra privado de su libertad, éste, tendrá el derecho a comunicarse por vía telefónica para informar a sus

familiares o amigos su situación personal, para que puedan en determinado momento, estar presentes al momento de rendir la declaración ministerial, en la praxis existe el viejo vicio de nombrar persona de confianza, para que esté presente al momento que el Ministerio Público le tome su primera declaración, pasando por alto la obligación que le confiere las diversas disposiciones legales de nombrarle en su caso, defensor de oficio, es decir, que en este caso se viola flagrantemente la garantía de defensa, establecida en el apartado A, fracción IX del artículo 20 constitucional, en la cual se establece que el inculpado "tendrá derecho a una defensa adecuada" , sin embargo, ello resulta de difícil realización en la practica, si el presunto responsable no cuenta con la asistencia de un perito en derecho, pues éste, le hará saber de los recursos con los que cuenta jurídicamente para su defensa, e indicará cual es la mejor opción para probar su inocencia o en su caso, atenuar la penalidad, caso que no sucede con la persona de confianza que ignora la materia.

Por otro lado, la presencia de persona de confianza, significa para el procesado, un aliento de esperanza, de ánimo y sobre todo de un apoyo de carácter moral, cosa que el defensor técnico, pocas veces brinda a su defenso, sin embargo, ello no ayudará en mucho a la defensa del acusado.

Si el imputado se encuentra en libertad, por tratarse de una averiguación previa sin detenido, podrá presentarse ante la unidad de trámite correspondiente, proponiendo defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias practicadas por el Ministerio Público, es decir, que podrá interrogar al denunciante, testigos presénciales de los hechos y policias que tuvieron conocimiento de los mismos, para hacerlos caer en contradicciones, de tal suerte que si son notorias, puede incluso solicitar el no ejercicio de la acción penal.

El precepto base de lo anteriormente establecido, se encuentra en el último párrafo del apartado A del artículo 20 constitucional, en relación con lo establecido en las fracciones II y IX del mismo ordenamiento, pues en un primer plano, como ya ha quedado indicado, la fracción IX establece el derecho del indiciado a tener

una defensa adecuado, por sí, por abogado, o por persona de su confianza, y establece que en caso de no nombrar a éste, el indiciado, el juez designará un defensor de oficio; la fracción II instituye la confesión rendida ante la autoridad competente sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio; en relación a ello, el último párrafo al que nos referimos, establece que los dos preceptos aquí señalados, deberán también ser observados durante la Averiguación Previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan.

Por su parte el artículo 27 bis del Código Federal de Procedimientos Penales establece: "Las actuaciones serán nulas cuando carezcan de algunas de las formalidades esenciales que prevenga la ley, de manera que se cause perjuicio a cualquiera de las partes, así como cuando la ley determine expresamente la nulidad...".

Por otro lado la ley de Amparo en su artículo 160 establece los casos en que se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecta a la defensa del indiciado y en su caso, quejoso, estableciendo así en su fracción II, lo siguiente "Cuando no se permita nombrar defensor, en la forma que determine la ley; cuando no se le facilite, en su caso, la lista de los defensores de oficio o no se le haga saber el nombre del adscrito al juzgado o tribunal que conozca de la causa, si no tuviere quien lo defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio." De lo anterior se deduce que son violaciones al procedimiento al mismo tiempo que violaciones a la garantía de defensa del acusado las siguientes:

1.- cuando no se le permita al indiciado nombrar defensor, o en su caso, conocer el o los nombres de los defensores de oficio disponibles para llevar a cabo su defensa.

2.- Cuando no se le permita al indiciado los medios necesarios para que éste,

haga saber al defensor que nombró tal cargo, un ejemplo de este caso es la incomunicación del indiciado para con el exterior a fin de informar a su defensor que éste la ha conferido tal cargo.

3.- Cuando se le impida comunicarse con su defensor, así como en el caso de que se impida que el mismo defensor pueda asistir a su defenso en cualquiera de las diligencias desarrolladas durante el proceso, y,

4.- Cuando el indiciado al haberse negado a nombrar defensor y sin manifestar que éste se defenderá por sí, no se le haya nombrado defensor de oficio.

Por lo tanto, si la diligencia se lleva a cabo sin la presencia del defensor, existe nulidad de actuaciones en el proceso, es decir en el juicio propiamente, ya que si no se actúa con la debida asistencia de un perito jurídico, cabe entonces la nulidad tal. Al haber nulidad de actuaciones, cabe entonces la reposición del procedimiento cuando no se le permita al acusado nombrar defensor en los términos que establece la ley, ello de acuerdo a lo establecido por el artículo 431 fracción III del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

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

Hay varias formas de superar éste inconveniente práctico, que se genera en el gran número de causas que tiene que atender el defensor de pobres, como lo llaman en otros países, para el maestro Briseño Sierra sería "mediante el denominado

servicio oficial de defensa encomendada a abogados particulares.⁶⁰

Esta postura resulta interesante, pero de difícil puesta en práctica, pues las condiciones mismas de nuestra estructura política, no dan facilidades para ello.

Sin embargo, en lo particular, se propondría que, además de la realización del obligado servicio social, los aspirantes a obtener un título de licenciado en derecho, presenten obligatoriamente, una serie de prácticas profesionales a favor de la comunidad, específicamente de los que realmente necesitan una asesoría jurídica y no cuentan con los recursos para pagar los honorarios que genera este servicio, llevando un registro de estas prácticas, de modo que si el prestador del servicio, realmente se esmera en él, proporcionando en su caso, una defensa técnico-jurídica realmente eficaz, ello le sea reconocido por medio de documento oficial con valor curricular.

Por otro lado, no estaría por demás, el proponer el aumento tanto en el número de plazas como en el salario de los defensores de oficio, pues para la labor que realizan estos, es en verdad poco el salario que actualmente reciben.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal regula la garantía de defensa durante la Averiguación previa, al disponer en el artículo 269 lo siguiente: "Cuando el inculcado fuere detenido o se presentarse voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

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

Dichos derechos son:

⁶⁰ BRICEÑO SIERRA, Humberto. Op. cit. Pág. 700.

a) No declarar si así lo desea;

b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de confianza o si no quiere o no pudiere designar defensor, se le asignara desde luego un defensor de oficio;

c) Ser asistido por su defensor cuando declare;

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

e) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la Averiguación previa, para lo cual se le permitirá a él y a su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de Averiguación previa; . . .

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

Como vemos, dicho precepto legal, en síntesis señala que en todo momento, el indiciado deberá de estar asistido por abogado, persona de su confianza o por defensor de oficio, en su caso.

La intervención obligatoria del defensor de oficio, cesa cuando, el presunto responsable nombra persona de confianza o nombra defensor particular, es decir, que el imputado puede nombrar defensor particular en cualquier momento del procedimiento ya sea en Averiguación previa o el proceso mismo. Del mismo modo el indiciado puede

en todo momento revocar a su defensor y en su caso, nombrar uno nuevo.

Sería conveniente que el presunto responsable contara con defensor desde el momento en que es detenido, situación que en verdad resulta de muy difícil realización, pero si por lo menos se le nombrara defensor de oficio desde el primer momento en que se empiezan las actuaciones, el indiciado junto con el defensor, tendrían en realidad un tiempo razonable para preparar su defensa y hacerla valer al momento de rendir la declaración ministerial, sin embargo en la práctica se le nombra momentos antes de que rinda su declaración limitándose en algunas Agencias su actuación, a que sólo presencie la declaración del presunto responsable, sin realizar actuaciones de diversa naturaleza, así mismo ya en el proceso se le nombra defensor al imputado segundos antes de que se le tome su declaración preparatoria, siendo esto totalmente erróneo ya que se le debería nombrar desde el momento en que el juez dicta su auto de radicación, ya que el juez desde ese momento asume competencia.

De este modo y de acuerdo a lo expuesto, podemos concluir que la etapa procesal en la cual debe nombrarse defensor, no se encuentra estipulada como tal dentro de la legislación; sin embargo, podemos inferir que el momento de nombrar defensor, es en el mismo instante en que es presentado el probable responsable ante la autoridad concedora de los hechos imputados, esto es, si se tratare de la etapa de Averiguación Previa, será al momento de que quede a disposición del ministerio público, nombramiento que se formalizará momentos antes de que el probable responsable rinda su declaración ministerial; y en tratándose de la instrucción, el nombramiento se hará el momento en que el indiciado quede a disposición del juez instructor, formalizándose tal designación de defensor, momentos antes de que el indiciado rinda su declaración preparatoria.

4.5 Análisis del artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En el ejercicio de la practica jurídica, en muchísimas ocasiones como

defensores del inculpado, existen diversos obstáculos que impiden la realización de una verdadera defensa eficaz, ello debido, por un lado, al mismo personal tanto de las agencias del ministerio público, como el personal de los juzgados; y por otro lado, a los preceptos legales (de inferior jerarquía) que contravienen las disposiciones que consagran como garantía de defensa en el Pacto Federal.

Prueba de ello, y claro ejemplo, es el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual a la letra dice: ***“Una vez terminada la declaración u obtenida la manifestación del indiciado de que no desea declarar, el juez nombrará al procesado un defensor de oficio, cuando proceda, de acuerdo con la fracción III del artículo 269 de este código.”***

Antes de interpretar dicho precepto, cabe señalar que el mismo, se ubica dentro del Código, en el Capítulo I “DECLARACIÓN PREPARATORIA DEL INculpADO Y NOMBRAMIENTO DEL DEFENSOR”, de la sección tercera “INSTRUCCIÓN”; correspondiente al título segundo “DILIGENCIAS DE AVERIGUACIÓN PREVIA E INSTRUCCIÓN”.

Tomando en cuenta lo anterior, se puede analizar desde una mejor panorámica el precepto en cuestión. De acuerdo a la redacción del precepto y a su ubicación dentro del mismo Código, se puede colegir que lo que se establece en tal es el momento procesal en que el Juez condecorador de la causa, debe hacer el nombramiento del Defensor de Oficio al procesado; esto es, que señala que una vez y después de haber rendido el indiciado su declaración preparatoria, o en su caso, de que éste exteriorice su voluntad de no declarar, el juez, inmediatamente le nombrará un defensor de oficio, ello en el caso de encontrarse en la hipótesis que marca el artículo 269 fracción III del mismo Código, esto es en caso de que el inculpado no pudiere o se resistiera a nombrar defensor.

Es claro que al aplicar el precepto en cuestión, dicho nombramiento

resulta ya inútil una vez que ha declarado el imputado, pues no existió la oportunidad de que el procesado fuera debidamente asesorado por su defensor, y mucho menos asistido por el mismo al momento de rendir éste su declaración.

Según los diversos ordenamientos legales anteriormente analizados, en primer lugar se le debe hacer saber la garantía de defensa que tiene a su favor, es decir, el derecho que tiene a defenderse por sí, por abogado particular, por persona de su confianza o por defensor de oficio; y enseguida hacer constar dicho nombramiento ya en forma dentro de las actuaciones, para posteriormente tomarle su declaración si así lo desea. La redacción del citado artículo 294 no es clara ni precisa como otros artículos de la ley procesal penal, tal es el caso del artículo 290 de la misma ley, el cual señala paso por paso con toda precisión, la forma en que se debe tomar una declaración preparatoria, evitando infringir las garantías individuales del imputado.

Se considera en lo particular, que la actual vigencia del artículo 294 se debe principalmente al descuido del legislador que ha olvidado actualizar algunos preceptos del actual Código procesal penal, como en el caso concreto del artículo 294; es por ello que proponemos su reforma por considerarlo violatorio de la garantías de defensa consagrada en el artículo 20 constitucional, apartado A, fracciones II y IX, yendo en contra de otros más preceptos procesales, que sí van en armonía con nuestra Carta Magna, como lo son: los artículos 287 y 290 del Código procesal penal.

El artículo en análisis "contraría gravemente el espíritu del constituyente de 1917, porque, para no colocar al sujeto en estado de indefensión, el nombramiento de defensor debe hacerse antes que rinda su declaración y no después."⁶¹

La declaración preparatoria es un acto procesal que tiene lugar después de haberse dictado el auto de radicación y dentro de las primeras 48 horas al haber sido consignado el inculpado ante el órgano jurisdiccional que es quien decide la situación

⁶¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. Pág. 185.

jurídica del inculpado.

En esta diligencia, una de las de mayor trascendencia en el proceso penal, se produce el primer contacto procesal entre el inculpado y el juez que habrá de enjuiciarlo, no constituyendo en sí mismo ésta diligencia un medio de prueba, pero si es la primera oportunidad que tiene el inculpado para defenderse, pudiendo incluso ofrecer en el acto pruebas que acrediten su inocencia; excluyan su responsabilidad penal, teniendo incluso el derecho de solicitar la ampliación del término constitucional de 72 horas para que se pueda determinar su situación jurídica (artículo 297 último párrafo del Código adjetivo penal). Sin embargo, todos y cada uno de estos derechos están por demás si el indiciado no cuenta en esos momentos con un defensor técnico jurídico que le asesore sobre el beneficio que los mismos le confieren y la mejor forma de hacer uso de los mismos.

De la declaración preparatoria en su conjunto puede el juzgador obtener algunas ilustraciones de la verdad histórica que sucedió en un lugar, en una fecha, y en un modo determinado. La naturaleza jurídica de la declaración preparatoria es la de un derecho fundamental del individuo garantizado por nuestra Constitución. Procesalmente, como ya se dijo anteriormente equivale a un acto de comunicación del juez por el que notifica y hace saber al imputado la acusación penal que existe en su contra y los motivos de su detención y consignación ante el juzgado por parte del Ministerio Público investigador, con objeto de que pueda defenderse legalmente, o para que conteste a la acusación que existe en su contra, pero lo antes señalado es un derecho, al igual que si decide no declarar, el juzgador debe respetar su voluntad, de acuerdo a los establecido por el artículo 20 apartado A fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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

Necesario es penetrarse de la razón y motivos de esta garantía de defensa, que la carta magna consagra en su artículo 20 apartado A, y resulta fácil conocer su espíritu, para convencerse de la gran importancia que la misma reviste. Se exige en todo juicio criminal la declaración preparatoria de un modo tan apremiante, como la defensa misma del acusado, de un modo tan esencial, que tanto aquella como ésta declaradas garantías individuales, que ningún juez puede violar: y semejante exigencia se justifica, considerando que la primera audiencia del presunto criminal es el principio del ejercicio del derecho de defensa. Es por ello que la declaración preparatoria toma forma no solo de una diligencia de mera forma, sino más bien como un acto de positivo interés para la libertad personal del mismo indiciado, pues la misma servirá al acusado para explicar su conducta, y con sus palabras satisfacer plenamente las sospechas de criminalidad que el juez abrigue, que nada más se necesite para devolver su libertad al detenido. Sin una palabra de éste, puede desvanecer los datos existentes en su contra, si esa palabra es de defensa de su libertad, no oírlo antes de determinar la situación jurídica del indiciado y dictar el auto respectivo, es no solo un tormento para la inocencia, y la honradez, sino que también un verdadero atentado contra la garantía de libertad.

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

Por su parte, la fracción III del apartado A del artículo 20 constitucional, no

únicamente establece el derecho del procesado y por lo tanto la obligación del juez penal, de que se le comunique la naturaleza y causa de la acusación, sino que además en esta materia se le concreta otro derecho fundamental del individuo llamada garantía de audiencia y que se le conoce desde los antiguos romanos con el aforismo "*audiatur altera pars*" que quiere decir oíase a la otra parte, significando el principio inherente a la justicia misma de que nadie puede ser condenado sin ser oído, de ahí, la bilateralidad de la audiencia, en donde toda petición o pretensión principalmente la punitiva formulada por el Ministerio Público en el proceso, debe ser notificada al inculcado a efecto de que pueda defenderse o formular su oposición y con ello, no sólo legitimar jurídicamente la posibilidad de que le pare perjuicio a la sentencia, sino, justificar desde sus inicios el propio procesamiento, desde luego a nuestro parecer, existen excepciones a la regla anteriormente señalada como puede ser en las medidas cautelares como son las órdenes de aprehensión, embargos precautorios, cateos, etc., debido a la naturaleza de dichas diligencias, ya que si se escuchara a la otra parte, se correría el peligro de que en los casos de órdenes de aprehensión se sustrajera a la acción de la justicia el acusado en los casos de los embargos precautorios se podría dar el caso de que se escondiera el imputado por la persona con quien se deba realizar, los bienes que pudieran ser objeto del embargo y en el caso del cateo se daría oportunidad de esconder los objetos buscados o que pudiese huir la persona que se trata de localizar en el domicilio buscado.

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

Independientemente de las garantías indicadas, es importante señalar otro derecho fundamental que contiene el precepto constitucional que se analiza y que es el derecho de oportunidad procesal, es decir, la que tiene que ver con el factor tiempo que rige al proceso penal. Resulta incuestionable, para surtir efecto los mencionados fines de comunicación, al inculcado se le debe hacer saber la acusación y el nombre del

acusador desde el principio del proceso con objeto de que lo largo de éste, pueda plantear sus excepciones, máxime en los procesos penales mexicanos que constan de etapas donde cambia la situación jurídica del inculpado.

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

Para cubrir los enunciados fines de defensa, al imputado se le hará saber la naturaleza de la acusación y el nombre de su acusador dentro de las 48 horas siguientes a su consignación, ello con la finalidad de que éste en conjunto con su defensor, puedan establecer la mejor defensa.

Sin embargo, muchas veces resulta frustrada la intención del defensor de preparar una buena defensa en equipo con su defenso, pues ello es impedido por el mismo personal de los juzgado, poniendo como pretexto de esta medida de coerción personal, el poner en peligro el éxito de la investigación de los hechos, pues se creé que con la comunicación que exista entre el defensor y el defenso, podría llegar frustrarse la investigación, pues la declaración puede viciarse con la comunicación del imputado con terceras personas antes de que éste rinda su declaración o durante el desarrollo de la misma, pues podría suceder que estas terceras personas quienes son ajenas a la defensa, podrían en determinado momento mal aconsejar al indicado proponiéndole el alterar la verdad de los hechos creyendo que con ello el fallo será favorable, sin embargo debido a su ignorancia ello puede resultar contradictorio. Pero como ya se ha establecido con antelación, nunca la incomunicación deberá alcanzar a los defensores técnicos por la naturaleza propia de su encargo, que en todo momento se debe facilitar el asesoramiento técnico; en cuanto a la comunicación del procesado

con el público asistente en las audiencias del juicio, el artículo 66 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala que únicamente podrá comunicarse con sus defensores sin dirigir la palabra al público.

La incomunicación siempre fue considerada como un medio de prueba, una forma efectiva de llegar a la prueba del delito, su única finalidad era lograr la confesión del acusado. La incomunicación funcionaba entonces como presión psicológica para que el inculpado, a solas con su conciencia, totalmente aislado confesara su delito. Jofre lo describe al señalar que "los partidarios de la incomunicación pretenden que con ella se consiga: 1) llevar al arrepentimiento al espíritu del culpable, al colocarlo a solas con su conciencia. 2) Restablecer la igualdad entre la sociedad y el delincuente, ya que éste ha preparado su crimen y en la sombra y la sociedad para descubrirlo debe proceder en forma análoga."⁶²

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

⁶² JOFRE, Tomás. Manual de Procedimiento Civil y Penal, 6ª edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1992, Pág. 80.

con ello el ordenamiento social, en el presente caso no hay una preparación del crimen en la sombra, otra parte del sujeto activo del delito, así entonces, se concluye que la incomunicación del reo, no servirá de nada, ya que el inculpado no tenía la intención de delinquir, frustrando con ello la teoría de Jofre.

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

Evidentemente la circunstancia que confirma que la incomunicación sigue siendo utilizada como un medio para obtener la confesión del hecho, radica en la imposibilidad de que el indiciado pueda comunicarse con su defensor técnico, antes de rendir su declaración preparatoria, tal y como se desprende del artículo 294 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, siendo tal ordenamiento contrario a lo preceptuado por nuestra Carta Magna en su artículo 20, así como lo establecido por otros más ordenamientos legales aplicables en materia penal, razón por

la cual se propone en el presente trabajo, la reforma del artículo 294 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, toda vez que éste resulta ser violatorio de la garantía de defensa.

4.6 Preceptos legales que consagran la Garantía de Defensa.

Como ya se indico en el capítulo anterior, la garantía de defensa se encuentra consagrada principalmente en el artículo 20 constitucional en su apartado A, pero además de esta norma, existen más preceptos legales dirigidos a proteger la garantía de defensa. En el presente apartado se analizaran los preceptos legales que contravengan directamente lo dispuesto por el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. En un primer plano, se transcriben los preceptos de manera conjunta, de materia federal y los del fuero común que regulan las mismas situaciones, omitiendo los fragmentos que no tengan relación directa con el artículo en mención; e inmediatamente se hace el análisis correspondiente de los mismos.

Artículo 89 del Código Federal de Procedimientos Penales: "Durante la audiencia el inculpado podrá comunicarse con sus defensores, pero no con el público.

Si infringiere esta disposición, se le impondrá una corrección disciplinaria.

Si alguna persona del público se comunica o intenta comunicarse con el inculpado, será retirada de la audiencia y se le impondrá una corrección disciplinaria, si se estima conveniente."

Artículo 66 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. "El inculpado, durante la audiencia, solo podrá comunicarse con sus defensores, sin poder dirigir la palabra al público.

Si infringiere esta disposición será castigado así como aquel con el que se comunique, con arresto hasta de quince días o multa hasta de diez días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal."

Como se observa los dos artículos transcritos arriba, se refieren a las reglas generales del proceso, esto es, reglas que han de observarse a lo largo de todo el proceso, incluso en la misma Averiguación Previa, y específicamente en toda audiencia que ha de realizarse con motivo de la investigación de los hechos.

La idea de estos dos preceptos, y la que interesa para el tema de investigación, es sin duda alguna, la de dotar al inculcado de la garantía de defensa, permitiendo de esta forma, que el mismo pueda comunicarse con su defensor en todo momento aun y en el mismo momento en que se lleve a cabo cualquier audiencia, pero evitando que pueda comunicarse el inculcado con cualquier otra persona durante la audiencia, pues ello, podría además de viciar la misma declaración u obstaculizar las investigaciones, interferir en la defensa ya preparada. Al respecto, se esta a favor de este precepto, pues el desarrollo de la audiencia, es de única incumbencia del inculcado y su defensor, quienes al tener el derecho de poderse comunicar entre si al momento de realizarse la audiencia, podrán realizar una mejor defensa en conjunto, ello considerando que la defensa es un trabajo en equipo entre el procesado y el defensor.

Por otro lado y un poco fuera de tema, se considera como anticonstitucional, el último párrafo del artículo 66 del Código procesal penal local, ya que se establece como sanción para el caso de que el inculcado se comunique con alguna persona del público un arresto hasta de 15 días o hasta 10 días de salario mínimo; siendo que nuestra Carta Magna señala que este tipo de sanciones únicamente podrán consistir en multa o arresto hasta por treinta y seis horas.

Artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales: "Cuando el inculcado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público

Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

. . III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes:

a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor;

b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;

c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación; . . . "

Artículo 134 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: ". . Los indiciados, desde la averiguación previa podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otro, el ministerio publico le nombrara uno de oficio."

Artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: "Cuando el inculpado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el ministerio publico, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

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

Dichos derechos, son:

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

c) Ser asistido por su defensor cuando declare;

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

Como se observa, los tres artículos transcritos, se refieren al periodo de la averiguación previa, y a la obligación por parte del ministerio público de hacerle saber al indiciado sus derechos de defensa, de nombrar abogado o persona de confianza, y siendo el caso de que el indiciado no quiere o no pudiere designar defensor, el ministerio público tendrá la obligación de designarle un defensor de oficio

Si bien es cierto que en el presente apartado se busca analizar los preceptos legales que contravengan directamente lo dispuesto en el artículo 294 del Código adjetivo penal del Distrito Federal, mismo que se refiere a la etapa de instrucción; existe una relación entre los artículos aquí transcritos y aquel, pues los artículos transcritos, consagran la garantía de defensa del inculcado desde el momento mismo de la averiguación previa, y señala específicamente el derecho de éste, a ser asistido por su defensor al momento de que rinda su declaración, así como en el desahogo de todas las diligencias que se efectúen. De acuerdo a lo planteado, se considera que si desde el inicio de la Averiguación Previa, se le da al indiciado la garantía de ser asistido en todo momento por su defensor, tal derecho no tiene porque suspenderse al momento de comenzar la instrucción, pues ello resulta violatorio de la garantía de defensa.

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

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

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

Artículo 290 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: "La declaración preparatoria comenzara por las generales del indiciado, en las que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o por personas de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le nombrara un defensor de oficio.

. . . A continuación se le hará saber en que consiste la denuncia, acusación o querella; así como los nombres de sus acusadores, denunciantes o

querellantes y de los testigos que declaren en su contra; se le preguntara si es su voluntad declarar y en caso de que así lo desee se le examinara sobre los hechos consignados. Si el inculpado decidiere no declarar, el juez respetara su voluntad dejando constancia de ello en el expediente. . . "

Artículo 295 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. "El juez interrogará al inculpado sobre su participación en los hechos imputados, y practicará careos entre el inculpado y los testigos que hayan declarado en su contra y estuvieren en el lugar del juicio, para que aquel y su defensor puedan hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa, mismo derecho que también corresponde al Ministerio Público; el careo se practicará siempre que lo solicite el inculpado."

Los tres preceptos aquí transcritos, van dirigidos a regular con gran especificación y detalle, la mecánica de como se debe tomar una declaración preparatoria, evitando violar cualquiera de las garantías consagradas a favor del inculpado, como vemos, por un lado el artículo 154 en materia federal y por otro los artículos 290 y 295 del fuero común, tienden a establecer exactamente las mismas bases.

Resulta de notoria claridad que la redacción de estos artículos, es precisa, no dando lugar a especulaciones de ninguna especie como lo hace por su parte el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pues éste último establece que primero se le tomará la declaración preparatoria al imputado y después se le nombrará un defensor de oficio, sin embargo, de realizarse de esta forma, no tendría el defensor, razón de ser al tenerlo prácticamente estático, impotente y sin capacidad procesal para actuar en beneficio de su representado y en caso de que se hubiese violentado las garantías individuales del procesado por parte de la autoridad judicial, no podría el defensor, interponer ningún recurso legal ordinario ni extraordinario para aliviar la situación del inculpado, pues si la designación y nombramiento del defensor se hace después de rendida la declaración, es hasta

entonces cuando el mismo defensor tendría la debida personalidad jurídica dentro del proceso.

Lo que se establecen dichos preceptos, y que es lo que interesa, es en primer lugar lo que indican al decir que la Declaración Preparatoria iniciara por los generales del inculpado y demás datos personales, y acto seguido, se le hará saber el derecho que tiene a ser defendido por sí, por abogado o persona de confianza o en su caso, por defensor de oficio. Es decir, que después de hacerle saber tal derecho a su favor, se le pedirá que nombre a su defensor, y en caso de no hacerlo, el juez tendrá la obligación de nombrarle uno de oficio. Es claro que esto no es lo mismo que establece el criticado artículo 294 del Código Procesal de la materia del fuero común.

Corroborando lo señalado en el párrafo precedente, los artículos señalados, indican que después de haber o habersele nombrado defensor al acusado, se le preguntará si es su voluntad el declarar, y en caso de que así sea, se le examinará sobre los hechos consignados; es decir que no es hasta después de haber rendido su declaración o manifestado el deseo de no declarar, cuando se deba hacer el nombramiento de defensor al inculpado, sino por el contrario; primero se le debe hacer tal nombramiento de defensor y posteriormente rendirá su declaración si así lo desea.

Por último, y como prueba plena de que la intención del legislador es que el inculpado esté en todo momento asistido por su defensor, resaltamos lo estipulado en el último párrafo del artículo 154 de la ley federal y lo dispuesto por el 295 de la ley local, preceptos que en sí, viene a regular lo mismo en sus diferentes competencias, bajo las mismas bases, señalando que el juez interrogará al inculpado sobre su participación en los hechos imputados, además de practicar los careos de ley, cuando ello sea posible, con el fin de que el inculpado y su defensor puedan hacer todas las preguntas conducentes a su defensa; ello quiere decir que como ya lo indicamos, es necesaria y esencial, la presencia del defensor al llevarse a cavo la declaración preparatoria, desde el inicio de esta y hasta la conclusión de la audiencia en que se realice ésta. De esta forma se hace aplicable lo expuesto por Vallarta mismo que es

citado por Zamora Pierce en su obra *Garantías y Proceso Penal*, y que dice "la prisión formal decretada sin audiencia es más inicua, más atentatoria que la detención arbitraria, porque ésta viola sólo la garantía de libertad, y aquélla vulnera además la de la defensa."⁶³

Artículo 155 del Código Federal de Procedimientos Penales: "La declaración preparatoria se rendirá en forma oral o escrita, por el inculcado, quien podrá ser asesorado por su defensor. . ."

Artículo 287 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.: "Dentro de las cuarenta y ocho horas contadas desde que el indiciado ha quedado a la disposición de la autoridad judicial encargada de practicar la instrucción, se procederá a tomarle su declaración preparatoria; la misma se rendirá en forma oral o escrita, por el inculcado en presencia de su defensor para la asistencia jurídica que requiera. El inculcado podrá dictar sus declaraciones, pero si no lo hiciere, el juzgador que practique la diligencia las redactara con la mayor exactitud posible. Si fueran varios los inculcados por los mismos hechos, se les tomara declaración por separado, en una sola audiencia. Cuando haya diversos inculcados que deban rendir declaración, el juez adoptara las medidas legales."

He aquí un par de preceptos que en sus diferentes competencias, vienen a regular una misma situación, la cual como vemos, contraria de forma directa lo dispuesto por el criticado artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pues en estos preceptos se estipula claramente que la declaración preparatoria podrá rendirse en forma oral o escrita. Interpretando estos preceptos se infiere que si es en forma escrita, el inculcado podrá ser asesorado por su defensor, y de rendirse en forma oral, será en presencia de su defensor para la asistencia jurídica que requiera.

⁶³ ZAMORA PIERCE, Jesús. Op. cit. Pág. 9.

Artículo 156 del Código Federal de Procedimientos Penales: "Tanto la defensa como el Agente del Ministerio Público, quien deberá estar presente en la diligencia, podrán interrogar al inculcado. . . "

Artículo 292 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: "El Agente del Ministerio Público y la defensa tendrán el derecho de interrogar al procesado . . . "

Por último y en el mismo sentido, se transcriben los artículos 156 y 292 de la ley federal y la ley local respectivamente, en los cuales como se observa, nuevamente se hace notar que la asistencia del defensor al momento de llevarse a cabo la declaración preparatoria es tan indispensable como la del propio Ministerio Público, estableciendo también el derecho de estos de interrogar al inculcado.

Como se puede observar, en todos y cada uno de los artículos aquí transcritos, existe una armonía evidente entre ellos mismos y el mismo artículo 20 constitucional, ello nos denuncia la evidente existencia de una normatividad a nivel local y federal, cuyo objeto principal es la protección de la garantía de defensa, fijando para ello, diversas bases a seguir para que ésta, no pueda ser violada bajo ningún pretexto.

Con el antecedente del ya analizado artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y en comparación con lo establecido en este apartado, se encuentra una clara incongruencia por parte de éste, con el resto de los demás artículos aquí analizados, y evidentemente, sumamente contrario a lo establecido por nuestra ley suprema en su artículo 20 apartado A, es por ello, y de acuerdo a lo investigado en el presente trabajo que se considera fundadamente que el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, resulta ser violatorio de la garantía de defensa, en base a ello, se hace necesaria y latente su reforma, con el fin de que con esta, se corrija el error que el legislador cometió al indicar

que el nombramiento de defensor se hará después de haber rendido su declaración preparatoria el indiciado o en su caso obtenida su manifestación de no declarar, pues como ha quedado establecido, ello resulta vulnerable para la garantía de defensa.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el desarrollo de los primeros años de la humanidad, no existía ningún tipo de garantía para el hombre en sí, y mucho menos derecho alguno que el gobernado pudiera hacer valer ante las violaciones cometidas en su persona por las mismas autoridades, existiendo solamente una gran desigualdad entre los hombres e imperando la incertidumbre de saberse privados de una verdadera impartición de justicia.

Los procedimientos para juzgar a una persona sospechosa de cometer algún acto ilícito, a pesar de que fueron evolucionando al paso del tiempo, resultaban ser faltos de cualquier tipo de derecho, impidiendo que el procesado pudiera tener algún tipo de defensa, o que éste pudiera contar con los medios necesarios para poder abogar a su favor, pues se trataba de un proceso inquisitivo donde la tortura física y emocional imperaba así como la incomunicación del indiciado.

SEGUNDA.- Ya en una segunda etapa de la humanidad, aparecen diversas corrientes encaminadas a reconocer los derechos fundamentales del hombre, plasmando tales ideales en diversos documentos normativos, tal es el caso de La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En México, este reconocimiento de derechos quedaron plasmados en primer lugar de manera ya formal, en la Constitución de Apatzingan, antecedente de la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, misma que reconoce de una manera más profunda estos derechos consagrándolos como garantías individuales; documentos creados con el fin no solo de reconocer estos derecho, sino también de protegerlos contra toda vulneración a los mismos y aun y contra el mismo Estado.

TERCERA.- Las Garantías Individuales, resultan ser, el conjunto de derechos fundamentales, inalienables, establecidos por la norma suprema del Estado, para garantizar al gobernado una impartición de justicia de acorde al derecho establecido y protegerlo de aquellas arbitrariedades que pudieran cometerse en su contra por la misma autoridad.

Las garantías individuales se dividen en tres grandes partes: los derechos de igualdad, libertad y de seguridad jurídica, dentro de estas últimas se encuentra la garantía de defensa, misma que goza de superioridad junto con todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren con el presidente de la república, con la aprobación del Senado; tendrán supremacía jerárquica, y estarán por encima de cualquier otra ley, dando de este modo preferencia a la misma frente a cualquier ley de menor jerarquía que se oponga a estos ordenamientos.

CUARTA.- La garantía de defensa es el instrumento procesal, establecido por la norma fundamental, con objeto de garantizar al gobernado que sea sujeto de un proceso criminal, una impartición de justicia de acorde al derecho establecido y protegerlo de aquellas arbitrariedades que pudieran cometerse en su contra por la misma autoridad, ello a través de proporcionarle el derecho a una defensa, es decir, a ser oído y defendido en todo momento dentro del juicio, así como dentro de la Averiguación Previa, por sí mismo, persona de su confianza, por abogado, o, por defensor de oficio; para lo cual la misma ley proporcionará al indiciado, una serie de instrumentos que pueden utilizar con la finalidad de acreditar su inocencia o en determinado caso, atenuar la pena penalidad. Se trata de un derecho natural del hombre, reconocido y aceptado por el mismo, y que al ser reconocido por el mismo, pasa a formar parte de las Garantías Individuales, consagradas y protegidas por la ley suprema del Estado y que obliga al éste a velar por su inviolabilidad.

Dentro de esta garantía de defensa, se establece el derecho del inculcado que tiene desde el inicio de la Investigación Ministerial y durante el desarrollo

de todo el proceso penal, a ser informado de los derechos que en su favor consigna la Constitución; el derecho a tener una defensa adecuada, por sí, por abogado, por persona de su confianza, o, en su caso, por defensor de oficio, permitiéndole para ello el derecho de nombrar defensor de acuerdo a las leyes del procedimiento; y, derecho a ser en todo momento defendido y asistido por su defensor, quedando prohibida toda incomunicación.

QUINTA.- La garantía de defensa que tiene el indiciado de ser en todo momento defendido y asistido por su defensor, se tiene a lo largo del desarrollo tanto de la Averiguación Previa como del Proceso penal, en la lógica de que este derecho no se interrumpe, suspende ni pierde, ni aun por el cambio de situación jurídica que sufra el inculcado.

SEXTA.- La garantía de defensa que tiene todo individuo sujeto a investigación ministerial o en su caso a proceso penal, no debe vulnerarse bajo ningún pretexto ni fundamento. Siendo la Constitución el ordenamiento de mayor jerarquía en nuestro sistema jurídico, deben respetarse los preceptos consagrados en ella, evitando la violación de los mismos. De esta forma, de existir precepto legal alguno que contrarié nuestra carta magna, sin duda alguna, el pacto federal tendrá preferencia aun en contra de lo dispuesto por cualquier otra ley de menor jerarquía.

SÉPTIMA .- En este contexto y de acuerdo a lo investigado en el presente trabajo, el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es anti constitucional, pues va en contra de lo preceptuado por la ley suprema, en referencia a la garantía de defensa, pues el citado artículo impide que el indiciado cuente con una defensa y sea asistido durante la realización de la diligencia asignada para que el inculcado rinda su declaración preparatoria dentro de la instrucción.

De la redacción del citado artículo, se desprende que el mismo establece que una vez y después de haber rendido el indiciado su declaración preparatoria, o en

su caso, de que éste exteriorice su voluntad de no declarar, el juez, inmediatamente le nombrará un defensor de oficio, ello en el caso de encontrarse en la hipótesis que marca el artículo 269 fracción III del mismo Código, esto es en caso de que el inculpado no pudiere o se resistiera a nombrar defensor. De esta forma vemos como se viola con la aplicación de tal precepto, la garantía de defensa, pues como ya se indico, se impide que el inculpado cuente desde el inicio de la instrucción, con la asistencia y asesoría del defensor.

OCTAVA.- Siendo la libertad uno de los derechos más esenciales, que el hombre posee naturalmente, y siendo el objetivo principal que la garantía de defensa tiene, debemos velar porque ese derecho no se infrinja infundadamente, dando en todo momento oportunidad para que todo individuo pueda defender este derecho que le pertenece.

NOVENA.- La primera audiencia dentro del proceso penal, resulta ser, la llamada audiencia constitucional en la que el indiciado, deberá rendir su declaración preparatoria, es decir, que se trata del principio del ejercicio de defensa, pues, no solo es una diligencia de mera forma, sino más bien, el acto jurídico por medio del cual el inculpado tendrá el primer contacto directo con el juez, y ante el cual podrá defenderse de las acusaciones formuladas en su contra, para que el juzgador en su oportunidad dicte el auto que determine su situación jurídica y que el mismo beneficie al indiciado. Esto se logrará de una forma natural, si el indiciado cuenta con la asistencia técnico jurídica de su defensor, con la finalidad de que éste le asesore de la mejor manera para lograr su finalidad.

DÉCIMA.- En este contexto, y dado que el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, viola la garantía de defensa que consagra nuestra norma suprema, el mismo debe reformarse a modo de que no vulnere más esta garantía que hoy día tiene el hombre, y que ha sido motivo de lucha incansable de la humanidad para reconocer y hacer respetar tal derecho, pues tan

inicia y tan injusta es la sentencia que condena sin defensa, como el auto de formal prisión que se dicta sin oír en defensa al inculpado.

DÉCIMA PRIMERA.- La propuesta del presente trabajo es la reforma del artículo 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para que el mismo quede como a continuación se propone: ***“Desde el inicio de la declaración preparatoria, y una vez recavados los generales del inculpado, el juez nombrará al procesado un defensor de oficio, cuando proceda, de acuerdo con la fracción III del artículo 269 de este código.***

Queda prohibida y, será sancionada toda incomunicación, pero tratándose del desarrollo de la audiencia, el inculpado sólo podrá comunicarse con su defensor, sin poder dirigir la palabra al público.”

BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO GARCÍA, Carlos. Practica Forense del Juicio de Amparo, 9ª edición, Editorial Porrúa, México, 1995, 875 p.

BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México, 14ª edición, Porrúa, México 1992, 827 p.

BRICEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal, 2ª edición, Editorial Harla, México 1995, 900 p.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El Juicio de Amparo, 28ª edición, Porrúa, México, 1991, 700 p.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales, 28ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996, 600 p.

CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 4ª edición, Editorial Porrúa, México 1987, 200 p.

COLÍN SÁNCHEZ Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 9ª edición, Editorial Porrúa, 1985, 704 p.

ESQUIVEL OBREGÓN. Apuntes Para la Historia de Derecho Mexicano, 2ª edición, Editorial Porrúa, 1984, 890 p.

FRORIS MARGADAN. Guillermo, Panorama de la Historia Universal, 3ª edición, Editorial Jurídica, México, 1992, 960 p.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho cuadragésimo novena edición, Porrúa, México, 1998, 444 p.

GÓMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso, 8ª edición, Editorial Harla, México 1993, 890 p.

GORDILLO MONTESINOS, Héctor. Apuntes de Derecho Romano Segundo Curso, UNAM, México, 1990, 324 p.

GRACIANO, Silvestre. El Derecho Penal, 15ª edición, Editorial Palma, Buenos Aires, 1978, 250 p.

JOFRE, Tomás. Manual de Procedimiento Civil y Penal, 6ª edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1992, Pág. 80.

LARA ESPINOZA, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal, 2ª edición, Editorial Porrúa, México 1999, 385 p.

MANZINI, Franchesco. La Defensa Penal, 4ª edición, Editorial Palma, Buenos Aires, 1984, 300 p.

PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo. Derecho Romano I, 1ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 1998, 230 p.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, 10ª edición, Editorial Porrúa, 1993, 800 p.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, 3ª edición Editorial Harla, México 1990, 810 p.

ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal, 3ª edición, Editorial Porrúa, México 1988, 473 p.

LEYES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Civil para el Distrito Federal.

Ley de la Defensoría de oficio del Distrito Federal.

Ley reglamentaria del artículo 5 constitucional.

OTRAS FUENTES

DICCIONARIOS

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997, tomo II, Pág. 943.

GARCIA PELAYO, Gross Ramon, Diccionario de la Lengua Española, 19ª edición, México, Ediciones Larousse, 1992, 980 p.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994, tomos I y IV.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano tomo II, Editorial Porrúa, México, 2000, 1894 p.

Microsoft Corporation. Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001. © 1993-2000 Reservados todos los derechos. Declaración Universal de Derechos Humanos.